BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

BESCHLUSS

BVerwG 2 C 21.09
VGH 4 S 1533/05

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 2. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
am 18. Mai 2010
durch die Richter am Bundesverwaltungsgericht G. und Dr. Heitz,
die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Thomsen und
die Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Burmeister und Dr. Hartung

beschlossen:

Das Gesuch des Klägers, den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht H. für befangen zu erklären, wird abgelehnt.

G r ü n d e :

1 1. Der Senat entscheidet über das Befangenheitsgesuch in der Besetzung, die sich durch das Ausscheiden des abgelehnten Richters ergibt. Dabei folgt aus dem Beschluss des Präsidiums des Bundesverwaltungsgerichts vom 26. März 2010, dass Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. B. in den bereits geladenen Verfahren weiterhin dem 2. Senat angehört. Nach dem Geschäftsverteilungsplan des 2. Revisionssenats in der Fassung vom 25. März 2010 ist vorgesehen, dass in den bereits terminierten Revisionssachen BVerwG 2 C 10.09, 21.09 und 23.09, in denen Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. B. Berichterstatter bleibt, Richter G. Mitberichterstatter bleibt und Richterin T. nicht mitwirkt. Da dem Senat außer dem Vorsitzenden und für die genannten drei Sachen Richter Dr. B. weitere vier Richter angehören, hätte der Geschäftsverteilungsplan auch regeln müssen, dass außer der Richterin T. ein weiteres Senatsmitglied ausscheidet. Die insoweit unvollständige Textfassung des Geschäftsverteilungsplans beruht auf einem offensichtlichen Versehen. Aus der Formulierung, dass Richter Dr. B. Berichterstatter „bleibt“ und Richter G. Mitberichterstatter „bleibt“, ergibt sich ersichtlich, dass sich in den drei im Geschäftsverteilungsplan genannten Verfahren die Mitwirkung der Richter nach der Fassung des Geschäftsverteilungsplans richten sollte, die bis zum Zeitpunkt des Ausscheidens des Richters Dr. B. aus dem Senat gegolten hatte. Nach § 8 des Geschäftsverteilungsplans des 2. Revisionssenats in der Fassung vom 16. Dezember 2009 wirkten in den Sachen, in denen Richter Dr. B. Berichterstatter war, Richterin T. und Richter Dr. M. nicht mit.

2 Für den abgelehnten Richter H. rückt die nach dem Geschäftsverteilungsplan nicht mitwirkende Richterin T. gemäß § 10 Satz 2 des Geschäftsverteilungs-

plans des 2. Revisionssenats als das nach dem allgemeinen Dienstalter nächstjüngere Senatsmitglied, das sonst nicht mitwirkt, nach.

3 2. Das Gesuch, den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht H. wegen Besorgnis der Befangenheit abzulehnen, ist unbegründet.

4 Wegen Besorgnis der Befangenheit kann ein Richter abgelehnt werden, wenn ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Misstrauen gegen seine Unparteilichkeit zu rechtfertigen (§ 54 Abs. 1 VwGO i.V.m. § 42 Abs. 2 ZPO). Danach ist es einerseits nicht notwendig, dass der Richter tatsächlich befangen ist. Andererseits reicht die rein subjektive Vorstellung eines Beteiligten, der Richter werde seine Entscheidung an persönlichen Motiven orientieren, nicht aus, wenn bei objektiver Würdigung der Tatsachen vernünftigerweise kein Grund für die Befürchtung ersichtlich ist. Die Besorgnis der Befangenheit ist dann gerechtfertigt, wenn aus der Sicht des Beteiligten hinreichend objektive Gründe vorliegen, die bei vernünftiger Würdigung aller Umstände Anlass geben, an der Unvoreingenommenheit des Richters zu zweifeln (Urteil vom 5. Dezember 1975 - BVerwG 6 C 129.74 - BVerwGE 50, 36 <38 f.> = Buchholz 448.0 § 34 WPflG Nr. 48; vgl. auch Beschlüsse vom 3. April 1997 - BVerwG 6 AV 1.97 - Buchholz 310 § 54 VwGO Nr. 55 S. 4, vom 9. Mai 2003 - BVerwG 2 AV 1.03, 2.03 und 3.03 - Buchholz 310 § 54 VwGO Nr. 63, vom 14. August 2003 - BVerwG 2 AV 4.03 - juris - und vom 3. November 2009 - BVerwG 2 A 1.08).

5 Die vom Kläger vorgetragenen Gründe geben nach Maßgabe dessen keinen Anlass, an der Unvoreingenommenheit des Vorsitzenden Richters am Bundesverwaltungsgericht H. zu zweifeln.

6 In einem Rechtsgespräch, wie es vor dem Senat geführt wird, ist es üblich, die Rechtsstandpunkte der Beteiligten nicht nur zur Kenntnis zu nehmen, sondern sich, wenn hierzu Anlass besteht, auch argumentativ mit ihnen auseinanderzusetzen, um den Parteien Gelegenheit zu geben, ihren Rechtsstandpunkt zu verdeutlichen und zu vertiefen. Das Rechtsgespräch wird dabei inhaltlich in hohem Maße von den Fragen bestimmt, die der Senat in seiner Vorberatung erörtert hat. Daher ist es sinnvoll, das Rechtsgespräch so zu führen, dass alle im Senat diskutierten Meinungen unabhängig von ihrer Mehrheitsfähigkeit mit den

Beteiligten erörtert werden, und zwar auch dann, wenn ein Beteiligter bereits mit Nachdruck zum Ausdruck gebracht hat, er halte sie für unzutreffend.

7 Für alle Prozessbeteiligten war klar, dass im Mittelpunkt der Diskussion die Frage stehen würde, ob die Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vom 1. April 2008 (Rs C-267/06 - Maruko) und der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 7. Juli 2009 (1 BvR 1164/07) gegenüber früheren Entscheidungen des beschließenden Senats und den früheren Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts die Rechtslage zu Gunsten des Klägers geändert hatten. Dem Vorsitzenden und dem ganzen Senat war die auf beide Entscheidungen gestützte und auch mündlich ausführlich dargelegte Auffassung des Klägers bekannt, dass die angegriffene nationale Regelung eine nicht rechtfertigungsfähige unmittelbare Diskriminierung wegen der sexuellen Ausrichtung darstelle. Im Rechtsgespräch hat der Vorsitzende zu bedenken gegeben, dass sowohl der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften als auch das Bundesverfassungsgericht in den beiden genannten Entscheidungen auf die besondere Bedeutung der Vergleichbarkeit der Lage von Eheleuten und Lebenspartnern hingewiesen haben. Der Europäische Gerichtshof hat in Rn. 72 ausgeführt, falls sich Ehegatte und Lebenspartner in Bezug auf die Hinterbliebenenversorgung in einer vergleichbaren Situation befänden, stelle eine Regelung wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende eine unmittelbare Diskriminierung wegen der sexuellen Ausrichtung dar. Das Bundesverfassungsgericht hat - wie es bei der Prüfung des Art. 3 Abs. 1 GG üblich ist - in Rn. 106 ff., insbesondere in Rn. 112 seiner Entscheidung vom 7. Juli 2009 geprüft, ob die Lage von Eheleuten und Lebenspartnern vergleichbar ist, und dabei in vorhandenen Lücken in der Erwerbsbiographie von Eheleuten keinen Grund für die Unterscheidung gesehen.

8 Der Senat musste sich also mit der Frage der Vergleichbarkeit in jedem Falle auseinandersetzen. Aus der Tatsache, dass der Vorsitzende diesen Gesichtspunkt auch im Anschluss an den Vortrag des Prozessbevollmächtigten des Klägers erneut aufgeworfen hatte, konnte nicht geschlossen werden, dass er selbst einen bestimmten Standpunkt zur Auslegung der beiden Entscheidungen vertrat und insoweit bereits festgelegt war.

9 Der ebenfalls geltend gemachte Grund, der Vorsitzende habe andere Auffassungen nicht zur Kenntnis nehmen wollen, ist ebenfalls unbegründet. Richtig ist lediglich, dass der Vorsitzende die Frage der unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung in diesem Verfahrensstadium nicht erörtern wollte, weil nach seinem pflichtgemäßen Ermessen zu diesem Zeitpunkt zunächst richtig weiter auf die Frage der Vergleichbarkeit einzugehen war. Den Äußerungen des Vorsitzenden war weder zu entnehmen, dass er die Auffassung des Klägers nicht zur Kenntnis genommen hatte, noch, dass sie zu keinem anderen Zeitpunkt mehr erörtert werden sollte.

10 Der Befangenheitsantrag kann auch nicht mit Erfolg darauf gestützt werden, der Vorsitzende habe für die Nichtteilnahme der Richterin am Bundesverwaltungsgericht T. eine unzutreffende Begründung gegeben. Der abgelehnte Richter hat in seiner dienstlichen Stellungnahme dargelegt, er habe zu Beginn der Verhandlung darauf hingewiesen, Frau Richterin T. sei sowohl durch den Geschäftsverteilungsplan für den Senat als auch durch ihre Urlaubsabwesenheit an einer Mitwirkung an dem Verfahren gehindert. Selbst eine unzutreffende Auskunft über die Gründe ihrer Verhinderung wäre bei objektiver Würdigung der Tatsachen vernünftigerweise nicht geeignet, Zweifel an der Unvoreingenommenheit des abgelehnten Richters zu wecken.

Groepper Dr. Heitz Thomsen

Dr. Burmeister Dr. Hartung