

Amt der Oö. Landesregierung
Direktion Präsidium
Abteilung Präsidium
Antidiskriminierungsstelle
4021 Linz • Landhausplatz 1



Linz, 8. April 2013

Anspruch auf Pflegefreistellung bzw. Hospizkarenz für Dienstnehmer des Landes und der Gemeinden nach dem Oö. EPG – Empfehlung einer Gesetzesänderung

Mit 11. März dieses Jahres hat [REDACTED] eine Anfrage bezüglich der Pflegefreistellung und Hospizkarenz von Landes- und Gemeindebediensteten bei der Antidiskriminierungsstelle des Landes Oberösterreich eingebracht. Dabei wies sie auf die mit 1. Jänner 2013 in Kraft getretenen Regelungen der Dienstrechts-Novelle 2012, BGBl. I Nr. 120/2012 hin, die u.a. auch einen Anspruch des eingetragenen Partners bzw. der eingetragenen Partnerin des leiblichen Elternteils auf Pflegefreistellung im Bundesdienst normiert. Zuvor bestand ein derartiger Anspruch von Bundesbediensteten in eingetragener Partnerschaft (EP) nur für den Fall, dass keiner der beiden Elternteile für die Pflege oder Betreuung zur Verfügung stand.

1. Grundsätzliches zum Eingetragene Partnerschaft-Gesetz

Die erwähnte, ursprüngliche Regelung der Pflegefreistellung¹ bzw. Familienhospizfreistellung² im Dienstrecht für Bundesbedienstete war erst mit dem Eingetragene Partnerschaft-Gesetz (EPG) Anfang 2010 in Kraft getreten und verschaffte eingetragenen Partnern und Partnerinnen im öffentlichen Dienst erstmals einen – wenn auch im Fall der Stiefkinder subsidiären – Anspruch auf Entgeltfortzahlung.

Mit dem EPG schuf der Bundesgesetzgeber den rechtlichen Rahmen für gleichgeschlechtliche Partnerschaften, die zwar bereits zuvor dem grundrechtlichen Schutz des Privat- und

¹ s. § 76 BDG 1979, § 29f VBG, § 75c RStDG, § 59 LDG, § 66 LLDG

² s. § 78d BDG 1979, § 29k VBG, § 75e RStDG, § 59d LDG, § 66d LLDG

Familienlebens nach Art 8 Abs 1 der EMRK unterlagen³, aus ihrer Verbindung jedoch unmittelbar keine gegenseitigen Rechten und Pflichten ableiten konnten. Eine Verpflichtung Österreichs als Vertragspartei der EMRK, ein Rechtsinstitut für gleichgeschlechtliche Partnerschaften zu schaffen, bestand nicht, jedoch legte der EGMR in seiner Entscheidung *Schalk und Kopf* dar, dass es den nationalen Gesetzgebern obliege, die Ehe für gleichgeschlechtliche Paare zu öffnen oder der Ehe ähnliche Institutionen einzurichten.⁴

Der Bundesgesetzgeber entschloss sich für ein rechtliches Konstrukt, das zum einen in der Schaffung des neuen Rechtsinstituts der eingetragenen Partnerschaft bestand, das die Rechten und Pflichten der Partner zueinander regelt. Da die eingetragene Partnerschaft auch im Verhältnis zu Dritten Wirkung zeigen sollte, kam es zur Anpassung weiterer bundesrechtlicher Vorschriften, z.B. im Dienstrecht, Arbeits-, Sozial und Sozialversicherungsrecht etc.

Die Wirkungen der eingetragenen Partnerschaft sollten im Wesentlichen den Rechten und Pflichten verheirateter Personen entsprechen.⁵ Auffallend ist jedoch, dass der Gesetzgeber alle Bestimmungen zur eingetragenen Partnerschaft ohne Verweise auf das Eherecht ausführt, indem er teils den Wortlaut ehelicher Vorschriften wiederholt, teils neue Vorschriften entwickelt.⁶ Dieses sogenannte "Differenzkonzept" sollte die Unterschiedlichkeit von Ehe und eingetragener Partnerschaft betonen und entsprach genauso dem damaligen politischen Willen der parlamentarischen Mehrheit wie die Tatsache, dass das EPG keine Bestimmungen enthält, die sich auf Kinder beziehen oder das Kindschaftsrecht ändern.

Gestützt wurde diese politische Haltung auch durch das in höchstgerichtlichen Entscheidungen⁷ gefestigte Natürlichkeitsparadigma⁸, das von einem Ehebegriff ausgeht, der die grundsätzliche Möglichkeit der Partner, miteinander auf natürlichem Wege ein Kind in die Welt setzen zu können, voraussetzt. Bereits in seiner Entscheidung vom 11.7.2002, *Christine Goodwin*⁹, koppelte der EGMR jedoch die Zulässigkeit der Eheschließung von der Frage ab, ob das Paar in der Lage und Willens sei, Kinder in die Welt zu setzen und betonte dies neuerlich in der Entscheidung zu *Schalk und Kopf*¹⁰, 2010. Durch die in *Schalk und Kopf* weiters geäußerte zukünftige Möglichkeit der Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare bei Erreichung eines tragfähigen politischen

³ EGMR 24.7.2003, 40016/98, *Karner gegen Österreich* sowie EGMR 24.06.2010, 30141/04, *Schalk und Kopf*

⁴ so haben bis Februar 2011 Belgien, Dänemark, die Niederlande, Schweden, Norwegen, Island, Spanien und Portugal das Rechtsinstitut der Ehe auch für gleichgeschlechtliche Paare geöffnet, während Finnland, Irland, das Vereinigte Königreich, Deutschland, die Schweiz, Liechtenstein, Österreich, die Tschechische Republik, die Slowakei und Ungarn gleichgeschlechtliche Paare durch eheliche Institutionen Ehepaaren annähernd gleich gestellt haben (nähere Informationen mit Übersichtskarte: <http://www.rklambda.at/Rechtsvergleich/index.htm>)

⁵ Erläut RV 485/2009, Blg NR 24. GP 4

⁶ *Mazal*, Arbeits- und sozialrechtliche Aspekte der eingetragenen Partnerschaft, iFamZ 2010, 100

⁷ z.B. VwGH 30.9.1997, 95/01/0061, VwSlg 14.478 A/1997 und VfGH 12.12.2003, B 777/03, VfSlg 17.098/2003 in seiner Entscheidung im Fall *Schalk und Kopf*

⁸ s. dazu *Benke*, Fragmente, in Strasser/Holzleithner, Multikulturalismus 228 – 232, 249, 251

⁹ EGMR 11.7.2002, 28957/95, *Christine Goodwin vs. Vereinigtes Königreich*

Konsenses und die Anerkennung partnerschaftsbezogener Angelegenheiten Homosexueller als Familienangelegenheiten nach Art 8 MRK (statt wie bis dahin als "Privatangelegenheiten"), stellte der EGMR damit die partnerschaftlichen Angelegenheiten Homosexueller jenen Heterosexueller grundsätzlich gleich¹¹.

Hinsichtlich dieses Paradigmenwechsels auf europäischer Ebene stellt sich die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit jener Bestimmungen des EPG, die darauf abstellen, dass die eingetragene Partnerschaft keiner Familie gleich kommt. Unter den gerichtlichen Klagen und Entscheidungen der letzten Jahre¹² über Bestimmungen des EPG, die der Abgrenzung der eingetragenen Partnerschaft zur Ehe dienen sollen und eingetragene Partner bzw. eingetragene Partnerinnen benachteiligen, finden sich daher auch solche, die die Rechtsposition der Stiefeltern in einer eingetragenen Partnerschaft klären sollen.

2. Pflege- und Familienhospizfreistellung im Dienstrecht des Bundes

Was die durch das EPG angestrebte, weitgehende Gleichstellung von eingetragenen Partnern mit Ehepartnern anbelangt, ist diese auch dem Arbeitsrecht zu entnehmen. Dass die Übernahme von Verantwortung für Kinder keine Anerkennung finden soll, kann aus den Bestimmungen nicht geschlossen werden¹³ (siehe z.B. die Regelung zur Pflegefreistellung im UrlG und zur Sterbebegleitung im AVRAG unter Punkt 3.).

In diesem Sinn gestalteten sich auch die Regelungen über die Pflege- und Hospizfreistellung im Rahmen der Einführung des EPG. Bundesbedienstete hatten für die Kinder ihrer eingetragenen Partner oder Partnerinnen jedoch nur insoweit Anspruch auf Pflegefreistellung, als kein Elternteil für die Pflege oder Betreuung zur Verfügung stand¹⁴. In den Erläuterungen dazu¹⁵ findet sich neuerlich die Betonung der Intention des Gesetzgebers, eingetragene Partner und Ehegatten im EPG rechtlich weitgehend gleichzustellen mit einer Einschränkung für jene Rechte, die unmittelbar aus der Elternschaft resultieren (z.B. die Karenz aufgrund einer Elternschaft oder Waisensversorgung). Im Hinblick darauf erscheint der Entschluss des Gesetzgebers, eingetragenen Partner und Partnerinnen erst dann eine Pflege- bzw. Hospizfreistellung zuzugestehen, wenn die leiblichen Elternteile verhindert sind aus zwei Gründen inkonsequent und widersprüchlich:

¹⁰ *Schalk und Kopf*, Rz 52

¹¹ *Benke*, Keine Ehe, aber ein Stück Familie, iFamZ 2010, 251

¹² Siehe u.a. VfGH 12.12.12, B 121/11, B 137/11; VfGH 03.03.2012, G 131/11; VfGH 09.10.2012, B 121/11, B 137/11; OGH 30.11.2011, 7Ob124/11b; VfGH 22.09.2011, B 1405/10-11; VfGH 22.9.2011, B 518/11, EGMR 19.02.2013, 19010/07

¹³ *Mazal*, Arbeits- und sozialrechtliche Aspekte der eingetragenen Partnerschaft, iFamZ 2010, 99

¹⁴ so z.B. in § 76 Abs 10 BDG 1979 idF vom 1.1.2010

¹⁵ Erläut RV 485/2009, Blg NR 24. GP 24

1. Zum einen fußt die Verpflichtung der Betreuung von Kindern im Krankheitsfall auf der Beistandspflicht der Partner und Partnerinnen zueinander und nicht auf dem Prinzip der Elternschaft. Die Gleichstellung mit (Stief)-Eltern wäre somit geboten gewesen.
2. Zum anderen kam gemäß der ursprünglichen Regelung selbst (gleich- und gemischtgeschlechtlichen) Lebensgefährten für die Kinder des anderen ein uneingeschränkter Anspruch auf Pflege- und Hospizfreistellung zu, wodurch diese besser gestellt waren als eingetragene Partner und Partnerinnen.

Dieser Ungleichbehandlung trug die Dienstrechts-Novelle 2012 Rechnung, die Bundesbediensteten nunmehr einen uneingeschränkten Anspruch auf Pflegefreistellung für die Kinder des eingetragenen Partners gewährt. Zusätzlich dazu ermöglicht ihnen - wie auch den leiblichen Eltern, den Pflege-, Adoptiv- und Stiefeltern sowie den Lebensgefährten des leiblichen Elternteils - der neu gestaltete Anspruch auf Pflegefreistellung die Begleitung des Kindes unter 10 Jahren ihres eingetragenen Partner bzw. ihrer eingetragenen Partnerin im Fall eines stationären Aufenthalts in einer Heil- und Pflegeanstalt.

Im Bereich der Familienhospizfreistellung blieb der Anspruch der Stiefeltern innerhalb der eingetragenen Partnerschaft unverändert, so dass Ihnen nach wie erst dann ein Anspruch auf Entgeltsfortzahlung zukommt, wenn die leiblichen Elternteile verhindert sind.

3. Pflege- und Familienhospizfreistellung im UrIG und AVRAG

Mit 1. Jänner 2013 erfolgte eine Anpassung der Pflegefreistellung im Urlaubsgesetz. Eingetragene Partner kommt nun für ihre Stiefkinder ein Anspruch auf Pflegefreistellung (§ 16 UrIG) zu. Da der Angehörigenbegriff des § 14a Abs 8 AVRAG sich von jenem des § 16 Abs 1 letzter Satz UrIG ableitet, kommt eingetragene Partnern auch ein uneingeschränkter Anspruch auf Sterbebegleitung für ihre Partner und Partnerinnen sowie deren Kinder zu.

4. Pflege- und Familienhospizfreistellung im Dienstrecht des Landes

Mit 1. Juli 2012 trat das Oö. EPG in Kraft. Für die Umsetzung der Bestimmungen für eingetragene Partnerschaften wählte das Land Oberösterreich die Form der Sammelnovelle, unter die auch die Änderungen des Dienstrechts fielen. Die dort geregelte Pflegefreistellung¹⁶ und Familienhospizfreistellung¹⁷ ist der ursprünglichen Fassung im Bundesdienstrecht im Wesentlichen ähnlich. Ein Anspruch auf Freistellung für das Kind des eingetragenen Partners oder der eingetragenen Partnerin kommt dem Landes- oder Gemeindebediensteten nur dann zu, wenn kein

¹⁶ § 79 Oö. GBG, § 130 Oö. GDG, § 84 Oö. LBG, § 50 Oö. LVBG, § 84 Oö. StGBG

¹⁷ § 76a Oö. GBG, § 126a Oö. GDG, § 81a Oö. LBG, § 47a Oö. LVBG, § 81a Oö. StGBG

Elternteil für die Pflege oder Betreuung zur Verfügung steht. Im Gegensatz zur bundesgesetzlichen Regelung besteht für bloße Lebensgefährten jedoch kein Anspruch auf Pflegefreistellung für die Kinder des Partners oder der Partnerin, auch dann nicht, wenn die Person, die das Kind ständig betreut hat, aus den Gründen des § 15d Abs 2 MSchG bzw. § 12 Abs 2 Oö. MSchG für die Pflege ausfällt.

5. Rechtliche Beurteilung durch die Antidiskriminierungsstelle

Anlässlich der Umsetzung der Richtlinie zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder ethnischen Herkunft (RL 2000/43/EG) und der Richtlinie zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (RL 2000/78/EG) hat sich der Oö. Gesetzgeber dazu entschlossen, im Oberösterreichischen Antidiskriminierungsgesetz (Oö. ADG) jede Diskriminierung aus Gründen der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion, der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters, des Geschlechts und der sexuellen Orientierung zu verbieten.

Gemäß § 4 Oö. ADG liegt eine Diskriminierung vor, wenn eine Person aus einem der in § 1 genannten Gründe (u.a. der sexuellen Orientierung) in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Diskriminierungen können gemäß § 4 Z2 gerechtfertigt sein, wenn die betreffenden Regelungen, Beurteilungskriterien oder tatsächlichen Vorgangsweisen durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt sind und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels erforderlich und angemessen sind. § 2 Abs 1 Z6 des Gesetzes verbietet dem Land Oberösterreich jede Diskriminierung in Angelegenheiten des Dienstrechts, was auch den Begriff der Sozialleistungen und freiwilligen Vergünstigungen durch den Arbeitgeber umfasst.

Dienstnehmer und Dienstnehmerinnen des Landes und der Gemeinden in eingetragenen Partnerschaften sind durch den bloß subsidiären Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Fall einer Erkrankung der Kinder des Partners oder der Partnerin gegenüber Ehepaaren benachteiligt.

Eine Begründung für die Ungleichbehandlung ist den Materialien nicht zu entnehmen. Da diese von den Ausführungen des EPG übernommen wurden, wird die Benachteiligung von eingetragenen Partnern hier ebenso in Frage gestellt (s. 2.). Wie im Fall der Pflegefreistellung für das Kind des eingetragenen Partners bzw. der eingetragenen Partnerin die Verhinderung des (anderen) Elternteils wegen einer Erkrankung, eines Auslands- oder Heimaufenthalts zu ermitteln und dem Dienstgeber nachzuweisen sein soll, lässt der Gesetzgeber genauso vermissen wie eine Auseinandersetzung mit der Tatsache, dass das zu betreuende Kind zu seinem gleichgeschlechtlichen Stiefvater bzw. seiner Stiefmutter aufgrund der Verwurzelung in der

eingetragenen Partnerschaft eventuell eine genauso starke oder gar emotional stärkere Verbundenheit empfindet als zum leiblichen Elternteil, bei dem es nicht lebt oder der bzw. die auch nicht die Obsorge besitzt. – Ein Argument, dem vor allem in psychisch wie physisch belastenden Situationen wie einer (schweren) Krankheit große Bedeutung zukommt.

Dazu kommt, dass der Ausschluss eingetragener Partner von einem unmittelbaren Anspruch auf Pflege- und Hospizfreistellung von (mittlerweile) zwei Ausnahmen durchbrochen wird:

1. In Oberösterreich steht auch gleichgeschlechtlichen Paaren das Institut der Pflegeelternschaft offen.
2. Die aktuelle Entscheidung des EGMR, *X et al vs Austria*¹⁸, der im österreichischen Verbot der Stiefkindadoption (§ 8 Abs 4 EPG) bei gleichgeschlechtlichen Paaren einen Verstoß gegen die Europäische Menschenrechtskonvention sah, wird zu einer Anpassung der Adoptionsbestimmungen und die Miteinbeziehung gleichgeschlechtlicher Partner und Partnerinnen innerhalb Österreichs führen.

Somit fallen Kinder aus diesen beiden Familienkonstellationen unter den Angehörigenbegriff des § 84 Abs 2 Oö. LBG, was einen Anspruch auf Pflegefreistellung für ihre (gleichgeschlechtlichen Stief- bzw. Adptiv-)Eltern begründet. - Hervorzuheben ist dabei insbesondere die Tatsache, dass weder die Pflegeelternschaft noch die Stiefkindadoption eine eingetragene Partnerschaft voraussetzt, sondern eine Lebensgemeinschaft als ausreichend angesehen wird, wodurch eine in der eingetragenen Partnerschaft liegende Begründung für die unterschiedliche Behandlung der Familienkonstellationen ad absurdum geführt wird.

Der VfGH hielt in seiner richtungweisenden Entscheidung vom 22.9.2011 fest, dass nach Rechtssprechung des EGMR besonders „schwerwiegender Gründe“ vorliegen müssen, um eine am Geschlecht oder an der sexuellen Orientierung anknüpfende Differenzierung nicht als Diskriminierung und damit Verletzung des Art 14 EMRK zu qualifizieren¹⁹ und führte weiter aus, dass es für das Vorliegen solch schwerwiegender Gründe wesentlich sei, dass ein Sachzusammenhang zwischen der Ehe und diesen (unterschiedlichen) Rechtsfolgen bestehen müsse. Eine Diskriminierung einer der beiden Partnerschaftsformen gegenüber der anderen quasi "aus Prinzip" dürfte mit den genannten Anforderungen nicht vereinbar sein²⁰ und stellt keinen Rechtfertigungsgrund dar.

Die Ungleichbehandlung eingetragener Partner verstößt somit nicht nur gegen das Diskriminierungsverbot des Oö. ADG, das eine unmittelbare und mittelbare Diskriminierung von natürlichen Personen aufgrund ihrer sexuellen Orientierung untersagt, sondern auch gegen Art 9

¹⁸ EGMR 19.02.2013, 19010/07

¹⁹ VfGH vom 22.9.2011, B 1405/10-11, Rz 21

²⁰ VfGH vom 22.9.2011, B 518/11, Rz 23

Abs 4 der Oö. Landesverfassung, in dem sich das Land Oberösterreich zur Gleichbehandlung und Gleichstellung aller Menschen im Sinn der Grundrechte, insbesondere zum Verbot jeglicher Diskriminierung im Sinn der Europäischen Menschenrechtskonvention bekennt.

Die Diskriminierung eingetragener Partner im Dienstrecht des Landes widerspricht des weiteren auch der Antidiskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG und der darauf basierenden Rechtsprechung des EuGH zur Gleichbehandlung in der Arbeitswelt²¹. Der Anwendungsvorrang des Unionsrechts gegenüber nationalem Recht, führt dazu, dass Landes- und Gemeindebediensteten in eingetragener Partnerschaft bereits jetzt und ohne Beschluss des Landesgesetzgebers ein Anspruch auf Pflegefreistellung zukommt, was der Notwendigkeit einer Gesetzesänderung jedoch keinen Abbruch tut, da die jetzigen Gesetzesbestimmungen bei Vorliegen eines entsprechenden Anlassfalls voraussichtlich rechtlich bekämpft und zu Schadenersatzansprüchen gegen den Dienstgeber führen werden.

Gemäß § 14 Abs 5 Z3 Oö. ADG empfehle ich daher folgende Abänderung der Bestimmungen zur Pflege- und Familienhospizfreistellung:

1. Eingetragene Partner und Partnerinnen als Dienstnehmer des Landes Oberösterreich und der Gemeinden sollen in den Angehörigenbegriff aufgenommen werden.
2. Eingetragenen Partner und Partnerinnen als Dienstnehmer des Landes Oberösterreich und der Gemeinden soll ein uneingeschränkter Anspruch auf Pflegefreistellung bzw. Familienhospizkarenz für die leiblichen Kinder ihres eingetragenen Partners bzw. ihrer eingetragenen Partnerin zukommen.

Mag. Martina Maurer

Leiterin der Oö. Antidiskriminierungsstelle

²¹ *Jürgen Römer gegen Freie und Hansestadt Hamburg*, C-147/08 vom 10.5.2011 und *Tadao Maruko gegen Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, C-267/06 vom 1.4.2008