

BUNDESKANZLERAMT  ÖSTERREICH

Senat III der Gleichbehandlungskommission

Prüfungsergebnis gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz

Der Senat III der Gleichbehandlungskommission (GBK) beim Bundeskanzleramt gelangte am 31. Mai 2011 über den am 2. Dezember 2010 gestellten Protokollantrag von Herrn A (in der Folge: Antragsteller), betreffend die Überprüfung einer unmittelbaren Diskriminierung aufgrund des Geschlechts beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, durch die Antragsgeberinnen

1. X-Gesellschaft
2. Y-Gesellschaft (amtswegig ausgedehnt)

gemäß §§ 31 Abs. 1 und 32 Abs. 1 Gleichbehandlungsgesetz¹ (in der Folge GIBG; idGF BGBl. I Nr. 7/2011; § 40b iVm § 40c Abs. 1 GIBG alt) nach Durchführung eines Verfahrens gemäß § 12 GBK/GAW-Gesetz (BGBl. I Nr. 7/2011) iVm § 11 Gleichbehandlungskommissions-GO (idF BGBl. II Nr. 396/2004) **zur Auffassung, dass**

1. **die X-Gesellschaft den Antragsteller gemäß § 31 Abs. 1 iVm § 32 Abs. 1 Gleichbehandlungsgesetz aufgrund des Geschlechts unmittelbar diskriminiert hat.**

¹ Die Änderung des Gleichbehandlungsgesetzes, des Gesetzes über die Gleichbehandlungskommission die Gleichbehandlungsanwaltschaft (BGBl. Nr. I 7/2011) ist in wesentlichen Teilen am 1. März

2. die Y-Gesellschaft den Antragsteller gemäß § 31 Abs. 1 iVm § 32 Abs. 1 Gleichbehandlungsgesetz aufgrund des Geschlechts unmittelbar diskriminiert hat.

Im Antrag wurde die Einleitung eines Verfahrens gemäß § 12 Abs. 1 GBK/GAW - Gesetz zur Überprüfung begehrt, ob eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes durch eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, gemäß § 31 Abs. 1 leg.cit. vorliegt.

Der Sachverhalt stellte sich laut Antrag im Wesentlichen wie folgt dar:

Der Antragsteller habe mit 19. Dezember 2005 das 60. Lebensjahr vollendet. Ab diesem Alter werde von der Erstantragsgegnerin eine 50-prozentige Ermäßigung auf Fahrkarten gewährt. Mit 1. Juli 2010 habe er eine Jahreskarte der Erstantragsgegnerin erstanden. Eine SeniorInnenermäßigung sei ihm nicht gewährt worden. Es werde ihn zehnmal im Jahr der Vollpreis von 45,80 Euro von seinem Konto abgebucht daher werde er im Vergleich zu einer gleichaltrigen Frau durch die Erstantragsgegnerin ungleich behandelt. Im Zusammenhang mit seinem Geschlecht liege daher eine Diskriminierung im Sinne des Gleichbehandlungsgesetzes durch die Erstantragsgegnerin vor.

Von der Erstantragsgegnerin langte zu den Vorwürfen am 20. März 2011 eine schriftliche Stellungnahme mit folgendem wesentlichen Inhalt beim Senat III der Gleichbehandlungskommission ein:

Richtig sei, dass eine reguläre Jahreskarte der X-Gesellschaft € ..., - koste. Der Preis einer SeniorInnenjahreskarte betrage bei Barzahlung € ..., -.

2011 in Kraft getreten. Mit dieser Novelle zum Gleichbehandlungsgesetz wurde Teil IIIa. des GIBG mit 28. Februar 2011 außer Kraft gesetzt.

Der SeniorInnentarif der Antragsgegnerin solle keine Form der Diskriminierung zwischen Männern und Frauen begründen oder aufrechterhalten, sondern habe das Ziel, die Gleichstellung von Frauen und Männern zu fördern, indem bestehende Benachteiligungen von Frauen zum Teil ausgeglichen würden. Das ungleiche Alter von Männern und Frauen für die Inanspruchnahme einer SeniorInnenjahreskarte sei gesetzlich vorgegeben und europarechtlich zulässig.

Der Antragsteller stütze die von ihm geltend gemachte auf die behauptete Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes des § 40b GIBG (§ 31 GIBG neu). Nach dieser Bestimmung dürfe niemand aufgrund des Geschlechtes beim Zugang zu Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, diskriminiert werden. Die Bestimmung des § 40b GIBG gehöre zum Teil IIIa. des GIBG. Zunächst müsse geklärt werden, ob ein SeniorInnentarif nicht eine soziale Vergünstigung im Sinne des Teil III. des GIBG sei. In diesem Fall wäre eine behauptete Diskriminierung nur nach dem Teil III. GIBG zu prüfen und nicht nach Teil IIIa. GIBG.

Nach der Rechtsprechung des EuGH seien soziale Vergünstigungen alle Sozialleistungen, die - ob sie an einen Arbeitsvertrag anknüpfen oder nicht - den inländischen Arbeitnehmern hauptsächlich wegen ihrer objektiven Arbeitnehmereigenschaft oder einfach wegen ihres Wohnsitzes gewährt würden. Es handle sich daher nach Ansicht des EuGH nicht mehr um direkte in einem Arbeitsverhältnis verankerte Vergünstigungen. Der Begriff der sozialen Vergünstigung sei weit auszulegen und erfasse neben materiellen auch immaterielle Leistungen. Der EuGH habe in seiner Rechtsprechung mehrere Leistungen als soziale Vergünstigung qualifiziert. Auch Fahrpreisermäßigungen würden nach Ansicht des EuGH eine soziale Vergünstigung darstellen (EuGH 30. 9. 1975, Rs 32/75, *Christini*).

Die Richtlinie 2000/43/EG vom 29. 6. 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft führe ebenfalls den Begriff der sozialen Vergünstigung in das Rechtsgefüge der einzelnen Mitgliedstaaten ein. Die nationale Umsetzung der Richtlinie habe wiederum ihren Niederschlag in Teil III. des GIBG gefunden. Der Begriff der sozialen Vergünstigung sei aus dem Recht der Personenfreizügigkeit übernommen worden, insbesondere aus Art. 7 der Verordnung 1612/68. Die bisherige Rechtsprechung des EuGH sei daher

für die Auslegung und die Reichweite des Begriffs der sozialen Vergünstigung maßgeblich.

Der SeniorInnentarif der Erstantragsgegnerin sei aufgrund der dargestellten europarechtlichen Judikatur zweifellos als eine soziale Vergünstigung zu werten. Dies übersehe der Antragsteller, indem er sich auf eine Diskriminierung im Sinne des § 40 GIBG berufe, der aber auf soziale Vergünstigungen keine Anwendung finde. Die Tarifbestimmungen der Erstantragsgegnerin würden daher nicht der Prüfungskompetenz des Senates III der Gleichbehandlungskommission unterliegen.

Die Erstantragsgegnerin betreibe in ... ein öffentliches Personenbeförderungsunternehmen ... Die anzuwendenden Tarifbestimmungen würden einen Gemeinschaftstarif (§ 4 ÖPNRV-G) vorsehen. Dieser gelte im Interesse der Fahrgäste einheitlich für alle Verkehrsmittel, obwohl unterschiedliche Rechtsgrundlagen für die Tarif- und Beförderungsbedingungen bei Straßenbahnen einerseits und bei Autobussen andererseits bestehen würden. Für den Betrieb von Straßenbahnen bestimme § 22 Abs. 5 Eisenbahngesetz, dass die vom Betreiber der Straßenbahn festgesetzten Tarife für die Erbringung von Eisenbahnverkehrsleistungen auf Straßenbahnen, die Beförderungsbedingungen und alle zur Berechnung der Beförderungspreise notwendigen Angaben zu enthalten haben; sie seien jedermann gegenüber in gleicher Weise anzuwenden und die zur Berechnung der Beförderungspreise notwendigen Angaben sowie die wesentlichen Bestimmungen der Beförderungsbedingungen seien durch Aushang an geeigneter Stelle bekannt zu machen. Weitere inhaltliche Vorgaben würde das Gesetz nicht enthalten, zumal die Bestimmungen des Eisenbahnbeförderungsgesetzes auf die Beförderung mit Straßenbahnen nicht anzuwenden seien (§ 1 Eisenbahnbeförderungsgesetz).

Die im Autobusbetrieb zu Anwendung gelangenden Tarifbestimmungen seien ... der Aufsichtsbehörde angezeigt worden und würden zwingend für alle ... teilnehmenden Kraftfahrlinienunternehmer gelten. Diese Tarifbestimmungen müssten den Vorgaben der Verordnung des Bundesministers für Verkehr, Innovation und Technologie über die allgemeinen Beförderungsbedingungen für den Kraftfahrlinienverkehr (Kfl-Bef Bed) entsprechen. Gemäß § 20 Kfl-Bef Bed in Verbindung mit Punkt 9 der Anlage./1 zu dieser Verordnung könnten Fahrpreisermäßigungen für SeniorInnen bei Vorweisen eines gültigen amtlichen Lichtbildausweises in Höhe einer 50-prozentigen Fahr-

preisermäßigung gewährt werden. Gemäß der Legaldefinition dieser Bestimmung seien „Senioren“ Männer ab dem 65. und Frauen ab dem 60. Lebensjahr. Dem Kraftfahrlinienunternehmer bzw. der ... werde vom Ordnungsgeber also nur ein Wahlrecht eingeräumt, ob überhaupt ein SeniorInnen tariff eingeführt werde oder nicht. Gebe es einen SeniorInnen tariff, sei er nach Vorgabe der Kfl-Bef Bed für „Senioren“, also Männer ab dem 65. und Frauen ab dem 60. Lebensjahr vorzusehen; insoweit bleibe also kein Gestaltungsspielraum.

Wie sich schon aus den Ausführungen zu den rechtlichen Grundlagen ergebe, sei die Zweitantragsgegnerin als die für die Erstantragsgegnerin zuständige Organisationsgesellschaft (17 ÖPNRV-G) für die Tarifgestaltung zuständig (§ 31 Abs 2 KfIG, § 18 ÖPNRV-G). Die bei der Erstantragsgegnerin zur Anwendung gelangenden Tarifbestimmungen würden dem entsprechend von der Zweitantragsgegnerin herausgegeben und seien von der Erstantragsgegnerin anzuwenden. Wenn also, entgegen der Auffassung der Erstantragsgegnerin, das unterschiedliche Alter, ab dem Männer und Frauen eine SeniorInnenjahreskarte beziehen können, eine verbotene Diskriminierung darstellen würde, dann ginge die Diskriminierung nicht von der Erstantragsgegnerin, sondern von der Zweitantragsgegnerin aus.

Das Gleichbehandlungsgebot des § 40b GIBG (§ 31 Abs. 1 GIBG neu) bestimme, dass aufgrund des Geschlechts niemand unmittelbar oder mittelbar beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, diskriminiert werden dürfe. Im Rahmen der Darstellung der rechtlichen Grundlagen und Rahmenbedingungen sei bereits gezeigt worden, dass der Ordnungsgeber nur die Möglichkeit eingeräumt habe, einen SeniorInnen tariff einzuführen, aber dessen inhaltliche Ausgestaltung und insbesondere auch das unterschiedliche Alter, ab dem Männer und Frauen die Möglichkeit hätten, eine SeniorInnenjahreskarte in Anspruch zu nehmen, vorgegeben habe. Wenn die Umsetzung dieser Vorgabe in den Tarifbestimmungen zu einer verbotenen Diskriminierung führen würde, könne dies nur dadurch vermieden werden, dass überhaupt kein SeniorInnen tariff für Jahreskarten angeboten werde, also auch nicht für Männer ab dem 65. Lebensjahr. Die einzige Konsequenz bei rechtmäßigem Alternativverhalten sei nämlich der Umstand, dass die Tarifbestimmungen keinen SeniorInnen tariff für Jahreskarten vorsehen würden. Der Antragsteller hätte somit keinen Anspruch auf die von ihm

begehrte SeniorInnenjahreskarte. Da die erweiterte Gleichbehandlungsrichtlinie RL 2004/113/EG, die durch die Bestimmungen des IIIa. Teils des GIBG in österreichisches Recht umgesetzt worden sei, nicht unmittelbar anwendbar sei, könne den Erstantragsgegner, der sich an das nationale Recht halte, keine Verantwortung für eine durch das Gesetz bewirkte Diskriminierung treffen.

Die Bestimmung des § 20 Kfl-Bef Bed iVm Punkt 9 der Anlage ./1 dieser Verordnung sei im Übrigen auch europarechtskonform. Der europäische Gesetzgeber habe den Mitgliedsstaaten in Art. 7 der Richtlinie 79/7/EWG (Gleichbehandlungsrichtlinie Soziale Sicherheit) die Möglichkeit eingeräumt, vom Anwendungsbereich der Richtlinie die Festsetzung des Rentenalters für die Gewährung der Altersrente oder Ruhestandsrente und etwaige Auswirkungen daraus auf andere Leistungen auszuschließen (Art 7 Abs. 1 lit. a 79/7/EWG). Das Regelpensionsalter betrage für Männer 65 Jahre und für Frauen 60 Jahre (§§ 253 und 270 ASVG). Die Regelung des § 20 Kfl-Bef Bed iVm Punkt 9 der Anlage ./1 zu dieser Verordnung knüpfe erkennbar an das Regelpensionsalter an. Die Bezugsmöglichkeit einer JahresseniorInnenkarte sei also eine „andere Leistung“, auf die sich das zulässiger Weise festgesetzte, unterschiedliche Pensionsantrittsalter für Männer und Frauen entsprechend auswirke.

Gemäß § 40d GIBG (§ 33 GIBG neu) sei die Bereitstellung von Dienstleistungen ausschließlich oder überwiegend für ein Geschlecht keine Diskriminierung, wenn dies durch ein rechtmäßiges Ziel gerechtfertigt sei und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich seien.

Die Möglichkeit zum Erwerb von SeniorInnenjahreskarten im Alter zwischen 60 und 64 Jahren bestehe nach den ... Tarifbestimmungen nur für Frauen. In diesem Alter würden also nur Frauen die Möglichkeit haben, die Dienstleistungen der Erstantragsgegnerin zu günstigeren Konditionen zu beziehen. Im Sinne des § 40d GIBG sei die günstigere Bezugsmöglichkeit im Alter zwischen 60 und 64 Jahren jene Dienstleistung, die ausschließlich für ein Geschlecht bereitgestellt werde.

Ein rechtmäßiges Ziel gemäß § 40d GIBG liege beispielsweise vor, wenn Personen, die durch ihren Pensionsantritt über weniger Einkommen verfügen, gefördert würden. Das Regelpensionsalter für Männer betrage 65 Jahre und für Frauen 60 Jahre (§§ 253 und 270 ASVG). Gemäß dem Bundesverfassungsgesetz über unterschiedli-

che Altersgrenzen von männlichen und weiblichen Sozialversicherten (BGBl. Nr. 832/1992) seien gesetzliche Regelungen, die unterschiedliche Altersgrenzen von männlichen und weiblichen Versicherten der gesetzlichen Sozialversicherung vorsehen, zulässig. Eine schrittweise Angleichung des Pensionsantrittsalters von Frauen an das Pensionsantrittsalter der Männer sei erst ab 1. Jänner 2019 vorgesehen.

Bei der Beurteilung von generellen Regelungen sei von einer Durchschnittsbetrachtung auszugehen und auf den Regelfall abzustellen (vgl nur VfGH VfSlg 13.890). Dies gelte auch für den in den Tarifbestimmungen vorgesehenen SeniorInnen tarif, dessen Gestaltung, wie bereits ausgeführt wurde, von einer Verordnung vorgegeben werde.

Würde man dies berücksichtigen, zeige sich, dass die Gestaltung des SeniorInnen tarifs im Hinblick auf § 40d GIBG zulässig sei: In der Regel würden Frauen ab 60 und Männer ab 65 eine Alterspension beziehen und daher gegenüber ihrem bisherigen Erwerbseinkommen über weniger Mittel verfügen, sodass der SeniorInnen tarif durch die Altersstaffelung insoweit ausreichend treffsicher sei. Dass überhaupt ein unterschiedliches Pensionsantrittsalter bestehe, sei eine wertende Entscheidung des Verfassungsgesetzgebers und europarechtlich zulässig (Art 7 Abs. 1 lit. a 79/7/EWG).

Der naheliegende Einwand, dass das tatsächliche Pensionsantrittsalter in Österreich zurzeit unter dem gesetzlichen Regelpensionsalter liege, spreche tatsächlich nicht gegen das im Tarif vorgesehene Alter von 65 Jahren für Männer und 60 Jahren für Frauen: Zunächst seien die gesetzlichen Möglichkeiten einer früheren Alterspension Ausnahmen zum Regelpensionsalter; die tatsächlich hohe Zahl an früheren Pensionierungen seien vom Gesetzgeber im Hinblick auf die Finanzierbarkeit des Pensionssystems nicht gewünscht. Außerdem liege auch das tatsächliche Pensionsantrittsalter von Frauen deutlich unter jenem der Männer, was eine entsprechende Differenzierung auch dann notwendig machen würde, wenn man auf das durchschnittliche Pensionsantrittsalter abstellen wolle. Es sei daher konsequent, dass der SeniorInnen tarif am gesetzlichen Regelpensionsalter anknüpfe, zumal bei einer Durchschnittsbetrachtung davon ausgegangen werden könne, dass Frauen mit 60 und Männer mit 65 Lebensjahren ganz überwiegend eine Alterspension beziehen würden.

Das unterschiedliche Alter, ab dem Männer und Frauen vergünstigte SeniorInnenkar-

ten zur Verfügung stünden, sei aber auch aus weiteren sozialen Gründen gerechtfertigt: Mit zunehmendem Alter verringere sich die Mobilität älterer Menschen. Dies sei auch bedingt durch die Einschränkung der Möglichkeit am Individualverkehr teilzunehmen, teils, weil gesundheitlich die Voraussetzungen für einen Führerschein nicht mehr vorhanden seien, teils, weil in der Pension älteren Menschen geringere Geldmittel zur Verfügung stünden. Dieser Prozess setze bei Frauen früher ein als bei Männern, da sie im Durchschnitt betrachtet über ein geringeres Einkommen verfügen würden, als gleichaltrige Männer (insbesondere nach Pensionsantritt). Die Verringerung der Mobilität führe zur Einschränkung der Lebensqualität im Alter. Ämter und Behörden, Spitäler und Ambulanzen, Geschäfte und sonstige soziale Einrichtungen, die nicht im räumlichen Nahebereich der Wohnung älterer Menschen gelegen seien, würden nur noch schwer oder gar nicht mehr von älteren Menschen selbstständig erreicht werden können. Dieser Entwicklung steuere ein SeniorInnen tariff entgegen, wobei es sozial sinnvoll sei, diesen nach Männern und Frauen getrennt anzubieten. Bei richtiger Betrachtung erweise sich der SeniorInnen tariff daher als eine Maßnahme zur Förderung der Mobilität von älteren Menschen, die sozial gestaffelt nach dem bei einer Durchschnittsbetrachtung zur Verfügung stehenden Alterseinkommen sei. Das unterschiedliche Anspruchsalter für eine SeniorInnen jahreskarte sei also auch von daher keine Diskriminierung.

Die in Gesetzen, Verordnungen oder auf andere Weise getroffenen Maßnahmen zur Förderung der Gleichstellung, mit denen Benachteiligungen aufgrund des Geschlechts verhindert oder ausgeglichen würden, würden nicht als Diskriminierung gelten. Dass Frauen in Österreich bei gleichen Voraussetzungen und gleicher Arbeit im Durchschnitt wesentlich weniger verdienen würden als Männer, könne als bekannt vorausgesetzt werden. Das Frauenministerium habe erst im März 2009 eine Studie veröffentlicht, die belege, dass die Einkommensunterschiede im Durchschnitt im Jahr 2007 38,6 % betragen würden; seit 1995 habe sich der Einkommensunterschied zwischen Männern und Frauen daher um 2,8 Prozentpunkte erhöht.

Die Bestimmung des § 20 Kfl-Bef Bed iVm Punkt 9 der Anlage ./1 zu dieser Verordnung, dass als SeniorInnen Frauen bereits ab dem 60. Lebensjahr gelten würden, während dies bei Männern erst ab dem 65. Lebensjahr der Fall sei, fördere Frauen, indem es den Nachteil eines geringeren Einkommens zum Teil dadurch ausgleiche,

dass Frauen um fünf Jahre früher als Männer in den Genuss eines SeniorInnentarifs kommen würden. Dass die Verordnung die Tarifgestaltung insoweit vorgebe, sodass keine weitere Gestaltungsmöglichkeit durch Tarifbestimmungen mehr möglich sei, sei bereits ausgeführt worden. Diese spezifische Vergünstigung habe der österreichische Verordnungsgeber aufrecht gehalten (vgl. für den Bereich der Gleichbehandlung von Männern und Frauen in der Arbeitswelt: *Rebhahn* in *Rebhahn/GIBG* § 8 Rz 11, dem es darum gehe, dass es nicht in das Belieben des einzelnen Arbeitgebers gestellt sei, Ausnahmen vom Gleichbehandlungsgebot zu konstituieren). Da mit dem Bezug nur mehr einer Alterspension eine zusätzliche Einschränkung der zur Verfügung stehenden finanziellen Mittel verbunden sei, sei es sozial sinnvoll, an dieses Alter anzuknüpfen. Dass es zulässig sei, dabei auf das gesetzlich geregelte Regel-pensionsalter abzustellen, sei schon dargelegt worden. Der SeniorInnentarif für Frauen ab dem 60. Lebensjahr sei eine positive Maßnahme und keine verbotene Diskriminierung.

In der ergänzenden Stellungnahme vom 15. März 2010 erläuterte die Antragsgegnerin folgende Fragestellungen:

• **Wie erfolgt die Gestaltung des Verbundregelbeförderungspreises ...?**

Das Öffentliche Personennah- und Regionalverkehrsgesetz 1999 (ÖPNRV-G) lege die organisatorischen und finanziellen Grundlagen für den Betrieb des öffentlichen Personennah- und Regionalverkehrs (Verkehr in ländlichen Raum) unter Beachtung der Verordnung (EWG Nr. 1191/96) des Rates vom 26. 6. 1969 in der Fassung der Verordnung (EWG Nr. 1893/91) des Rates vom 20. 6. 1991 sowie die Struktur und den Aufgabenbereich von Verkehrsverbänden fest (§ 1 ÖPNRV-G).

Die Y-Gesellschaft (Zweitanspruchsgegnerin) sei die Organisationsgesellschaft iSd § 17 Abs. 1 ÖPNRV-G für ... Gesellschafter der Zweitanspruchsgegnerin seien ... am Stammkapital der Zweitanspruchsgegnerin.

Die Beschlussfassung über den Verbundregelbeförderungspreis bedürfe der Zustimmung sämtlicher Gesellschafter. Da die Erstantragsgegnerin nicht Gesellschafterin der Zweitanspruchsgegnerin sei, würde sie auf deren Willensbildung keinen rechtlichen Einfluss nehmen können. ... Im Rahmen der verbundbedingten Kooperation

würde die Erstantragsgegnerin mit den anderen Verkehrsunternehmen an der Festsetzung, Entwicklung und Weiterentwicklung des Verbundregelbeförderungspreises mitwirken. Damit ein Verbundregelbeförderungspreis zustande komme, sei außerdem das Zusammenwirken mit der Zweitantragsgegnerin, also deren Zustimmung, erforderlich (§ 16 Abs. 1 Z 1 ÖPNRV-G).

In der Praxis würden, damit ein Verbundregelbeförderungspreis ermittelt werden könne, von jedem beteiligten Verkehrsunternehmen, also auch der Erstantragsgegnerin, eigene Kosten und mögliche Tarife kalkuliert. Diese Kalkulationen würden mit den anderen Verkehrsunternehmen und der Zweitantragsgegnerin abgeglichen und würden zu einem Verbundregelbeförderungspreis zusammengefasst. Mit Zustimmung der Zweitantragsgegnerin komme letztlich der Verbundregelbeförderungspreis zustande, der in die Tarifbestimmungen ..., die von der Zweitantragsgegnerin herausgegeben würden, einfließe.

• Ließe sich die soziale Treffsicherheit des SeniorInnentarifs durch Abstellen auf die tatsächlich erfolgte Pensionierung verbessern?

In der Sitzung des Senates III der Gleichbehandlungskommission am 14. 1. 2010 sei die Frage aufgeworfen worden, weshalb die Erstantragsgegnerin die Gewährung eines SeniorInnentarifs nicht vom Nachweis einer Pensionierung abhängig machen würden. Hintergrund dieser Frage sei die Erwartung, dass durch ein Abstellen auf die tatsächliche Pensionierung die soziale Treffsicherheit erhöht würde.

Lasse man beiseite, dass dazu eine Änderung des Tarifes ... erforderlich sei, der, soweit Krafftahrlinienrecht betroffen sei, auch der Genehmigung durch die zuständige Aufsichtsbehörde bedürfe, spreche gegen ein Abstellen auf die tatsächliche Pensionierung, dass dies für die Erstantragsgegnerin mit einem erheblichen administrativen Mehraufwand verbunden wäre, ohne dass damit eine wesentliche Verbesserung der sozialen Treffsicherheit erreicht werden könne; überdies würde die Erstantragsgegnerin in der Praxis die Erfahrung gemacht haben, dass es für manche Kunden eine Hemmschwelle darstelle, gegenüber der Erstantragsgegnerin persönliche Daten offenzulegen, seitdem die X-Gesellschaft nicht mehr ..., sondern ein privatwirtschaftlich organisiertes Unternehmen seien:

Der administrative Mehraufwand ergebe sich daraus, dass bei jedem Antrag auf Erteilung einer SeniorInnenjahreskarte zu prüfen wäre, ob der Antragsteller Pensionist sei. Anders als etwa im Fall der Inhaber eines ..., bei denen ... in einem öffentlich-rechtlichen Verfahren prüfe, ob die Voraussetzungen vorliegen würden und einen normierten Nachweis hierfür (den ...) ausstelle, gebe es keinen einheitlichen Nachweis dafür, dass ein Kunde Pensionist sei.

Abgesehen von den fünf Sozialversicherungsträgern in der Pensionsversicherung, die im Hauptverband der Sozialversicherungsträger organisiert seien, bestünden Pensionsversicherungen für freie Berufe und Gebietskörperschaften. Hinzu kämen Kunden, die ihre Pension von einem ausländischen Sozialversicherungsträger beziehen würden. Wolle man Angehörige von Pensionisten, die über keine eigene Pension verfügen würden, nicht vom Bezug einer SeniorInnenkarte ausschließen, wäre neben der Pensionsberechtigung des Angehörigen auch das Verhältnis zwischen dem Pensionsberechtigten und seinen Angehörigen nachzuvollziehen. Würde man sinnvollerweise überdies darauf abstellen, dass ein gemeinsamer Haushalt geführt werde, wäre auch diese Voraussetzung zu prüfen. Beim bestehenden SeniorInnentarif sei hingegen das Alter des Antragstellers einfach anhand eines Lichtbildausweises zu kontrollieren, sodass der damit verbundene administrative Aufwand gering sei.

Schließlich bedeute das Abstellen auf einen Pensionsbezug nicht, dass dies die soziale Treffsicherheit verbessere: Einerseits gebe es ältere Menschen, die überhaupt keine Pension beziehen würden, zum anderen indiziere der Pensionsbezug zwar, dass dem Kunden geringere finanzielle Mittel zur Verfügung stünden, schließe aber ebenso wenig wie ein Abstellen auf das Lebensalter aus, dass ein Pensionsbezieher mit ausreichenden Einkommen eine Jahreskarte zum SeniorInnentarif beziehen könne. Tatsächlich beziehe die überwiegende Zahl von Männern über 65 und Frauen über 60 Lebensjahren eine Alterspension, sodass der Kreis der Anspruchsberechtigten insoweit praktisch deckungsgleich sei. Gegenüber dem Abstellen auf die Pensionierung habe ein SeniorInnentarif, der nach dem Lebensalter gewährt werde, im Hinblick auf die Treffsicherheit sogar den Vorteil, dass er Personen ohne (eigene) Pension nicht vom Bezug einer SeniorInnenkarte ausschließe.

Umgekehrt sei das Abstellen auf das gesetzliche Regelpensionsalter im Hinblick auf die soziale Bedürftigkeit relativ treffsicher, ohne dass damit ein vergleichbarer erheb-

licher Verwaltungsaufwand verbunden wäre, wie dieser gegeben sein würde, würde man auf den Pensionsantritt abstellen. Im Ergebnis erweise sich das Abstellen auf das Regelpensionsalter daher als gleich treffsicher, aber im Vergleich zum Abstellen auf den Pensionsantritt als wesentlich einfacher und kostengünstiger zu administrieren und auch für die Kunden angenehmer.

• Welche rechtliche Rolle hat der Vertrag zwischen ... und der X-Gesellschaft im Bereich der Tarifgestaltung?

Der Verbundregelbeförderungspreis (einschließlich verschiedener Sozialtarife, wie etwa dem SeniorInnentarif ...) sei in der Regel niedriger als die Tarife, die bei kostendeckendem Betrieb verlangt werden müssten. Zum Ausgleich des durch den niedrigen Verbundregelbeförderungspreis entstehenden Abgangs erhalte die Erstantragsgegnerin von ... einen pauschalen finanziellen Ausgleich, dessen Höhe sich am Betriebskostenzuschuss orientiere, der vor Ausgliederung des Betriebes der Erstantragsgegnerin ... aus dem Budget ... geleistet worden sei. Dies sei im ... näher geregelt.

Zwischen ... und der Erstantragsgegnerin habe bei Abschluss des ...Vertrages der Grundkonsens bestanden, dass sich durch die Ausgliederung das Angebot der X-Gesellschaft an die Kunden nicht verschlechtern dürfe. Dieser Grundsatz komme im ...Vertrag nur unvollständig zum Ausdruck, da dieser nie zur Disposition gestanden sei. Im Vertrag seien vor allem zwei Bereiche genauer geregelt worden, deren Regelung für die Vertragsparteien damals im Vordergrund gestanden sei: Zum einen sei es um die Investitionen gegangen, für die die Erstantragsgegnerin eine vertraglich abgesicherte Planungsgrundlage benötigt habe und zum anderen habe ... sicherstellen wollen, dass es nicht durch Einsparungen zu einer schleichenden Verschlechterung der Qualität der von der Erstantragsgegnerin angebotenen Leistungen komme.

Die Gewährung des finanziellen Ausgleichs sei daher davon abhängig gemacht worden, dass die Erstantragsgegnerin die im Vertrag definierten Qualitätsstandards zumindest aufrechterhalte. Gemäß Punkt ..des ...Vertrages habe die Gewährung des finanziellen Ausgleichs den Zweck, Aufwendungen im Zusammenhang mit im öffentlichen Interesse gelegenen und volkswirtschaftlich gewünschten Tätigkeiten der Erstantragsgegnerin im Sinne eines optimal integrierten Gesamtverkehrsangebotes

und damit des Angebotes einer Alternative zum motorisierten Individualverkehr ... zu decken. Abgesehen von diesen Bereichen sei für die Vertragsparteien klar gewesen, dass die Sozialtarife als Bestandteil eines sozial verpflichteten Angebots an die Kunden der Erstantragsgegnerin aufrechterhalten würden. Dem entsprechend habe ... die weitere Finanzierung des betrieblichen Abgangs zugesagt, der auch durch die Sozialtarife, wie den SeniorInnentarif, verursacht werde. Dieser Ausgleich, der aus dem Budget ..., also aus öffentlichen Mitteln, finanziert werde, sei höher als die Kosten der Sozialtarife einschließlich des SeniorInnentarifs. Eine nähere Regelung im ...Vertrag sei entbehrlich erschienen, zumal die ... im Wege der Zweitantragsgegnerin einer Tarifänderung ohnedies zustimmen müsse.

• Habe die X-Gesellschaft aufgrund dieses Vertrages die Tarifhoheit im innerstädtischen Bereich ...?

Die Frage, ob die Erstantragsgegnerin aufgrund des ...Vertrages die Tarifhoheit im innerstädtischen Bereich ... habe, sei schlicht zu verneinen. Vorweg sei darauf hinzuweisen, dass mit der Einführung des ... und eines einheitlichen Tarifs der Missstand überwunden worden sei, dass Kunden für jedes Verkehrsunternehmen eigene Fahrkarten lösen müssen. Diesem Grundanliegen des Gesetzgebers des ÖPNRV-G würde ein eigener Tarif der Erstantragsgegnerin zuwiderlaufen und die Zielsetzung unterlaufen.

Ein eigener Tarif der Erstantragsgegnerin wäre für die Verkehrsunternehmen, die ... Autobuslinien betreiben und für ..., die in ... bedienen, nicht verbindlich. Würde die Erstantragsgegnerin den SeniorInnentarif auch Männern ab 60 Lebensjahren anbieten, könne dieser Tarif daher nur auf den eigenen Linien der Erstantragsgegnerin Anwendung finden. Ein Mann im Alter zwischen 60 und 64 Jahren müsse daher neben seiner (fiktiven) SeniorInnenkarte eine Vollpreiskarte lösen, sobald er ... Beförderungsleistungen anderer Verkehrsunternehmen in Anspruch nehme.

Ein eigener Tarif der Erstantragsgegnerin bedürfe überdies, weil die Anwendung des SeniorInnentarifs unter 65 Lebensjahren von der Legaldefinition des Punktes 9 der Anlage ./1 der Verordnung des Bundesministers für Verkehr, Innovation und Technologie über die Allgemeine Beförderungsbedingungen für den Kraftfahrlinienverkehr (KfI-Bef Bed) abweiche, der Genehmigung der Kraftfahrlinienbehörde, das sei im Fall

der Erstantragsgegnerin ... Dass die Einführung eines (geänderten) SeniorInnen-tarifs für Männer ab 60 Jahren von der Kraftfahrlinienbehörde bewilligt werden würde, sei wenig wahrscheinlich, da auf Vorschlag der Europäischen Kommission vom Europäischen Parlament bereits am 20. 3. 2009 eine Richtlinie beschlossen worden sei, die künftig jede Diskriminierung aufgrund des Alters untersagen werde (Richtlinie des Rates zur Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ungeachtet der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung).

Insgesamt sei also festzuhalten, dass die Erstantragsgegnerin aufgrund des ...-Vertrages keine Tarifautonomie für den öffentlichen Personennahverkehr ... habe.

• Wer ist Vertragspartner eines Fahrgastes, der eine (SeniorInnen-) Jahreskarte bei der Erstantragsgegnerin kauft?

Sowohl die Tarifbestimmungen als auch die Beförderungsbedingungen, die im Bereich der Erstantragsgegnerin Anwendung fänden, würden von der Zweitantragsgegnerin herausgegeben. Vertragspartner beim Kauf einer SeniorInnenjahreskarte bei einer Verkaufsstelle der X-Gesellschaft sei die X-Gesellschaft.

Im Rahmen eines Beförderungsvertrages, der im Allgemeinen stillschweigend dadurch zustande komme, dass ein Verkehrsunternehmen die Beförderungsleistung bereitstelle (anbiete) und der Fahrgast diese in Anspruch nehme, sei Vertragspartner des Fahrgastes das jeweilige Verkehrsunternehmen. Dem entsprechend werde von der Rechtsprechung regelmäßig davon ausgegangen, dass Vertragspartner bei Beförderungen mit Verkehrsmittel der Erstantragsgegnerin die Erstantragsgegnerin sei. Soweit absehbar, sei dies in der Rechtsprechung allerdings bisher nicht problematisiert worden.

Allerdings sei die Frage, wer Vertragspartner des Fahrgastes sei, im vorliegenden Fall nicht relevant, weil der von der Zweitantragsgegnerin herausgegebene Verbundtarif anzuwenden sei und, wie schon oben ausgeführt worden sei, die Erstantragsgegnerin auf die Willensbildung und Beschlussfassung ... keinen rechtlichen Einfluss habe.

Mit Beschluss vom 7. April 2011 wurde die Antragsgegnerschaft auf die Y-Gesellschaft als Zweitantragsgegnerin amtswegig ausgedehnt und diese nahm wie folgt Stellung:

Vorweg sei festzuhalten, dass zwischen der Y-Gesellschaft Gesellschaft als einer „Organisationsgesellschaft“ im Sinne des § 18 ÖPNRV-G und ... als dem weiteren Begriff, mit dem üblicherweise der geografische ... bzw. funktionale (Tarifgestaltung, Einnahmenaufteilung etc.) Aspekt des Verbundsystems bezeichnet werde, zu differenzieren sei.

Die Y-Gesellschaft sei ein privatrechtlich organisiertes öffentliches Unternehmen, an dem ... als Gesellschafter beteiligt seien. Die in § 18 ÖPNRV-G für Organisationsgesellschaften vorgegebenen Aufgaben würden im Gesellschaftsvertrag des Unternehmens konkretisiert, wobei im gegenständlichen Zusammenhang insbesondere folgende Aufgabenstellungen maßgeblich seien:

- Rahmenvorgaben für die Festsetzung, Entwicklung oder Weiterentwicklung sowie die Umsetzung des Verbundregelbeförderungspreises (§ 18 Abs 1 Z 1 ÖPNRV-G)
- systemgerechte Umsetzung der mit den Verkehrsunternehmen in deren Tarifhoheit abgestimmten und von den zuständigen Organen genehmigten Beförderungspreise auf die Erfordernisse des Verbundtarifs (...)

Die Abstimmung der Beförderungspreise mit den Verkehrsunternehmen erfolge im sogenannten „Tarifausschuss“. Es handle sich dabei um ein nicht vertraglich oder gesetzlich verankertes, sondern auf jahrelang gelebter Praxis beruhendes Gremium, in dem Vertreter der ...mit Vertretern der Y-Gesellschaft (diese auf Grundlage entsprechender Vollmachten wiederum stellvertretend für ...regionale Busbetreiber unterschiedlicher Größenordnung) über Tarifangelegenheiten beraten würden. Die im Tarifausschuss nach dem Einstimmigkeitsprinzip zu erzielenden Ergebnisse würden nach deren „Absegnung“ durch die jeweiligen unternehmensinternen Organe der einzelnen Partner gemäß Gesellschaftsvertrag einer formellen Beschlussfassung durch die Generalversammlung der Y-Gesellschaft unterliegen; erst dadurch würden die im Rahmen des Tarifausschusses akkordierten, den Verbundtarif betreffenden Maßnahmen Rechtsverbindlichkeit erlangen. Die Beschlussfassung erfolge im Tarif-

ausschuss durch jeden Verbundpartner ohne Stimmgewichtung, in der Generalversammlung durch die Eigentümervertreter im Verhältnis ihrer Gesellschaftsanteile.

Wie aus den oben zitierten Bestimmungen hervorgehe, komme der Zweitantragsgegnerin im gesamten Prozess der Tarifgestaltung eine koordinative Funktion zu, welche die Tarifhoheit der Verkehrsunternehmen explizit unberührt lasse.

In der Sitzung der Gleichbehandlungskommission vom 10. Dezember 2009, 14. Jänner 2010 und 5. Mai 2011 wurden Herr R und Herr S als Vertreter der Erstantragsgegnerin und Herr T als Vertreter der Zweitantragsgegnerin befragt und diese brachten im Wesentlichen vor:

Herr R (im Beisein seiner rechtsfreundlichen Vertretung) erläuterte in der Befragung vom 14. Jänner 2010, dass er der Leiter der Rechtsabteilung der Erstantragsgegnerin sei. Er sei zuständig für die Antragstellung bei den zuständigen Kraftfahrlinien- und Eisenbahnbehörden. Auch würde seine Abteilung die Verträge mit den Verkehrsverbänden und mit Gebietskörperschaften verwalten.

Mit der Stellungnahme sei versucht worden zu zeigen, dass die unterschiedlichen Einkommenssituationen von Männern und Frauen eine gravierende und sich in der Vergangenheit noch vergrößernd habende Einkommensschere zulasten der Frauen zeige. Andererseits rechtfertige es das Mobilitätsverhalten von Männern und Frauen höheren Alters, dass man eine Regelung vorsehe, die für Frauen schon einen Zugang ab 60 Jahren zu den vergünstigten SeniorInnenjahreskarten vorsehe, während dies für Männer erst ab 65 Jahren der Fall sei. Auch sei von der Erstantragsgegnerin ein Gutachten eingeholt worden, dass von ... erstellt worden sei. Dieser sei ein ausgewiesener Experte auf dem Gebiet des Verkehrswesens und der Mobilität. In diesem Gutachten zeige er anschaulich, dass Frauen aufgrund verschiedenster Umstände weniger mobil und daher stärker auf öffentliche Verkehrsmittel angewiesen seien. Eine vergünstigte SeniorInnenjahreskarte für Männer würde an dieser Situation für Frauen nichts ändern.

Ebenso könne bei Anknüpfung an den tatsächlichen Pensionsantritt argumentiert werden, dass dies eine mittelbare Diskriminierung sei, da es auch Bezieher von hö-

heren und niedrigeren Pensionen gebe. Der jetzige Zugang habe aber aus Sicht der Erstantragsgegnerin den Vorteil, dass er sehr einfach zu administrieren sei. Gegen die Vorlage eines Pensionsbescheids spreche, dass es für eine Reihe von Kundinnen erfahrungsgemäß ein Hindernis darstellen würde, Details über Vermögensverhältnisse einem Unternehmen vorzulegen.

Zur Frage der Verordnungsbestimmung wird erläutert, dass es sich hierbei um eine „Kannbestimmung“ handle, indem man einen oder keinen SeniorInnentarif einführen könne. Wenn man ohne weiteres Genehmigungsverfahren einen SeniorInnentarif anbieten wolle, dann sei man an diese Verordnung gebunden.

Das weitere Argument, dass man doch eine andere Tarifgestaltung beantragen und im Einzelfall genehmigen lassen könne, stoße an zwei Grenzen. Einerseits sei die Erstantragsgegnerin als Vertragspartnerin im Verbund... Es sei vom Öffentlichen Personennahverkehrsgesetz an sich vorgesehen, dass es einen einheitlichen Tarif gebe. Dieser sei von den Gesellschaftern ... zu beschließen. Die Gesellschafter des Andererseits sei auf europäischer Ebene eine Gleichbehandlungsrichtlinie in Vorbereitung, die jede Differenzierung aufgrund des Alters abstellen solle. Aufgrund dessen sei es nicht zu erwarten, dass die zuständigen Behörden jetzt einen neuen SeniorInnentarif genehmigen würden, der eine Altersunterscheidung bringen würde.

Seit ... liege eine eigene Rechtspersönlichkeit der Erstantragsgegnerin als eine Tochter der ... vor. Somit sei keine Zuständigkeit des Gemeinderates mehr gegeben. Daher würden die Tarife der Erstantragsgegnerin seit ... nicht mehr durch Gemeinderatsbeschluss zustande kommen. Insofern falle die Willensbildung über die „Haus- oder Schattentarife“ innerhalb des Konzerns. Zur Zeit der Gründung ..., und auch heute noch, habe jedes Verkehrsunternehmen seine eigenen „Haus- oder Schattentarife“. Der Sinn dieser Tarife bestehe in der Aufrechterhaltung der Fiktion, dass es in Österreich einen eigenen wirtschaftlichen Kraftfahrlinienverkehr gebe. Die „Haus- oder Schattentarife“ seien Echtpreise, unter denen die Verkehrsunternehmen verstehen würden, den Verkehr eigenwirtschaftlich und mit Gewinn führen zu können. Diese würden in der Regel deutlich über dem Verbundtarif liegen. Den Differenzbetrag zum Verbundtarif bezahle ... Würde der aus irgendwelchen Gründen einmal aufgelöst werden, würden die einzelnen Kraftfahrlinienunternehmen damit weiterhin eine Grundlage haben, auf der sie Tarife verlangen könnten.

Als Kunde/in schließe man den Beförderungsvertrag mit der Erstantragsgegnerin. Dies ginge auch aus der Rechtsprechung eindeutig hervor. Es würden zwar Vertragspflichten entstehen können, beispielsweise bei Benützung ..., wobei dann die Verkehrsdienstleistung ein anderes Unternehmen erbringe. Dieses Unternehmen sei dann Erfüllungsgehilfe der Erstantragsgegnerin, wobei die Rechtsprechung auch festgelegt habe, dass zu diesem Verkehrsbetrieb ein Vertragsverhältnis des Kunden/der Kundin entstehe.

Weiters stelle sich die Frage, ob es sich bei diesen Tarifiermäßigungen nicht um „soziale Vergünstigungen“ handle, die nach Ansicht der Erstantragsgegnerin nicht vom Anwendungsbereich des Teils IIIa. des Gleichbehandlungsgesetzes umfasst seien.

Herr S (im Beisein seiner rechtsfreundlichen Vertretung) erläuterte in der Befragung vom 14. Jänner 2010, dass er stellvertretender Abteilungsleiter der Abteilung für Tarife und Vertrieb der Erstantragsgegnerin sei.

Die Erstantragsgegnerin sei keine Behörde und würde auch in der Öffentlichkeit als Dienstleistungsunternehmen wahrgenommen werden. Daher sei die Überprüfbarkeit anhand eines Lichtbildausweises, der sich ausschließlich am Alter orientiere, eine wesentlich einfachere. Im Gegensatz dazu wäre die Heranziehung von Pensionsbescheiden aufwendiger. Es wäre in diesem Fall konkret erforderlich, den Pensionsbescheid nicht nur für die einzelnen Mitarbeiter überprüfbar zu machen, sondern es müsse auch darauf Rücksicht genommen werden, was als Pensionsbescheid anerkannt würde, da es in Österreich die unterschiedlichsten Pensionsträger gebe.

Unter „Sozialtarif“ könne man eigentlich alle Tarife subsumieren, die nicht dem Vollpreis entsprechen würden. Dazu würden auch Lehrlingstarife, Hochschülertarife, Schülertarife, Schwerkriegsbeschädigtentarife etc. gehören.

Auch gebe es je nach Art der Invalidität unterschiedliche Regelungen. In ... sei es so, dass es sich für blinde oder schwer sehbehinderte Personen um eine Zahlung handle, die vom ... geleistet werde. Dieser Personenkreis erhalte eine Bestätigung und aufgrund dieser Bestätigung werde diesem Personenkreis eine Jahreskarte ausgestellt. Dies sei eine Tariform, die sich nicht in der Anlage 1 der Kraftfahrtlinienver-

kehrsbeförderungsbedingungen befände. Für diesen Tarif gebe es eine Extravereinbarung mit ... Zurzeit gebe es 110.000 SeniorInnenjahreskarten.

In der Befragung vom 5. Mai 2011 erläuterte Herr T., dass er bei der Zweitantragsgegnerin für die rechtlichen Angelegenheiten zuständig sei. Die Zweitantragsgegnerin habe schon im Vorfeld zu der ganzen Thematik eine Stellungnahme abgegeben und habe die aus ihrer Sicht wesentlichen Punkte dargelegt. Die Zweitantragsgegnerin sei für das Funktionieren des Verbundsystems laut Gesellschaftsvertrag zuständig. Dazu würden im Wesentlichen Planungsaufgaben, Koordinierungsaufgaben und Managementaufgaben gehören. Des Weiteren sei sie zuständig für Fahrgastinformationen und die Einnahmenaufteilung unter den Verbundpartnern. Zwei rechtliche Grundlagen seien dafür maßgeblich. Das eine sei das ÖPNRV-Gesetz, das in § 18 die Aufgaben von Organisationsgesellschaften definiere. Eine Aufgabe davon sei, Rahmenvorgaben für die Gestaltung des Verbundtarifs zu treffen. Der Gesellschaftsvertrag der Zweitantragsgegnerin setze dies um und konkretisierte dies, indem er sage, dass sein Aufgabenbereich als die systemgerechte Umsetzung der mit den Verkehrsunternehmen in deren Tarifhoheit abgestimmten und von den zuständigen Organen genehmigten Preise auf die Erfordernisse des Verbundtarifs definiert sei.

Wesentlich sei „in deren Tarifhoheit abgestimmten“, d. h., es gebe verschiedene Verbundpartner, die aufgrund bestimmter Vollmachtverhältnisse von der Zweitantragsgegnerin in diesen Tarifangelegenheiten vertreten würden. Die Gestaltung der Tarife an sich liege bei den Verkehrsunternehmen. Dies sei im Gesellschaftsvertrag auch klar definiert, wo bestimmt sei, dass die Zweitantragsgegnerin für das Unternehmen in der ... Österreichs zu sorgen habe und dazu die in diesem Verbund zusammenarbeitende Unternehmen, deren Tarifhoheit durch den Vertrag nicht berührt werde, die Planungsdurchführungsaufgaben und Koordinierungsaufgaben besorge.

Die Zweitantragsgegnerin habe die Funktion, bei diesen Tarifberatungen den Verkehrsunternehmen ein Forum zu geben. Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass die Tarifrunde bei den Verkehrsunternehmen selbst liege, habe die Zweitantragsgegnerin laut Gesellschaftsvertrag eine Koordinationsfunktion wahrzunehmen. Zwar bringe sich die Zweitantragsgegnerin natürlich auch ein, könne aber die Tarife nicht

selber bestimmen oder gestalten. Die Tarifhoheit liege bei den Verkehrsunternehmen.

Der Tarifausschuss sei ein informelles Gremium, das nicht vertraglich verankert sei, weder im Gesellschaftsvertrag noch im ÖPNRV-G. Je Verbundpartner wird dieser von 2-3 Vertretern beschickt. Jedoch nicht von den Busunternehmen, weil diese von der Zweitantragsgegnerin aufgrund von Vollmachten selbst vertreten würden. Im Tarifausschuss würden die Tarife beraten und es gelte das Einstimmigkeitsprinzip, wobei aber die Zweitantragsgegnerin nicht mitstimmen würde. Die informell akkordierte Entscheidung des Tarifausschusses würde dann nochmals in den Gremien der einzelnen Verbundpartner diskutiert werden. Würden die einzelnen Gremien der Verbundpartner das akkordierte Ergebnis intern absegnen, komme die Entscheidung wieder zurück an die Gesellschafter der Zweitantragsgegnerin. Die Gesellschafter der Zweitantragsgegnerin setzen sich aus Vertretern der ... zusammen, welche den zuvor akkordierten Tarif durch einen formellen Generalversammlungsbeschluss bzw. Gesellschafterbeschluss formalisieren würden. Durch diesen Beschluss werde eine Änderung des Verbundtarifs beschlossen und für alle Verbundpartner wirksam.

Zur Frage, mit wem der einzelne Kunde/die einzelne Kundin den Beförderungsvertrag bzw. Jahreskartenvertrag abschlieÙe, meinte der Befragte, dass dies für den Kraftfahrlinienbereich die Zweitantragsgegnerin sei, da durch sie und in ihrem Namen die Ticketausgabe erfolge. Die Erbringung der Beförderungsleistung erfolge durch die Betreiber namens der Zweitantragsgegnerin. Diese Regelung gehe auf entsprechende Kooperations- und Leistungsverträge aus dem Jahr ... zurück und bilde den Rahmen für die Erbringung von Verkehrsdienstleistungen durch diese Kraftfahrlinienunternehmen. In diesen Verträgen sei verankert, dass die Erbringung der Beförderungsleistung oder der Ticketverkauf im Namen der Zweitantragsgegnerin erfolge. Im Schienenbereich seien dem Befragten aber solche Beauftragungen nicht bekannt.

Der Senat III der Gleichbehandlungskommission hat folgende Prüfungsfrage zu klären:

Der Senat III hatte zu prüfen, ob die Zugangsvoraussetzungen für eine SeniorInnen-ermäßigung durch die Erst- und die Zweitantragsgegnerin eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes durch eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts gemäß § 31 Abs. 1 iVm § 32 Abs. 1 leg.cit. (§ 40b iVm § 40c Abs. 1 leg.cit. alt) darstellen.

Die relevanten Gesetzesstellen des hier zu behandelnden GIBG bestimmen Folgendes:

Die Änderung des Gleichbehandlungsgesetzes, des Gesetzes über die Gleichbehandlungskommission die Gleichbehandlungsanwaltschaft (BGBl Nr. I 7/2011) ist in wesentlichen Teilen am 1. März 2011 in Kraft getreten. Mit dieser Novelle zum Gleichbehandlungsgesetz wurde Teil IIIa. des GIBG mit 28. Februar 2011 außer Kraft gesetzt und in einen gemeinsamen Teil III. des GIBG integriert. Die nachstehenden Ausführungen beziehen sich daher auf die nunmehr geltende Rechtslage.

§ 30. (1) *Für das Merkmal des Geschlechts gelten die Bestimmungen dieses Abschnittes für Rechtsverhältnisse einschließlich deren Anbahnung und Begründung und für die Inanspruchnahme oder Geltendmachung von Leistungen außerhalb eines Rechtsverhältnisses beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich Wohnraum, sofern dies in die unmittelbare Regelungskompetenz des Bundes fällt.*

(2) *Für das Merkmal der ethnischen Zugehörigkeit gelten die Bestimmungen dieses Abschnittes für Rechtsverhältnisse einschließlich deren Anbahnung und Begründung und für die Inanspruchnahme oder Geltendmachung von Leistungen außerhalb eines Rechtsverhältnisses beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich Wohnraum, sowie für Rechtsverhältnisse einschließlich deren Anbahnung und Begründung und für die Inanspruchnahme oder Geltendmachung von Leistungen außerhalb eines Rechtsverhältnisses*

1. *beim Sozialschutz, einschließlich der sozialen Sicherheit und der Gesundheitsdienste,*
2. *bei sozialen Vergünstigungen,*
3. *bei der Bildung,*

sofern dies in die unmittelbare Regelungskompetenz des Bundes fällt.

(3) *Die Bestimmungen dieses Abschnittes gelten nicht für Rechtsverhältnisse einschließlich deren Anbahnung und Begründung oder für die Inanspruchnahme oder Geltendmachung von Leistungen im Sinne des Abs. 1, die*

1. *in den Bereich des Privat- und Familienlebens fallen,*
2. *den Inhalt von Medien und Werbung betreffen.*

(4) Soweit für Versicherungsverträge das Versicherungsvertragsgesetz 1958, BGBl. Nr. 2/1959, und das Versicherungsaufsichtsgesetz, BGBl. Nr. 569/1978, besondere Regelungen enthalten, sind diese anzuwenden.

§ 31. *(1) Auf Grund des Geschlechts oder der ethnischen Zugehörigkeit darf niemand unmittelbar oder mittelbar beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich Wohnraum, diskriminiert werden. Diskriminierungen von Frauen auf Grund von Schwangerschaft oder Mutterschaft sind unmittelbare Diskriminierungen auf Grund des Geschlechts.*

(2) Ziel ist die Gleichstellung von Frauen und Männern sowie der Abbau von sonstigen Diskriminierungen.

(3) Auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit darf darüber hinaus niemand unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden

1. *beim Sozialschutz, einschließlich der sozialen Sicherheit und der Gesundheitsdienste,*
2. *bei sozialen Vergünstigungen,*
3. *bei der Bildung.*

(4) Abs. 1 und 3 berühren nicht die Vorschriften und die Bedingungen für die Einreise von Staatsangehörigen dritter Staaten oder staatenloser Personen oder deren Aufenthalt sowie eine Behandlung, die sich aus der Rechtsstellung von Staatsangehörigen dritter Staaten oder staatenloser Personen ergibt.

§ 32. *(1) Eine unmittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn eine Person auf Grund eines in § 31 genannten Grundes in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde.*

(2) Eine mittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen eines Geschlechts oder Personen, die einer ethnischen Gruppe angehören, in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Zieles angemessen und erforderlich.

(3) Eine Diskriminierung liegt auch bei Anweisung einer Person zur Diskriminierung vor.

(4) Eine Diskriminierung liegt auch vor, wenn eine Person auf Grund ihres Naheverhältnisses zu einer Person wegen deren Geschlechts oder deren ethnischer Zugehörigkeit diskriminiert wird.

§ 33. *Die Bereitstellung von Gütern oder Dienstleistungen, einschließlich Wohnraum, ausschließlich oder überwiegend für Personen eines Geschlechts ist keine Diskrimi-*

nierung, wenn dies dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht, also durch ein rechtmäßiges Ziel gerechtfertigt ist und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind.

§ 34. *Die in Gesetzen, in Verordnungen oder auf andere Weise getroffenen Maßnahmen zur Förderung der Gleichstellung, mit denen Benachteiligungen auf Grund eines in § 31 genannten Grundes verhindert oder ausgeglichen werden, gelten nicht als Diskriminierung im Sinne dieses Gesetzes.*

§ 38. (1) *Bei Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes des § 31 hat die betroffene Person Anspruch auf Ersatz des Vermögensschadens und eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung.*

(3) Insoweit sich im Streitfall die betroffene Person auf einen Diskriminierungstatbestand im Sinne der §§ 31 oder 35 beruft, hat er/sie diesen glaubhaft zu machen. Dem/der Beklagten obliegt es bei Berufung auf § 31 zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass ein anderes vom/von der Beklagten glaubhaft gemachtes Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war oder ein Rechtfertigungsgrund im Sinne des § 32 Abs. 2 oder des § 33 vorliegt. Bei Berufung auf § 35 obliegt es dem/der Beklagten zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass die vom/von der Beklagten glaubhaft gemachten Tatsachen der Wahrheit entsprechen.

Der Senat III bejahte in seiner Sitzung vom 31. Mai 2011 die Frage einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts durch die beiden Antragsgegner gemäß § 31 Abs. 1 iVm § 32 Abs. 1 leg.cit.

Der Senat hat festgestellt:

Die Erstantragsgegnerin betreibt als Verkehrsunternehmen im Stadtgebiet von ... zahlreiche ...-Linien. Die Erstantragsgegnerin ist Vertragspartnerin der Zweitantragsgegnerin und hat aufgrund dieser vertraglichen Beziehung, die von der Zweitantragsgegnerin beschlossenen Gemeinschaftstarife² in ihrem Unternehmen anzuwenden.

² § 4 ÖPNRV-G.

Die Erstantragsgegnerin ist im informellen Gremium der Zweitantragsgegnerin, dem so genannten „Tarifausschuss“ direkt vertreten. Im Tarifausschuss werden die Tarife von allen Vertragspartnern für den gesamten Bereich des Verbundes abgestimmt, wobei das Einstimmigkeitsprinzip gilt. Eine solcher Art gefasste Entscheidung über einen Tarif wird den einzelnen internen Gremien der jeweiligen Verbundpartner zur Genehmigung vorgelegt. Liegt die (offizielle) Genehmigung des neuen Tarifs durch die einzelnen Verbundpartner vor, folgt ein Generalversammlungsbeschluss³ der Zweitantragsgegnerin, durch den der neue Tarif formalisiert und wirksam wird.

Die Tarifbestimmungen der Erstantragsgegnerin⁴ und der Zweitantragsgegnerin⁵ sehen eine Ermäßigung für Seniorinnen ab dem 60. Lebensjahr und für Senioren ab dem 65. Lebensjahr vor.⁶ Maßgebend für die Fahrpreisermäßigungen bei Jahreskarten ist nach den Tarifbestimmungen ausschließlich das Lebensalter, das von den SeniorInnen durch die Vorlage eines gültigen Lichtbildausweises zu belegen ist.

Im Kraftfahrlinienverkehr (Busunternehmen) außerhalb des Stadtgebietes von ... erfolgt die Fahrkartenausgabe im Namen der Zweitantragsgegnerin. Die Erbringung der Beförderungsleistung erfolgt daher durch die Verkehrsunternehmen namens der Zweitantragsgegnerin und ist diese daher die Vertragspartnerin der KundInnen. Im Gebiet des ... nimmt die Zweitantragsgegnerin keine dieser sogenannten Leistungsbestellungen vor und es werden die Beförderungsverträge der KundInnen mit der Erstantragsgegnerin geschlossen.

Die von den Antragsgegnerinnen anzuwendenden Tarifbestimmungen sehen einen Gemeinschaftstarif vor. Dieser gilt einheitlich für alle Verkehrsmittel, obwohl unterschiedliche Rechtsgrundlagen für die Tarif- und Beförderungsbedingungen bei ... und Straßenbahnen einerseits und bei Autobussen andererseits bestehen. Für den Betrieb von Straßenbahnen bestimmt § 22 Abs. 5 Eisenbahngesetz, dass die vom

³ Gesellschafter der Zweitantragsgegnerin sind die ...

⁴ <http://www.....>abgefragt am 20. Juni 2011.

⁵ Tarifbestimmungen der Zweitantragsgegnerin, gültig ab

⁶ Diese Problematik beschäftigte den GBK-Senat III bereits in seinem Gutachten vom 8. 1. 2009, GBK III/37/08.

Betreiber der Straßenbahn festgesetzten Tarife für die Erbringung von Eisenbahnverkehrsleistungen auf Straßenbahnen die Beförderungsbedingungen und alle zur Berechnung der Beförderungspreise notwendigen Angaben zu enthalten haben, dass sie jedermann gegenüber in gleicher Weise anzuwenden sind und die zur Berechnung der Beförderungspreise notwendigen Angaben sowie die wesentlichen Bestimmungen der Beförderungsbedingungen durch Aushang an geeigneter Stelle bekannt zu machen sind. Weitere inhaltliche Vorgaben enthält das Gesetz nicht. Auch sind die Bestimmungen des Eisenbahnbeförderungsgesetzes auf die Beförderung mit Straßenbahnen nicht anzuwenden⁷, jedoch enthält auch dieses keine weiteren inhaltlichen Vorgaben zu SeniorInnentarifen.

Die im Autobusbetrieb zu Anwendung gelangenden Tarifbestimmungen gelten für alle ... teilnehmenden Kraftfahrlinienunternehmer. Diese Tarifbestimmungen müssen grundsätzlich den Vorgaben der Verordnung des Bundesministers für Verkehr, Innovation und Technologie über die allgemeinen Beförderungsbedingungen für den Kraftfahrlinienverkehr (Kfl-Bef Bed) entsprechen. Gemäß § 20 Kfl-Bef Bed in Verbindung mit Punkt 9 der Anlage./1 zu dieser Verordnung können Fahrpreisermäßigungen für SeniorInnen bei Vorweisen eines gültigen amtlichen Lichtbildausweises in Höhe einer 50-prozentigen Fahrpreisermäßigung gewährt werden. Gemäß der Legaldefinition dieser Bestimmung sind „Senioren“ Männer ab dem 65. und Frauen ab dem 60. Lebensjahr.⁸

Der Senat III hat erwogen:

Einleitend darf auf die unterschiedlichen Rechtsgrundlagen zur Frage der Tarifierung der einzelnen Verkehrsmittel eingegangen werden. Wie oben erwähnt, ist für den Betrieb von Straßenbahnen ... das Eisenbahngesetz (EisbG)⁹ maßgeblich. Dieses ver-

⁷ § 1 Eisenbahnbeförderungsgesetz.

⁸ Die Wortfolge „- das sind Männer ab dem 65. und Frauen ab dem 60. Lebensjahr -“ wurde mit Erkenntnis des VfGH vom 15. Dezember 2010 unter Fristsetzung als gesetzwidrig aufgehoben; V 39/10-13, V 40/10-13.

⁹ Der Eisenbahnverkehr ist spezialgesetzlich im Eisenbahnbeförderungsgesetz (EBG) aus dem Jahre 1988 geregelt (BGBl 1988/180 idgF.). Nach §§ 2 und 6 EBG ist die Eisenbahn zur Aufstellung von „Beförderungsbedingungen“ und „Tarifen“ verpflichtet.

langt zu Fahrpreisermäßigungen für SeniorInnen keinerlei inhaltliche Vorgaben. Die Tarifhoheit liegt daher im genannten Bereich des EisbG - ohne gesetzliche Einschränkung - allein bei den Verkehrsunternehmen. Diese haben somit alle maßgeblichen sonstigen Gesetze – insbesondere das Gleichbehandlungsgesetz – bei der Erstellung der Tarife zu berücksichtigen.

Bezüglich der Kfl-Bef Bed ist die Erstantragsgegnerin der Ansicht, dass nur die Wahlmöglichkeit bestehe, einen SeniorInnentarif gemäß Punkt 9 der Anlage ./1 einzuführen oder überhaupt keinen. Gemäß § 32 KfIG ist es den Busunternehmen jedoch gestattet, „Besondere Beförderungsbedingungen“ zu verfassen. Sofern diese von den – mittels Verordnung erlassenen – Kfl-Bef Bed abweichen, bedürfen sie der Genehmigung der Aufsichtsbehörde.

Das die Verordnung erlassende Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie teilte zu dieser Frage mit¹⁰, dass Anlage 1 zur Verordnung über die allgemeinen Beförderungsbedingungen im Kraftfahrlinienverkehr eine Zusammenfassung von Fahrpreisermäßigungen darstelle, die entweder durch andere bundesgesetzliche Bestimmungen geboten seien („Muss-Bestimmungen“) oder zum Zeitpunkt der Erlassung dieser Verordnung als allgemein übliche Ermäßigungen bereits wiederholt bescheidmäßig genehmigt worden seien („Kannbestimmungen“). Die „Kannbestimmung“ der Ziffer 9 bedeute nichts anderes, als das Kraftfahrlinienunternehmen, die eine SeniorInnenermäßigung gewähren wollten, keine gesonderte Genehmigung benötigen würden, wenn sie eine Ermäßigung in dem in der Anlage 1 normierten Umfang anwenden würden. Grundsätzlich sei aber anzumerken, dass Kraftfahrlinienunternehmen in keiner Weise an diese Kannbestimmung gebunden seien, da es ihnen jederzeit freistehe, überhaupt keine SeniorInnenermäßigung anzubieten oder die Genehmigung zur Anwendung „Besonderer Beförderungspreise“ zu beantragen, um eine geringere oder höhere oder aber eine „altersmäßig“ nicht diskriminierende SeniorInnenermäßigung anbieten zu können.

¹⁰ Schreiben des BMVIT vom 20. Oktober 2009.

Der Ansicht der Antragsgegnerinnen, nur die Wahlmöglichkeit gehabt zu haben, einen SeniorInnentarif im Sinne der oben genannten Verordnung oder überhaupt keinen SeniorInnentarif anzubieten, wird vom Senat III daher nicht gefolgt.

Die Antragsgegnerinnen bestreiten das Vorliegen einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts bei der Gewährung der beschriebenen SeniorInnenermäßigungen für Jahreskarten. Die Festlegung der verschiedenen Altersgrenzen für Senioren und Seniorinnen in den Tarifbestimmungen orientiere sich am für Männer und Frauen unterschiedlichen Anfallsalter für Alterspensionen nach dem ASVG. Im Übrigen handle es sich bei der Gewährung der SeniorInnenermäßigungen um soziale Vergünstigungen, auf die das Gleichbehandlungsgebot gemäß § 40b GIBG (§ 31 GIBG neu) nicht anwendbar sei.

Der Geltungsbereich des Teils III. ist in § 30 GIBG (ehemaliger Teil IIIa. § 40a GIBG alt) festgelegt. Gemäß § 30 Abs. 1 GIBG gilt Teil III für Rechtsverhältnisse (einschließlich deren Anbahnung oder Begründung) beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen.

Der den Antidiskriminierungs-Richtlinien¹¹ zugrunde liegende Begriff „Dienstleistungen“ folgt der Terminologie im primärrechtlich geregelten Bereich der Dienstleistungsfreiheit.¹² „Dienstleistungen“ sind in Art 57 AEUV (Ex-Art 50 EGV) definiert. Nach dieser sehr weiten Definition erfasst der Dienstleistungsbegriff Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden und damit einen Wirtschaftsfaktor darstellen. Als „Dienstleistungen“ gelten insbesondere gewerbliche, kaufmännische, handwerkliche und freiberufliche Tätigkeiten.¹³ Die Definition im Primärrecht wurde durch die EuGH-Judikatur zur Dienstleistungsfreiheit näher konkretisiert. Danach sind unter „Dienstleistungen“ alle wirtschaftlichen Tätigkeiten zu verstehen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden, ohne dass die Dienstleistung von dem bezahlt werden muss, dem sie zugutekommt, und unabhängig davon, wie die wirtschaftliche

¹¹ RL 2000/43/EG, RL 2004/113/EG.

¹² Vgl die ErläutRV 415 BlgNR 23. GP 8. *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG § 30 Rz 10.

¹³ Vgl Art 57 Satz 2 lit a – d AEUV.

Gegenleistung, die das Entgelt für die Dienstleistung darstellt, finanziert wird. Demzufolge gilt als Dienstleistung jegliche Leistung, mit der der Erbringer am Wirtschaftsleben teilnimmt, ungeachtet seines rechtlichen Status, des Tätigkeitszwecks und des betreffenden Tätigkeitsbereichs.¹⁴

Personenbeförderungsleistungen in Transportmitteln sind daher als Dienstleistungen im Sinne des GIBG anzusehen.¹⁵ Wenn solche Personenbeförderungsleistungen von Verkehrsunternehmen erbracht werden und deren Benutzung einem unbestimmten Personenkreis angeboten wird, liegt auch eine Dienstleistung vor, die der Öffentlichkeit zur Verfügung steht. Da die Dienstleistungen der Antragsgegnerinnen zudem im Rahmen von Rechtsverhältnissen, konkret aufgrund von Personenbeförderungsverträgen mit den KundInnen (also auch mit den durch Fahrpreisermäßigungen für Jahreskarten begünstigten SeniorInnen) erbracht werden, ist § 30 Abs 1 GIBG auf den konkreten Fall anwendbar.

Dies gilt auch dann, wenn SeniorInnenermäßigungen (auch) aus sozialen Gründen gewährt werden.

Die Erstantragsgegnerin ist der Ansicht, dass Fahrpreisermäßigungen im Sinne des Urteils des EuGH in der Rs *Cristini*¹⁶ „soziale Vergünstigungen“ darstellen würden, diese aber vom ehemaligen § 40b des Teil IIIa. GIBG nicht umfasst gewesen seien und daher § 31 Abs. 1 GIBG (§ 40b GIBG alt) nicht zur Anwendung kommen könne.

Für den Bereich der ethnischen Diskriminierung umfasst das Gleichbehandlungsgebot nach wie vor sowohl soziale Vergünstigungen als auch Güter und Dienstleistungen¹⁷, während im Gleichbehandlungsgebot für das Merkmal des Geschlechts sozia-

¹⁴ Siehe die zusammenfassende Wiedergabe der Kernaussagen der EuGH-Judikatur in den ErläutRV 415 BlgNR 23. GP 8.

¹⁵ ErläutRV 415 BlgNR 23. GP 8 f. Siehe auch *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG § 40a Rz 7.

¹⁶ EuGH 30. 9. 1975, Rs 32/75, *Cristini*. Darin qualifizierte der Gerichtshof Fahrpreisermäßigungen für kinderreiche Familien bei der französischen Bahn als soziale Vergünstigungen iSd Art 7 Abs 2 VO (EWG) Nr. 1612/68 und sprach aus, dass diese Ermäßigungen auch Wanderarbeitnehmern zu gewähren sind.

¹⁷ Vgl § 30 Abs 2 GIBG.

le Vergünstigungen nicht angeführt sind¹⁸. Für die Anwendbarkeit des Gleichbehandlungsgebots gemäß § 31 Abs. 1 GIBG ist daher entscheidend, ob ein Sachverhalt vorliegt, der den Zugang zu und die Versorgung mit öffentlich verfügbaren Gütern und Dienstleistungen betrifft. Diese Tatbestandsvoraussetzung ist im Anlassfall erfüllt, weil die von den Antragsgegnerinnen gewährten SeniorInnenermäßigungen für Jahreskarten den Zugang zur Dienstleistung der Personenbeförderung betreffen.

Es ist daher für den konkreten Fall unerheblich, ob die SeniorInnenermäßigungen aus sozialen Gründen eingeräumt werden und damit auch den Charakter einer „sozialen Vergünstigung“ aufweisen. Denn auch ein soziales Motiv der Antragsgegnerinnen für die Gewährung der SeniorInnenermäßigungen ändert nichts daran, dass die geschlechtsbezogene Differenzierung in den Voraussetzungen für die Ermäßigungen den Zugang zur Dienstleistung der Personenbeförderung betrifft. Daraus folgt, dass diese Differenzierung nach dem Gleichbehandlungsgebot gemäß § 31 Abs. 1 GIBG zu beurteilen ist.

Im Folgenden ist daher weiter zu prüfen, ob die in den Anlassfällen vorgenommene Differenzierung zwischen Frauen und Männern nach dem Lebensalter (60/65) als unmittelbare Diskriminierung gemäß § 31 Abs. 1 iVm § 32 Abs. 1 GIBG anzusehen ist. Dafür ist entscheidend, dass eine Person aufgrund des Geschlechts „in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung“ erfährt als eine andere Person.

Der Tatbestand der mittelbaren Diskriminierung ist im vorliegenden Zusammenhang nicht einschlägig, weil die Differenzierung bei der Gewährung der SeniorInnenermäßigungen für Jahreskarten in den anhängigen Anlassfällen direkt an das Geschlecht anknüpft, indem für Frauen ein Lebensalter von 60 Jahren und für Männer ein Lebensalter von 65 Jahren als Voraussetzung für die Fahrpreisermäßigungen verlangt wird. Es liegt somit gerade kein anscheinend neutrales Unterscheidungskriterium vor.¹⁹

¹⁸ Vgl § 30 Abs 1 GIBG.

¹⁹ Vgl in diesem Sinne bereits das Gutachten des GBK-Senats III vom 8. 1. 2009, GBK III/37/08.

Im konkreten Fall sind die Voraussetzungen für den Erhalt einer SeniorInnenermäßigung für Jahreskarten, die zur Benutzung der Verkehrsmittel der Antragsgegnerinnen berechtigen, für Männer gegenüber Frauen insoweit ungünstiger als Männer diese Ermäßigung erst bei einem um fünf Jahre höheren Lebensalter erhalten können. Dies bedeutet eine im Vergleich zu den Seniorinnen „weniger günstige Behandlung“ der Senioren²⁰.

Voraussetzung einer unmittelbaren Diskriminierung ist weiters, dass die (benachteiligende) Differenzierung bei der Gewährung der SeniorInnenermäßigungen in einer für Frauen und Männer vergleichbaren Situation erfolgt.

Der Zugang zu dieser Dienstleistung ist nach den einschlägigen Tarifbestimmungen für SeniorInnen im Vergleich zu anderen BenutzerInnenengruppen finanziell stark begünstigt. Die Voraussetzungen für den Erhalt der SeniorInnenermäßigung (Fahrpreisermäßigung für Jahreskarten) sind aber für Frauen und für Männer unterschiedlich. Seniorinnen erhalten die Ermäßigung schon mit 60 Jahren, Senioren hingegen erst mit 65 Jahren, jeweils gegen Vorlage eines gültigen Lichtbildausweises. Aus dieser Unterscheidung nach Geschlecht und Alter ergibt sich auch die Ermittlung der Vergleichspersonen bzw. die Bildung der zu vergleichenden Personengruppen. Zu vergleichen sind demnach Männer in der Altersgruppe zwischen 60 und 64 Jahren, die keine SeniorInnenermäßigung für Jahreskarten erhalten, und Frauen in der Altersgruppe zwischen 60 und 64 Jahren, die einen Anspruch auf diese Ermäßigung haben.

Beschränkt man die Kriterien für die Beurteilung der Vergleichbarkeit der Situation von Frauen und Männern ausschließlich auf die konkreten Anspruchsvoraussetzungen für den Erhalt der SeniorInnenermäßigung, dann heißt das, eine Frau mit einem

²⁰ Senioren in der Altersgruppe von 60 bis 64 Jahren müssen für die Jahreskarte (vorbehaltlich allfälliger anderer Fahrpreisermäßigungen) den „regulären“ Preis von ... € (bei Barzahlung) oder von ... € (bei Teilzahlung mit monatlicher Abbuchung) bezahlen, während Seniorinnen derselben Altersgruppe den um die Hälfte ermäßigten Preis von ... € (bei Barzahlung) oder von ... € (bei Teilzahlung) zu entrichten haben. Dies bedeutet für die Männer einen Mehraufwand von ... € (bzw. von ... € bei Teilzahlung) pro Jahr. Auf fünf Jahre hochgerechnet betragen die Mehrkosten für Senioren ... € (bzw. bei Teilzahlung ... €).

Mindestalter von 60 Jahren zu sein oder ein Mann mit einem Mindestalter von 65 Jahren zu sein. Dann ist – aus der Sicht einer einzelnen Frau bzw. eines einzelnen Mannes betrachtet²¹ kein Unterschied in der Situation einer Frau und eines Mannes aus der speziellen Altersgruppe zwischen 60 und 64 Jahren²² in Bezug auf den Wunsch nach der preislich begünstigten Personenbeförderungsleistung erkennbar. Es ist vielmehr von einem übereinstimmenden Bedarf an einer inhaltsgleichen Dienstleistung auszugehen und auch der Aufwand für die Erbringung dieser Dienstleistung durch die Antragsgegnerinnen hängt nicht vom Geschlecht der BenutzerInnen ab. Daher ist das Tatbestandsmerkmal der „vergleichbaren Situation“ nach § 32 Abs 1 GIBG zweifellos erfüllt.

Nach dem Vorbringen der Erstantragsgegnerin verfolgt diese mit der Gewährung der SeniorInnenermäßigung für Jahreskarten ein soziales Motiv. Hintergrund für die Anknüpfung an das 60. Lebensjahr für Frauen und an das 65. Lebensjahr für Männer bei der Tarifgestaltung sei die Orientierung an für Frauen und Männer unterschiedlichen Anfallsalter für den Bezug einer Alterspension nach dem ASVG. Offenbar soll damit die mit dem Übergang vom aktiven Erwerbsleben in den Ruhestand typischerweise verbundene Einkommensverringerung berücksichtigt werden und den PensionistInnen deshalb ein kostengünstiger Zugang zu den öffentlichen Verkehrsmitteln ermöglicht werden. Die Gewährung einer Fahrpreisermäßigung macht die Benutzung der öffentlichen Verkehrsmittel für diese Zielgruppe naturgemäß attraktiver. Auch liegt der Fahrpreisermäßigung ein soziales Element zugrunde, weil diese zur Abfederung

²¹ Bei der rechtlichen Beurteilung in den Anlassfällen geht es jeweils um Einzelpersonen, die bei den Antragsgegnerinnen eine ermäßigte Jahreskarte kaufen und damit einen Personenbeförderungsvertrag abschließen wollen. Somit ist der konkrete Einzelfall zu beurteilen. Eine allfällige Durchschnittsbeurteilung spielt beim Einzelfallprüfungsverfahren daher keine Rolle. Ein solcher Blickwinkel könnte allenfalls bei der Prüfung der den SeniorInnenermäßigungen zu Grunde liegenden generell-abstrakten Regelungen von Bedeutung sein.

²² Hätte die frühere Anspruchsberechtigung der Frauen auf die Fahrpreisermäßigung die allgemeinen, statistisch belegbaren Einkommensnachteile der Frauen gegenüber den Männern abmildern sollen, dann ergibt die Beschränkung der Ermäßigung auf die Gruppe der Seniorinnen und Senioren – noch dazu in einer eng begrenzten Altersgruppe – keinen Sinn.

rung einer alterspensionsbedingten Einkommensverringerung für die BenutzerInnen der öffentlichen Verkehrsmittel beiträgt.

Vor diesem Hintergrund könnte man nun argumentieren, dass Frauen – bedingt durch das niedrigere Pensionsanfallsalter – von der angeführten Einkommensverringerung um fünf Jahre früher betroffen sind als Männer und deshalb keine vergleichbare Situation vorliege.

Vergleicht man allerdings die mit der Gewährung der Fahrpreisermäßigung verfolgten wirtschafts- und sozialpolitisch grundsätzlich zu begrüßenden Zielsetzungen mit den tatsächlichen Voraussetzungen für die SeniorInnenermäßigung, so zeigt sich, dass auf diese Weise nicht notwendigerweise die eigentlich „angepeilte“ Zielgruppe der AlterspensionistInnen erreicht wird. Bei der Ausgestaltung der Voraussetzungen für die Fahrpreisermäßigung wurde nämlich nicht an den tatsächlichen Bezug einer gesetzlichen Alterspension angeknüpft, sondern abstrakt an das gesetzliche Pensionsanfallsalter für Frauen und Männer, das beim Verkauf der Jahreskarten durch die Vorlage eines gültigen Lichtbildausweises auf einfache Weise nachgewiesen bzw. überprüft werden kann. Diese Ausgestaltung der konkreten Anspruchsvoraussetzungen führt aber de facto dazu, dass letztlich nur das Lebensalter einer Frau oder eines Mannes für den Erhalt der SeniorInnenermäßigung für Jahreskarten entscheidend ist, völlig unabhängig davon, ob von einer bestimmten Frau oder einem bestimmten Mann tatsächlich eine Alterspension bezogen wird und deshalb eine Einkommensverringerung eingetreten ist. Es kann daher von einer „Zielverfehlung“ der Regelung gesprochen werden.

Für die Beurteilung der Vergleichbarkeit der Situation von Frauen und Männern in Bezug auf den Erhalt einer SeniorInnenermäßigung für Jahreskarten ist daher nicht auf das offensichtlich sein Ziel verfehlende soziale (Begleit-)Motiv für die Gewährung der Ermäßigung, sondern schlicht auf die tatsächliche Voraussetzung für die Ermäßigung – das Lebensalter einer Frau oder eines Mannes – abzustellen. Insoweit befinden sich Frauen und Männer „als solche“ in der hier relevanten Altersgruppe zwischen 60 und 64 Jahren aber durchaus in einer vergleichbaren Lage und ist die erforderliche „vergleichbare Situation“ als gegeben anzusehen.

Nach § 33 GIBG²³ ist die Bereitstellung von Gütern oder Dienstleistungen ausschließlich oder überwiegend für ein Geschlecht keine Diskriminierung, wenn dies durch ein rechtmäßiges Ziel gerechtfertigt ist und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind. Als Ausnahme vom gesetzlichen Gleichbehandlungsgebot ist § 33 GIBG eng auszulegen.²⁴ Der Zweck dieser Ausnahmeregelung besteht darin zu verhindern, dass entweder Frauen oder Männer ohne triftigen Grund vom Zugang zu einer bestimmten Dienstleistung gänzlich oder zumindest weitgehend ausgeschlossen werden. Daher soll es nur in bestimmten sachlich gerechtfertigten Fällen zulässig sein, eine Dienstleistung Frauen oder Männern vorzubehalten.²⁵

Die konkrete Ausgestaltung der Voraussetzungen für eine SeniorInnenermäßigung bei Jahreskarten durch die X-Gesellschaft schließt Männer in der Altersgruppe zwischen 60 und 64 Jahren gänzlich vom preislich begünstigten Zugang zur Personenbeförderung aus. Es ist daher zu prüfen, ob dies durch ein rechtmäßiges Ziel gerechtfertigt ist und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind. Die in Erwägungsgrund 16 der RL 2004/113/EG und in den daran orientierten Erläuterungen zur Regierungsvorlage²⁶ der GIBG-Novelle, BGBl I 2008/98, angeführten Beispiele für solche rechtmäßige Ziele betreffen andere Fallkonstellationen²⁷ als jene im Anlassfall. Diese Aufzählungen sind allerdings nur demonstrativ, sodass auch andere legitime Zielsetzungen tatbestandsmäßig sein können. Das von den Antragsgegnerinnen vorgebrachte Ziel, durch die SeniorInnenermäßigung Einkommensminderungen bei durchschnittlich geringeren Fraueneinkommen auszugleichen,

²³ § 40d GIBG alt.

²⁴ Vgl ErläutRV 415 BlgNR 23. GP 9.

²⁵ ErläutRV 415 BlgNR 23. GP 9.

²⁶ ErläutRV 415 BlgNR 23. GP 9.

²⁷ Angeführt werden etwa der Schutz von Opfern häuslicher oder sexueller Gewalt, der Schutz der Privatsphäre und des sittlichen Empfindens, die Förderung der Gleichstellung der Geschlechter oder der (speziellen) Interessen von Männern und Frauen, die Vereinsfreiheit oder die Organisation sportlicher Tätigkeiten.

die typischerweise mit dem Übertritt vom aktiven Erwerbsleben in den Ruhestand verbunden sind, könnte auf den ersten Blick als rechtmäßige Zielsetzung iSd § 33 GIBG angesehen werden.

Jedoch wird in den gegenständlichen Tarifbestimmungen nicht auf den tatsächlichen Pensionsantritt abgestellt; Frauen ab 60 Jahren und auch Männer ab 65 Jahren können unabhängig von einer tatsächlichen Pensionierung diese Ermäßigungen in Anspruch nehmen. Personen des jeweiligen Geschlechts, unterhalb der genannten Altersgrenzen sind – auch wenn sie tatsächlich in Pension sind – von einer Inanspruchnahme jedoch ausgeschlossen. Somit muss, insbesondere in Hinblick auf das durchschnittliche Zugangsalter bei Eigenpensionen in Österreich, das für Frauen bei 56,9 Jahren und für Männer bei 59 Jahren liegt²⁸ die Treffsicherheit und Tauglichkeit dieser Maßnahme hinterfragt werden. Eine notwendige und objektive Verknüpfung der gegenständlichen Regelung mit der (realen) Altersgrenze für den Pensionsantritt scheint im vorliegenden Fall nicht gegeben. Somit ist nicht sichergestellt, dass SeniorInnenermäßigungen ausschließlich von Personen, die aufgrund des Ausscheidens aus dem aktiven Erwerbsleben weniger Einkommen zur Verfügung haben, in Anspruch genommen werden können. Starre Altersgrenzen und das Nicht-Abstellen auf den tatsächlichen Pensionsantritt verhindern in diesem Bereich grundsätzlich die (vermutlich) gewünschte Wirkung.

Basierend auf Erwägungsgrund 16 und den Erläuterungen zum GIBG kann daher kein rechtmäßiges Ziel iSd § 33 GIBG – der zudem eingeschränkt auszulegen ist – erkannt werden, indem Tarifiermäßigungen lediglich aufgrund des Alters zwischen 60 und 64 Jahren ausschließlich dem weiblichen Geschlecht zugänglich sind. Weder kann diesen Tarifbestimmungen ein Schutzzweck unterstellt werden, noch sind sie tauglich die tatsächliche Gleichstellung der Geschlechter zu fördern.²⁹

²⁸ Hauptverband der österr. Sozialversicherungsträger, Handbuch der österreichischen Sozialversicherung 2008, 84.

²⁹ Vgl GBK III/37/08, Gutachten vom 8. 1. 2009, 14 ff.

Positive Maßnahmen sind gemäß § 34 GIBG³⁰ die in Gesetzen, in Verordnungen oder auf andere Weise getroffenen Maßnahmen zur Förderung der Gleichstellung, mit denen tatsächlich bestehende Ungleichheiten aufgrund des Geschlechts beseitigt werden sollen³¹. Insbesondere gilt, dass es sich um eine „vorübergehende Sondermaßnahme“ handeln muss, die zeitlich auf die Beseitigung der Ungleichheit beschränkt ist. Derartige Maßnahmen gelten nicht als Diskriminierungen im Sinne des GIBG. Daraus folgt aber auch, dass der Mitgliedstaat spezifische Vergünstigungen benennen muss und diese als Förderung der Gleichstellung erkennbar sein müssen. Erforderlich wäre daher eine genauere (gesetzliche) Umschreibung der zugelassenen Maßnahmen und deren zeitliche Begrenzung³². Da dies nicht erfolgt ist, kann unter diesem Aspekt keine positive Maßnahme zur Förderung der Gleichstellung von Männern und Frauen, durch unterschiedliche Zugangsvoraussetzungen für Frauen und Männer bei der Inanspruchnahme von SeniorInnenermäßigungen, erblickt werden.

Positive Maßnahmen richten sich zudem zumeist gegen strukturelle Benachteiligungen von Frauen, die sich z. B. aus traditionellen Rollenbildern ergeben können. Eine derartige Benachteiligung besteht im vorliegenden Zusammenhang nicht, weil nicht davon ausgegangen werden kann, dass speziell die Gruppe der Frauen zwischen 60 und 64 Jahren gegenüber Männern derselben Altersgruppe besonders benachteiligt wäre. Somit liegt mit der früheren Einräumung einer SeniorInnenermäßigung an Frauen keine positive Maßnahme iSd § 34 GIBG durch die Antragsgegnerinnen vor.

Die Erstantragsgegnerin bringt weiters vor, dass die Zweitantragsgegnerin als die für sie zuständige Organisationsgesellschaft für die Tarifgestaltung zuständig sei. Eine allenfalls verbotene Diskriminierung bei den Zugangsvoraussetzungen zu SeniorInnenjahreskarten ginge daher nicht von ihr, sondern von der Zweitantragsgegnerin aus.

³⁰ § 40e GIBG alt.

³¹ Vgl *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG, § 8 RZ 9.

³² Vgl *Rebhahn* in *Rebhan/GIBG*, § 8 RZ 11.

Das dem Senat III geschilderte Prozedere der Tarifgestaltung im Rahmen des Verbundsystems vermag diese Behauptung aber nicht zu stützen. Wie bereits ausgeführt, finden (Erst-)Gespräche über zukünftige Tarife im so genannten „Tarifausschuss“ statt. Dieses informelle Gremium wird durch alle Verbundpartner und VertreterInnen der Zweitantragsgegnerin (in beratender Funktion) beschickt. Der Tarifausschuss ist ein rein informelles Gremium, hat keine Rechtsgrundlage und es existiert demnach auch keine Geschäftsordnung. Allerdings herrscht das Prinzip der Einstimmigkeit, was bedeutet, dass erst nach Übereinkunft aller Verbundpartner diese das akkordierte Ergebnis über einen zukünftigen Tarif ihren zuständigen internen Gremien zur weiteren (offiziellen) Zustimmung übermitteln. Somit hat die Erstantragsgegnerin faktisch schon auf dieser Ebene ein Vetorecht, das es unmöglich macht, Tarifbestimmungen gegen ihren Willen festzulegen. Sie muss sich daher die gemeinsam akkordierten und beschlossenen Tarifbestimmungen zurechnen lassen. Im Übrigen wurde auch die Tarifhoheit der Erstantragsgegnerin durch den Beitritt zur Verbundgesellschaft nicht berührt³³.

Der Senat III kam daher zur Auffassung, dass durch die Antragsgegnerinnen eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts gemäß § 31 Abs. 1 iVm § 32 Abs. 1 GIBG vorliegt.

Beiden Antragsgegnerinnen wird empfohlen, sich mit der geltenden Rechtslage vertraut zu machen und das Gleichbehandlungsgesetz zu respektieren.

Der Senat III der Gleichbehandlungskommission schlägt daher sowohl der Erstantragsgegnerin als auch der Zweitantragsgegnerin vor, einen dem Gleichbehandlungsgesetz entsprechenden SeniorInnentarif zu erarbeiten, wobei zu berücksichtigen ist, dass die benachteiligte Gruppe an die begünstigte Gruppe anzupassen ist oder eine andere - nicht diskriminierende - Tarifgestaltung zu erarbeiten.

Bei Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes hat die betroffene Person Anspruch auf Ersatz des Vermögensschadens und eine Entschädigung für die er-

³³ § 3 des Gesellschaftsvertrages

littene persönliche Beeinträchtigung. Demgemäß muss die Schadenersatzleistung wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein.

Der Senat III weist darauf hin, dass gemäß § 12 Abs 3 GBK/GAW-Gesetz die Vorschläge der Gleichbehandlungskommission binnen zwei Monaten umzusetzen sind.

Wenn einem Auftrag gemäß § 12 Abs. 3 GBK/GAW-Gesetz (siehe obige Vorschläge des Senates III) nicht binnen zwei Monaten entsprochen wird, kann jede im Senat III vertretene Interessenvertretung gemäß § 12 Abs. 4 des GBK/GAW-Gesetz auf Feststellung der Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes klagen.

31. Mai 2011

Dr.ⁱⁿ Doris Kohl

(Vorsitzende)