

- Die erste Seite • *Professor Dr. Carl Otto Lenz*
- 161 Die Rückabwicklung von nicht notifizierten, aber schließlich genehmigten Beihilfen vor den nationalen Gerichten • *Prof. Dr. Jörg Gundel*
- 166 Staatsfonds: Die Kontrolle ausländischer Investitionen auf dem Prüfstand des Verfassungs-, Europa- und Welthandelsrechts • *Dr. Michael Schäfer* und *Dr. Thomas Voland*
- 173 Nach VW und Golden Shares VII: Ein Krake namens Kapitalverkehrsfreiheit? • *Sebastian Pläster*
- 180 Staatliche Beihilfen: Rückforderung rechtswidrig eingeführter, später genehmigter Beihilfen? – „CELF“
- 184 Wettbewerbsrecht: Sanktionen gegenüber dem wirtschaftlichen Nachfolger – „Ente tabacchi“
EWS-Kommentar *Benjamin von Engelhardt*
- 186 Vergaberecht: Staatliche Finanzierung der deutschen öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten –
EWS-Kommentar *Alvin Kan*
- 191 Soziale Sicherheit: Sozialbeitrag auf in anderem Mitgliedstaat erzielte Einkünfte eines Rechtsanwalts?
- 194 Antidiskriminierungsrichtlinie: Witwerrente eines eingetragenen Lebenspartners?
EWS-Kommentar *Laura Adamietz* und *Michael Schreier*
- 196 Verbrauchsgüterkauf: Nutzungsersatz bei Ersatzlieferung?
- 199 Zahlungsverzug: Rechtzeitigkeit bei Banküberweisung

2. Art. 1 in Verbindung mit Art. 2 der Richtlinie 2000/78 steht einer Regelung wie der im Ausgangsverfahren entgegen, wonach der überlebende Partner nach Versterben seines Lebenspartners keine Hinterbliebenenversorgung entsprechend einem überlebenden Ehegatten erhält, obwohl die Lebenspartnerschaft nach nationalem Recht Personen gleichen Geschlechts in eine Situation versetzt, die in Bezug auf diese Hinterbliebenenversorgung mit der Situation von Ehegatten vergleichbar ist. Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, zu prüfen, ob sich ein überlebender Lebenspartner in einer Situation befindet, die mit der eines Ehegatten, der die Hinterbliebenenversorgung aus dem berufsständischen Versorgungssystem der Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen erhält, vergleichbar ist.

Art. 1, Art. 2 der Richtlinie 2000/78

■ EWS-Kommentar

Von Laura Adamietz, Berlin, und Michael Schreier, Hamburg*

I. Das Problem

Der EuGH hatte sich mit dem Fall eines eingetragenen Lebenspartners zu beschäftigen, der Anspruch auf Witwenrente aus einem berufsständischen Versorgungssystem geltend macht, in das sein verstorbener Lebenspartner eingezahlt hatte. Das vorliegende VG München wollte geklärt wissen, ob eine Versagung der Witwenrente einen Verstoß gegen die Richtlinie 2000/78/EG zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf vom 27. 11. 2000 darstellt. Diese verbietet u. a. eine Diskriminierung wegen der sexuellen Ausrichtung in Bezug auf das Arbeitsentgelt. Im Kern betrifft der Rechtsstreit also die Frage, ob eine Diskriminierung vorliegt, wenn den Hinterbliebenen, die in einer Ehe lebten, einen Rentenanspruch zusteht, Hinterbliebenen, die eine eingetragene Lebenspartnerschaft eingegangen waren, dagegen nicht.

Der Fall reiht sich damit in Schlechterstellungen von Lebenspartnern gegenüber Ehepartnern im deutschen Recht ein, die sich auch in anderen Rechtsgebieten wie etwa im Steuerrecht, im Adoptionsrecht oder im Tarif- bzw. Besoldungsrecht feststellen lassen. Bis auf eine Ausnahme (BAG, 29. 4. 2004 – 6 AZR 101/03, NZA 2005, 57 – Ortszuschlag nach BAT; einschränkend und für den kirchlichen Bereich ausdrücklich ablehnend bereits wieder BAG, 26. 10. 2006 – 6 AZR 307/06, BB 2006, 947 Ls, NZA 2007, 1179) haben die Bundesgerichte die Versagung der Eheleuten zustehenden Privilegierungen jedes Mal für rechtmäßig erklärt (BFH, 26. 1. 2006 – III R 51/05, BB 2006, 929 Ls, NJW 2006, 1837 – Ehegattensplitting; BFH, 20. 6. 2007 – II R 56/05, BStBl. II 2007, 649, BB 2006, 1886 Ls, NJW 2007, 3455 – Erbschaftsteuer; BVerwG, 25. 7. 2007 – 6 C 27.06, NJW 2008, 246 – (Ärzte-)Hinterbliebenenversorgung; BVerwG, 26. 1. 2006 – 2 C 43.04, BVerwGE 125, 79, NJW 2006, 1828 sowie zuletzt BVerwG, 15. 11. 2007 – 2 C 33.06, NJW 2008, 868 – beide Familienzuschlag). Per Nichtannahmebeschluss hat auch das BVerfG die Verfassungsmäßigkeit einer Ungleichbehandlung in Bezug auf den Familienzuschlag festgestellt (BVerfG, 20. 9. 2007 – 2 BvR 855/06, NJW 2008, 209). Dabei wurde in den jüngsten Verfahren immerhin die europarechtliche Relevanz der Problematik thematisiert, wenngleich die Entscheidungen sowohl des BVerwG als auch des BVerfG von dem Bemühen gekennzeichnet scheinen, die Richtlinienkonformität der deutschen Regelungen zu bejahen, um damit eine Vorlagepflicht an den EuGH zu verneinen.

Zusätzliche rechtspolitische Brisanz erhält die Thematik durch das inzwischen laufende Vertragsverletzungsverfahren der Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen die Bun-

desrepublik Deutschland wegen nicht ausreichender Umsetzung der hier in Rede stehenden Richtlinie. Mit Mahnschreiben vom 31. 1. 2008 wurde u. a. bemängelt, dass deutsche Regelungen des öffentlichen Dienstes den Erhalt von Beihilfe, Familienzulage und Witwen-/Witwergeld für eingetragene Lebenspartner erschweren und überdies nicht nur staatliche Systeme sozialer Sicherheit vom Diskriminierungsschutz ausgenommen sind, sondern auch betriebliche. Dies sei keine vollständige Umsetzung von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie.

II. Die Entscheidung des Gerichtshofs

Der EuGH folgt der Einschätzung der Kommission und gibt damit deren Rügen weiteren Halt. Zunächst erklärt er den Anwendungsbereich der Richtlinie für eröffnet, indem er die Hinterbliebenenversorgung als Arbeitsentgelt im Sinne des Art. 3 Abs. 1 c) der Richtlinie einstuft. Dies steht im Einklang mit der weiten Auslegung des Begriffs des Arbeitsentgelts, welche der EuGH schon in der Vergangenheit an den Tag gelegt hat (siehe nur EuGH, 13. 5. 1986 – 170/84, *Bilka*, Slg. 1986, 1607, NJW 1986, 3020; EuGH, 17. 5. 1990 – Rs. 262/88, *Barber*, Slg. 1990, I-1889, NJW 1991, 2204; EuGH, 6. 10. 1993 – Rs. 109/91, *Ten Oever*, Slg. 1993, I-4879, NZA 1993, 1125; EuGH, 14. 12. 1993 – Rs. C-110/91, *Moroni*, Slg. 1993, I-6591, EWS 1994, 65, NJW 1994, 645; EuGH, 28. 9. 1994 – Rs. C-128/93, *Fischer*, Slg. 1994, I-4583, NZA 1994, 1123; EuGH, 28. 9. 1994 – Rs. C-200/91, *Coloroll Pension Trustees*, Slg. 1994, I-4389, EWS 1995, 354, NJW 1995, 117; EuGH, 9. 10. 2001 – Rs. C-379/99, *Menauer*, Slg. 2001, I-7275, EWS 2001, 556, NJW 2001, 3693; EuGH, 29. 11. 2001 – Rs. C-366/99, *Griesmar*, Slg. 2001, I-9383, NZA 2002, 143; EuGH, 12. 9. 2002 – Rs. C-351/00, *Pirkko Niemi*, Slg. 2002, I-7007, NZA 2002, 1141). Das Ergebnis ist gegenüber der bisherigen Rechtsprechung konsequent, weil die Hinterbliebenenversorgung dem Arbeitsverhältnis des verstorbenen Partners entspringt.

Der EuGH erkennt weiter, dass eine Ungleichbehandlung zwischen Ehe und Lebenspartnerschaft *unmittelbar* an das Merkmal der sexuellen Ausrichtung anknüpft (Rdnr. 72), und nicht nur *mittelbar* (so aber BVerfG 2 BvR 855/06, a. a. O., S. 210, das eine unmittelbare Anknüpfung an den Familienstand und eine nur mittelbare Anknüpfung an die sexuelle Orientierung konstruiert). Das Rechtsinstitut der eingetragenen Lebenspartnerschaft ist mit der hauptsächlichen Intention, Personen gleichgeschlechtlicher Orientierung eine Fürsorge- und Einstandsgemeinschaft zu ermöglichen, im deutschen Recht etabliert worden (Rdnr. 67). Insofern liegt es auf der Hand, dass eine Schlechterstellung von Lebenspartnern stets auch eine unmittelbare Ungleichbehandlung hinsichtlich der sexuellen Orientierung mit sich bringt, weil das Rechtsinstitut der Ehe keine zumutbare Alternative für homosexuell orientierte Menschen darstellt. Insoweit kann sogar an das Verbot der Scheinehe gedacht werden, das es verwehrt, eine Ehe einzugehen, wenn die Eheschließung nicht ernsthaft gewollt ist: Es ist notwendig, dass mit der Eheschließung eine eheliche Lebens- und Verantwortungsgemeinschaft nach § 1353 Abs. 1 BGB begründet werden soll (*Klippel*, in: Staudinger, BGB (2000) § 1314 BGB Rdnr. 72).

Nach dem EuGH stellt die Weigerung, Lebenspartnern die Hinterbliebenenversorgung zu gewähren, dann eine unmittelbare Diskriminierung dar, wenn sich diese in einer Situation befinden, die mit denen überlebender Ehegatten in Bezug auf die Hinterbliebenenversorgung vergleichbar ist (Rdnr. 72f.). Gerade dies kann nur allzu leicht überlesen werden: Der EuGH stellt *nicht* auf die Vergleichbarkeit von Ehe und Lebenspartnerschaft *als solche* ab. Entscheidend ist also nicht der abstrakte Vergleich dieser beiden Rechtsinstitute, *sondern* die vergleichbare Lage von Ehegatten und Lebenspartnern *im Hinblick* auf das streitige Arbeitsentgelt.

* Laura Adamietz ist Rechtsreferendarin am KG Berlin, Michael Schreier ist Rechtsreferendar am Hanseatischen OLG Hamburg.

III. Praxisfolgen

Die bisherige Vorgehensweise der deutschen Gerichte ist überholt. Diese stellen zwar auf eine Vergleichbarkeit hinsichtlich des Streitgegenstandes ab (BFH III R 51/05; BVerwG 2 C 43.04; BVerwG 6 C 27.06; BVerwG 2 C 33.06, a. a. O., unter I.), werden in ihren Ausführungen aber von der generellen Vergleichbarkeit beider Familienstände geleitet, indem sie formale Argumente zu den Unterschieden beider Rechtsinstitute heranziehen. Eine Betrachtung hinsichtlich der konkreten Situationen von hetero- und homosexuellen Paaren wird dabei außer Acht gelassen. Gerade dies wird vom EuGH aber gefordert (Rdnr. 72).

Ob im vorliegenden Fall diese konkrete Vergleichbarkeit gegeben ist, beantwortet der EuGH nicht. Dies festzustellen, obliegt dem nationalen Gericht. Es ist zu erwarten, dass das VG München die konkrete Vergleichbarkeit annehmen wird (vgl. Rdnr. 69), wengleich dogmatisch weiterhin die Möglichkeit besteht, die Frage, ob die Lebenspartnerschaft Personen gleichen Geschlechts in eine Situation versetzt, die in Bezug auf die Regelungsmaterie mit der Situation von Ehegatten vergleichbar ist, zu verneinen. Jedenfalls ist den Gerichten aber die bisher auch bei den Bundesgerichten verbreitete pauschalisierende Betrachtungsweise verwehrt, alle bestehenden Unterschiede von Ehe und Lebenspartnerschaft aufzulisten und gleichsam zu saldieren, um dann ein Überwiegen der Ungleichheit herauszustellen.

Nicht auf einen generellen Vergleich von Ehe und Lebenspartnerschaft abzustellen, könnte den nationalen Gerichten sogar gelegen kommen, da sich die Forderung von europarechtlicher Seite zuspitzt, die Familienstände der Ehe und der Lebenspartnerschaft als *denselben* Familienstand anzusehen: Nach Ansicht der Kommission handelt es sich „nicht um unterschiedliche Familienstände“ (Mahnschreiben der Kommission vom 31. 1. 2008 zu Punkt 1 lit. a).

■ Verbrauchsgüterkauf: Der Käufer hat bei Ersatzlieferung keinen Wertersatz für die Nutzung des mangelhaften Verbrauchsguts zu leisten – „Quelle“

Der Austausch durch ein vertragsgemäßes Verbrauchsgut soll für den Verbraucher unentgeltlich sein; er ist durch die Nutzung des mangelhaften Ware nicht ungerechtfertigt bereichert – Eine in ein Protokoll des Rates aufgenommene Erklärung (hier: einschränkende Auslegung des Begriffs „unentgeltlich“), die in einer Vorschrift des abgeleiteten Rechts keinen Ausdruck gefunden hat, kann nach ständiger Rechtsprechung zur Auslegung dieser Vorschrift nicht herangezogen werden – Auf die Pflicht des EuGH, über die Vorlagefrage zu befinden, wirkt sich nicht aus, ob das nationale Gericht (nach nationalem Verfassungsrecht) die Möglichkeit hat, das nationale Recht im Licht der Antwort (hier: *contra legem*) auszulegen

EuGH (1. Kammer), Urteil vom 17. 4. 2008 – Rs. C-404/06; Quelle AG gegen Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände

Tenor

Art. 3 der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. 5. 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter ist dahin auszulegen, dass er einer nationalen Regelung entgegensteht, die dem Verkäufer, wenn er ein ver-

tragswidriges Verbrauchsgut geliefert hat, gestattet, vom Verbraucher Wertersatz für die Nutzung des vertragswidrigen Verbrauchsguts bis zu dessen Austausch durch ein neues Verbrauchsgut zu verlangen.

Art. 3 der Richtlinie 1999/44/EG

Aus den Gründen

(1) Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung von Art. 3 der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. 5. 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (ABl. L 171, S. 12, im Folgenden: Richtlinie).

(2) Dieses Ersuchen ergeht im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen der Quelle AG (im Folgenden: Quelle), einem Versandhandelsunternehmen, und dem Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände (im Folgenden: Bundesverband), einem qualifizierten Verbraucherverband, den Frau Brüning, eine Kundin von Quelle, zur Durchsetzung ihrer Ansprüche ermächtigt hat.

Rechtlicher Rahmen

Gemeinschaftsrecht

(3) Die Richtlinie wurde auf der Grundlage von Art. 95 EG erlassen. In ihrem ersten Erwägungsgrund wird daran erinnert, dass die Europäische Gemeinschaft nach Art. 153 Abs. 1 und 3 EG durch die Maßnahmen, die sie nach Art. 95 EG erlässt, einen Beitrag zur Erreichung eines hohen Verbraucherschutzniveaus leistet.

(4) Art. 3 („Rechte des Verbrauchers“) der Richtlinie sieht vor:

„1) Der Verkäufer haftet dem Verbraucher für jede Vertragswidrigkeit, die zum Zeitpunkt der Lieferung des Verbrauchsgutes besteht.

2) Bei Vertragswidrigkeit hat der Verbraucher entweder Anspruch auf die unentgeltliche Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsgutes durch Nachbesserung oder Ersatzlieferung nach Maßgabe des Absatzes 3 oder auf angemessene Minderung des Kaufpreises oder auf Vertragsauflösung in Bezug auf das betreffende Verbrauchsgut nach Maßgabe der Abs. 5 und 6.

3) Zunächst kann der Verbraucher vom Verkäufer die unentgeltliche Nachbesserung des Verbrauchsgutes oder eine unentgeltliche Ersatzlieferung verlangen, sofern dies nicht unmöglich oder unverhältnismäßig ist.

Eine Abhilfe gilt als unverhältnismäßig, wenn sie dem Verkäufer Kosten verursachen würde, die ... verglichen mit der alternativen Abhilfemöglichkeit unzumutbar wären.

Die Nachbesserung oder die Ersatzlieferung muss innerhalb einer angemessenen Frist und ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher erfolgen, wobei die Art des Verbrauchsgutes sowie der Zweck, für den der Verbraucher das Verbrauchsgut benötigte, zu berücksichtigen sind.

4) Der Begriff „unentgeltlich, in den Absätzen 2 und 3 umfasst die für die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsgutes notwendigen Kosten, insbesondere Versand-, Arbeits- und Materialkosten.

5) Der Verbraucher kann eine angemessene Minderung des Kaufpreises oder eine Vertragsauflösung verlangen,

– wenn der Verbraucher weder Anspruch auf Nachbesserung noch auf Ersatzlieferung hat oder

– wenn der Verkäufer nicht innerhalb einer angemessenen Frist Abhilfe geschaffen hat oder

– wenn der Verkäufer nicht ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher Abhilfe geschaffen hat ...“

(5) Nach dem 15. Erwägungsgrund der Richtlinie „[können die] Mitgliedstaaten ... vorsehen, dass eine dem Verbraucher zu leis-