

**Die Gleichbehandlungskommission des Bundes
Senat II**

hat in der Sitzung am ... über den Antrag von A (= Antragsteller), in einem Gutachten nach § 23a Bundes-Gleichbehandlungsgesetz (B-GIBG), BGBl. I Nr. 65/2004 i.d.g.F., festzustellen, dass er bei der Festsetzung des Entgelts aufgrund des Alters gemäß § 13 Abs 1 Z 2 B-GIBG von der A1 Telekom Austria AG diskriminiert worden sei, folgendes

Gutachten

beschlossen:

Der Antragsteller A wurde bei der Festsetzung des Entgelts aufgrund des Alters gemäß § 13 Abs. 1 Z 2 B-GIBG von der A1 Telekom Austria AG diskriminiert.

Begründung

Der Antrag von A langte am ... bei der Bundes-Gleichbehandlungskommission (B-GBK) ein. Der Antragsteller brachte im Wesentlichen Folgendes vor: Er stehe in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Bund und sei durch die §§ 17 und 17a des Poststrukturgesetzes der A1 Telekom Austria AG zur dauernden Dienstleistung zugewiesen. Er werde bei der A1 Telekom Austria AG im Bereich X dauernd verwendet. Zu seinem Aufgabenbereich zähle: „...“.

Im Zusammenhang mit seinem Dienstverhältnis liege eine Diskriminierung im Sinne des Bundes-Gleichbehandlungsgesetzes vor. Er erachte sich aufgrund des Alters bei der Festsetzung des Entgelts diskriminiert.

Eine Abberufung von diesem Arbeitsplatz sei nicht erfolgt und auch nicht beabsichtigt. Eine erhebliche Änderung des Aufgabenbereiches liege ebenfalls nicht vor. Von seiner dienst- und besoldungsrechtlichen Stellung entsprechenden Verwendung werde er ebenfalls nicht abberufen. Seine besoldungsrechtliche Stellung sei die Verwendungsgruppe ..., Dienstzulagen-gruppe ..., Gehaltsstufe

Aufgrund einer Vereinbarung mit dem Personalamt X für Beamte der Betriebsstellen der A1 Telekom Austria AG im Land X vom ... sei ihm wegen besonderer Leistungen gemäß § 9 BB-SozPG (Bundesbediensteten-Sozialplangesetz) ab ... eine Prämie von EUR ... jährlich ausbezahlt worden. Eine Betriebsvereinbarung für die Prämiengestaltung existiere nicht. Regelungen auf betriebsverfassungsrechtlicher Ebene seien ihm nicht bekannt. Mit der Prämienvereinbarung habe er alle bis dahin bezogenen Nebengebühren und Zulagen verloren.

Mit E-Mail vom ... sei diese Vereinbarung von der A1 Telekom Austria AG wegen seiner Gehaltsstufenvorrückung per ... widerrufen worden.

Mit E-Mail vom ... habe er die Aussetzung der Leistungsprämie beeinsprucht und dem Dienstgeber mitgeteilt, dass die Leistungsprämie keinen Bezugsbestandteil darstelle, und somit nicht in das Gehaltsband einzurechnen sei. Entsprechend seiner Arbeitsplatzbeschreibung verrichte er idente Tätigkeiten analog der Kolleginnen und Kollegen zur vollsten Zufriedenheit seiner Vorgesetzten. Der Widerruf verstoße gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz am Arbeitsplatz.

In einer E-Mail vom ... der A1 Telekom Austria AG sei ihm mitgeteilt worden, dass „die Vereinbarung vom ... unter Punkt ... vorsehe, dass die Prämie jederzeit mit einer Frist von ... widerrufen werden könne und dass kein Rechtsanspruch auf diese Zahlung bestehen würde. Der Widerruf sei rechtzeitig erfolgt. Diese Leistungsprämie wäre von der Funktion unabhängig.“

Die zuständigen Personalvertretungsorgane hätten der Entziehung der Prämie nicht zugestimmt.

Die Prämie sei ihm zuletzt im ... ausbezahlt worden. Die monatliche Prämie habe zuletzt ... Euro betragen.

Zur Rechtslage sei eingangs auf § 43a BDG (Beamten-Dienstrechtsgesetz) zu verweisen, wonach das Schaffen von Arbeitsbedingungen zu unterlassen sei, die „sonst diskriminierend

sind". In § 96 ArbVG (Arbeitsverfassungsgesetz) sei vorgesehen, dass die Einführung, Ermittlung und Berechnung von akkordähnlichen Prämien und Entgelten zu ihrer Rechtswirksamkeit der Zustimmung des Betriebsrates bedürfen. Nach § 100 ArbVG sei die Festsetzung von Leistungsentgelten im Einzelfall an die Zustimmung des Betriebsrates gebunden. Bei Verschlechterung der Entgeltbedingungen ist die Zustimmung des Betriebsrates

Voraussetzung für die Rechtswirksamkeit (§ 101 ArbVG) einzuholen. Die Zustimmung des Betriebsrates könne nicht rückwirkend eingeholt werden (Kuras, ZAS 2003/19). § 9 BB-SozPG sehe vor, dass „die ausgegliederte Einrichtung ihr zur Dienstleistung zugewiesenen Beamten wegen besonderer Leistungen nicht ruhegenussfähige Zuschläge zum Monatsbezug zahlen kann. Von diesen Zuschlägen ist von der ausgegliederten Einrichtung kein Beitrag zur Deckung des Pensionsaufwandes an den Bund zu leisten.“ Nach § 13 B-GIBG gelte, dass niemand auf Grund des Alters unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden dürfe, insbesondere nicht bei der Festsetzung des Entgelts; bei der Gewährung freiwilliger Sozialleistungen, die kein Entgelt darstellen; und bei den sonstigen Arbeitsbedingungen. Eine mittelbare Diskriminierung liege vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen, eines bestimmten Alters gegenüber anderen Personen 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 (§ 13a Abs. 2 B-GIBG).

Nach ständiger Rechtsprechung liege eine Diskriminierung vor, wenn unterschiedliche „Vorschriften“ auf gleiche Sachverhalte angewandt werden oder wenn dieselbe Vorschrift auf ungleiche Sachverhalte angewandt werde (EuGH 13.2.1996, C-342/93). Bei der Beurteilung des „gleichen Sachverhalts“ sei von Aspekten, wie etwa der gleichen oder gleichwertigen Arbeit, der Vergleichbarkeit der Personen oder des Vorliegens von „Rechtfertigungsgründen“ auszugehen.

Nach der Legaldefinition der unmittelbaren Diskriminierung sei davon auszugehen, dass auch ein Vergleich mit einer hypothetischen Arbeitskraft ausreichen könne.

Eine mittelbare Diskriminierung sei dann gegeben, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen, die bestimmte Merkmale aufweisen gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen könnten, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren seien durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich.

Offenkundig sei, dass die Streichung eines explizit als Leistungsprämie bezeichneten Entgeltbestandteils wegen einer erreichten Gehaltsstufenvorrückung jedenfalls diskriminierend im Zusammenhang mit seinem Alter wirke.

Unter Entgelt seien die üblichen Grund- oder Mindestlöhne und -gehälter sowie alle sonstigen Vergütungen zu verstehen, die der Arbeitgeber aufgrund des Dienstverhältnisses dem Arbeit-

nehmer unmittelbar oder mittelbar in bar oder in Sachleistungen zahlt, zum Beispiel auch Zulagen, Überstundenpauschale, Gratifikationen, Prämien, Sonderzahlungen, Belohnungen, betriebliche Renten; die Gleichheit des Entgelts müsse für jeden einzelnen Entgeltbestandteil gewährleistet sein (EuGH 21.10.1999, C 333/97).

Nicht entscheidend sei, ob eine vertragliche oder kollektive Verpflichtung zur Leistung dieses Entgelts bestehe oder dieses freiwillig erbracht werde. Die Rechtsgrundlage für die Vergünstigungen sei nicht wesentlich, sondern nur, dass sie im Zusammenhang mit dem Dienstverhältnis gewährt werde.

In betriebliche Einstufungsregelungen müsse bei den Entlohnungskriterien der Grundsatz des gleichen Entgelts für gleiche Arbeit oder für eine Arbeit, die als gleichwertig anerkannt und beachtet werden. Das Prinzip der Entgeltgleichheit verbiete Diskriminierungen nicht nur in Bezug auf das eigentliche Grundgehalt, sondern auch bei allen anderen Gehaltselementen, wie Überstundenpauschalen, Erschwerniszulagen oder Betriebspensionen. Die bezeichnete Leistungsprämie sei jedenfalls ein Entgeltbestandteil. Völlig unklar sei im Zusammenhang, weshalb eine in der Beamtenlaufbahn „automatisch erreichte Gehaltsstufenvorrückung zum Wegfall einer ausdrücklich als Leistungsprämie bezeichneten Zahlung“ führen könne. Die Anwendung einer unbekanntes, und auch sonst nicht nachvollziehbaren, oder sich aus Prinzipien des Dienst- oder Arbeitsrechts ableitbaren Regelung, sei bereits dem Grunde nach diskriminierend.

Wenn in den oben zitierten Schriftstücken auch § 9 BB-SozPG verwiesen werde, sei dies auch keine taugliche Grundlage für einen Entzug, da dort gar nicht definiert, bzw. nur die ausgegliederte Einrichtung A1 Telekom Austria AG - einen derartigen Zuschlag an Beamte auszahlen könne. Im gegenständlichen Fall sei jedoch die Vereinbarung mit der zuständigen Dienstbehörde getroffen worden; auf der Bezugsbestätigung sei als Dienstgeber überhaupt die Republik Österreich angegeben. Damit stelle sich aber die Frage, ob diese Vorgangsweise bei Abschluss der Vereinbarung vom ... rechtskonform gewesen sei, da die Dienstbehörde an die gesetzlichen Grundlagen gebunden sei, und § 9 BB-SozPG weder die Vereinbarung mit einer Dienstbehörde noch die grundlose Entziehung der Leistungsprämie vorsehe. Zur strikten Bindung der Dienstbehörde an die rechtlichen Grundlagen halte der VwGH in ständiger Rechtsprechung fest: „Ausgehend vom Wesenskern des öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses, wonach das Dienstverhältnis durch Gesetz bestimmt werde und besoldungsrechtliche Ansprüche nur nach besoldungsrechtlichen Vorschriften (Gesetz, Verordnung) geltend gemacht werden könnten, sei jeder Bezugsbestandteil einer gesetzlichen Grundlage zugeordnet" (VwGH 19.02.2003, 2001/12/0116 und 2002/12/0277).

Sogar dann, wenn davon ausgegangen werde, dass eine vertragliche Regelung der Leistungsprämie zulässig wäre, seien die allgemeinen zivilrechtlichen Bestimmungen zu beachten. Die

jahrelange, vorbehaltlose Bezahlung einer Leistungsprämie sei als betriebliche Übung zu werten. Ohne Zustimmung des Arbeitnehmers könne der Arbeitgeber die Gewährung dieser Leistungen nicht mehr einstellen.

Um eine Verpflichtung zu vermeiden, diese Leistung auch in Zukunft gewähren zu müssen, genüge es nicht, sich darauf zu beschränken, die Leistung werde „freiwillig“ oder „einmalig“ gewährt. Die Klarstellung müsse vielmehr deutlich zum Ausdruck bringen, dass diese Leistung in Zukunft nicht gewährt werde. Werde die Leistung mehrmals gewährt, müsse dies bei jeder Gewährung festgehalten werden. Zudem müsse bei einer Dauerleistung jeder Anschein vermieden werden, sie sei nur „pro forma“ bzw. „unverbindlich“. Derartige Vorkehrungen seien in seinem Fall nie getroffen worden, der nachträgliche Hinweis auf eine erfolgte Vorrückung könne diesen Transparenzmangel nicht wettmachen.

Allgemeine Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten von Dienstverhältnissen fänden sich auch in den verschiedenen Formen des arbeitsrechtlichen, und im Rahmen der Drittwirkung über § 879 ABGB, auch des verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes, wieder. Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz solle Minderheiten vor unsachlichen Benachteiligungen gegenüber der Mehrheit einer durch erkennbare Kriterien abgegrenzten Arbeitnehmergruppe schützen. Daher sei neben der regelmäßig akzeptierten zeitlichen auch eine aus sachlichen Gründen vorgenommene Differenzierung zulässig. Diese sachlichen Gründe müsse aber der Arbeitgeber behaupten und beweisen.

Auch freiwillige Gratifikationen oder Leistungsprämien, auf welche der Arbeitnehmer keinen Anspruch habe, würden somit dem Gleichbehandlungsgrundsatz unterliegen. Jene Kriterien, an welche die Gewährung bzw. die Nichtgewährung solcher Gratifikationen geknüpft werden würden, dürften daher nicht unsachlich sein. Wäre für einen bestimmten Zeitraum bei Erreichung eines Erfolgs eine Leistungsprämie zugesagt, dürfe diese nach Beginn dieses Zeitraums vom Dienstgeber weder einseitig widerrufen werden, noch dürfe die Zahlung von Bedingungen abhängig gemacht werden, deren Eintritt ausschließlich im Einflussbereich des Dienstgebers liege. Bei der Ausübung von Widerrufsvorbehalten oder dem Tätigwerden im Rahmen sonstiger „Kannbestimmungen“ dürfe der Arbeitgeber nicht willkürlich vorgehen. Es sei zwar zulässig, dass dem Arbeitgeber die Befugnis eingeräumt werde, die für ein Provisionssystem maßgebenden Regelungen einseitig zu ändern. Eine solche Gestaltungsbefugnis dürfe allerdings nur nach billigem Ermessen ausgeübt werden. Eine Regelung, wonach dem Arbeitgeber beliebiges Ermessen bei der Festsetzung des Entgelts zukommen solle, sei sittenwidrig (Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON1.05, § 879, Stand 1.8.2019, rdb.at).

Wäre tatsächlich seine Vorrückung als einzige Grundlage für die Einstellung der Leistungsprämie maßgeblich gewesen sein, sei dies eine offensichtliche Altersdiskriminierung.

Intransparente Entgeltsysteme seien besonders anfällig für Diskriminierung. Bei einer dem Anschein nach vorliegenden mittelbaren Entgeltdiskriminierung habe der Arbeitgeber eine sachliche Rechtfertigung des festgestellten Entgeltunterschieds zwischen dem Arbeitnehmer,

der sich für diskriminiert halte, und den Vergleichspersonen beizubringen. Die Festlegung der Leistungsprämie erfolge von Anfang an ohne Hinweis auf konkrete Berechnungsgrundlagen. Wenn aber eine Leistungsprämie bereits ab Beginn nicht objektiv beurteilt werden könne, kann sie auch nicht mit der Leistungsfähigkeit begründet werden (EuGH 26.6.2001, C-381/99). Die vom Gesetz geforderte Transparenz sei durch das grundlose Einstellen seiner Leistungsprämie nicht gegeben und er sei daher in seinem Recht, diskriminierungsfrei behandelt zu werden, verletzt.

Auf Ersuchen der B-GBK übermittelte die A1 Telekom Austria AG am ... eine Stellungnahme. Folgendes wurde im Wesentlichen ausgeführt: A sei am ... geboren, sei mit ... als ... in die (damalige) ...verwaltung eingetreten, sei mit ... als Vertragsbediensteter übernommen worden und sei mit ... zum Beamten der Republik Österreich ernannt worden. Er sei auf die Dauer seines Dienststandes der A1 Telekom Austria AG bzw. der Telekom Austria Personalmanagement GmbH zur Dienstleistung zugewiesen. Er sei in der Verwendungsgruppe ..., Dienstzulagengruppe ..., ernannt und werde im Unternehmensbereich „...“ in der Organisationseinheit „...“ auf einem Arbeitsplatz der Verwendungsgruppe ..., Dienstzulagengruppe ..., dauernd verwendet. Sein Dienstort sei Sein monatlicher Bezug gemäß Gehaltsgesetz betrage ab Euro brutto.

A, gelernter ..., nehme in der A1 Telekom Austria AG eine ... Funktion im ...dienst wahr.

In der A1 Telekom Austria AG gebe es ein unternehmensweites System, das jedem Arbeitsplatz ein Gehaltsband zuordnet. Für einen Arbeitsplatz, wie ihn A dauerhaft innehat, komme ein Gehaltsband im Bereich von ...,- bis ...,- Euro brutto jährlich zur Anwendung. Im Rahmen eines Gehaltsbandes gebe es einen Minimum-, Median- und Maximumbereich. Berufsanfänger würden typischerweise im Minimumbereich (...,- Euro brutto jährlich) eingeordnet. Bei sehr guten Leistungen sei eine Steigerung in den Maximumbereich (...,- Euro brutto jährlich) möglich. Der Medianbereich liege für diesen Arbeitsplatz bei ...,- Euro brutto jährlich.

Es sei nicht notwendig, die Leistung von A zu bewerten, da bereits aus dieser Aufstellung ersichtlich sei, dass das Jahresbruttogehalt weit über dem für seinen Arbeitsplatz vorgesehenen Gehaltsband liege. Der Widerruf des leistungsorientierten Zuschlages von A sei somit nicht aus Gründen des Alters erfolgt, sondern da er das für seinen Arbeitsplatz vorgesehene Gehaltsband massiv überschreite.

Sein Gehalt von über ...,- Euro brutto jährlich überschreite auch diese Durchschnittsgehälter um mehr als das Doppelte. Die Kürzung des leistungsorientierten Zuschlages sei daher sachgerecht und nicht durch das Lebensalter des Antragstellers begründet. Der Vorwurf der Diskriminierung aufgrund des Alters werde daher zurückgewiesen.

Zu den von A vorgebrachten Argumenten werde folgendes erwidert:

§ 9 BB-SozPG sehe vor, dass die ausgegliederte Einrichtung den ihr zur Dienstleistung zugewiesenen Beamten wegen besonderer Leistungen nicht ruhegenussfähige Zuschläge zum Monatsbezug zahlen könne. Von diesen Zuschlägen sei von der ausgegliederten Einrichtung kein Beitrag zur Deckung des Pensionsaufwandes an den Bund zu leisten. Beim leistungsorientierten Zuschlag gemäß § 9 BB-SozPG handle es sich somit um eine mögliche (zivilrechtliche) Zahlung der jeweiligen ausgegliederten Einrichtung, der der Beamte zur Dienstleistung zugewiesen sei, zusätzlich zu den öffentlich-rechtlichen Bezügen des Beamten. Der Abschluss einer Betriebsvereinbarung zur näheren Ausgestaltung dieser gesetzlich ermöglichten zusätzlichen Zahlungen sei vom Gesetzgeber nicht vorgesehen. Mangels Zuständigkeit der Personalvertretung sei auch von dieser niemals der Abschluss einer Betriebsvereinbarung in dieser Angelegenheit verlangt worden, da § 96 Abs. 1 Z 4 des Arbeitsverfassungsgesetzes (ArbVG) nur für den Fall (der hier nicht gegeben ist), dass Akkord-, Stück- und Gedinglöhne sowie akkordähnliche Prämien und Entgelte, die auf statistischen Verfahren, Datenerfassungsverfahren, Kleinstzeitverfahren oder ähnlichen Entgeltfindungsmethoden beruhten, eingeführt und geregelt würden, den Abschluss einer sogen. „notwendigen Betriebsvereinbarung“ vorsehe.

Die Behauptung, dass die verfahrensgegenständliche Prämie in Wahrheit eine Abgeltung auf eine höhere dauernde Verwendung, und zwar auf eine Verwendung Verwendungsgruppe ..., Dienstzulagengruppe ..., sei, sei unrichtig, da A auf seinem Arbeitsplatz überwiegend Tätigkeiten, die der Verwendungsgruppe ... zuzuordnen seien, ausübe. Der Verweis auf § 43a BDG 1979 im Zusammenhang mit der Einstellung des in Rede stehenden Zuschlags sei völlig verfehlt, da durch die Einstellung eines geringfügigen monatlichen Zuschlages keine Arbeitsbedingungen geschaffen worden seien, die die menschliche Würde verletzen oder dies bezwecken oder sonst diskriminierend seien. Mit der Dienstpflicht gemäß § 43a BDG solle das sogenannte „Mobbing“ oder „Bossing“ verhindert werden.

Die Einstellung des leistungsorientierten Zuschlags stelle z.B. keine Schikane dar und schaffe auch keine feindseligen oder demütigenden Arbeitsbedingungen.

Ebenso sei der Hinweis auf das in § 101 ArbVG normierte Zustimmungsrecht des Betriebsrates (bzw. der Personalvertretung) verfehlt, da gemäß der genannten gesetzlichen Bestimmung ein Zustimmungsrecht des Betriebsrates im Zusammenhang mit einer Verschlechterung der Entgeltbedingungen nur dann bestehe, wenn dies mit der Einreihung auf einem anderen Arbeitsplatz verbunden sei. Ein Wechsel des Arbeitsplatzes habe zum Zeitpunkt der Einstellung des leistungsorientierten Zuschlages nicht stattgefunden und sei auch für die Zukunft nicht beabsichtigt.

Es sei zwar richtig, wie vom Beschwerdeführer behauptet, dass zwischen der Streichung des leistungsorientierten Zuschlags und einer Gehaltsstufenvorrückung ein Zusammenhang bestehe, allerdings sei die Gehaltsstufenvorrückung per ... nur der Anlass für die beabsichtigte Anpassung des leistungsorientierten Zuschlags gewesen, aber nicht der Grund.

Zu dem vom Beschwerdeführer behaupteten und angeblich benachteiligend und gleichheitswidrig wirkenden Wechsel von einem öffentlich-rechtlichen Titel für Zulagen und Nebengebühren (gemäß einer Dienstanweisung aus dem Jahre ...) auf eine vertraglich vereinbarte „Leistungsprämie“ sei anzumerken dass die vom Beschwerdeführer angeführten und in der genannten Dienstanweisung (des beim Vorstand der Telekom Austria eingerichteten Personalamtes) geregelten (öffentlich-rechtlichen) Nebengebühren „Betriebssonderzulage“ und „Mehrleistungszulage Telekom“ im gesamten Unternehmensbereich und somit bei allen Beamten, die diese Nebengebühren bezogen hätten, bereits vor Jahren eingestellt worden seien, da der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Judikatur (siehe VwGH vom 5.9.2008, ZI. 2005/12/0068) ausgesprochen habe, dass auf derartige, nur auf generellen Weisungen (Verwaltungsverordnungen), wie der Nebengebührenschrift 1955 und weiteren Dienstanweisungen, basierende Nebengebühren mangels gesetzlicher Grundlage und mangels gehöriger Kundmachung in einer Rechtsverordnung kein Rechtsanspruch bestehe. Der Vorstand der A1 Telekom Austria AG habe sich nicht dem Vorwurf aussetzen wollen, rechtsgrundlose Zahlungen an Beamte zu leisten.

Konkret habe A zuletzt im ... die Nebengebühren „Betriebssonderzulage“ und „Mehrleistungszulage Telekom“ bezogen. Beginnend mit ... sei dem Beamten eine auf einem sogenannte „Performance Contract“ basierende jährliche Zielerreichungsprämie (...,- Euro brutto im Jahre ...) ausbezahlt worden, wobei als Rechtsgrund § 9 BB-SozPG herangezogen worden sei. Ein Abtausch von ursprünglich öffentlich-rechtlichen Nebengebühren mit einer vertraglichen Leistungsprämie sei seitens des Unternehmens zu keiner Zeit beabsichtigt gewesen und ginge auch nicht aus dem Text der Vereinbarung vom ... hervor.

Zum behaupteten Verlust jeglichen Rechtsschutzes sei zu sagen, dass der Beschwerdeführer bis dato nicht versucht habe, die Einstellung des leistungsorientierten Zuschlages mittels Klage beim Landesgericht X als örtlich zuständigem Arbeits- und Sozialgericht zu bekämpfen. Diese Untätigkeit sei offenbar mit den von ihm als gering eingeschätzten Erfolgsaussichten zu begründen.

Es sei nicht die Gehaltsstufenvorrückung der Grund für die Einstellung der „Leistungsprämie“, sondern die Tatsache, dass schon alleine der öffentlich-rechtliche Bezug des Beamten (Gehalt und Dienstzulage nach dem Gehaltsgesetz) den Maximumbereich des für den Arbeitsplatz des Beamten vorgesehenen Gehaltsbandes erheblich überschritten habe. Die auf die Einstellung des leistungsorientierten Zuschlages angewendete Regelung sei A weder unbekannt gewesen noch sei sie nicht nachvollziehbar. § 9 BB-SozPG (als gesetzliche Grundlage für den monatlichen Zuschlag) sehe keinerlei Gründe bzw. Voraussetzungen für eine Einstellung oder Kürzung der Zahlungen vor. Aus diesem Grunde sei mit A im ... eine Vereinbarung abgeschlossen worden, in welcher er zuerst auf die Rechtsgrundlage der monatlichen freiwilligen Zahlung hingewiesen worden sei und ihm in weiterer Folge die Gründe für die Zahlungen dargelegt worden

seien. Schließlich sei in der Vereinbarung darauf hingewiesen worden, dass auf diese Zahlungen kein Rechtsanspruch bestehe und dass die Vereinbarung jederzeit vom Personalamt ohne Angabe von Gründen widerrufen werden könne.

Nach deren Rechtsansicht handle es sich bei der mit A im ... abgeschlossenen Vereinbarung über eine monatliche Zahlung nicht um einen Vertrag, sondern um die Erstellung einer nachvollziehbaren Regelung über die Art und Weise der Auszahlung des leistungsorientierten Zuschlages sowie über die Beendigung der Zahlungen. Es sei zwar zutreffend, dass § 9 BB-SozPG keine Vereinbarungen im Zusammenhang mit der Gewährung des leistungsorientierten Zuschlages vorsehe, andererseits werde die genauere Regelung der Zahlungsmodalitäten und sonstiger wesentlicher Punkte, die sich im Zusammenhang mit der Gewährung der Zahlungen über einen längeren Zeitraum ergeben könnten, von der genannten gesetzlichen Bestimmung auch nicht untersagt.

Der Hinweis des Beschwerdeführers auf die strikte Bindung der Dienstbehörde an die rechtlichen Grundlagen sei nicht nur überflüssig, sondern gehe auch ins Leere, da die an A geleisteten monatlichen Zahlungen nicht von der genannten Behörde, und somit auch nicht von der Republik Österreich, sondern von der ausgegliederten Einrichtung, der der Beamte zur dauernden Dienstleistung zugewiesen sei, somit von einem dem Privatrecht unterliegenden Unternehmen, geleistet worden seien. Die Zahlungen seien auch nicht ohne Rechtsgrund erfolgt, sondern hätten - wie bereits mehrfach erwähnt - ihre Rechtsgrundlage in § 9 BB-SozPG. Die Einstellung der monatlichen Zahlungen sei aus den oben genannten sachlichen Gründen erfolgt und stehe daher nicht im Widerspruch zu der genannten gesetzlichen Bestimmung, die einen weiten Ermessensspielraum zulasse.

Ebenso sei der Hinweis auf die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes, wonach besoldungsrechtliche Ansprüche nur nach besoldungsrechtlichen Vorschriften (Gesetz, Verordnung) geltend gemacht werden können, verfehlt.

Beim leistungsorientierten Zuschlag gemäß § 9 BB-SozPG handle es sich um keinen besoldungsrechtlichen (öffentlich-rechtlichen) Anspruch aufgrund eines Gesetzes (z.B. Gehaltsgesetz), sondern um eine freiwillige Zahlung einer ausgegliederten Einrichtung (Privatfirma) aufgrund einer sondergesetzlichen Regelung.

In diesem Zusammenhang sei festzuhalten, dass ursprünglich nicht die gänzliche Einstellung des leistungsorientierten Zuschlags beabsichtigt gewesen sei. A sei im ... eine neue Vereinbarung mit reduzierter jährlicher Zahlung (... Euro) vorgeschlagen worden, die er aber abgelehnt habe.

Darüber hinaus werde angemerkt, dass neben A im ... noch bei ... weiteren Beamtinnen und Beamten der leistungsorientierte Zuschlag aufgrund einer Überschreitung des Gehaltsbandes gekürzt worden sei.

Was den leistungsorientierten Zuschlag gemäß § 9 BB-SozPG anbelangt so sei vom Gesetzgeber bewusst eine Regelung mit weitem Ermessensspielraum geschaffen worden, und es sei

auch ausdrücklich festgelegt worden, dass derartige zusätzliche Zahlungen von der jeweiligen ausgegliederten Einrichtung gewährt werden könnten. Die Schaffung eines Rechtsanspruchs auf diese Zahlungen seien vom Gesetzgeber offenbar bewusst vermieden worden. Die Heranziehung konkreter Berechnungsgrundlagen bei der Festlegung des leistungsorientierten Zuschlages sei laut § 9 BB-SozPG nicht vorgesehen bzw. nicht zwingend erforderlich.

Die B-GBK hat erwogen:

Eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes nach § 13 Abs. 1 Z 2 B-GIBG liegt vor, wenn jemand im Zusammenhang mit einem Dienstverhältnis aufgrund des Alters bei der Festsetzung des Entgelts unmittelbar oder mittelbar diskriminiert wird.

Gemäß § 25 Abs. 2 B-GIBG hat die Vertreterin oder der Vertreter des Dienstgebers darzulegen, dass bei Abwägung aller Umstände eine höhere Wahrscheinlichkeit dafür spricht, dass ein anderes von ihr oder ihm glaubhaft gemachtes Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war.

Von der B-GBK war die Begründung der A1 Telekom Austria AG für die gegenständliche „Einstellung der jährlichen Leistungsprämie“ im Hinblick auf die Sachlichkeit zu prüfen.

Die A1 Telekom Austria AG argumentierte, dass der Widerruf des leistungsorientierten Zuschlages von A nicht aus Gründen des Alters erfolgt sei, sondern weil er das für seinen Arbeitsplatz vorgesehene Gehaltsband massiv überschritten habe. Die A1 Telekom Austria AG stehe auf dem Standpunkt, dass keine Altersdiskriminierung vorliege, da diese Prämie laut Vereinbarung jederzeit widerrufen werden könne.

Festgehalten wird, dass der Antragsteller ... Jahre alt und seit ... Jahren im öffentlichen Dienst tätig ist. A ist als Beamter der A1 Telekom Austria AG zur dauernden Dienstleistung zugewiesen. Seine besoldungsrechtliche Stellung ist die Verwendungsgruppe ..., Dienstzulagengruppe ..., Gehaltsstufe

Aufgrund einer Vereinbarung mit dem Personalamt X für Beamtinnen und Beamte der Betriebsstellen der Telekom Austria AG im Land X vom ... ist ihm ab ... eine Prämie von ... Euro jährlich ausbezahlt worden. Eine Betriebsvereinbarung für die Prämiengestaltung existiert nicht. Mit der Prämienvereinbarung hat er alle bis dahin bezogenen Nebengebühren und Zulagen verloren.

Mit E-Mail vom ... wurde diese Vereinbarung seitens der A1 Telekom Austria AG widerrufen. Begründet wurde diese Maßnahme seitens der A1 Telekom Austria AG mit As Gehaltsstufenvorrückung.

Die A1 Telekom Austria AG teilte in ihrer Stellungnahme mit, dass keine Altersdiskriminierung vorliege, da die Prämie laut Vereinbarung jederzeit widerrufen werden könne. Jedem Arbeitsplatz sei ein Gehaltsband zugeordnet, in dessen Rahmen es einen Minimum-, Median- und Maximumbereich gebe. Berufsanfängerinnen und Berufsanfänger würden typischerweise im Minimumbereich eingeordnet werden, wobei bei sehr guter Leistung eine Steigerung in den Maximumbereich möglich sei. As Gehaltsband befinde sich zwischen ...,- und ...,- Euro und sein Bruttojahresgehalt betrage über ...,- Euro. Die A1 Telekom AG habe die Vereinbarung zur Prämienauszahlung widerrufen und diese Entscheidung mit dem Bruttojahresgehalt des Antragstellers begründet, das weit über dem Maximalbetrag liege. Laut A1 Telekom AG sei die Gehaltsstufenvorrückung nicht der Grund, sondern der Anlass zum Widerruf gewesen.

Für den Senat ist die Argumentation der A1 Telekom Austria AG nicht nachvollziehbar, weshalb eine in der Beamtenlaufbahn „automatisch erreichte Gehaltsstufenvorrückung zum Wegfall einer ausdrücklich als Leistungsprämie bezeichneten Zahlung“ führen soll.

Der Senat stellt fest, dass die Gehaltsvorrückungen untrennbar mit dem Alter verbunden sind. Die A1 Telekom Austria AG hat etwa im Zusammenhang mit der widerrufenen Leistungsprämie mit keinem Wort begründet, dass A plötzlich „schlechter“ arbeite und dies der Grund sei, dass er in Zukunft keine Leistungsprämie mehr erhalten soll.

Die Streichung der eines explizit als Leistungsprämie bezeichneten Entgeltbestandteils wegen einer erreichten Gehaltsstufenvorrückung stellt jedenfalls eine Altersdiskriminierung dar.

Für den Senat ist nicht nachvollziehbar, dass sich die Leistungsprämie an dem Gehaltsband orientiert und nicht an der Leistung eines Dienstnehmers.

Der einseitige Widerruf des Dienstgebers darf nicht aus unsachlichen Gründen wie dem des Alters erfolgen. Auch wenn die A1 Telekom Austria AG argumentiert, dass die Leistungsprämie auch bei ... anderen Kolleginnen bzw. Kollegen des Antragstellers gestrichen worden sei, rechtfertigt dies nicht die getroffene Maßnahme und die daraus resultierende Altersdiskriminierung.

Aufgrund des gesamten Vorbringens stellt der Senat fest, dass A bei der Festsetzung des Entgelts aufgrund des Alters gemäß § 13 Abs. 1 Z 2 B-GIBG von der A1 Telekom Austria AG diskriminiert wurde.

Auf die schadenersatzrechtlichen Ansprüche des § 18a B-GIBG wird verwiesen.

Empfehlung

Der A1 Telekom Austria AG wird empfohlen, dem Antragsteller die Leistungsprämie wieder auszubezahlen.

Wien, Oktober 2021