

# BUNDESARBEITSGERICHT



6 AZR 434/07  
2 Sa 1253/06  
Landesarbeitsgericht  
München

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
18. März 2010

## URTEIL

Gaßmann, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagter, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Beratung 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 ehrenamtliche Richterin Markwat und den ehrenamtlichen Richter Lauth für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts München vom 10. Mai 2007 - 2 Sa 1253/06 - teilweise aufgehoben.
2. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts München vom 26. Oktober 2006 - 25 Ca 6094/06 - teilweise abgeändert:
  1. Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 2.479,95 Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz der EZB aus 190,77 Euro seit dem 16. Oktober 2005 sowie aus jeweils weiteren 381,53 Euro seit dem 16. November 2005, seit dem 16. Dezember 2005, seit dem 16. Januar 2006, seit dem 16. Februar 2006, seit dem 16. März 2006 und seit dem 16. April 2006 zu zahlen.
  2. Es wird festgestellt, dass der Beklagte verpflichtet war bzw. ist, dem Kläger ab Mai 2006 jeweils zum 15. des Monats einen Auslandszuschlag wie für Verheiratete in der nach dem für den Beklagten geltenden Tarifrecht jeweils bestimmten Höhe zu zahlen, solange der Kläger mit einem eingetragenen Lebenspartner am auswärtigen Dienstort einen gemeinsamen Hausstand unterhält.
  3. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
3. Der Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten über die Höhe des nach Begründung einer eingetragenen Lebenspartnerschaft zu zahlenden Auslandszuschlags. 1

Der 1960 geborene Kläger ist bei dem Beklagten, dem in der Rechtsform eines eingetragenen Vereins betriebenen Kulturinstitut der Bundesrepublik Deutschland, als Dozent tätig. Gemäß § 2 des Arbeitsvertrags vom 2

18. Dezember 1991 bestimmt sich das Arbeitsverhältnis nach dem Bundes-Angestelltentarifvertrag (*BAT*) und den diesen ergänzenden oder ändernden Tarifverträgen nach Maßgabe der zwischen dem Goethe-Institut und der Gewerkschaft Erziehung und Wissenschaft (*GEW*) abgeschlossenen Übernahmetarifverträge in der jeweils geltenden Fassung. Nach dem Tarifvertrag über die Regelung der Rechtsverhältnisse der Angestellten des Goethe-Instituts e.V. vom 10. September 2003 (*HausTV*) gelten für das Arbeitsverhältnis der aus Mitteln des Bundes vergüteten Angestellten des Beklagten die Tarifverträge für die Angestellten des Bundes in der jeweils geltenden Fassung, soweit nichts anderes bestimmt ist. Einschlägige Abweichungen vom Tarifrecht des Bundes enthält der HausTV nicht. Zwischen den Parteien steht außer Streit, dass seit dem 1. Oktober 2005 der Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (*TVöD*) vom 13. September 2005 in der für den Bund geltenden Fassung auf das Arbeitsverhältnis Anwendung findet.

Am 24. Mai 2005 begründete der Kläger eine eingetragene Lebenspartnerschaft. Seit dem 15. Oktober 2005 ist er für den Beklagten in Sydney tätig und unterhält dort seit Dienstbeginn einen gemeinsamen Hausstand mit seinem Lebenspartner. Der Beklagte zahlt dem Kläger neben dem nicht streitbefangenen Ortszuschlag der Stufe 2 einen Auslandszuschlag. Der Anspruch darauf folgt aus § 45 Nr. 8 Abs. 1 Satz 1 Buchst. a TVöD - Besonderer Teil Verwaltung (BT-V) in der für den Bund geltenden Fassung (*TVöD-BT-V (Bund)*) vom 13. September 2005. Nach dessen noch bis zum 30. Juni 2010 geltenden Fassung wird den Beschäftigten mit dienstlichem Wohnsitz im Ausland zu dem Tabellenentgelt (§ 15) in entsprechender Anwendung der §§ 55 bis 57 des Bundesbesoldungsgesetzes (*BBesG*) ein Auslandszuschlag nach den Sätzen der Anlagen VIa bis e des *BBesG* gezahlt. Diese Bestimmung ist bis auf die Bezeichnung der Vergütung wortgleich mit der Sonderregelung 2d Nr. 7 Abs. 1 Satz 1 Buchst. a zum *BAT*.

§ 55 *BBesG* idF der Bekanntmachungen vom 6. August 2002 (*BGBI. I S. 3020*) bzw. vom 19. Juni 2009 (*BBesG aF*) (*BGBI. I S. 1434*) lautet:

„(1) Der Auslandszuschlag wird nach den Aufstellungen in den Anlagen VIa bis VIh gewährt. Seine Höhe

3

4

richtet sich nach den Voraussetzungen der Absätze 2 bis 5, der Besoldungsgruppe des Beamten, Richters oder Soldaten und nach der für den ausländischen Dienstort maßgebenden Stufe.

- (2) Nach der Anlage VIa erhalten den Auslandszuschlag verheiratete Beamte, Richter und Soldaten, die mit ihrem Ehegatten am ausländischen Dienstort eine gemeinsame Wohnung haben. ...
- (3) Nach der Anlage VIb erhalten den Auslandszuschlag
  1. Beamte, Richter und Soldaten, die auf Grund ihrer dienstlichen Stellung verpflichtet sind, am ausländischen Dienstort einen eigenen Hausstand zu führen,
  2. Beamte, Richter und Soldaten, die das 40. Lebensjahr vollendet haben,
  3. Beamte, Richter und Soldaten, die in ihrer Wohnung am ausländischen Dienstort einer anderen Person nicht nur vorübergehend Unterkunft und Unterhalt gewähren, weil sie gesetzlich oder sittlich dazu verpflichtet sind oder aus beruflichen oder gesundheitlichen Gründen ihrer Hilfe bedürfen,
  4. verheiratete Beamte, Richter und Soldaten mit eigenem Hausstand, deren Ehegatten am ausländischen Dienstort noch keinen Wohnsitz begründet oder diesen wieder aufgegeben haben.
- ...
- (5) Beamte und Soldaten, für die das Gesetz über den Auswärtigen Dienst gilt, erhalten anstelle des Auslandszuschlages nach den Anlagen VIa bis VIc den Auslandszuschlag nach den Anlagen VI f bis VI h.

...“

Die allgemeinen Verwaltungsvorschriften zum Bundesbesoldungsgesetz (*BBesGVwV*) vom 11. Juli 1997 idF vom 26. Juli 2000 (*GMBI.* 1997 S. 314) bestimmen zu § 55 BBesG aF:

„55.1 **Zu Absatz 1:**

- 55.1.1 Mit dem Auslandszuschlag werden insbesondere die **materiellen Mehraufwendungen** und **immateriellen Belastungen** abgegolten, die durch

die Auslandsverwendung entstehen. ...

55.2 **Zu Absatz 2:**

55.2.1 Die Gewährung des Auslandszuschlags nach Anlage VI a bzw. Anlage VI f setzt voraus, daß der Besoldungsempfänger am ausländischen Dienstort mit seinem Ehegatten eine **gemeinsame Wohnung** bewohnt und sich der Ehegatte überwiegend dort aufhält. ...

...

55.3 **Zu Absatz 3:**

...

55.3.3 Der nach Nummer 3 zu zahlende Auslandszuschlag nach Anlage VI b bzw. Anlage VI g wird auf Antrag gewährt. Die aufgenommene Person muß von dem Besoldungsempfänger überwiegend unterhalten werden. Das ist, sofern nicht höhere Kosten glaubhaft gemacht werden, dann der Fall, wenn die Eigenmittel der zu unterhaltenen Person monatlich das Vierfache des Betrages, um den sich der Familienzuschlag eines Besoldungsempfängers der Besoldungsgruppe A 6 bei mehr als einem Kind für jedes weitere zu berücksichtigende Kind erhöht, nicht übersteigen. ...

55.3.4 ...

§ 55 Abs. 3 Nr. 4 findet keine Anwendung auf Besoldungsempfänger, deren Ehegatten nicht an den ausländischen Dienstort umziehen und die nicht beabsichtigen, am ausländischen Dienstort eine gemeinsame Wohnung zu gründen. Diese Besoldungsempfänger erhalten, wenn sie nicht die Voraussetzungen der Nummern 1 bis 3 erfüllen, den Auslandszuschlag nach Anlage VI c bzw. Anlage VI h.

...

...“

Mit Wirkung zum 1. Juli 2010 sind die Auslandsbezüge durch das Gesetz zur Neuordnung und Modernisierung des Bundesdienstrechts (*Dienstrechtsneuordnungsgesetz - DNeuG*) vom 5. Februar 2009 (*BGBl. I S. 160*) grundlegend neu geregelt worden. Der Auslandszuschlag ist nunmehr in § 53

6

BBesG wie folgt geregelt:

- „(1) Der Auslandszuschlag gilt materiellen Mehraufwand sowie allgemeine und dienstortbezogene immaterielle Belastungen der allgemeinen Verwendung im Ausland ab. Er bemisst sich nach der Höhe des Mehraufwands und der Belastungen, zusammengefasst in Dienstortstufen, sowie des zustehenden Grundgehalts, darüber hinaus nach der Anzahl der berücksichtigungsfähigen Personen sowie der Bereitstellung von Gemeinschaftsunterkunft oder -verpflegung oder entsprechenden Geldleistungen. ...
- (2) Der Auslandszuschlag für den Beamten, Richter oder Soldaten wird nach der Tabelle in Anlage VI.1 gezahlt. Bei der ersten neben dem Beamten, Richter oder Soldaten berücksichtigungsfähigen Person nach Absatz 4 Nr. 1 oder 3 erhöht sich der Betrag um 40 vom Hundert. Für alle anderen berücksichtigungsfähigen Personen wird jeweils ein Zuschlag nach der Tabelle in Anlage VI.2 gezahlt. ...
- ...
- (4) Im Auslandszuschlag berücksichtigungsfähige Personen sind:
1. Ehepartner, die mit dem Beamten, Richter oder Soldaten am ausländischen Dienstort eine gemeinsame Wohnung haben,
  2. Kinder, ...
  3. Personen, denen der Beamte, Richter oder Soldat in seiner Wohnung am ausländischen Dienstort nicht nur vorübergehend Unterkunft und Unterhalt gewährt, weil er gesetzlich oder sittlich dazu verpflichtet ist oder aus beruflichen oder gesundheitlichen Gründen ihrer Hilfe bedarf.

...“

Durch den Änderungstarifvertrag Nr. 8 vom 24. November 2009 zum  
TVöD - Besonderer Teil Verwaltung (BT-V) - ist § 45 Nr. 8 TVöD-BT-V (Bund)  
mit Wirkung zum 1. Juli 2010 wie folgt geändert worden:

- „(1) Beschäftigten mit dienstlichem und tatsächlichem Wohnsitz im Ausland werden zu dem Tabellenentgelt (§ 15) Auslandsbezüge in entsprechender Anwendung der §§ 15 und 52 bis 55 des Bundesbesoldungsgesetzes

7

gezahlt. ...

(2) Die Tabelle Auslandszuschlag der Anlage VI.1 Bundesbesoldungsgesetz findet mit der Maßgabe Anwendung, dass anstelle der Zeilen des Tabellenkopfes ‚Grundgehaltsspanne von - bis‘ der Tabellenkopf nach Anlage A (Bund) Anwendung findet. Die Beträge der Anlage A (Bund) nehmen an allgemeinen Entgeltanpassungen teil. ...

...“

Der Kläger forderte den Beklagten mit Schreiben vom 23. September 2005 auf, ihm ab Beginn seiner Tätigkeit in Australien den Auslandszuschlag wie für Verheiratete zu zahlen. Der Beklagte lehnte dies mit Schreiben vom 10. Oktober 2005 und 24. Januar 2006 unter Hinweis auf das Besserstellungsverbot ab. Dieses verbiete es, Beschäftigte des Beklagten als Empfänger öffentlicher Zuwendungen des Bundes besser zu stellen als vergleichbare Beschäftigte des Bundes. Da bei Beschäftigten des Auswärtigen Amtes die eingetragene Lebenspartnerschaft beim Auslandszuschlag nicht berücksichtigt werde, dürfe der Beklagte als Zuwendungsempfänger des Auswärtigen Amtes diese Leistung seinen Beschäftigten ebenfalls nicht gewähren.

8

Mit der im Mai 2006 eingereichten Klage begehrt der Kläger Zahlung des Auslandszuschlags in der Höhe, wie er Verheirateten gezahlt wird, für die Zeit vom 15. Oktober 2005 bis 30. April 2006 sowie die Feststellung dieses Anspruchs für die Zukunft. Die Differenz zu dem ihm gezahlten Auslandszuschlag betrug bei Klageerhebung unstreitig monatlich 381,53 Euro brutto.

9

Der Kläger ist der Auffassung, der Anspruch ergebe sich bereits aus einer richtlinienkonformen Auslegung des TVöD. Unter „verheirateten“ Beamten iSd. § 55 BBesG seien auch verpartnerte gleichgeschlechtliche Lebenspartner im Sinne des Lebenspartnerschaftsgesetzes zu verstehen. Jedenfalls erwachse sein Anspruch für die Zeit bis zum Inkrafttreten des AGG aus der unmittelbaren Anwendung der Richtlinie 2000/78/EG, seit dem 18. August 2006 aus dem AGG. Verpartnerte Beschäftigte würden mittelbar wegen ihrer sexuellen Identität benachteiligt, ohne dass der Schutz der Ehe diese Benachteiligung erfordere. Insoweit sei die tarifliche Verweisung auf § 55 BBesG unwirksam.

10

Schließlich werde er auch gleichheitswidrig iSv. Art. 3 GG diskriminiert. Äußerer Anknüpfungspunkt für den Auslandszuschlag sei die Ehe. Maßgeblicher Unterschied zwischen den Rechtsinstituten der Ehe und der Lebenspartnerschaft sei die sexuelle Identität der Partner. Wegen der durch die Lebenspartnerschaft begründeten gegenseitigen Pflichten, insbesondere der wechselseitigen Verpflichtung zur Gewährung von Unterhalt, persönlichem Beistand und gegenseitiger Fürsorge könnten eingetragene Lebenspartnerschaften nicht behandelt werden wie ein loses Zusammenleben zweier Personen ohne weitere gegenseitige Verpflichtungen.

11

Der Kläger hat beantragt,

12

1. den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger 2.479,95 Euro brutto nebst Zinsen von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz der EZB in im Einzelnen aufgeführter gestaffelter Höhe zu zahlen;
2. festzustellen, dass in Bezug auf den Kläger die Voraussetzungen des erhöhten Auslandszuschlags für „Verheiratete“ von dem Beklagten als erfüllt anzusehen sind, solange der Kläger mit einem eingetragenen Lebenspartner am auswärtigen Dienstort einen gemeinsamen Hausstand unterhält. Es wird weiter festgestellt, dass bei Vorliegen dieser Voraussetzungen der Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger künftig den erhöhten Auslandszuschlag als Vergütung monatlich im Voraus in der jeweils geltenden Höhe zu bezahlen.

Der Beklagte hat zur Begründung seines Klageabweisungsantrags vortragen, ein Auslandszuschlag in der Höhe, wie der Kläger ihn geltend mache, stehe nur Verheirateten zu. Lebenspartnerschaft sei keine Ehe im Sinne des Sprachgebrauchs. Der TVöD sei erst nach Inkrafttreten des Lebenspartnerschaftsgesetzes verhandelt worden, so dass davon auszugehen sei, dass die Tarifvertragsparteien dieses Gesetz gekannt hätten, ohne jedoch eingetragene Lebenspartnerschaft und Ehe hinsichtlich des Auslandszuschlags gleichzustellen. Auch der Gesetzgeber habe bislang entgegen seiner ursprünglichen Absicht im Bundesbesoldungsrecht keine Gleichstellung von Lebenspartnerschaft und Ehe vorgenommen. Eine Ungleichbehandlung mit Verheirateten liege nicht vor. Die Ehe sei ein sachlich zulässiger Differenzierungsgrund.

13



Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Hiergegen wendet sich der Kläger mit seiner zugelassenen Revision. 14

Die Parteien haben sich mit einer Entscheidung im schriftlichen Verfahren einverstanden erklärt. 15

### **Entscheidungsgründe**

Die Revision ist im Wesentlichen begründet. Der Kläger hat Anspruch auf den beziffert eingeklagten Auslandszuschlag nach der Anlage VIa zu § 55 BBesG aF und auf die begehrte Feststellung nach Maßgabe seines auszuliegenden Feststellungsantrags. 16

A. Soweit der Kläger einen „erhöhten“ Auslandszuschlag beansprucht, verstehen die Parteien darunter übereinstimmend nicht den Anspruch auf einen erhöhten Auslandszuschlag nach den Anlagen VI f bis VI h zu § 55 BBesG aF gemäß § 55 Abs. 5 BBesG aF iVm. der Verordnung über die Zahlung eines erhöhten Auslandszuschlags vom 18. Juli 1997 (*EAZV*) (*BGBI. I S. 1881*). Streitbefangen ist vielmehr allein der vom Kläger reklamierte Anspruch auf den Verheirateten gezahlten Auslandszuschlag nach der Anlage VIa zu § 55 BBesG aF. Das hat auch der Beklagte so verstanden. 17

B. Das erforderliche Feststellungsinteresse für den Feststellungsantrag liegt vor. Der Kläger hat bereits in der Klageschrift angekündigt, dass er auch nach Beendigung seiner Tätigkeit für den Beklagten in Sydney weitere Auslandseinsätze für den Beklagten plant. 18

Ungeachtet der Änderung der tariflichen Regelung des § 45 Nr. 8 TVöD-BT-V (Bund) durch den Änderungstarifvertrag Nr. 8 zum TVöD-BT-V im Anschluss an die Neugestaltung der gesetzlichen Regelung über den Auslandszuschlag durch das Dienstrechtsneuordnungsgesetz vom 5. Februar 2009 (*DNeuG*) (*BGBI. I S. 160*) besteht das Feststellungsinteresse auch über den 1. Juli 2010 hinaus fort. Die Neufassung des § 45 Nr. 8 TVöD-BT-V (Bund) findet wegen der dynamischen Fassung der Bezugnahmeklauseln im Arbeits- 19

vertrag und im HausTV des Beklagten auf das Arbeitsverhältnis der Parteien Anwendung. Aufgrund der Bezugnahme in § 45 Nr. 8 Abs. 1 TVöD-BT-V (Bund) in der ab 1. Juli 2010 geltenden Fassung hat der Kläger zwar ab diesem Zeitpunkt gemäß § 53 Abs. 2, Abs. 4 Nr. 3 BBesG Anspruch auf einen Auslandszuschlag, der der Höhe nach dem entspricht, den ein verheirateter Beamter für seinen Ehegatten erhält, wenn er mit seinem Lebenspartner in einer Wohnung lebt, die der Kläger allein unterhält (vgl. *Rundschreiben des BMI vom 5. März 2010 - D 5 - 220 210-2/45 - Informationen zur neuen Auslandsbesoldung unter I 5; vgl. zum Anspruch verpartnerter Beamter auf den Familienzuschlag der Stufe 1 unter den Voraussetzungen des § 40 Abs. 1 Nr. 4 BBesG allgemein BVerwG 26. Januar 2006 - 2 C 43.04 - BVerwGE 125, 79*). Solange jedoch nicht feststeht, dass - abweichend von der bisherigen Regelung für den Auslandszuschlag in 55.3.3 BBesGVwV - in der nach § 53 Abs. 7 BBesG noch zu erlassenden Verordnung keine Eigenmittelgrenzen festgesetzt werden, bei deren Überschreiten ein überwiegendes Unterhalten des Unterhaltsberechtigten verneint würde, bleibt ein Anspruch des Klägers auf den begehrten Auslandszuschlag in Frage gestellt, was sein Feststellungsinteresse auch über den 1. Juli 2010 hinaus begründet.

C. Prüfungsmaßstab ist § 45 Nr. 8 Abs. 1 Satz 1 Buchst. a TVöD-BT-V (Bund) in seiner jeweils gültigen Fassung und nicht unmittelbar § 55 BBesG in der bis zum 30. Juni 2010 geltenden Fassung bzw. § 53 BBesG in der ab 1. Juli 2010 geltenden Fassung. 20

I. Die Tarifpartner haben in § 45 Nr. 8 Abs. 1 Satz 1 Buchst. a TVöD-BT-V (Bund) wirksam auf die für die Auslandsbezüge von Beamten geltenden gesetzlichen Bestimmungen verwiesen. 21

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 des öffentlichen Dienstes auf die für Beamte geltenden gesetzlichen Bestimmungen zu verweisen, sofern diese Bestimmungen eindeutig sind und mit der tariflichen 22

Regelung in einem engen sachlichen Zusammenhang stehen (BAG 7. September 1982 - 3 AZR 1252/79 - BAGE 41, 47, 51; Nachweise zu zulässigen Verweisungen auf beamtenrechtliche Bestimmungen 14. März 2007 - 5 AZR 630/06 - Rn. 28, BAGE 122, 12). Bei derartigen Verweisungen 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 oder - wie sie es mit § 45 Nr. 8 TVöD-BT-V (Bund) idF des Änderungstarifvertrags Nr. 8 für die Zeit nach dem 1. Juli 2010 getan haben - modifizieren. Sie bleiben so Herr des Verfahrens (vgl. Senat 15. Dezember 2005 - 6 AZR 227/05 - Rn. 17, BAGE 116, 346).

2. Das in Bezug genommene Besoldungsrecht weist den erforderlichen engen Zusammenhang mit der tariflichen Regelung in § 45 Nr. 8 TVöD-BT-V (Bund) auf. Die ins Ausland entsandten Angestellten treffen infolge ihrer Auslandsverwendung dieselben materiellen und immateriellen Belastungen, die gemäß 55.1.1 BBesGVwV Zweck der Auslandszulage sind, wie entsandte Beamte (vgl. Senat 21. November 1996 - 6 AZR 222/96 - AP BAT § 2 SR 2d Nr. 1 = EzBAT BAT SR 2d Nr. 7 Kaufkraftausgleich Nr. 1 zur Vorgängerregelung in Nr. 7 Abs. 2 SR 2d BAT). Die Regelung des § 45 Nr. 8 TVöD-BT-V (Bund) weist auch zum HausTV den erforderlichen engen sachlichen Zusammenhang auf. Dies folgt bereits daraus, dass der Beklagte hinsichtlich des hier im Streit stehenden Entgeltbestandteils unstreitig vom Auswärtigen Amt refinanziert wird. 23

3. 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). 24

II. § 45 Nr. 8 Abs. 1 Satz 1 Buchst. a TVöD-BT-V (Bund) ist nach den für Tarifnormen geltenden Maßstäben auszulegen und auf seine Rechtswirksam- 25

keit zu überprüfen (vgl. *Ingrid Schmidt FS Wißmann S. 80, 91*). Die Bezugnahme auf § 55 BBesG bzw. § 53 BBesG 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 gesetzlichen Bestimmungen über den Auslandszuschlag 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. § 45 Nr. 8 Abs. 1 Satz 1 Buchst. a TVöD-BT-V (Bund) iVm. § 55 Abs. 2 BBesG gewährt dem Kläger für die Zeit bis zum 30. Juni 2010 keinen Anspruch auf den Auslandszuschlag nach der Anlage VIa zu § 55 BBesG. 26

I. Anspruch auf den Zuschlag nach der Anlage VIa haben nach § 55 Abs. 2 Satz 1 BBesG nur verheiratete Beamte. Der Kläger ist ungeachtet der von ihm begründeten eingetragenen Lebenspartnerschaft nicht verheiratet im Sinne dieser gesetzlichen Bestimmung. 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 § 55 Abs. 2 BBesG ersichtlich voraussetzt (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*). Der Kläger hat deshalb nach der gesetzlichen Regelung des § 55 Abs. 3 BBesG, die Inhalt der auf ihn Anwendung findenden tariflichen Regelungen geworden ist, lediglich Anspruch auf den Auslandszuschlag nach der Anlage VIb und damit auf 85 % des nach der Anlage VIa zu § 55 BBesG zu zahlenden Zuschlags (*Massner in Schwegmann/Summer BBesG Stand April 2005 § 55 Rn. 3*). Anspruchsbe gründend dafür ist nach § 55 Abs. 3 Nr. 2 BBesG jedenfalls die Vollendung des 40. Lebensjahres des 1960 geborenen Klägers. 27

II. Durch die Schaffung des Rechtsinstituts der eingetragenen Lebenspartnerschaft ist auch keine nachträgliche, unbewusste Regelungslücke im Tarifrecht entstanden. 28

1. § 45 Nr. 8 Abs. 1 Satz 1 Buchst. a TVöD-BT-V (Bund) gewährt auch nach Inkrafttreten des neuen Tarifrechts des öffentlichen Dienstes, mit dem grundsätzlich der im BAT vorgesehene ehedatenbezogene Vergütungsbestandteil abgeschafft worden ist, den im Ausland beschäftigten Angestellten weiter ehedatenbezogene Leistungen. Die Tarifvertragsparteien haben insoweit an der Regelung der Nr. 7 SR 2d zum BAT inhaltlich festgehalten und sie in den TVöD übertragen. Bei Abschluss der Tarifverhandlungen im September 2005 war das Gesetz über die eingetragene Lebenspartnerschaft (*Lebenspartnerschaftsgesetz - LPartG - vom 16. Februar 2001 [BGBl. I S. 266]*) bereits seit mehr als vier Jahren in Kraft. Im Gesetzgebungsverfahren war ursprünglich vorgesehen, die Bestimmungen des Bundesbesoldungsgesetzes, die sich auf das Bestehen einer Ehe beziehen, auf die Lebenspartnerschaft sinngemäß anzuwenden (*Art. 3 § 10 des Entwurfs des Lebenspartnerschaftsgesetzes vom 4. Juli 2000 - BT-Drucks. 14/3751*). Dieses Vorhaben ist jedoch an der fehlenden Zustimmung des Bundesrates gescheitert. Im Besoldungs- und Beamtenversorgungsrecht ist daher anders als bei Reise- und Umzugskosten, Trennungsgeld, Sonderurlaub und Laufbahnrecht (*vgl. Art. 5 Abs. 4 bis 13 des Gesetzes zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts - LPartÜbG - vom 15. Dezember 2004 [BGBl. I S. 3396]*) keine Gleichstellung der eingetragenen Lebenspartnerschaft mit der Ehe erfolgt. 29

Es erscheint ausgeschlossen, dass den Tarifvertragsparteien des TVöD diese Rechtslage und -entwicklung bei Neuregelung des Tarifrechts nicht bekannt war. Tatsächlich haben sie punktuell im TVöD Leistungen auch für Arbeitnehmer vorgesehen, die in eingetragener Lebenspartnerschaft leben, nämlich beim Sterbegeld (§ 23 Abs. 3 TVöD) und bei der Arbeitsbefreiung (§ 29 Abs. 1 Satz 1 Buchst. a und b TVöD). Gleichwohl haben sie für die Vergütung ins Ausland entsandter Angestellter am pauschalen Verweis auf das Beamtenrecht festgehalten. Dieses schließt jedoch nach Wortlaut und Systematik, wie 30

dargelegt, eindeutig den Anspruch verpartnerter Beamter auf den Zuschlag nach der Anlage VIa zu § 55 BBesG aus. Die Tarifvertragsparteien haben also eingetragene Lebenspartner durch den Verweis auf die bestehende Gesetzeslage bewusst von dem tariflichen Anspruch auf einen Auslandszuschlag nach der Anlage VIa zu § 55 BBesG ausgenommen. Eine ergänzende Tarifauflegung scheidet deshalb aus (*vgl. Senat 29. April 2004 - 6 AZR 101/03 - BAGE 110, 277, 284*).

2. Auch der HausTV enthält hinsichtlich des Anspruchs verpartnerter Angestellter auf den Auslandszuschlag keine unbewusste Regelungslücke. Mit diesem Tarifvertrag haben die Tarifvertragsparteien den jeweiligen Regelungswillen der Tarifvertragsparteien des öffentlichen Dienstes zu dem ihrem gemacht. Ebenso wenig wie im TVöD liegt deshalb im HausTV eine Regelungslücke vor. 31

E. § 45 Nr. 8 Abs. 1 Satz 1 Buchst. a TVöD-BT-V (Bund) in der bis zum 30. Juni 2010 geltenden Fassung hält einer Kontrolle am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG nicht stand. Diese Regelung benachteiligt den Kläger gleichheitswidrig, weil sie ihm als Partner einer eingetragenen Lebenspartnerschaft anders als einem verheirateten Angestellten des Beklagten den Auslandszuschlag nach der Anlage VIa zu § 55 BBesG versagt. 32

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 selbständigen 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*) 33

- 6 AZR 287/07 - AP TVÜ § 11 Nr. 2 = EzTöD 320 TVÜ-VKA § 11 Abs. 1 Nr. 13).

II. Die von den Tarifvertragsparteien vorgenommene Gruppenbildung ist selbst bei typisierender Betrachtung und unter Beachtung des den Tarifvertragsparteien zukommenden Gestaltungsspielraums gleichheitswidrig. 34

1. Die gesetzliche Regelung über den Auslandszuschlag in § 55 BBesG, die die Tarifvertragsparteien in ihren Gestaltungswillen aufgenommen und in ihr Normgefüge inkorporiert haben, benachteiligt den Kläger zwar nicht unmittelbar wegen seines Geschlechts (*Art. 3 Abs. 3 GG*). Dieses Merkmal bezieht sich auf die Ungleichbehandlung von Frauen einerseits und Männern andererseits. § 55 BBesG differenziert bei der Höhe des Auslandszuschlags jedoch nicht nach dem Geschlecht, sondern nach dem Familienstand. Nur Verheiratete erhalten den höchstmöglichen Zuschlag. § 45 Nr. 8 Abs. 1 Satz 1 Buchst. a TVöD-BT-V (Bund) macht die Höhe des Auslandszuschlags nicht vom Geschlecht der Angestellten, sondern von der Geschlechtskombination einer Personenverbindung abhängig. Männer und Frauen werden insoweit gleichbehandelt. Sie können eine Ehe mit einer Person des anderen Geschlechts eingehen, nicht jedoch mit einer ihres eigenen Geschlechts. Umgekehrt können sie eine Lebenspartnerschaft mit einer Person ihres eigenen Geschlechts begründen, nicht aber mit der des anderen Geschlechts (*vgl. BVerfG 17. Juli 2002 - 1 BvF 1, 2/01 - BVerfGE 105, 313, 352; 20. September 2007 - 2 BvR 855/06 - Rn. 15, NJW 2008, 209*). 35

2. Die Norm knüpft aber an die sexuelle Orientierung homosexueller Menschen mittelbar nachteilige vergütungsrechtliche Folgen, indem sie eingetragene Lebenspartner von Leistungen, die mit dem Bestand einer Ehe verbunden sind, ausnimmt. Die Ehe wird typischerweise von Heterosexuellen, die eingetragene Lebenspartnerschaft von Homosexuellen eingegangen. Die Ungleichbehandlung von Verheirateten und Verpartnerten durch § 55 BBesG 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 36

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 unterliegen die Tarifvertragsparteien, die diese Ungleichbehandlung über § 45 Nr. 8 Abs. 1 Satz 1 Buchst. a TVöD-BT-V (Bund) in das Tarifrecht übernommen haben, einer weitergehenden Bindung als bei einer bloßen sachverhaltsbezogenen Ungleichbehandlung. Für eine zulässige Differenzierung bei der Höhe des an verheiratete und verpartnerte Angestellte gezahlten Auslandszuschlags ist ein innerer Zusammenhang zwischen den vorgefundenen Verschiedenheiten und der differenzierenden Regelung erforderlich, der sich als sachlich vertretbarer Unterscheidungsgesichtspunkt von hinreichendem Gewicht anführen lässt (*vgl. BVerfG 7. Juli 2009 - 1 BvR 1164/07 - Rn. 86, aaO*). Es müssen also zwischen Ehe und eingetragener Lebenspartnerschaft als rechtlich unterschiedlich ausgestalteten Formen, auf Dauer angelegter, rechtlich verfestigter Partnerschaften bezogen auf den Zweck des Auslandszuschlags bei typisierender Betrachtung erhebliche Unterschiede bestehen, die die unterschiedliche Höhe des gezahlten Auslandszuschlags rechtfertigen. 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 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.*).

3. Ein weiter gesteigerter Rechtfertigungsbedarf ergibt sich daraus, dass die Tarifvertragsparteien des TVöD auch die Regelung des § 55 Abs. 3 Nr. 2 BBesG in ihr Normgefüge übernommen haben. Danach erhalten den Auslandszuschlag nach der Anlage VIb des § 55 BBesG ohne weitere Anspruchsvoraussetzungen auch Beamte, Richter und Soldaten, die das 40. Lebensjahr vollendet haben. Diese Begünstigung von Ledigen allein wegen ihres höheren Lebensalters steht nicht im Einklang mit der sonstigen Systematik der an die

37



gesetzliche Unterhaltspflicht oder die darauf zurückgehende Bedarfssituation knüpfenden Entgeltbestandteile, wie sie § 29 Abschn. B BAT vorsah und wie sie die Beamtenbesoldung in §§ 40, 55 BBesG nach wie vor enthält. Es handelt sich vielmehr um ein Relikt aus der Zeit vor dem Haushaltsstrukturgesetz 1975, mit dem zum 1. Januar 1976 die Gleichstellung von nichtverheirateten, über 40-jährigen Beamten mit verheirateten Beamten beim Familienzuschlag abgeschafft worden ist (vgl. *Massner in Schwegmann/Summer BBesG Stand April 2005 § 55 Rn. 4*). Dementsprechend ist diese Begünstigung Lediger in der Neuregelung des Auslandszuschlags in § 53 BBesG ab dem 1. Juli 2010 nicht mehr vorgesehen. Der Gesetzgeber hat dies damit begründet, dass die bisherige Begünstigung über 40-jähriger Lediger sachlich nicht mehr gerechtfertigt sei (*BT-Drucks. 16/7076 S. 144*).

Die Regelung des § 55 Abs. 3 Nr. 2 BBesG führt dazu, dass ein Lediger, über 40-jähriger Angestellter einen ebenso hohen Auslandszuschlag erhält wie ein in eingetragener Lebenspartnerschaft lebender Angestellter, der seinen Lebenspartner in den Haushalt aufgenommen hat und ihn überwiegend unterhält, weil dessen Eigenmittel die in 55.3.3 BBesGVwV aufgeführte Grenze unterschreiten. Bei typisierender Betrachtung hat der verpartnerte Angestellte jedoch unabhängig von seinem Alter durch die Aufnahme einer weiteren, von ihm zu unterhaltenden Person höhere Aufwendungen zu tragen als der über 40-jährige ledige Angestellte.

38

Eine derartige Systemwidrigkeit begründet zwar für sich allein noch keinen Gleichheitsverstoß. Sie indiziert einen solchen Verstoß aber und verlangt das Vorliegen plausibler Gründe für den Systembruch (*st. Rspr., vgl. nur BVerfG 6. November 1984 - 2 BvL 16/83 - BVerfGE 68, 237, 253; zuletzt 7. Juli 2009 - 1 BvR 1164/07 - Rn. 94, ZTR 2009, 642; vgl. auch ErfK/Schmidt 10. Aufl. Art. 3 GG Rn. 43*).

39

4. Die Ungleichbehandlung von verheirateten und verpartnerten Angestellten in Bezug auf den Auslandszuschlag ist gemessen an diesen gesteigerten Anforderungen nicht gerechtfertigt.

40

- a) Zur Begründung der Differenzierung reicht der bloße Verweis auf Art. 6 Abs. 1 GG als in der Verfassung selbst enthaltenen Differenzierungsgrund nicht aus. 41
- aa) Der Schutzauftrag aus Art. 6 Abs. 1 GG richtet sich nur an die staatliche Ordnung, nicht aber an die Tarifvertragsparteien als Vereinigungen privaten Rechts (*Senat 18. Dezember 2008 - 6 AZR 287/07 - Rn. 20, AP TVÜ § 11 Nr. 2 = EzTöD 320 TVÜ-VKA § 11 Abs. 1 Nr. 13*). Die Gewährung von Leistungen, deren Zweck es ist, Anreize zur Eheschließung oder zur Aufrechterhaltung der Ehe zu schaffen, liegt außerhalb der durch Art. 9 Abs. 3 GG gewährleisteten Regelungskompetenz der Tarifvertragsparteien (*Senat 26. Oktober 2006 - 6 AZR 307/06 - Rn. 27, BAGE 120, 55*). 42
- bb) Allerdings 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*). 43
- cc) Die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts, wonach zur Begründung der Ungleichbehandlung von Ehe und eingetragener Lebenspartnerschaft die bloße Verweisung auf die Ehe und ihren durch Art. 6 Abs. 1 GG gebotenen Schutz nicht ausreiche, binden den Senat. 44
- (1) Gemäß § 31 Abs. 1 BVerfGG entfalten die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts eine über den Einzelfall hinausgehende Bindungs- 45

wirkung 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. *BVerfG 5. Dezember 2005 - 2 BvR 1964/05 - Rn. 74, NJW 2006, 672; 10. Juni 1975 - 2 BvR 1018/74 - BVerfGE 40, 88, 94*).

(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 (*BVerfG 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.*). 46

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. 47

dd) Art. 6 Abs. 1 GG ist damit nicht inhaltsentleert (*so aber Hopfner BetrAV 2009, 772, 773*). Differenzierungen zugunsten von Ehepaaren gegenüber anderen, auch staatlich geordneten und rechtlich verfestigten Einstandsgemeinschaften (*zu diesem Begriff siehe Senat 29. April 2004 - 6 AZR 101/03 - BAGE 110, 277, 280*), wie es die eingetragene Lebenspartnerschaft ist, bleiben entgegen kritischer Stimmen, die gegen die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts laut geworden sind, jedenfalls im Tarifbereich, aber wohl auch bei gesetzlichen Regelungen zulässig (*aA Hillgruber JZ 2010, 41, 42*). 48

Voraussetzung für eine zulässige Differenzierung ist jedoch, dass es in der Lebenssituation von Ehepartnern und von in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft Lebenden bei typisierender Betrachtung Unterschiede gibt, die den Ausschluss der Lebenspartner von einer an die Ehe anknüpfenden Leistung rechtfertigen. Ebenso wäre eine Ungleichbehandlung gerechtfertigt, wenn der von der Leistung verfolgte Zweck typischerweise bei einer eingetragenen Lebenspartnerschaft nicht erreicht werden kann.

b) Weitere Gründe, die es rechtfertigen, den Kläger, der eine eingetragene Lebenspartnerschaft begründet hat, bis zum 30. Juni 2010 vom Auslandszuschlag nach der Anlage VIa zu § 55 BBesG auszunehmen, liegen nicht vor. 49

aa) Die Tarifvertragsparteien haben im TVöD wie bisher an die Regelungen im Bundesbesoldungsrecht angeknüpft. Eine eigenständige Auseinandersetzung mit dem gesetzlichen Regelungsinhalt oder gemeinsame Überlegungen, welche sachlichen Gründe gerade auf Tarifebene für eine Versagung des Auslandszuschlags nach der Anlage VIa zu § 55 BBesG bei Angestellten sprechen, die einen eingetragenen Lebenspartner in ihren Haushalt aufgenommen haben, sind vom Landesarbeitsgericht nicht festgestellt. Ohnehin könnten derartige Überlegungen keine Berücksichtigung finden, weil sie im Tarifwortlaut keinen Niederschlag gefunden haben. Für Tarifverträge gilt der Grundsatz der objektiven Auslegung. Die den Normen des Tarifvertrags Unterworfenen müssen unmittelbar aus dem Tarifvertrag selbst erkennen können, welchen Regelungsgehalt die Tarifnormen haben und welche Ansprüche sie daraus herleiten können. Sie können nicht auf Auskünfte ihrer Koalitionen verwiesen werden (*vgl. Senat 5. Februar 2009 - 6 AZR 114/08 - Rn. 23, EzTöD 100 TVöD-AT § 8 Rufbereitschaftsentgelt Nr. 5*). Auch ein eigenständiger Regelungswille der Tarifvertragsparteien des HausTV ist nicht erkennbar. 50

bb) Auch objektiv bestehen keine Gründe, die die Herausnahme des Klägers aus der Regelung in § 55 Abs. 2 BBesG sachlich rechtfertigen können. 51

(1) Der Auslandszuschlag soll den quantitativen und qualitativen Mehraufwand sowie die immateriellen Belastungen, die durch eine Tätigkeit im Ausland 52

anfallen, pauschal abgelten (55.1.1 BBesGVwV; BVerwG 21. August 1997 - 2 C 40.96 - ZTR 1998, 46). Der Zuschlag ist für die in § 55 Abs. 2 bis Abs. 4 BBesG geregelten Konstellationen unterschiedlich hoch bemessen. Die höchsten Belastungen hat der Gesetzgeber bei verheirateten Beamten, Richtern und Soldaten angenommen, die mit ihrem Ehegatten am ausländischen Dienstort eine gemeinsame Wohnung haben. Nach seiner Einschätzung sind diese Belastungen bei Normunterworfenen, die aus den in § 55 Abs. 3 BBesG genannten Gründen einen eigenen Hausstand führen, um 15 % geringer.

Der Gesetzgeber ist damit auch im Rahmen des § 55 BBesG davon ausgegangen, dass durch das bloße Eingehen einer Ehe materielle Mehraufwendungen entstehen, die im Rahmen eines sozialen Ausgleichs gemildert werden müssten (vgl. zu dieser Annahme des Gesetzgebers für den Familienzuschlag nach § 40 Abs. 1 Nr. 1 BBesG BVerwG 9. Mai 2006 - 2 C 12.05 - zu 3 b der Gründe, ZTR 2006, 617; für die entsprechende Annahme der Tarifvertragsparteien für den Ortszuschlag der Stufe 2 nach § 29 Abschn. B BAT vgl. Senat 30. Oktober 2008 - 6 AZR 682/07 - Rn. 19, AP TVÜ § 5 Nr. 1 = EzA GG Art. 3 Nr. 107). Diese Annahme des Gesetzgebers haben sich die Tarifvertragsparteien des TVöD zu Eigen gemacht.

53

(2) Unterschiede bei den durch die Aufnahme des Ehegatten bzw. des Partners einer eingetragenen Lebenspartnerschaft in den Haushalt eines im Ausland tätigen Angestellten entstehenden Belastungen, die die Zahlung eines höheren Auslandszuschlags an den verheirateten Angestellten rechtfertigen würden, sind nicht ersichtlich. Durch die Aufnahme einer weiteren Person in den Haushalt entstehen zusätzliche räumliche Anforderungen. Soweit der Gesetzgeber die dadurch entstehenden Kosten einer größeren Wohnung abdecken will, treffen derartige Kosten auch den Angestellten, der seinen eingetragenen Lebenspartner bei sich aufnimmt. Auch die Mehrkosten hinsichtlich des laufenden Lebensunterhalts unterscheiden sich nicht. Soweit der Berufstätigkeit des Ehegatten im Ausland aus Mangel an geeigneten Stellen, wegen Sprachschwierigkeiten oder wegen kultureller Besonderheiten Hindernisse entgegenstehen mögen und der Ausgleichszuschlag auch zum Ausgleich der dadurch entstehenden materiellen und immateriellen Belastungen bestimmt

54

sein sollte, trifft diese Erschwernis bei typisierender Betrachtung auch auf einen eingetragenen Lebenspartner zu. Auch hinsichtlich der übrigen immateriellen Belastungen einer Auslandstätigkeit sind keine Unterschiede zwischen Ehegatten und eingetragenen Lebenspartnern erkennbar.

cc) Darüber hinaus wäre selbst dann, wenn man eine grundsätzliche Bevorzugung der Ehe hinsichtlich der Höhe des Auslandszuschlags noch zuließe, die Unterscheidung zwischen Ehegatten und eingetragenen Lebenspartnern durch die konkrete Ausgestaltung des § 55 BBesG bis zum 30. Juni 2010 unverhältnismäßig. Im Unterschied zu der Ortszuschlagsregelung in § 29 Abschn. B BAT und der Familienzuschlagsregelung in § 40 BBesG beschränkt sich die Begünstigung verheirateter Angestellter bei dem Beklagten durch den Verweis auf § 55 BBesG nämlich nicht darauf, dass Verheirateten der höchstmögliche Auslandszuschlag allein aufgrund ihres Familienstandes und ohne Berücksichtigung des Einkommens ihres Ehegatten zusteht, während verpartnerte Angestellte des Beklagten eine konkrete finanzielle Belastung durch die in den Haushalt aufgenommene Person nachweisen müssen. Auch wenn er einen derart erweiterten Haushalt führt, erhält der in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft lebende Angestellte des Beklagten den Auslandszuschlag noch bis zum 30. Juni 2010 nicht in derselben Höhe wie ein verheirateter Angestellter, der mit seinem Ehegatten einen gemeinsamen Haushalt führt, obwohl - wie ausgeführt - die dadurch entstehenden Belastungen vergleichbar sind. Bereits dies führt zu einer unverhältnismäßigen, mit dem Zweck des Auslandszuschlags nicht mehr in Einklang bestehenden Benachteiligung des Angestellten, der in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft lebt (*vgl. BVerfG 20. September 2007 - 2 BvR 855/06 - Rn. 20, 23, NJW 2008, 209 für § 40 BBesG; zur Rechtslage vor Inkrafttreten des LPartG vgl. schon 21. Mai 1999 - 1 BvR 726/98 - NZA 1999, 878 für den Ortszuschlag nach § 29 Abschn. B BAT*).

55

F. Wegen der Teilnichtigkeit des § 45 Nr. 8 Abs. 1 Satz 1 Buchst. a TVöD-BT-V (Bund), soweit er auf § 55 Abs. 2 und Abs. 3 BBesG verweist, hat der

56

Kläger Anspruch auf die Auslandszulage, wie er einem verheirateten Angestellten des Beklagten gezahlt wird.

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.*).

57

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 noch für wenige Monate gleichheitswidrig versagt, nur dadurch genügt werden, dass auch den benachteiligten Angestellten, die in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft leben, die vorenthaltene Leistung verschafft wird. Schon aus Gründen des Vertrauensschutzes kann die gebotene Gleichheit nicht dadurch hergestellt werden, dass den begünstigten verheirateten Angestellten die Auslandszulage für die Vergangenheit gekürzt wird (*vgl. BAG 7. März 1995 - 3 AZR 282/94 - BAGE 79, 236, 248*). Wegen der grundlegenden Neuregelung des Auslandszuschlags durch § 53 BBesG in der ab dem 1. Juli 2010 geltenden Fassung verbleibt den Tarifvertragsparteien des TVöD und des HausTV kaum eine andere Regelungsmöglichkeit, als den verfassungsrechtlichen Anforderungen für die Zeit bis zum 30. Juni 2010 dadurch zu genügen, dass sie den erhöhten Auslandszuschlag auch verpartnerten Angestellten gewähren, die den Lebenspartner in den Haushalt aufgenommen haben (*vgl. BVerfG 8. Oktober 1980 - 1 BvL 122/78 ua. - BVerfGE 55, 100, 113 f.*).

58

- G. Der Zahlungsantrag ist begründet. Die Höhe der Differenz zwischen dem dem Kläger für die Zeit vom 15. Oktober 2005 bis 30. April 2006 gezahlten und dem ihm für diesen Zeitraum zustehenden Zuschlag ist rechnerisch unstrittig. Der Zinsanspruch beruht auf § 288 BGB. Das für die begehrten Verzugszinsen nach § 285 BGB erforderliche Verschulden des Beklagten ergibt sich daraus, dass dieser trotz Mahnung und Fälligkeit nicht geleistet hat. Die Zinsen sind auch zu dem vom Kläger begehrten Zeitpunkt, dh. ab dem 16. des jeweiligen Monats, zuzusprechen. Zwar ist das Entgelt gemäß § 24 Abs. 1 Satz 2 TVöD erst am Monatsletzten fällig. Der Kläger hat jedoch unwidersprochen vorgetragen, nach den bestehenden Vereinbarungen sei das Gehalt bis spätestens zum 15. des laufenden Monats zu zahlen. 59
- H. Auch der Feststellungsantrag ist nach Maßgabe der aus dem Tenor ersichtlichen Klarstellung überwiegend begründet. Der Zuschlag ist allerdings erst jeweils zum 15. des laufenden Monats zu zahlen. Soweit der Kläger die Zahlung entsprechend dem nur für Beamte geltenden Alimentationsprinzip im Voraus begehrt, ist die Klage unbegründet. 60
- I. Für die Zeit bis zum 30. Juni 2010 ergibt sich der Anspruch aus den vorstehenden Ausführungen zu C bis F. 61
- II. Der Kläger hat auch für die Zeit nach dem 1. Juli 2010 Anspruch auf die begehrte Feststellung. 62
1. Der Kläger ist auch durch § 45 Nr. 8 Abs. 1 und Abs. 2 TVöD-BT-V (Bund) in der ab dem 1. Juli 2010 geltenden Fassung des Änderungstarifvertrags Nr. 8 zum TVöD-BT-V (Bund) gegenüber verheirateten Angestellten des Beklagten ohne rechtfertigenden Grund iSv. Art. 3 Abs. 1 GG benachteiligt. Zwar erfolgt danach keine systemwidrige Begünstigung der über 40-jährigen, ledigen Angestellten mehr. Auch können nunmehr Auslandsangestellte, die ihren Lebenspartner in den Haushalt aufgenommen haben, den höchstmöglichen Auslandszuschlag erhalten. Solange jedoch nicht feststeht, dass - abweichend von der bisherigen Regelung für den Auslandszuschlag in 55.3.3 BBesGVwV - in der nach § 53 Abs. 7 BBesG noch zu erlassenden Verordnung 63



keine Eigenmittelgrenzen festgesetzt werden, bei deren Überschreiten ein überwiegendes Unterhalten des Unterhaltsberechtigten verneint würde, bleibt ein Anspruch des Klägers auf den begehrten Auslandszuschlag in Frage gestellt und der Kläger damit gegenüber verheirateten Angestellten des Beklagten gleichheitswidrig iSd. Art. 3 Abs. 1 GG benachteiligt.

Auch künftig deckt der Auslandszuschlag die allgemeinen Belastungen durch die Tätigkeit im Ausland ab. Die materiellen Mehraufwendungen wurden nach einem statistischen Verfahren erfasst. Die immateriellen Belastungen liegen nach Auffassung des Gesetzgebers in der Aufgabe des soziokulturellen Umfelds in Deutschland sowie in den physischen und psychischen Belastungen einer Tätigkeit im Ausland sowie im Wegfall des öffentlichen Leistungsangebots. Hinzu träten dienstortspezifische immaterielle Belastungen, etwa aufgrund von Instabilität, Kriminalität, Versorgungsengpässen und Gesundheitsrisiken. Für die erste in den Haushalt aufgenommene Person wird der so ermittelte Ausgleichsbetrag pauschal um 40 % erhöht (vgl. *BT-Drucks. 16/7076 S. 143 f.*). Auch hinsichtlich der mit dem Auslandszuschlag in der ab dem 1. Juli 2010 geltenden Fassung verfolgten Zwecke sind keine Unterschiede zwischen verheirateten und verpartnerten Angestellten des Beklagten erkennbar, die es rechtfertigen würden, die Erhöhung des Zuschlags nach § 53 Abs. 2 Satz 2 BBesG von einem Nachweis der Eigenmittel abhängig zu machen und dadurch den verpartnerten Angestellten hinsichtlich des Auslandszuschlags schlechter zu stellen als den verheirateten Angestellten.

64

2. Die Tarifvertragsparteien haben wie in der Vergangenheit auch mit § 45 Nr. 8 TVöD-BT-V (Bund) in der ab dem 1. Juli 2010 geltenden Fassung des Änderungstarifvertrags Nr. 8 zum TVöD-BT-V (Bund) keine eigenständige Regelung hinsichtlich der Anspruchsvoraussetzungen für den Auslandszuschlag getroffen, sondern nur dessen Höhe abweichend vom Besoldungsrecht des Bundes geregelt. In diesem Sonderfall einer vollständigen Bezugnahme hinsichtlich der Anspruchsvoraussetzungen auf gesetzliche Bestimmungen, ohne dass den Tarifvertragsparteien die Verfassungswidrigkeit der Tarifnorm bewusst war, ist davon auszugehen, dass es ihrem Willen entspricht, die eingetragenen Lebenspartner auch für die Zukunft mit verheirateten, im

65

Ausland tätigen Angestellten gleichzustellen (*vgl. BVerfG 7. Juli 2009 - 1 BvR 1164/07 - Rn. 124, ZTR 2009, 642; zur Korrektur des Tarifrechts für die Zukunft allgemein ErfK/Schmidt 10. Aufl. Art. 3 GG Rn. 59 mwN*). Wege, auf denen die Tarifvertragsparteien, so lange sie an die gesetzliche Regelung anknüpfen, anders als durch die Gewährung des Auslandszuschlags unter denselben Voraussetzungen und in gleicher Höhe an Ehegatten und eingetragene Lebenspartner dem Gleichheitssatz Rechnung tragen könnten, sind nicht ersichtlich (*zum derartigen Schrumpfen des Ermessens auf Null vgl. Wiedemann/Wiedemann TVG 7. Aufl. Einleitung Rn. 248*).

Die Tarifvertragsparteien sind nicht daran gehindert, die Verletzung des Art. 3 Abs. 1 GG durch eine grundlegende Neugestaltung des Auslandszuschlags gleichermaßen für die Ehe wie für die Lebenspartnerschaft auszuräumen (*vgl. BVerfG 7. Juli 2009 - 1 BvR 1164/07 - Rn. 125, ZTR 2009, 642*). Sollten die Tarifvertragsparteien oder der Gesetzgeber in einer Regelung, auf die die Tarifvertragsparteien verweisen, künftig den Auslandszuschlag nicht mehr an das bloße Merkmal „verheiratet“, sondern an andere oder zusätzliche Merkmale knüpfen, sollten sie etwa einen höheren Grundzuschlag für Familien als für Verheiratete ohne Kinder vorsehen (*zur Verfassungskonformität einer solchen Regelung vgl. BVerfG 7. Juli 2009 - 1 BvR 1164/07 - Rn. 103, aaO*), wäre der Feststellungsausspruch, durch den der Kläger seinem Antrag und der aktuellen Rechtslage entsprechend mit Verheirateten gleichgestellt wird, obsolet. Deshalb hat der Senat von einer zeitlichen Begrenzung des Feststellungsausspruchs abgesehen.

66

3. Dem Kläger steht der Auslandszuschlag erst ab dem 15. des laufenden Monats zu. Der Vortrag des Klägers zum Fälligkeitszeitpunkt seiner Vergütung ist widersprüchlich. Er behauptet, die Zahlung sei analog den beamtenrechtlichen Vorschriften monatlich im Voraus „bzw.“ bis zum 15. des Monats zu erbringen. Zinsen für den bezifferten Klageantrag begehrt der Kläger erst ab dem 16. des laufenden Monats. Die Zahlungsverpflichtung des Beklagten war darum erst auf den 15. des laufenden Monats festzustellen.

67

I. Weil sich der Anspruch des Klägers bereits aus einer Verletzung des Art. 3 Abs. 1 GG durch § 45 Nr. 8 TVöD-BT-V (Bund) ergibt, kann dahinstehen, ob der Kläger jedenfalls für die Zeit nach Inkrafttreten des AGG am 18. August 2006 auch aus unionsrechtlichen Gründen Anspruch auf die begehrte Gleichbehandlung mit verheirateten, im Ausland tätigen Angestellten des Beklagten hatte. Ebenso kann dahingestellt bleiben, ob der Beklagte als privater Arbeitgeber anzusehen ist oder ob er eine Einrichtung ist, die unter staatlicher Aufsicht oder Kontrolle steht und der gegenüber sich der Kläger seit Ablauf der Umsetzungsfrist der Richtlinie 2000/78/EG am 2. Dezember 2003 auf die Bestimmungen dieser Richtlinie berufen könnte (*st. Rspr., EuGH seit Urteil vom 12. Juli 1990 - C-188/89 - [Foster ua.] Rn. 16, 18 und 20, Slg. 1990, I-3313*). 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 den Auslandszuschlag 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 VG Berlin 7. Mai 2009 - 7 A 95.07 - hat eine Diskriminierung eingetragener Lebenspartner hinsichtlich des Auslandszuschlags bejaht; ebenso für die Hinterbliebenenversorgung BAG 14. Januar 2009 - 3 AZR 20/07 - AP GG Art. 3 Nr. 315 = EzA AGG § 2 Nr. 3*), und welche Bedeutung Art. 6 Abs. 1 GG in diesem Zusammenhang zukäme. Schließlich bedarf auch die Frage keiner Klärung, ob und unter welchen Voraussetzungen Ungleichbehandlungen, die an den Familienstand anknüpfen, wie vom Europäischen Gerichtshof 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 gleich-

68

geschlechtlicher 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 Europäischen Gerichtshof zur Klärung dieser Fragen nicht zu prüfen.

J. Der Beklagte hat gemäß § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO die Kosten zu tragen.

69

Fischermeier

Brühler

Spelge

H. Markwat

U. Lauth