



Linke Wienzeile 102, 1060 Wien

Tel/Fax +43(0)1/876 3061 | office@RKLambda.at | www.RKLambda.at

Bankverbindung: Erste Bank, BLZ 20111, Kontonummer 28019653400

### An den oberösterreichischen Landtag

via Email an die Klubobleute von ÖVP, SPÖ, FPÖ, Grüne

via Email an die Mitglieder des Verfassungs-, Verwaltungs-, Immunitäts- und Unvereinbarkeitsausschusses

CC: Mitglieder der OÖ Landesregierung

Wien, 16.03.2012

### Betrifft: Umsetzung der Eingetragenen Partnerschaft (EP) im oberösterreichischen Landesrecht (Beilage 380/2011 der XXVII. GP)

Sehr geehrte Damen und Herren!

Das Rechtskomitee LAMBDA (RKL), Österreichs Bürgerrechtsorganisation für homo- und bisexuelle sowie transidente Frauen und Männer, nimmt den bevorstehenden Termin des Verfassungs-, Verwaltungs-, Immunitäts- und Unvereinbarkeitsausschusses am 22. März 2012 zum Anlass, um aus juristischer Sicht zur aktuellen Diskussion um die Umsetzung der Eingetragenen Partnerschaft (EP) im oberösterreichischen Landesrecht Stellung zu nehmen. Insbesondere, weil Oberösterreich das letzte Bundesland ist, das die EP noch nicht umgesetzt hat.

Der aktuell vorliegende – im Mai 2011 von der Landesregierung übersandte – Entwurf für ein „Oö. *Eingetragene Partnerschaft-Gesetz (Oö. EPG)*“ (Beilage 380/2011 der XXVII. GP) übernimmt einige Bestimmungen aus dem 2009 beschlossenen Bundes-EP-Gesetz, welche nach der mittlerweile klaren **Rechtssprechung des VfGH und des EuGH verfassungswidrig sind und gegen EU-Recht verstoßen**. Eine Rechtsprechung, an der das RKL mit seiner „Klagsoffensive“ maßgeblich mitgewirkt hat. Weiters ist der Entwurf auch **inkonsistent mit der Landesverfassung Oberösterreichs**, sowie dem **OÖ Antidiskriminierungsgesetz** und der in Oberösterreich (so wie in anderen Bundesländern) erfolgten **Zulassung von gleichgeschlechtlichen Paaren zur Pflegeelternschaft**.

**Die genannte Rechtsprechung ist insbesondere für die Regelungen zur Pflege- und Hospizkarenz für Landes- oder Gemeindebedienstete relevant.** Insgesamt zehnmals schränkt der Entwurf dabei die Rechte für Stiefkinder in einer EP durch den Zusatz ein: „*als kein Elternteil für die Begleitung oder Betreuung zur Verfügung steht.*“ (§§ 81a, 84 Landesbeamtengesetz, §§ 47a, 50 Landes-Vertragsbedienstetengesetz, §§ 126a, 130 Gemeinde-Dienstrechts- und Gehaltsgesetz, §§ 76a, 79 Gemeindebedienstetengesetz, §§ 81a, 84 Statutargemeinden-Beamtengesetz).

**KURATORIUM** → Univ.-Prof. Dr. **Josef Christian Aigner**, Institut für Erziehungswissenschaften, Univ. Innsbruck; → Abg. z. NR a.D. Mag. **Thomas Barmüller**, Liberales Forum; → Univ.-Prof. Dr. **Nikolaus Benke**, Legal Gender Studies, Univ. Wien; → LAbg. a.D. Univ. Prof. Dr. **Christian Brünner**, Prof. f. Staats- u. Verwaltungsrecht, Univ. Graz → Dr. **Erik Buxbaum**, vorm. Generaldirektor f.d. öff. Sicherheit; → BM a.D. NR Abg. a.D. Dr. **Caspar Einem**, SPÖ; → Univ.-Prof. Dr. **Max Friedrich**, Vorstand der Univ.-Klinik für Neuropsychiatrie des Kindes- u. Jugendalters, AKH Wien; → Univ.-Prof. Dr. **Bernd Christian Funk**, Inst. f. Staats- u. Verwaltungsrecht, Univ. Wien; stv. Vors. Menschenrechtsbeirat BMI → Mag. **Karin Gastingner**, BM für Justiz a.D.; → Dr. **Marion Gebhart**, Kinder- u. Jugendanwältin d. Stadt Wien a.D.; → Dr. **Alfred Gusenbauer**, Bundeskanzler a.D.; → BM a.D. Dr. **Hilde Hawlicek**, SPÖ; → Dr. **Barbara Helige**, vorm. Präs. Richtervereinigung; → NRAbg. a.D. Dr. **Elisabeth Hlavac**, SPÖ; → Dr. **Lilian Hofmeister**, Expertin f. Menschenrechte u. Genderfragen; → Dr. **Judith Hutterer**, Präsidentin des Öst. Aids-Komitees; → Hon.-Prof. Dr. **Udo Jesionek**, vorm. Präs. Jugendgerichtshof, Präs. Weisser Ring; → **Gery Keszler**, Life-Ball Organisator; → Abg. z. NR a.D. Dr. **Volker Kier**, Liberales Forum; → Univ.-Prof. Dr. **Christian Köck**; → Dir. Dr. **Franz Kronsteiner**, vorm. Vorstandsvorsitzender D.A.S. Österreich; → Univ.-Prof. DDr. **Heinz Mayer**, Dekan Rechtswiss. Fakultät Univ. Wien; → Prof. Dr. **Roland Miklau**, Sektionschef BMJ iR → Dr. **Michael Neider**, Sektionschef BMJ iR → Univ.-Prof. Dr. **Manfred Nowak**, Ludwig-Boltzmann-Institut f. Menschenrechte, UN-Sonderbericht-erstatte; → Mag. **Heinz Patzelt**, Generalsekretär, Amnesty International Österreich; → Univ.-Prof. Mag. Dr. **Rotraud A. Perner**, Sexualwissenschaftlerin; → LAbg. Dr. **Madeleine Petrovic**, Die Grünen; → Univ.-Doz. Dr. **Arno Pilgram**, Institut für Rechts- u. Kriminalsoziologie, Univ. Wien; → DSA **Monika Pinterits**, Kinder- u. Jugendanwältin d. Stadt Wien; → BM a. D. Mag.a **Barbara Prammer**, Präsidentin des Nationalrates; → Dr. **Elisabeth Rech**, Vizepräs. Rechtsanwaltskammer Wien; → NRAbg. a. D. Dr. **Peter Schieder**, Ehrenpräsident der Parlamentar. Versammlung des Europarates; → Dr. **Anton Schmid**, Kinder- u. Jugendanwalt der Stadt Wien; → BRAbg. **Marco Schreuder**, Die Grünen; → **Rainer Ernst Schütz**, Präsident des Clubs unabhängiger Liberaler (CULTUS), Wien; → NRAbg.a.D. Mag.a **Terezija Stoitsits**, Volksanwältin; → Dr. **Peter Tischler**, SenPräs OLG Ibk i.R.; → Univ.-Prof. Dr. **Hans Tretter**, Ludwig-Boltzmann-Institut f. Menschenrechte & Vizepräs. Verwaltungsrat EU-Grundrechteagentur; → Univ.-Lekt. Mag. **Johannes Wahala**, Österr. Gesellschaft f. Sexualforschung; Ü Univ.-Prof. Dr. **Ewald Wiederin**, Institut f. Verfassungs- und Verwaltungsrecht, Univ. Salzburg; → Dr. **Mia Wittmann-Tiwald**, Co-Vorsitzende FG Grundrecht der Richtervereinigung

Diese Diskriminierung zwischen Ehe und EP im Landes-Dienstrecht **ist einerseits wirkungslos – weil dem EU-Recht** (Antidiskriminierungs-RL 2000/78/EG) samt der zugehörigen Rechtsprechung des EuGH zur Gleichbehandlung von Ehe und EP in der Arbeitswelt (Fall Römer, C-147/08 vom 10. Mai 2011) **Anwendungsvorrang vor nationalem Recht zukommt, und dieses daher UNMITTELBAR anzuwenden ist.** Diese Rechte stehen lesbischen und schwulen Landes- oder Gemeindebediensteten in einer EP mit Stiefkindern daher bereits jetzt direkt zu, **auch ohne Landtagsbeschluss.**

Zum anderen drohen alle diese zehn Gesetzesbestimmungen bei Vorliegen eines entsprechenden Anlassfalles **vom Verfassungsgerichtshof aufgehoben zu werden**, der letzten Herbst einen **richtungweisenden Prüfbeschluss** gefällt hat (VfGH, B 518/11, vom 22. September 2011), in dem zu Ungleichbehandlungen zwischen Ehe und EP festgestellt wird, dass diese nur bei Vorliegen **„schwerwiegender Gründe“** NICHT als Diskriminierung anzusehen sind.

Daher ist uns nicht verständlich, warum der oberösterreichische Landtag JETZT, im Jahre 2012, noch **diskriminierende Bestimmungen** einführen will, mit denen der Bundesgesetzgeber im Jahre 2009 zwar gegen alle juristischen Bedenken „experimentiert“ hat, die aber durch die zwischenzeitlich erfolgte Rechtssprechung der nationalen und europäischen Höchstgerichte **bereits überholt sind.**

Wir ersuchen **die Landtagsabgeordneten daher, den genannten Entwurf** vor der endgültigen Beschlussfassung **dahingehend abzuändern**, dass (zehnmal) **die Wortfolge „insoweit [...] als kein Elternteil für die Begleitung oder Betreuung zur Verfügung steht“** ersatzlos gestrichen wird. Sodass der Landtag Oberösterreichs die Umsetzung der EP ohne Diskriminierungen beschließt, wie etwa bereits in **Salzburg** oder der **Steiermark** – in beiden Ländern auch mit den Stimmen der ÖVP.

Sollte der Landtag aber doch ein Landesgesetz beschließen, das schon jetzt klar verfassungswidrig ist und ebenso klar gegen EU-Recht verstößt, werden wir uns erlauben, bei entsprechender Gelegenheit (Anlassfall eines/einer Landes- oder Gemeindebediensteten aus OÖ) auch **diese Bestimmungen** in unsere – seit Frühjahr 2010 laufende – **„Klagsoffensive“** bei den **nationalen und europäischen Gerichten einzubeziehen.** Unabhängig davon wären **weitere Verzögerungen beim Beschluss des OÖ-EPG** jedoch ganz sicher **bedauerlich, weil darin auch viele weitere – diskriminierungsfreie – Gleichstellungsmaßnahmen im Landesrecht enthalten sind.**

Für Ihre Rückfragen stehen wir Ihnen sowie auch Ihren Experten in den Klubs bzw. im Amt der OÖ Landesregierung selbstverständlich gerne zur Verfügung. Wir erlauben uns zugleich, anbei noch eine detaillierte Auflistung der juristischen Bedenken samt einiger Beilagen zu übermitteln und freuen uns selbstverständlich auch über **Ihre Stellungnahme zu diesem Schreiben.**

Mit freundlichen Grüßen

**RA Dr. Helmut GRAUPNER e.h.**  
(Präsident)

**Walter DIETZ e.h.**  
(Generalsekretär)

#### Beilagen

- Verfassungsgerichtshof (VfGH), Beschluss vom 22. September 2011 (B 518/11)
- EU-Gerichtshof (Große Kammer), Urteil im Fall „Römer gg. Hamburg“ (C-147/08, 10. Mai 2011)

# Zu den rechtlichen Bedenken im Einzelnen

## 1. Gleichgeschlechtliche Pflegeelternschaft in Oberösterreich

Das Land Oberösterreich gesteht seit Jahren Lesben und Schwulen – auch als Paar – die Pflegeelternschaft zu, und lässt sie so für die Gesellschaft in OÖ eine wichtige Aufgabe übernehmen. Dazu stellt **Mag. Reinhold Rampler, Vertreter der Abteilung Jugendwohlfahrt des Landes Oberösterreich** in einem Bericht der Zeitschrift *Pflege und Adoption* (Ausgabe 03/2010) fest:

*„In Oberösterreich ist es für homosexuelle Menschen möglich, Pflegekinder aufzunehmen. Laut Reinhold Rampler steht der Zugang zur Eignungsüberprüfung und zur fachlichen Vorbereitung lesbischen und schwulen Paaren genauso offen wie heterosexuellen. Dies wird auch in den neuen Informationsfalter der Jugendwohlfahrt so aufgenommen. Für Pflegekinder ist es wichtig, zu Menschen zu kommen, die sich auf ihre Bedürfnisse einlassen und ihnen Geborgenheit vermitteln können, unabhängig von ihrer sexuellen Orientierung. Familie ist heute mehr als nur Mann, Frau und Kinder, sondern umfasst viele verschiedene Konstellationen und Möglichkeiten.“*

*Zeitschrift Pflege und Adoption (Ausgabe 03/2010), S. 20*

Es erscheint daher – **rechtlich wie auch politisch – inkonsistent**, wenn das Land Oberösterreich einerseits gleichgeschlechtliche n Paaren ganz bewusst die Verantwortung für Kinder (aus zumeist schwierigen Verhältnissen) überträgt, zugleich aber im Landesrecht offen diskriminierende Hürden für gleichgeschlechtliche Paare in einer EP mit Stiefkindern aufbaut. Diese offene Diskriminierung kann – rechtlich wie auch vom gesellschaftlichen Signal her – **nicht im Interesse des Kindeswohles sein**, weder für Stiefkinder noch für Pflegekinder in gleichgeschlechtlichen Partnerschaften.

Denn **am meisten zu leiden** haben unter dem erschwerten Zugang zur Pflege-/Hospizkarenz nicht die (betreuenden) Erwachsenen, sondern **das zu pflegende Stiefkind**, das (etwa im Krankheitsfall) dann **Teil eines Rechtsstreites über die Frage wird, welche Gründe** beim „anderen“ Elternteil **vorliegen müssen** (und vom Land OÖ als Dienstgeber auch anerkannt werden), **damit der /die Partner/in seiner Mutter bzw. seines Vaters dieses Kind letztlich auch pflegen kann**, wenn es die Umstände notwendig machen.

## 2. Landesverfassung und Antidiskriminierungsgesetz in Oberösterreich

Die oberösterreichische Landesverfassung besagt im Artikel 9 (Absatz 4):

*„Das Land Oberösterreich bekennt sich zur **Gleichbehandlung und Gleichstellung** aller Menschen im Sinn der Grundrechte, insbesondere zum **Verbot jeglicher Diskriminierung im Sinn der Europäischen Menschenrechtskonvention.**“ (Art. 9 Abs. 4 OÖ Landesverfassung)*

Es ist daher **umso unverständlicher, wieso der oberösterreichische Landtag nun ein bewusst gegen diese Bestimmung verstoßendes, diskriminierendes Landesgesetz beschließen will.**

Dasselbe gilt noch wesentlich dezidierter beim **oberösterreichischen Antidiskriminierungsgesetz:**

*„§ 1 – Diskriminierungsverbot*

*(1) Im Geltungsbereich (§ 2) dieses Gesetzes ist jede*

*1. **unmittelbare Diskriminierung** (§ 4 Z. 1),*

*2. **mittelbare Diskriminierung** (§ 4 Z. 2) ...*

*von natürlichen Personen **aus Gründen** der "Rasse" oder ethnischen Herkunft, der Religion, der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters und **der sexuellen Ausrichtung** sowie die Anstiftung einer Person zu einer solchen Diskriminierung oder Belästigung **verboten.**“*

*„ § 2 – Geltungsbereich*

*(1) Die **Bestimmungen dieses Gesetzes gelten für** Angelegenheiten des Landes und der Gemeinde, sofern diese Angelegenheiten in die **Gesetzgebungskompetenz des Landes** fallen, **insbesondere ...***

*6. **Dienstrecht** einschließlich Personalvertretungsangelegenheiten.“*

### 3. Österreichische Bundesverfassung und EMRK

Der österreichische Verfassungsgerichtshof hat am 22. September 2011 erstmals einen Beschluss zur Prüfung von Ungleichbehandlungen zwischen Ehe und EP gefasst, der medial insbesondere wegen der darin enthaltenen Beendigung der „Bindestrich-Diskriminierung“ für Aufmerksamkeit gesorgt hat. Dieses Verfahren ist eines von rund zehn laufenden Verfahren, die Teil der im Frühjahr 2010 gestarteten „Klagsoffensive“ des Rechtskomitee LAMBDA (RKL) sind (siehe [www.rklambda.at](http://www.rklambda.at)).

Eben dieser Beschluss des VfGH vom 22. September 2011 (B 518/11) wird in der juristischen Fachliteratur als „richtungweisend“ gesehen, weil der VfGH hier deutlich feststellt:

„4.1. Der Gleichheitsgrundsatz bindet den Gesetzgeber auch insofern, als er verbietet, sachlich nicht begründbare Regelungen zu treffen [...] Nach der Rechtsprechung des EGMR, der der Verfassungsgerichtshof gefolgt ist (VfSlg. 17.659/2005), **müssen besonders schwerwiegende Gründe vorliegen, um eine am Geschlecht oder an der sexuellen Orientierung anknüpfende Differenzierung nicht als Diskriminierung und damit Verletzung des Art. 14 EMRK iVm einem einschlägigen Konventionsrecht zu erweisen** [...] Nach der jüngeren Rechtsprechung des EGMR fallen gleichgeschlechtliche Beziehungen nicht nur unter den Begriff des "Privatlebens", sondern, **wenn die Personen in einer gleichgeschlechtlichen de facto Partnerschaft in einem gemeinsamen Haushalt leben, auch unter den Schutz des "Familienlebens" nach Art. 8 Abs. 1 EMRK**“ (VfGH, B 518/11, RZ 21)

„Für das Vorliegen solcher schwerwiegender Gründe dürfte es, worauf der Verfassungsgerichtshof in VfSlg. 17.337/2004 hingewiesen hat, wesentlich sein, dass "ein Sachzusammenhang zwischen der Ehe und diesen (unterschiedlichen) Rechtsfolgen bestehen" muss. **Eine "Diskriminierung einer der beiden Partnerschaftsformen gegenüber der anderen quasi 'aus Prinzip'" [...] dürfte aber mit den genannten Anforderungen nicht vereinbar sein.**“ (VfGH, B 518/11, RZ 23)

Die juristische Fachliteratur stellt zu diesem jüngsten VfGH-Beschluss daher fest:

„Ab jetzt kann das ‚Sanierungsprojekt‘ eingetragene Partnerschaft in Angriff genommen werden“

(Dr. Johann Höllwerth, Richter des OGH, siehe EF-Z 2012/4, S. 19f – „Kleiner (Binde-)Strich – große Wirkung“)

Bereits zuvor hatten juristische Fachbücher zum Familienrecht diese Judikaturlinie vorhergesagt:

„... dies ist im Lichte des Gleichheitsgrundsatzes kaum zu rechtfertigen“

(Dr. Katharina Gröger, eine der an der Gesetzeswerdung des EPG beteiligten BeamtInnen des BMJ, jeweils zu den **bundesgesetzlichen Bestimmungen zur Pflege- und Hospizkarenz** – hier etwa § 76 Absatz 10 BDG; siehe Gröger/Haller: „EPG“, Manz-Verlag, 2010, S. 256, Anmerkung 3 zu § 76 BDG)

„Lässt sich eine sachliche Rechtfertigung nicht argumentieren, wird der VfGH die benachteiligenden Normen beseitigen und auf diese Weise die eingetragene Partnerschaft schrittweise immer näher an die Ehe heranführen.“

(Dr. Edwin Gitschthaler, Richter des OGH, siehe Gitschthaler/Höllwerth: „Kommentar zum Ehe- und Partnerschaftsrecht“, Springer-Verlag, 2011, S. 806, RZ 5)

### 4. EU-Recht (Unionsrecht)

Ebenso klar ist die **Judikaturlinie des EU-Gerichtshofes (EUGH)**, der zuerst im Fall *Maruko gegen VdB* und zuletzt mit seiner Entscheidung im Fall *Römer gegen Hamburg* klarstellte, dass auf Grund der EU-Richtlinie 2000/78/EG (Antidiskriminierungsrichtlinie) **eine unterschiedliche Behandlung von Ehe und EP bei arbeitsrechtlichen Vergünstigungen gegen das EU-Recht (Unionsrecht) verstößt**, siehe:

- EUGH: Urteil des Gerichtshofes (Große Kammer) vom 10. Mai 2011 im Fall *Jürgen Römer gegen Freie und Hansestadt Hamburg (C-147/08)*
- EUGH: Urteil des Gerichtshofes (Große Kammer) vom 1. April 2008 im Fall *Tadao Maruko gegen Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen (C-267/06)*