

BUNDESARBEITSGERICHT



6 AZR 156/09
7 Sa 195/07
Sächsisches
Landesarbeitsgericht

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
18. März 2010

URTEIL

Gaßmann, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagter, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 18. März 2010 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Fischermeier, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Brühler, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Spelge sowie die ehrenamt-

liche Richterin Markwat und den ehrenamtlichen Richter Lauth für Recht erkannt:

1. Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des Sächsischen Landesarbeitsgerichts vom 27. Januar 2009 - 7 Sa 195/07 - wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass Ziff. 1. und 2. des Tenors des Urteils des Arbeitsgerichts Leipzig vom 1. Februar 2007 - 7 Ca 4104/06 - aus Gründen der Klarstellung wie folgt neu gefasst werden:
 1. a) Es wird festgestellt, dass der Beklagte verpflichtet war, für die Zeit vom 3. Juni 2005 bis zum 31. Oktober 2006 an die Klägerin den Ortszuschlag nach § 29 Abschn. B Abs. 3 BAT-O für die in ihren Haushalt aufgenommenen Kinder C und L zu zahlen.
 1. b) Es wird festgestellt, dass der Beklagte verpflichtet ist, seit dem 1. November 2006 der Klägerin die Besitzstandszulage nach § 11 TVÜ-Länder für die in ihren Haushalt aufgenommenen Kinder C und L zu zahlen.
 2. Es wird festgestellt, dass der Beklagte verpflichtet ist, die monatlichen Bruttodifferenzbeträge ab dem Monatsersten des jeweiligen Folgemonats, beginnend ab dem 1. Juli 2005, mit fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz zu verzinsen.
2. Der Beklagte hat die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über den Anspruch der Klägerin auf kinderbezogene Entgeltbestandteile für Kinder ihrer eingetragenen Lebenspartnerin.

1

Die Klägerin ist als Lehrerin beim beklagten Freistaat beschäftigt. Aufgrund arbeitsvertraglicher Vereinbarung bestimmt sich das Arbeitsverhältnis nach dem Tarifvertrag zur Anpassung des Tarifrechts - manteltarifliche Vorschriften - (*BAT-O*) vom 10. Dezember 1990 und den diesen ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträgen in der für den Bereich der Tarifgemeinschaft deutscher Länder (*TdL*) jeweils geltenden Fassung. Seit dem 1. November 2006 findet auf das Arbeitsverhältnis der Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst der Länder (*TV-L*) vom 12. Oktober 2006 Anwendung. 2

Die Klägerin hat mit Wirkung zum 3. Juni 2005 eine eingetragene Lebenspartnerschaft mit Frau Li begründet. In dem gemeinsamen Haushalt der Lebenspartner leben auch die beiden leiblichen minderjährigen Kinder Frau Li, für die diese Kindergeld bezieht. Die Klägerin trägt zum Unterhalt der Kinder bei. Sämtliche Lebenshaltungskosten der Lebenspartner werden vom gemeinsamen Einkommen bestritten. Der leibliche Vater der Kinder von Frau Li zahlt keinen Unterhalt. 3

Der Beklagte lehnte den Antrag der Klägerin vom 30. August 2005, ihr rückwirkend ab Juni 2005 den kinderbezogenen Bestandteil im Ortszuschlag zu gewähren, ab. Er zahlte ihr lediglich den familienstandsbezogenen Ortszuschlag der Stufe 2. Mit ihrer am 1. September 2006 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage begehrt die Klägerin die Feststellung der Verpflichtung des beklagten Freistaats, ihr für die Kinder ihrer Lebenspartnerin den kinderbezogenen Entgeltbestandteil zu zahlen. 4

Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, § 29 Abschn. B Abs. 3 *BAT-O* enthalte hinsichtlich des Anspruchs verpartnerter Angestellter auf den Ortszuschlag der Stufe 3 und höher eine unbewusste Regelungslücke, die dahin zu schließen sei, dass Angestellte, die in einer Ehe lebten, mit den Angestellten, die eine eingetragene Lebenspartnerschaft begründet hätten, gleichzustellen seien. Jede andere Auslegung des Tarifvertrags verstoße gegen den grundgesetz- und europarechtlichen Anspruch auf Gleichbehandlung. Wäre die Klägerin ein Mann und mit der Kindesmutter verheiratet, hätte sie Anspruch auf den Ortszuschlag der Stufe 3 und höher. Auch wenn ihr für die Kinder ihrer Lebens- 5

partnerin keine gesetzliche Unterhaltsverpflichtung obliege, sei sie aufgrund der Fürsorge- und Unterstützungspflicht ihrer Lebensgefährtin gegenüber auch zur Versorgung und Betreuung von deren Kindern verpflichtet. Die Tarifvertragsparteien hätten nicht auf gesetzliche Unterhaltspflichten des Berechtigten abgestellt, sondern auf die mit der Aufnahme von Kindern in den eigenen Haushalt einhergehenden Belastungen.

Die Klägerin hat zuletzt beantragt

6

1. festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet ist, an die Klägerin den Ortszuschlag nach § 29 Abschn. B Abs. 3 BAT-O für die in ihrem Haushalt aufgenommenen Kinder C und L ab dem 3. Juni 2005 zu zahlen;
2. festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet ist, die monatlichen Bruttodifferenzbeträge ab dem Monatsersten des jeweiligen Folgemonats, beginnend ab dem 1. Juli 2005, mit fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz zu verzinsen.

Der Beklagte hat zur Begründung seines Klageabweisungsantrags vortragen, nach § 29 Abschn. B Abs. 3 BAT-O gehörten nur diejenigen Angestellten zur Stufe 3, denen Kindergeld nach dem Einkommensteuergesetz zustehe bzw. zustehen würde. Der Klägerin stehe jedoch kein Kindergeld zu. Wenn der Gesetzgeber durch eine rechtliche Differenzierung zwischen Ehe und eingetragener Lebenspartnerschaft einen Verfassungsauftrag zur Privilegierung der Ehe erfüllen wolle, könne eine daran anknüpfende Tarifnorm nicht rechtswidrig sein. Erst recht könne man nicht annehmen, dass dieses Ergebnis nicht dem Willen der Tarifvertragsparteien, zumal im öffentlichen Dienst, entspreche.

7

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgerichtsgericht hat nach Einholung von Tarifauskünften darüber, warum § 29 Abschn. B Abs. 3 BAT-O nach Bekanntwerden der Rechtsprechung des Senats vom 29. April 2004 (- 6 AZR 101/03 -) nicht geändert worden sei, die Berufung des beklagten Freistaats zurückgewiesen. Es hat eine unbewusste Regelungslücke im Tarifrecht angenommen, die es dahin geschlossen hat, dass der erhöhte Ortszuschlag auch für solche Angestellte zu zahlen sei, die wie die

8

Klägerin in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft lebten. Hiergegen wendet sich der beklagte Freistaat mit seiner vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist unbegründet. Die Klägerin hatte seit Begründung der eingetragenen Lebenspartnerschaft am 3. Juni 2005 bis zur Überleitung des Arbeitsverhältnisses in den TV-L zum 1. November 2006 Anspruch auf den Ortszuschlag der Stufe 4. Soweit § 29 Abschn. B Abs. 3 BAT-O Angestellten, die Kinder ihres eingetragenen Lebenspartners in ihren Haushalt aufgenommen hatten, den Anspruch auf den kinderbezogenen Entgeltbestandteil im Ortszuschlag verwehrt, benachteiligte diese Bestimmung eingetragene Lebenspartner gleichheitswidrig und war deshalb gemäß Art. 3 Abs. 1 GG unwirksam. Seit dem 1. November 2006 steht der Klägerin die Besitzstandszulage nach § 11 des Tarifvertrags zur Überleitung der Beschäftigten der Länder in den TV-L und zur Regelung des Übergangsrechts (*TVÜ-Länder*) zu. 9

A. Die Klage ist zulässig. Das nach § 256 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse besteht wegen der begehrten zukunftsgerichteten Verpflichtung des Beklagten zur Zahlung der begehrten Entgeltbestandteile. Eine Klage auf künftige Leistung gemäß §§ 257 bis 259 ZPO, deren Zulässigkeit ohnehin zweifelhaft wäre (*vgl. BAG 9. April 2008 - 4 AZR 104/07 - Rn. 27 ff., AP TVG § 1 Nr. 43 = EzA ZPO 2002 § 259 Nr. 1*), musste die Klägerin nicht erheben (*vgl. BAG 1. Februar 2006 - 5 AZR 187/05 - Rn. 19, BAGE 117, 44*). 10

B. Der Antrag der Klägerin ist auszulegen. Weder die Klägerin noch die Vorinstanzen haben berücksichtigt, dass am 1. November 2006 der TV-L in Kraft getreten ist (§ 39 Abs. 1 Satz 1 TV-L) und seitdem aufgrund arbeitsvertraglicher Bezugnahme auf das Arbeitsverhältnis Anwendung findet. 11

Der TV-L hat in seinem Geltungsbereich gemäß § 2 Abs. 1 iVm. der Anlage 1 Teil A Nr. 1 TVÜ-Länder den BAT-O ersetzt. Kinderbezogene Entgelt- 12

bestandteile sieht der TV-L nicht mehr vor. § 11 TVÜ-Länder gewährt allerdings für im Oktober 2006 zu berücksichtigende Kinder die bisher nach § 29 Abschn. B BAT-O gezahlten Entgeltbestandteile im Wege der Besitzstandszulage fort, solange die in der Überleitungsnorm genannten Voraussetzungen vorliegen. Auch wenn die Klägerin ihr Begehren für die Zeit nach dem 1. November 2006 nicht umgestellt hat, ergibt sich aus ihrem Vorbringen mit der erforderlichen Eindeutigkeit, dass sie den kinderbezogenen Entgeltbestandteil auf Basis der jeweils gültigen Rechtslage begehrt.

C. Prüfungsgegenstand ist nicht das Einkommensteuerrecht, auf das § 29 Abschn. B Abs. 3 BAT-O inhaltlich verweist, sondern die Tarifnorm selbst. 13

I. Die Tarifvertragsparteien haben in § 29 Abschn. B Abs. 3 BAT-O wirksam auf die den Familienleistungsausgleich regelnden gesetzlichen Bestimmungen verwiesen. 14

1. Zwar können Tarifvertragsparteien die ihnen zugewiesene Rechtssetzungsbefugnis nicht auf Dritte delegieren. Die ihnen durch Art. 9 Abs. 3 GG übertragene Aufgabe, die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ihrer Mitglieder sinnvoll zu ordnen, umfasst jedoch auch die Befugnis, in Tarifverträgen auf gesetzliche Bestimmungen zu verweisen, sofern diese Bestimmungen eindeutig sind und mit der tariflichen Regelung in einem engen sachlichen Zusammenhang stehen (*vgl. BAG 7. September 1982 - 3 AZR 1252/79 - BAGE 41, 47, 51 für die Verweisung auf beamtenrechtliche Bestimmungen; Wiedemann/Thüsing 7. Aufl. § 1 TVG Rn. 240*). Bei derartigen Blankettverweisungen ist sichergestellt, dass dem Postulat der Sachgerechtigkeit der tariflichen Regelung im Sinne eines angemessenen Interessenausgleichs Rechnung getragen wird (*vgl. BAG 29. August 2001 - 4 AZR 332/00 - BAGE 99, 10, 16; 9. Juli 1980 - 4 AZR 564/78 - BAGE 34, 42, 54*). Die Tarifvertragsparteien können die Verweisung auf die gesetzlichen Bestimmungen jederzeit aufheben und bleiben so Herr des Verfahrens (*vgl. Senat 15. Dezember 2005 - 6 AZR 227/05 - Rn. 17, BAGE 116, 346*).

Die von § 29 Abschn. B Abs. 3 BAT-O in Bezug genommenen einkommensteuerrechtlichen Vorschriften über den Familienleistungsausgleich weisen den erforderlichen engen Zusammenhang mit der tariflichen Regelung auf. Gemäß § 31 Satz 1 EStG wird das Einkommen der Eltern in Höhe des Existenzminimums eines Kindes durch den Kinderfreibetrag nach § 32 EStG oder durch das Kindergeld nach dem X. Abschnitt des EStG steuerlich freigestellt. Soweit das Kindergeld für die verfassungsrechtlich gebotene steuerliche Freistellung (*vgl. BVerfG 10. November 1998 - 2 BvR 1057/91 ua. - BVerfGE 99, 216, 231 ff.*) nicht erforderlich ist, dient es gemäß § 31 Satz 2 EStG der Förderung der Familie. Der Familienleistungsausgleich dient damit der einkommensteuerlichen Förderung der Familie (*st. Rspr., BFH seit 23. November 2000 - VI R 165/99 - BFHE 193, 569*) und soll kinderbedingte Minderungen der Leistungsfähigkeit von der Einkommensteuer freistellen (*Seiler in Kirchhof EStG 8. Aufl. § 31 Rn. 1*). Der tarifliche kinderbezogene Entgeltbestandteil sollte einen Beitrag zu der aus der Erziehung und Betreuung von Kindern folgenden erheblichen finanziellen Belastung leisten (*Senat 18. Dezember 2008 - 6 AZR 287/07 - Rn. 28 mwN, AP TVÜ § 11 Nr. 2 = EzTöD 320 TVÜ-VKA § 11 Abs. 1 Nr. 13*). Beide Leistungen dienen - wenn auch in unterschiedlicher rechtlicher Ausgestaltung - somit demselben sozialpolitischen Zweck (*vgl. BVerwG 26. August 1993 - 2 C 16.92 - BVerwGE 94, 98*).

16

2. Die für den Tarifvertrag vorgeschriebene Schriftform (§ 1 Abs. 2 TVG) ist durch die Verkündung als Gesetz und Veröffentlichung im Bundesanzeiger gewahrt (*vgl. Senat 15. Dezember 2005 - 6 AZR 227/05 - Rn. 17, BAGE 116, 346*).

17

II. § 29 Abschn. B Abs. 3 BAT-O ist nach den für Tarifnormen geltenden Maßstäben auszulegen und auf seine Rechtswirksamkeit zu überprüfen (*vgl. Ingrid Schmidt FS Wißmann S. 80, 91*). Die Bezugnahme auf die gesetzlichen Bestimmungen zum Familienleistungsausgleich wirkt wie eine wörtliche Übernahme dieser Regelungen in den TVöD (*vgl. BAG 29. Januar 2008 - 3 AZR 426/06 - AP TVG § 4 Nachwirkung Nr. 49; 10. März 2004 - 4 AZR 140/03 - EzA TVG § 4 Nachwirkung Nr. 36*). Die einschlägigen Bestimmungen des Ein-

18

kommensteuerrechts entfalten deshalb im Bereich des TVöD Wirkung als Tarifrecht (vgl. Senat 11. September 2003 - 6 AZR 323/02 - BAGE 107, 272, 274 für die Bezugnahme auf das SächsRKG; vgl. BAG 14. Juni 1972 - 4 AZR 268/71 - BAGE 24, 300, 305 für die Bezugnahme auf den Haushaltszuschlag nach § 26 BBesG 1971).

D. Nach der Regelung des § 29 Abschn. B Abs. 3 BAT-O stand der Klägerin der begehrte Ortszuschlag nicht zu. Danach gehörten zur Stufe 3 und den folgenden Stufen die Angestellten der Stufe 2, denen Kindergeld nach dem Einkommensteuergesetz oder nach dem Bundeskindergeldgesetz zustand oder ohne Berücksichtigung des § 64 oder § 65 EStG oder des § 3 oder § 4 BKGG zugestanden hätte. Die Stufe richtete sich nach der Anzahl der berücksichtigungsfähigen Kinder, für zwei Kinder war also der Ortszuschlag der Stufe 4 zu zahlen. 19

I. Zwar war die Klägerin nach der Begründung der eingetragenen Lebenspartnerschaft der Stufe 2 des Ortszuschlags zuzuordnen (vgl. Senat 29. April 2004 - 6 AZR 101/03 - BAGE 110, 277, 284). Dies steht zwischen den Parteien nicht im Streit. 20

II. § 29 Abschn. B Abs. 3 BAT-O gewährte jedoch Angestellten, die Kinder ihres eingetragenen Lebenspartners in den Haushalt aufgenommen hatten, keinen Anspruch auf den tariflichen kinderbezogenen Entgeltbestandteil. Der Umstand, dass die beiden leiblichen Kinder der eingetragenen Lebenspartnerin der Klägerin im Haushalt der Klägerin leben, begründete keinen materiell-rechtlichen Anspruch der Klägerin auf Kindergeld (zu dieser Anspruchsvoraussetzung vgl. Senat 13. August 2009 - 6 AZR 319/08 - Rn. 20, EzTöD 320 TVÜ-VKA § 11 Abs. 1 Nr. 15). 21

1. Da die Klägerin im Inland wohnt und dort einkommensteuerpflichtig ist, bestimmt sich der Anspruch auf das Kindergeld nach dem Einkommensteuergesetz und nicht nach dem Bundeskindergeldgesetz (§ 62 Abs. 1 EStG). 22

2. Ein Anspruch auf Kindergeld besteht nach § 62 Abs. 1 EStG für Kinder iSv. § 63 EStG. Als Kinder werden danach Kinder iSd. § 32 Abs. 1 EStG, also im ersten Grad mit dem Steuerpflichtigen verwandte Kinder und Pflegekinder unter den dort genannten Voraussetzungen, berücksichtigt. Weiter werden als Kinder berücksichtigt die vom Berechtigten in seinen Haushalt aufgenommenen Kinder seines Ehegatten (also Stiefkinder) und schließlich die vom Berechtigten in seinen Haushalt aufgenommenen Enkel. Keine dieser Voraussetzungen ist im Fall der Klägerin erfüllt. 23
- a) Die Kinder der Lebenspartnerin der Klägerin sind keine Kinder iSd. § 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 iVm. § 32 Abs. 1 Nr. 1 EStG, weil sie mit der Klägerin nicht im ersten Grad verwandt sind und auch nicht als verwandt gelten (*vgl. BFH 30. November 2004 - VIII R 61/04 -*). Gemäß § 11 Abs. 2 Satz 1 LPartG gelten sie lediglich als mit der Klägerin verschwägert. Schwägerschaft wird durch Heirat bzw. Begründung einer eingetragenen Lebenspartnerschaft vermittelt, § 1590 BGB. Verwandtschaft beruht dagegen auf Abstammung. Sie besteht nach § 1589 BGB nur bei Personen, deren eine von der anderen abstammt. Eine Verwandtschaft ersten Grades, also eine Verwandtschaft mit nur einer sie vermittelnden Geburt (*Palandt/Diederichsen BGB 69. Aufl. § 1589 Rn. 1*), besteht deshalb nur zwischen Eltern und deren leiblichen Kindern sowie deren Adoptivkindern (§ 1754 BGB). 24
- b) Die Kinder der eingetragenen Lebenspartnerin der Klägerin sind auch keine Pflegekinder iSv. § 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG. Nach der Legaldefinition in § 32 Abs. 1 Nr. 2 EStG ist Voraussetzung für eine Stellung als Pflegekind, dass das Obhuts- und Pflegeverhältnis zu den Eltern nicht mehr besteht. Das Obhuts- und Pflegeverhältnis zwischen der Lebenspartnerin der Klägerin und ihren leiblichen Kindern besteht jedoch fort (*vgl. BFH 30. November 2004 - VIII R 61/04 -*). 25
- c) Schließlich sind auch die Voraussetzungen des § 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG nicht erfüllt. Die Klägerin hat nicht die Kinder ihres Ehegatten, sondern die ihrer eingetragenen Lebenspartnerin in den Haushalt aufgenommen. Die gesetzliche Bestimmung knüpft an den Ehebegriff des BGB (*so ausdrücklich die* 26

Dienstanweisung zur Durchführung des Familienleistungsausgleichs nach dem X. Abschnitt des Einkommensteuergesetzes - DA-FamEStG - Stand Januar 2009 DA 63.2.3 Abs. 3). Die eingetragene Lebenspartnerschaft ist keine Ehe iSd. §§ 1310 ff. BGB. Zu den wesentlichen Strukturprinzipien der Ehe gehört die Verschiedengeschlechtlichkeit der Partner. Die Lebenspartnerschaft erfüllt diese Voraussetzung nicht. Sie ist von der Gleichgeschlechtlichkeit der Partner gekennzeichnet und damit keine Ehe iSd. Art. 6 Abs. 1 GG, wie sie die Bestimmungen über den Familienleistungsausgleich im Einkommensteuerrecht voraussetzen (*BFH 30. November 2004 - VIII R 61/04 -; vgl. Senat 29. April 2004 - 6 AZR 101/03 - BAGE 110, 277, 281 für § 29 Abschn. B Abs. 2 Nr. 1 BAT; BVerwG 15. November 2007 - 2 C 33.06 - NJW 2008, 868 für § 40 BBesG).*

§ 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG ist auf die vorliegende Konstellation auch nicht analog anzuwenden. Der Gesetzgeber hat die unterschiedliche einkommensteuerrechtliche Behandlung und die daran knüpfenden Nachteile beim Kindergeld von Partnern einer eingetragenen Lebenspartnerschaft gegenüber Ehegatten bewusst in Kauf genommen. Er hat im Gesetzgebungsverfahren zum Lebenspartnerschaftsgesetz Änderungen im Einkommensteuergesetz vorgesehen (*Art. 3 § 77 des Entwurfs eines Gesetzes zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften [Lebenspartnerschaftsgesetz - LPartG] vom 4. Juli 2000 BT-Drucks. 14/3751; Art. 2 § 55 des Lebenspartnerschaftsgesetzergänzungsgesetzes - LPartGErgG - BT-Drucks. 14/4545).* Auch wenn diese § 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG nicht berührten und später nicht Gesetz geworden sind, zeigen sie doch den Willen des Gesetzgebers, im Übrigen am bestehenden Kindergeldrecht festzuhalten. Es fehlt damit an der erforderlichen Regelungslücke (*vgl. BFH 30. November 2004 - VIII R 61/04 - BFH/NV 2005, 695).*

27

III. Entgegen der Auffassung der Klägerin ist die Regelung in § 29 Abschn. B Abs. 3 BAT-O nicht nachträglich unbewusst lückenhaft geworden. Spätestens durch die Entscheidung des Senats vom 29. April 2004 (- 6 AZR 101/03 - BAGE 110, 277) sind die Tarifvertragsparteien darauf aufmerksam

28

gemacht worden, dass das familienstandsbezogene System des Ortszuschlags nach § 29 Abschn. B BAT/BAT-O, dessen Stufen sich nach den mit dem Familienstand einhergehenden gesetzlichen Unterhaltspflichten bzw. der darauf zurückgehenden typisierten Bedarfssituation bestimmten, durch die Einführung des neuen Familienstandes der eingetragenen Lebenspartnerschaft zum 1. August 2001 lückenhaft geworden war. Gleichwohl haben sie dieses System an die geänderte Rechtslage nicht angepasst. Insbesondere haben sie die Regelung für den Ortszuschlag der Stufen 3 und höher in § 29 Abschn. B Abs. 3 BAT/BAT-O unverändert gelassen. Es kann dahinstehen, ob eine Änderung dieser Bestimmung deshalb unterblieb, weil die Arbeitgeberseite die Anspruchsvoraussetzungen für den kinderbezogenen Entgeltbestandteil nicht erweitern wollte, wie es sich der vom Landesarbeitsgericht eingeholten Stellungnahme der TdL entnehmen lässt, oder ob der BAT im Hinblick auf die Verhandlungen über ein neues Tarifsysteem, in dem kein Ortszuschlag mehr vorgesehen war, bewusst nicht mehr „gepflegt“ werden sollte, wie es ver.di in ihrer Stellungnahme mitgeteilt hat. Dass die Tarifvertragsparteien unterschiedliche Motive für das unveränderte Festhalten am bisherigen Tarifrecht gehabt haben mögen, macht die entstandene Tariflücke nicht zu einer unbewussten. In jedem Fall haben die Tarifvertragsparteien nämlich in der Folge der Entscheidung des Senats vom 29. April 2004 (- 6 AZR 101/03 - aaO), die ihnen, wie sich den eingeholten Stellungnahmen entnehmen lässt, bekannt war, erkannt, dass die Frage, ob nach Einführung des neuen Familienstandes der eingetragenen Lebenspartnerschaft auch Kinder eines eingetragenen Lebenspartners den Anspruch des Angestellten auf den kinderbezogenen Entgeltbestandteil im Ortszuschlag begründen konnten, regelungsbedürftig geworden war. Sie haben diese Frage bewusst ungeregelt gelassen. Bei einer derartigen bewussten Tariflücke scheidet aber eine ergänzende Tarifauslegung zur Schließung dieser Lücke aus (vgl. Senat 29. April 2004 - 6 AZR 101/03 - BAGE 110, 277, 283 f.).

E. § 29 Abschn. B Abs. 3 BAT-O benachteiligte Angestellte des öffentlichen Dienstes gleichheitswidrig, soweit diese Vorschrift ihnen den Anspruch auf den kinderbezogenen Entgeltbestandteil im Ortszuschlag für die in ihren Haus-

29

halt aufgenommenen Kinder ihres eingetragenen Lebenspartners versagte, aber einem Ehegatten für die Kinder seines Ehepartners Anspruch auf den Ortszuschlag der Stufen 3 und höher einräumte. Insoweit hält die tarifliche Regelung einer Kontrolle am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG nicht stand.

I. Tarifvertragsparteien sind bei der tariflichen Normsetzung nicht unmittelbar grundrechtsgebunden. Die Schutzpflichtfunktion der Grundrechte verpflichtet die Arbeitsgerichte jedoch dazu, solchen Tarifregelungen die Durchsetzung zu verweigern, die zu gleichheits- und sachwidrigen Differenzierungen führen und deshalb Art. 3 GG verletzen. Dabei kommt den Tarifvertragsparteien als selbstständigen Grundrechtsträgern allerdings aufgrund der durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Tarifautonomie ein weiter Gestaltungsspielraum zu. Wie weit dieser reicht, hängt von den im Einzelfall vorliegenden Differenzierungsmerkmalen ab, wobei den Tarifvertragsparteien in Bezug auf die tatsächlichen Gegebenheiten und betroffenen Interessen eine Einschätzungsprärogative zusteht. Sie sind nicht verpflichtet, die jeweils zweckmäßigste, vernünftigste oder gerechteste Lösung zu wählen (*Senat 18. Dezember 2008 - 6 AZR 287/07 - AP TVÜ § 11 Nr. 2 = EzTöD 320 TVÜ-VKA § 11 Abs. 1 Nr. 13*). 30

II. Auch bei Anlegung dieses weiten Maßstabs war die von den Tarifvertragsparteien vorgenommene Gruppenbildung selbst bei typisierender Betrachtung und unter Beachtung des ihnen zukommenden Gestaltungsspielraums gleichheitswidrig. 31

1. § 29 Abschn. B Abs. 3 BAT-O knüpfte an die sexuelle Orientierung homosexueller Menschen mittelbar nachteilige vergütungsrechtliche Folgen. Diese Bestimmung verwehrte eingetragenen Lebenspartnern kinderbezogene Entgeltbestandteile bei Aufnahme von leiblichen Kindern des Lebenspartners in den Haushalt, gewährte aber einen Anspruch auf diese Entgeltbestandteile für Stiefkinder, die im gemeinsamen Haushalt eines Angestellten des öffentlichen Dienstes und seines Ehegatten lebten. 32

Die Ehe wird typischerweise von Heterosexuellen, die eingetragene Lebenspartnerschaft von Homosexuellen eingegangen. Die Ungleichbehandlung von Verheirateten und Verpartnerten durch § 29 Abschn. B Abs. 3 BAT-O knüpft damit an ein Persönlichkeitsmerkmal, das mit den in Art. 3 Abs. 3 GG genannten vergleichbar ist und zur Diskriminierung einer Minderheit führen kann. Mittelbar werden deshalb durch Leistungen, die den Bestand einer Ehe voraussetzen und verpartnerten Homosexuellen deshalb nicht gewährt werden, Menschen wegen ihrer sexuellen Orientierung ungleich behandelt (*BVerfG 7. Juli 2009 - 1 BvR 1164/07 - Rn. 87, 92, ZTR 2009, 642; 20. September 2007 - 2 BvR 855/06 - Rn. 21, NJW 2008, 209*). Deshalb unterlagen die Tarifvertragsparteien, die diese Ungleichbehandlung über § 29 Abschn. B Abs. 3 BAT-O in das Tarifrecht übernommen haben, einer weitergehenden Bindung als bei einer bloßen sachverhaltsbezogenen Ungleichbehandlung. Die Differenzierung zwischen verheirateten und verpartnerten Angestellten, die Kinder ihres Partners in den Haushalt aufgenommen hatten, beim Anspruch auf kinderbezogene Entgeltbestandteile war nur zulässig, wenn ein innerer Zusammenhang zwischen den vorgefundenen Verschiedenheiten und der differenzierenden Regelung vorlag, der sich als sachlich vertretbarer Unterscheidungsgesichtspunkt von hinreichendem Gewicht anführen ließ (*vgl. BVerfG 7. Juli 2009 - 1 BvR 1164/07 - Rn. 86, aaO*). Es mussten also bei typisierender Betrachtung zwischen Ehe und eingetragener Lebenspartnerschaft als rechtlich unterschiedlich ausgestalteten Formen, auf Dauer angelegter, rechtlich verfestigter Partnerschaften bezogen auf den Zweck des kinderbezogenen Bestandteils im Ortszuschlag erhebliche Unterschiede bestehen, die es rechtfertigten, nur für Stiefkinder von verheirateten Angestellten des öffentlichen Dienstes, nicht aber für leibliche Kinder des Partners eines in eingetragener Lebenspartnerschaft lebenden Angestellten des öffentlichen Dienstes die kinderbezogenen Entgeltbestandteile zu gewähren. Mit diesem strengen Kontrollmaßstab bei einer auf die sexuelle Orientierung bezogenen Ungleichbehandlung schließt das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich an die Rechtsentwicklung im Europarecht an (*vgl. 7. Juli 2009 - 1 BvR 1164/07 - Rn. 88, 93, aaO; zur Möglichkeit, das Verbot der Diskriminierung wegen der*

33

sexuellen Ausrichtung des Art. 1 der RL 2000/78/EG europarechtlich als Konkretisierung des allgemeinen Gleichheitssatzes zu begreifen siehe Preis/Temming NZA 2010, 185, 189 f.).

2. Die Ungleichbehandlung von verheirateten und verpartnerten Angestellten in Bezug auf den kinderbezogenen Bestandteil im Ortszuschlag war gemessen an diesen Anforderungen nicht gerechtfertigt. 34

a) Nur Verwandte in gerader Linie sind einander zum Unterhalt verpflichtet (§ 1601 BGB). Das gilt auch in der Ehe. Eine gesetzliche Unterhaltspflicht besteht deshalb nach § 1360a Abs. 1 BGB auch in der Ehe nur gegenüber den gemeinsamen unterhaltsberechtigten Kindern. Stiefkinder haben dagegen gegenüber dem Ehegatten ihres leiblichen Elternteils keinen Unterhaltsanspruch (vgl. BGH 11. Mai 2005 - XII ZR 211/02 - zu II 3 a der Gründe, BGHZ 163, 84). Gleichwohl wurde dem verheirateten Angestellten des öffentlichen Dienstes wegen des Verweises in § 29 Abschn. B Abs. 3 BAT-O auf die Vorschrift des § 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG der Ortszuschlag der Stufe 3 und höher auch für seine Stiefkinder zugestanden (vgl. BVerwG 27. August 1992 - 2 C 41.90 - EzBAT BAT § 29 Nr. 18; vgl. BGH 23. November 1988 - IVb ZR 20/88 - zu B I 3 der Gründe, FamRZ 1989, 172). Diese gesetzliche Bestimmung räumt dem Stiefelternteil einen Kindergeldanspruch ein, weil der Gesetzgeber davon ausgeht, dass durch die Aufnahme in den Haushalt des Berechtigten eine einem leiblichen Kind vergleichbare Unterhaltssituation entsteht (vgl. BFH 2. März 2009 - III B 4/07 - Rn. 7). Deshalb setzt die Vorschrift eine tatsächliche Aufnahme des Stiefkinds in den Haushalt des Berechtigten, dh. die Aufnahme in die Familiengemeinschaft mit einem dort begründeten Betreuungs- und Erziehungsverhältnis familienhafter Art, voraus. Ohne Bedeutung ist es dabei, ob und in welchem Umfang der Berechtigte einen tatsächlichen Beitrag zum Unterhalt des Kindes leistet (BFH 27. August 1998 - VI B 236/97 -). Die durch die Aufnahme in den Haushalt entstehende typische Mehrbelastung soll ausgeglichen werden (vgl. BVerwG 27. August 1992 - 2 C 41.90 - aaO; BGH 23. November 1988 - IVb ZR 20/88 - aaO). Letztlich beruht die gesetzliche Regelung des § 63 EStG, die die Tarifvertragsparteien in ihren Regelungswillen 35

aufgenommen haben, auf der Erkenntnis, dass die Aufnahme von Stiefkindern in den gemeinsamen Haushalt von Ehegatten eine Familiengemeinschaft begründet, die zu gegenseitigen Schutz- und Beistandspflichten führt und es rechtfertigt, entsprechend dem sozialpolitischen Zweck des Kindergeldes auch Stiefeltern Anspruch auf das Kindergeld zu gewähren. Denn auch Stiefkinder bilden mit ihrem leiblichen Elternteil und dem Stiefelternteil eine Familie iSv. Art. 6 Abs. 1 GG (*st. Rspr., seit BVerfG 30. Juni 1964 - 1 BvL 16/62 ua. - zu D 2 der Gründe, BVerfGE 18, 97*).

b) Der kinderbezogene Bestandteil im Ortszuschlag sollte einen Beitrag zu der aus der Erziehung und Betreuung von Kindern folgenden erheblichen finanziellen Belastung leisten (*Senat 18. Dezember 2008 - 6 AZR 287/07 - Rn. 28 mwN, AP TVÜ § 11 Nr. 2 = EzTöD 320 TVÜ-VKA § 11 Abs. 1 Nr. 13; vgl. auch BVerfG 19. November 2003 - 2 BvR 1476/01 - BVerfGK 2, 131 für den Familienzuschlag nach § 40 Abs. 2 BBesG*). Er bildete eine soziale Komponente des Arbeitseinkommens, die besondere, mit einem bestimmten Familienstand typischerweise und dauerhaft verbundene Unterhaltslasten des Angestellten ausgleichen sollte, ohne auf die damit einhergehende finanzielle Belastung im Einzelnen abzustellen (*Senat 29. April 2004 - 6 AZR 101/03 - BAGE 110, 277, 284*). Die Tarifvertragsparteien haben den Anspruch auf diesen Entgeltbestandteil vollständig an die Kindergeldberechtigung nach dem Einkommensteuergesetz geknüpft (*Senat 31. Mai 2001 - 6 AZR 321/00 - AP BAT § 29 Nr. 16 = EzBAT BAT § 29 Nr. 29*). Sie sind offenkundig davon ausgegangen, dass die Gewährung von Kindergeld und der Anspruch auf den kinderbezogenen Anteil im Ortszuschlag denselben sozialpolitischen Zwecken dienen (*vgl. BVerwG 26. August 1993 - 2 C 16.92 - BVerwGE 94, 98*).

c) Gründe, die ausgehend von diesem Regelungszweck des § 29 Abschn. B Abs. 3 BAT-O bei der Aufnahme von Kindern in den Haushalt Differenzierungen zwischen Ehepaaren und eingetragenen Lebenspartnerschaften rechtfertigen könnten, lagen nicht vor. Vielmehr gebot der Regelungszweck des § 29 Abschn. B Abs. 3 BAT-O die Gleichbehandlung beider Personengruppen.

aa) Die Tarifvertragsparteien hatten, wie sich aus den vom Landesarbeitsgericht eingeholten Auskünften ergibt, keine eigenständigen Gründe, die eingetragenen Lebenspartner vom Anspruch auf den Ortszuschlag der Stufen 3 und höher auszunehmen. Eine etwaige familienpolitische Intention der Tarifvertragsparteien mit dem Ziel, dass Kinder mit möglichst verheirateten Eltern aufwachsen und daher Anreize zur Eheschließung gegeben werden sollten, läge ohnehin außerhalb der Regelungskompetenz der Tarifvertragsparteien (*Senat 26. Oktober 2006 - 6 AZR 307/06 - Rn. 27, BAGE 120, 55*). Zudem könnte eine solche Intention allenfalls eine Privilegierung der Ehe gegenüber heterosexuellen nichtehelichen Lebensgemeinschaften begründen (*BVerfG 7. Juli 2009 - 1 BvR 1164/07 - Rn. 104, ZTR 2009, 642*). Schließlich haben derartige Gründe keinen Niederschlag im Tarifwortlaut gefunden und wären daher unbeachtlich (*vgl. Senat 5. Februar 2009 - 6 AZR 114/08 - Rn. 23, EzTöD 100 TVöD-AT § 8 Rufbereitschaftsentgelt Nr. 5*).

bb) Der bloße Verweis auf den durch Art. 6 Abs. 1 GG gewährleisteten Schutz der Ehe kann die Versagung des Anspruchs auf den kinderbezogenen Entgeltbestandteil für die in den Haushalt aufgenommenen Kinder des eingetragenen Lebenspartners nicht rechtfertigen (*aA ohne nähere Begründung BFH 30. November 2004 - VIII R 61/04 -*).

Zwar dürfen Tarifvertragsparteien bei der Gewährung sozialer Leistungen aus dem Arbeitsverhältnis typisierend an die durch Eheschließung geschaffene Pflichtenlage anknüpfen, weil insoweit ein Bezug zu Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen und damit zur Regelungskompetenz der Tarifvertragsparteien besteht (*vgl. Senat 29. April 2004 - 6 AZR 101/03 - BAGE 110, 277, 286*). Regelungen, die derart differenzieren, müssen jedoch sachlich gerechtfertigt sein. Hierfür bedarf es jenseits des bloßen Abstellens auf die Ehe iSd. Art. 6 Abs. 1 GG eines hinreichend gewichtigen Sachgrundes, der gemessen am jeweiligen Regelungsgegenstand und -ziel die Benachteiligung anderer Lebensformen, die wie die eingetragene Lebenspartnerschaft nach dem geregelten Lebenssachverhalt und den mit der Normierung verfolgten Zielen der Ehe vergleichbar sind, rechtfertigt (*BVerfG 7. Juli 2009 - 1 BvR 1164/07 -*

Rn. 105, ZTR 2009, 642; vgl. auch Ingrid Schmidt FS Wißmann S. 80, 88).
Diese Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts tragen den Tenor seiner Entscheidung und entfalten wie der Tenor selbst die Bindungswirkung des § 31 Abs. 1 BVerfGG (5. Dezember 2005 - 2 BvR 1964/05 - Rn. 74, NJW 2006, 672).

(1) Gemäß § 31 Abs. 1 BVerfGG entfalten die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts eine über den Einzelfall hinausgehende Bindungswirkung insofern, als die sich aus dem Tenor und den tragenden Gründen der Entscheidung ergebenden Grundsätze für die Auslegung der Verfassung von den Fachgerichten in allen künftigen Fällen beachtet werden müssen (vgl. 5. Dezember 2005 - 2 BvR 1964/05 - Rn. 74, NJW 2006, 672; 10. Juni 1975 - 2 BvR 1018/74 - BVerfGE 40, 88, 94). 41

(2) Tragend für eine Entscheidung sind jene Rechtssätze, die nicht hinweggedacht werden können, ohne dass das konkrete Entscheidungsergebnis nach dem in der Entscheidung zum Ausdruck gekommenen Gedankengang entfielen (*BVerfGE 18. Januar 2006 - 2 BvR 2194/99 - BVerfGE 115, 97; 12. November 1997 - 1 BvR 479/92 - und - 1 BvR 307/94 - BVerfGE 96, 375, 404 f.*). 42

Danach sind die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts zum unzureichenden Rechtfertigungsgehalt des Schutzes der Ehe tragend und bindend. Unabhängig davon, dass diese Ausführungen sich lediglich auf den konkret zu entscheidenden Fall und damit auf die Hinterbliebenenversorgung von eingetragenen Lebenspartnern beziehen, beruht die Entscheidung in ihrem Ergebnis darauf, dass allein mit Art. 6 Abs. 1 GG die Differenzierung zwischen eingetragenen Lebenspartnern und Ehegatten nicht gerechtfertigt werden könne, sondern darüber hinaus ein gemessen am jeweiligen Regelungsgegenstand und -ziel hinreichend gewichtiger Sachgrund vorliegen müsse. Diese Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts über die Interpretation der Reichweite des Schutzauftrags aus Art. 6 Abs. 1 GG, die es im Übrigen auch zum Leitsatz gemacht hat, binden deshalb den Senat. 43

cc) Auch die innerhalb der Familie bestehenden Schutz- und Beistandspflichten rechtfertigen die Begünstigung von Ehen mit Stiefkindern eines Elternteils gegenüber eingetragenen Lebenspartnerschaften, in denen leibliche Kinder eines Lebenspartners leben, nicht. 44

Der Ortszuschlag der Stufe 3 und höher sollte - wie ausgeführt - die durch die Erziehung und Betreuung von Kindern entstehenden finanziellen Belastungen mindern. Einen Anspruch darauf hatten neben verheirateten, verwitweten und geschiedenen Angestellten (§ 29 Abschn. B Abs. 2 Nr. 1 bis 3 iVm. Abs. 3 BAT/BAT-O), bei denen ein Bezug zur Ehe bestand, auch alleinerziehende Angestellte, bei denen nie eine Ehe bestanden hatte (§ 29 Abs. 2 Nr. 4 iVm. Abs. 3 bzw. § 29 Abs. 4 BAT/BAT-O). Der kinderbezogene Entgeltbestandteil im Ortszuschlag knüpfte damit bei typisierender Betrachtung auch an das Bestehen einer Familie und an die daraus entstehenden Pflichten an. 45

(1) In eingetragenen Lebenspartnerschaften besteht eine rechtlich abgesicherte Verantwortungsbeziehung nicht nur der Partner untereinander oder gegenüber ihren leiblichen Kindern, sondern auch gegenüber Kindern des Lebenspartners. § 9 LPartG räumt dem Lebenspartner eines allein sorgberechtigten Elternteils im Einvernehmen mit dem Elternteil die Befugnis zur Mitentscheidung in Angelegenheiten des täglichen Lebens des Kindes ein. Das Lebenspartnerschaftsgesetz gewährt dem Lebenspartner also für die Kinder seines eingetragenen Lebenspartners das sog. kleine Sorgerecht. Dies beruht auf der Annahme des Gesetzgebers, dass in einer Lebenspartnerschaft regelmäßig auch der Lebenspartner, der nicht Elternteil des Kindes ist, Aufgaben der Pflege und Erziehung des Kindes übernehme. Dies solle durch das kleine Sorgerecht rechtlich anerkannt, geschützt und abgesichert werden. Jedenfalls dann, wenn der leibliche Elternteil Alleininhaber der elterlichen Sorge sei, sei nämlich zu erwarten, dass im Rahmen der Lebenspartnerschaft eine neue soziale Familie entstehe (*BT-Drucks. 14/3751 S. 39*). Die durch das Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts durch § 9 Abs. 7 LPartG eingefügte Möglichkeit der Stiefkindadoption hat der Gesetzgeber damit begründet, dass auch der Lebenspartner, der nicht Elternteil ist, Verantwortung für 46

das Kind übernehme. Begründe der Elternteil eines Kindes, bei dem es lebe, eine Lebenspartnerschaft, bestehe in der Regel eine gemeinsame Familie (*BT-Drucks. 15/3445 S. 15*).

(2) Angesichts der vergleichbaren rechtlichen und tatsächlichen Lebenssituation von Angestellten des öffentlichen Dienstes, die leibliche Kinder ihres Ehegatten oder ihres eingetragenen Lebenspartners in den Haushalt aufgenommen haben, kann dahinstehen, ob die Gemeinschaft aus eingetragenen Lebenspartnern und Kindern eines der Lebenspartner tatsächlich - wie der Gesetzgeber ohne weitere Begründung wohl angenommen hat - bereits eine Familie iSd. Art. 6 Abs. 1 GG ist. 47

Art. 6 Abs. 1 GG erstreckt seinen Schutz auf die soziale Familie als dauerhafte Verantwortungsgemeinschaft von Eltern mit Kindern. Dabei ist nicht maßgeblich, ob die Kinder von den Eltern abstammen und ob sie ehelich oder nichtehelich geboren wurden. Familie iSd. Art. 6 Abs. 1 GG ist nach der Definition des Bundesverfassungsgerichts die tatsächliche Lebens- und Erziehungsgemeinschaft zwischen Kindern und Eltern, die für diese Verantwortung tragen. Lebt das Kind mit beiden Eltern zusammen, bilden sie gemeinsam eine Familie. Ist dies nicht der Fall, tragen aber beide Eltern tatsächlich Verantwortung für das Kind, hat dieses zwei Familien, die jeweils von Art. 6 Abs. 1 GG geschützt sind: die mit der Mutter und die mit dem Vater (*BVerfG 9. April 2003 - 1 BvR 1493/96 - und - 1 BvR 1724/01 - zu C II 1 a der Gründe, BVerfGE 108, 82*). 48

Damit ist zwar klargestellt, dass Ehe und Familie zwei unabhängig voneinander gewährleistete Schutzbereiche des Art. 6 Abs. 1 GG sind. Ungeklärt ist bisher jedoch, ob auch eine Gemeinschaft, die aus zwei gleichgeschlechtlichen Lebenspartnern und Kindern des einen Lebenspartners besteht, ebenso wie eine Gemeinschaft aus Ehegatten mit leiblichen Kindern eines Elternteils als Familie iSv. Art. 6 Abs. 1 GG anzusehen ist (*in diesem Sinn Jarass/Pieroth GG 10. Aufl. Art. 6 Rn. 7; ausführlich Gerhard Die eingetragene Lebenspartnerschaft Dissertation 2007*). Darauf kommt es hier aber nicht an. Jedenfalls wird bei typisierender Betrachtung durch die Aufnahme von Kindern eines eingetragenen Lebenspartners in den Haushalt der Lebenspartnerschaft eine 49

familienähnliche Beistandsgemeinschaft (zu diesem Begriff vgl. Gröschner in H. Dreier Grundgesetz-Kommentar Bd. 1 2. Aufl. Art. 6 Rn. 73) bzw. eine sozial-familiäre Verantwortungsgemeinschaft (zu diesem Begriff BVerfG 10. August 2009 - 1 BvL 15/09 - Rn. 15, FamRZ 2009, 1653 für das Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG) vermittelt, die es ausschließt, diese Kinder hinsichtlich der kinderbezogenen Entgeltbestandteile im Ortszuschlag anders zu behandeln als die Kinder von Ehegatten. Nach der Lebenswirklichkeit sind in dem durch die Aufnahme der Kinder des eingetragenen Lebenspartners begründeten familiären Betreuungs- und Erziehungsverhältnis die faktischen rechtlichen sowie sittlichen Pflichten gegenüber den Kindern des eingetragenen Lebenspartners soweit an die in einer Ehe gegenüber den Kindern des anderen Ehegatten bestehenden Verpflichtungen angenähert, dass es besonderer Umstände bedarf, um die Versagung des kinderbezogenen Entgeltbestandteils im Ortszuschlag zu rechtfertigen.

(3) Solche Umstände liegen nicht vor. Die durch Aufnahme von Kindern entstehenden materiellen und immateriellen Belastungen, etwa durch deren Versorgung, Gewährung von Unterhalt, Zuwendung von Fürsorge und Betreuung und die Begründung familienähnlicher Bindungen (vgl. BSG 14. Januar 1987 - 10 RKg 13/85 - SozSich 1987, 288), hängen nicht davon ab, ob es sich um Kinder eines Ehegatten oder des Partners einer eingetragenen Lebenspartnerschaft handelt. 50

Es sind auch weder vom Landesarbeitsgericht Feststellungen getroffen noch sind Anhaltspunkte dafür vorgetragen oder offenkundig, dass in eingetragenen Lebenspartnerschaften entgegen der Annahme des Gesetzgebers derartige Belastungen - anders als in der Ehe - typischerweise vom leiblichen Elternteil allein getragen werden. Die eingetragene Lebenspartnerschaft führt - wie dargelegt - zu rechtlichen Bindungen, die weitgehend der Ehe entsprechen. Aufgrund der verrechtlichten Verantwortungsbeziehung der eingetragenen Lebenspartner ist die Annahme gerechtfertigt, dass - wie bei einer Ehe und anders als bei nichtehelichen Lebensgemeinschaften - durch die Aufnahme des Kindes eines eingetragenen Lebenspartners in den Haushalt 51

des Angestellten des öffentlichen Dienstes ein familiäres Betreuungs- und Erziehungsverhältnis entsteht, das mit dem gegenüber einem leiblichen Kind bestehenden vergleichbar ist. Gerade der Milderung der dadurch auftretenden Belastungen diene der kinderbezogene Entgeltbestandteil im Ortszuschlag. Daher verstößt es gegen Art. 3 Abs. 1 GG, wenn dieser Entgeltbestandteil eingetragenen Lebenspartnern, die Kinder ihres Partners aufgenommen haben, anders als Ehegatten für die Kinder ihres Ehepartners nicht gewährt wird, obwohl sie - wie es bei der Klägerin der Fall ist - die übrigen Voraussetzungen der §§ 63 ff. EStG erfüllen.

F. Wegen der Teilnichtigkeit der Regelung in § 29 Abschn. B Abs. 3 BAT-O hatte die Klägerin seit Begründung der eingetragenen Lebenspartnerschaft am 3. Juni 2005 Anspruch auf den Ortszuschlag der Stufe 4. 52

Verstöße gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG lösen bei Tarifverträgen und Gesetzen die gleichen Rechtsfolgen aus. Soweit dem Normgeber ein Regelungsspielraum verbleibt, haben die Gerichte für Arbeitssachen dies zu respektieren. Eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs des Tarifvertrags ist nicht ohne Weiteres möglich. Die unzulässigerweise ausgeklammerten Personen haben jedoch dann Anspruch auf die Vergünstigung, wenn der Normgeber nur auf diesem Weg dem Gleichheitssatz Rechnung tragen kann oder wenn anzunehmen ist, dass er bei Beachtung des Gleichheitssatzes alle zu berücksichtigenden Personen in die Vergünstigung einbezogen hätte (vgl. BVerfG 28. Januar 1992 - 1 BvR 1025/82 ua. - BVerfGE 85, 191, 211 f.; BAG 7. März 1995 - 3 AZR 282/94 - BAGE 79, 236, 247 f.). 53

Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt. Dem Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG kann in dem vorliegenden Fall der Teilnichtigkeit einer Norm, die einen bestimmten Entgeltbestandteil einem kleinen Teil der Normunterworfenen gleichheitswidrig versagte und die zwischenzeitlich im Zuständigkeitsbereich des beklagten Freistaats durch den TV-L ersetzt worden ist, nur dadurch genügt werden, dass auch den benachteiligten Angestellten, die in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft lebten, die vorenthaltene Leistung verschafft wird. Aus Gründen des Vertrauensschutzes kann den rechtmäßig von § 29 Abschn. B 54

Abs. 3 BAT-O iVm. § 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG begünstigten Angestellten, die Kinder ihres Ehegatten in den Haushalt aufgenommen hatten und deswegen den Ortszuschlag der Stufe 3 und höher bezogen, dieser Entgeltbestandteil nicht rückwirkend genommen werden (*vgl. BAG 7. März 1995 - 3 AZR 282/94 - BAGE 79, 236, 248*).

G. Seit dem 1. November 2006, dh. seit Inkrafttreten des TV-L, hat die Klägerin Anspruch auf Fortzahlung des kinderbezogenen Entgeltbestandteils gemäß § 11 TVÜ-Länder. Die Kinder ihrer eingetragenen Lebenspartnerin waren aus den unter E genannten Gründen im Oktober 2006 zu berücksichtigen. Änderungen in den persönlichen Verhältnissen, die den Anspruch auf das Kindergeld und damit die Besitzstandszulage nach § 11 TVÜ-Länder zwischenzeitlich hätten entfallen lassen, sind nicht festgestellt, nicht vorgebracht und nicht ersichtlich. 55

H. Weil sich der Anspruch der Klägerin bereits aus einer Verletzung des Art. 3 Abs. 1 GG durch § 29 Abschn. B Abs. 3 BAT-O ergibt, kann dahinstehen, ob die Klägerin auch aus unionsrechtlichen Gründen Anspruch auf die begehrte Gleichbehandlung mit verheirateten Angestellten des Beklagten hatte. Der Senat brauchte daher auch nicht zu entscheiden, ob die Lebenspartnerschaft nach deutschem Recht Personen gleichen Geschlechts in eine Situation versetzt, die in Bezug auf kinderbezogene Entgeltbestandteile der Situation von Ehegatten vergleichbar ist (*zu dieser Anforderung vgl. EuGH 1. April 2008 - C-267/06 - [Maruko] Rn. 72 f., Slg. 2008, I-1757*), oder ob dies wegen der nach wie vor bestehenden Unterschiede in der rechtlichen Ausgestaltung beider Familienstände zu verneinen ist (*so für den Familienzuschlag nach § 40 Abs. 1 Nr. 1 BBesG BVerwG 15. November 2007 - 2 C 33.06 - mwN, NJW 2008, 868; mit Beschluss vom 26. Mai 2009 - 2 B 80.08 - hat das BVerwG gleichwohl die Revision zur Klärung der Frage zugelassen, ob § 40 Abs. 1 Nr. 1 BBesG mit dem Verbot der Diskriminierung wegen der sexuellen Ausrichtung vereinbar ist; das BAG 14. Januar 2009 - 3 AZR 20/07 - AP GG Art. 3 Nr. 315 = EzA AGG § 2 Nr. 3 hat eine Diskriminierung eingetragener Lebenspartner hinsichtlich der Hinterbliebenenversorgung bejaht*), und welche Bedeutung Art. 6 Abs. 1 GG in 56

diesem Zusammenhang zukäme. Schließlich bedarf auch die Frage keiner Klärung, ob und unter welchen Voraussetzungen Ungleichbehandlungen, die an den Familienstand anknüpfen, wie vom Gerichtshof der Europäischen Union in der Maruko-Entscheidung ohne nähere Begründung in Abweichung von den Schlussanträgen von Generalanwalt Colomer (6. September 2007 - C-267/06 - Rn. 96, aaO) angenommen, zu einer unmittelbaren Diskriminierung gleichgeschlechtlicher eingetragener Lebenspartner führen können, oder ob lediglich eine mittelbare Diskriminierung in Betracht kommt (so BVerwG 15. November 2007 - 2 C 33.06 - Rn. 19 ff., aaO; vgl. auch ErfK/Schlachter 10. Aufl. § 1 AGG Rn. 13; EuGH 31. Mai 2001 - C-122/99 P - und - C-125/99 P - Rn. 48, Slg. 2001, I-4319 prüft neutral lediglich die Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes). Der Senat hatte deshalb auch die Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union zur Klärung dieser Fragen nicht zu prüfen.

- I. Der Klägerin sind entgegen der Auffassung des beklagten Freistaats die begehrten Verzugszinsen zuzusprechen. 57
- I. Nach ständiger Rechtsprechung (seit BAG 21. Januar 1970 - 4 AZR 106/69 - BAGE 22, 247) kann auch mit einer Feststellungsklage die Verpflichtung zur Verzinsung der jeweils fälligen festzustellenden Vergütungsbeträge begehrt werden. 58
- II. Das für die begehrten Verzugszinsen nach § 285 BGB erforderliche Verschulden des Beklagten ergibt sich daraus, dass dieser trotz Mahnung und Fälligkeit nicht geleistet hat. Der Beklagte mag davon ausgegangen sein, dass er im Hinblick auf die eindeutige Regelung in § 29 Abschn. B Abs. 3 BAT-O nicht zur Zahlung des begehrten Entgeltbestandteils verpflichtet war. Dies lässt jedoch das Verschulden nicht entfallen. Insoweit liegt ein normales Prozessrisiko vor, das den Beklagten nicht entlastet. 59
- J. Ungeachtet der Entscheidung des Bundesfinanzhofs vom 30. November 2004 (- VIII R 61/04 -) war der Gemeinsame Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes nicht gemäß § 2 des Gesetzes zur Wahrung der Einheitlich- 60

keit der Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe des Bundes vom 19. Juni 1968 (*RsprEinhG*) anzurufen.

I. Gemäß § 2 *RsprEinhG* ist eine Vorlage an den Gemeinsamen Senat nur erforderlich, wenn ein oberster Gerichtshof in einer Rechtsfrage von der Entscheidung eines anderen obersten Gerichtshofs oder des Gemeinsamen Senats abweichen will. Dieselbe Rechtsfrage iSd. § 2 *RsprEinhG* liegt vor, wenn sich die zur Entscheidung anstehende Rechtsfrage im Anwendungsbereich derselben Rechtsvorschrift oder auf der Grundlage von Vorschriften stellt, die zwar in verschiedenen Gesetzen stehen, in ihrem Wortlaut aber im Wesentlichen und in ihrem Regelungsinhalt gänzlich übereinstimmen und deswegen nach denselben Prinzipien auszulegen sind (*GmS-OGB 12. März 1987 - 6/86 - zu II der Gründe, BVerwGE 77, 370*). 61

Daran fehlt es hier. Die auszulegende Bestimmung des § 29 Abschn. B Abs. 3 *BAT-O* hat einen anderen Regelungsinhalt als die Bestimmung des § 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 *EStG*, die als Sozialzwecknorm der einkommensteuerrechtlichen Förderung der Familie dient und im Übrigen nur an das Alter und das Einkommen der aufgenommenen Kinder knüpft. Demgegenüber ist der Ortszuschlag der Stufen 3 und höher ein Entgeltbestandteil, der zusätzlich zu den Anforderungen des § 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 *EStG* die Erbringung der Arbeitsleistung oder den Anspruch auf Entgeltersatzleistungen voraussetzt. Deshalb stimmen die tarifliche Norm und die gesetzliche Bestimmung, auf die sie verweist, in ihrem Regelungsinhalt nicht gänzlich überein. 62

II. Darüber hinaus hat der Bundesfinanzhof zur Begründung seiner Annahme, die unterschiedliche gesetzliche Behandlung von Kindern des Ehegatten einerseits und Kindern der gleichgeschlechtlichen Partnerin einer eingetragenen Lebenspartnerschaft andererseits sei nicht verfassungswidrig, darauf abgestellt, dass Art. 6 Abs. 1 *GG* die Ehe unter den besonderen Schutz des Staates stelle und der Gesetzgeber deshalb ohne Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 *GG* Ehegatten gegenüber Nichtehegatten begünstigen könne. Das Bundesverfassungsgericht hat jedoch entschieden, dass der bloße Verweis auf das Schutzgebot der Ehe eine Benachteiligung anderer Lebensformen, die wie 63

die eingetragene Lebenspartnerschaft nach dem geregelten Lebenssachverhalt und den mit der Normierung verfolgten Zielen mit der Ehe vergleichbar seien, allein nicht rechtfertige (*7. Juli 2009 - 1 BvR 1164/07 - Rn. 105, ZTR 2009, 642*).

Bei diesen Ausführungen handelt es sich - wie ausgeführt (*siehe oben E II 2 c bb*) - um den Tenor tragende Entscheidungsgründe, die deshalb wie der Tenor selbst die Bindungswirkung des § 31 Abs. 1 BVerfGG entfalten. Dadurch sind die Voraussetzungen einer Vorlage an den Gemeinsamen Senat entfallen. Die Vorlage an den Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes dient der Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung (*Art. 95 Abs. 3 Satz 1 GG, § 1 Abs. 1 RsprEinhG*). Darum ist eine Anrufung des Gemeinsamen Senats nicht erforderlich, wenn das Bundesverfassungsgericht die von einem anderen obersten Gerichtshof des Bundes abweichend beantwortete Rechtsfrage inzwischen mit Bindungswirkung für alle Fachgerichte geklärt hat. Die Einheitlichkeit der Rechtsprechung ist dann bereits durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts gewährleistet (*vgl. BAG 14. Januar 2009 - 3 AZR 20/07 - Rn. 25, AP GG Art. 3 Nr. 315 = EzA AGG § 2 Nr. 3 für die Auslegung des Unionsrechts durch den EuGH*).

64

K. Der Beklagte hat gemäß § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten der Revision zu tragen.

65

Fischermeier

Brühler

Spelge

H. Markwat

U. Lauth