

Arbeitsrecht

Nr. 14

Urteile des Bundesgerichts, I. sozialrechtliche Abteilung, Urteile vom 4. Januar 2010 [8C_31/2009](#), [8C_32/2009](#), [8C_33/2009](#), [8C_34/2009](#), [8C_35/2009](#)

«Zürcher Lohnklagen»

Keine besoldungsmässige Diskriminierung der Aktivierungstherapeutinnen und -therapeuten der Stadt Zürich.

Sachverhalt

Auf den 1. Juli 2002 führte die Stadt Zürich ein neues Lohnsystem ein (sog. strukturelle Besoldungsrevision). Nach dem neuen Besoldungssystem richtet sich der Lohn der städtischen Angestellten primär nach dem Schwierigkeitsgrad der Funktion, der nutzbaren Erfahrung und dem Leistungsbeitrag. Jede Stelle wurde aufgrund der betreffenden Funktionsumschreibung einer von 18 Funktionsstufen zugeordnet, und jede Funktionsstufe wurde einem Lohnband zugeordnet.

Die Funktionsumschreibungen zeigen modellhaft den Schwierigkeitsgrad der einzelnen Funktionen auf. Sie basieren auf analytischen Arbeitsplatzbewertungen, mit denen die Anforderungen an die Fach-, Selbst-, Sozial-, Führungs- und Beratungskompetenz sowie die Arbeitsbedingungen erfasst werden. Gemäss diesen Vorgaben hat die Stadt Zürich unter Beizug eines privaten Unternehmens Arbeitsplatzbewertungen durchgeführt und Modellprofile für verschiedene Tätigkeiten entwickelt. Im Kriterienkatalog wurden fünf Haupt- und 13 Unterkriterien definiert sowie die Gewichtung der Stufenwerte und der einzelnen Unterkriterien festgelegt. Gestützt auf den Kriterienkatalog wurde die Funktion mit einer Gesamtzahl von Punkten bewertet, welche sich aus Punkten zur Fachkompetenz (Wissen/Kenntnisse); Selbstkompetenz (Selbstständigkeit [mit dreifacher Gewichtung]/Flexibilität); Sozialkompetenz (Kommunikationsfähigkeit/Kooperations- und Teamfähigkeit [je mit doppelter Gewichtung]); Führungs- und Führungsunterstützung/Beratung; Beanspruchungen und Arbeitsbedingungen (psychische Beanspruchungen/physische Beanspruchungen/Beanspruchung der Sinnesorgane/ Umgebungseinflüsse/unregelmässige Arbeitszeit) zusammensetzt.

Diese Gesamtzahl lag bei der Funktion Aktivierungstherapie unter der des allgemeinen Polizeidienstes. Daher wurde der allgemeine Polizeidienst durch die Stadt in die Funktionsstufe 7, die der Aktivierungstherapeutinnen und -therapeuten in die Funktionsstufe 6 eingereicht.

In der Folge rekurierten unabhängig voneinander zwei Aktivierungstherapeutinnen und ein Aktivierungstherapeut, alle angestellt bei einem Altersheim der Stadt Zürich, gegen die Einstufung ihres Direktors beim Stadtrat.

Im Falle der Aktivierungstherapeutin D wies der Stadtrat, wie auch darauffolgend der Bezirksrat Zürich, die Rekurse vollumfänglich ab. Die dagegen erhobene Beschwerde an das Verwaltungsgericht wurde gutgeheissen. Die Beschwerdeführerin D wurde rückwirkend in die Funktionsstufe 7 eingereiht. Eine Stufe höher als die ursprüngliche Einreihung, aber eine tiefer als die geforderte.

Sowohl die Stadt Zürich als auch die Aktivierungstherapeutin D führten Beschwerde (BGer Entscheid 8C_31/2009). Das Eidgenössische Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann (EBG) stellte zudem das Rechtsbegehren, die Sache sei an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit diese ein arbeitswissenschaftliches Gutachten einhole, welches die Bewertung der Tätigkeit von D vergleiche und die geltend gemachte Gleichwertigkeit der Tätigkeiten überprüfe. Im Hinblick auf die Überführungsregeln sei zudem zu klären, ob der altrechtliche Lohn als diskriminierend zu werten sei.

Im Fall der fünfundzwanzig Jahre älteren Aktivierungstherapeutin B wies der Stadtrat den Rekurs zwar ab, doch im nachfolgenden Rekursverfahren vor dem Bezirksrat Zürich wurde der Rekurs bezüglich der Lage im Lohnband aber nicht in Bezug auf die geforderte Lohnstufe gutgeheissen.

Dagegen gelangten sowohl B als auch die Stadt Zürich beschwerdeweise an das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich. In Abänderung der Überleitungsverfügung des Direktors der Altersheime der Stadt Zürich reihte es B rückwirkend in die Funktionsstufe 7 ein (eine höher als die ursprüngliche Einreihung, jedoch zwei tiefer als von B gefordert)

Pflegerecht–2012– 169

und bestätigte im Übrigen die ursprüngliche Verfügung (d. h. Rückstufung im Lohnband).

B liess daraufhin Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten sowie subsidiäre Verfassungsbeschwerde führen und forderte, die Lage im Lohnband sei von 97,1% auf 100% anzuheben (BGer Entscheid 8C_32/2009). Das EBG beantragt die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz, damit diese ein arbeitswissenschaftliches Gutachten einhole, welches die Bewertung der Tätigkeit von B mit derjenigen der Polizeisoldaten vergleiche und die geltend gemachte Gleichwertigkeit der Tätigkeiten überprüfen könne. Im Hinblick auf die Überführungsregeln sei zudem zu klären, ob der altrechtliche Lohn als diskriminierend zu werten sei.

Die Stadt Zürich lässt ebenfalls Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten einreichen (8C_33/2009) mit den Anträgen, der vorinstanzliche Entscheid sei insofern aufzuheben, als er bezüglich der Funktionsstufe die Beschlüsse des Bezirksrats und des Stadtrats von Zürich aufhebe und in Abänderung der Verfügung des Direktors der Altersheime der Stadt Zürich B rückwirkend auf 1. Juli 2002 in die Funktionsstufe 7 einreihe. B sei demgemäss in die Funktionsstufe 6 einzustufen und die ursprüngliche Überleitungsverfügung zu bestätigen; ebenso

sei an der Einreihung bezüglich der Lage im Lohnband von 97,1% festzuhalten. Das EBG wiederholt sein im Beschwerdeverfahren der B gestelltes Begehren, und das Bundesgericht vereinte die beiden Verfahren.

Aktivierungstherapeut L wurde in die Funktionsstufe 6 überführt. Die Lage im Lohnband betrug 95% des Mittelwertes. Er forderte im stadtinternen Rekurs eine Einreihung in die Funktionsstufe 8 und die Überführung der Lohnsumme auf 100% im Lohnband. Der Bezirksrat hiess den Rekurs teilweise gut und bejahte eine Überleitung auf der Lage im Lohnband von 100%. Die übrigen Anträge wies es ab.

Dagegen gelangten sowohl L als auch die Stadt Zürich beschwerdeweise an das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich. L forderte weiterhin die Einreihung in die Funktionsstufe 8, und die Stadt Zürich richtete sich gegen die bezirksrätlich angeordnete Anhebung der Lage im Lohnband von 95 auf 100%. Das Gericht reihte L rückwirkend in die Funktionsstufe 7 ein mit einer Lage im Lohnband von 95%.

Sowohl L (BGer Entscheid [8C_34/2009](#)) als auch die Stadt Zürich (BGer Entscheid [8C_35/2009](#)) führten Beschwerde in öffentlich-rechtlicher Angelegenheit gegen den Entscheid des Verwaltungsgerichts. Das Bundesgericht vereint auch diese beiden Verfahren.

Das Bundesgericht hielt zunächst fest, dass sich unter der Geltung des neuen Bundesgerichtsgesetzes (BGG, seit 1.1.2007 in Kraft) an der bisherigen Praxis zur Überprüfungsbefugnis von Funktionsbewertungen nichts ändere. Die Bewertung bestimmter Funktionen in Bezug auf andere Funktionen oder bestimmte Anforderungskriterien könne nie objektiv und wertneutral erfolgen, sondern enthalte zwangsläufig einen erheblichen Wertungsbereich, dessen Konkretisierung davon abhängen, wie eine bestimmte Aufgabe von der Gesellschaft bzw. vom Arbeitgeber bewertet werde. Wissenschaftliche Studien vermöchten zwar durch die Erhebung von Tatsachen und durch die Beseitigung von Vorurteilen diese Beurteilung zu unterstützen, die normative Wertung ersetzen können sie jedoch nicht. Die zuständigen kantonalen Behörden hätten folglich einen grossen Ermessensspielraum. Als bundesrechtlich vorgegeben sei jedoch zu beachten, dass die Bewertung nicht willkürlich oder rechtsungleich erfolgen dürfe und keine geschlechtsdiskriminierenden Elemente enthalten darf.

Bezüglich der Kognition wird festgehalten, dass die Feststellung des Sachverhalts nur im Rahmen von [Art. 105 Abs. 2 BGG](#) überprüft werden. Frei überprüfbar sei, ob das kantonale Gericht die richterliche Prüfungspflicht korrekt gehandhabt habe. Die Bewertung verschiedener Tätigkeiten hingegen stelle im Rahmen der genannten bundesrechtlichen Schranken demgegenüber eine Ermessensfrage dar, in die das Bundesgericht nicht eingreifen kann. Wiederum frei überprüfbar sei, ob die Vorinstanz die bundesrechtlichen Schranken des behördlichen Ermessensspielraums richtig interpretiert hat.

In Bezug auf die von der Stadt vorgebrachte Rüge, das Verwaltungsgericht hätte die Prüfungsbefugnis überschritten und hierbei die Gemeindeautonomie verletzt, hielt das Bundesgericht fest, dass der aus der Gemeindeautonomie ergebende Ermessensspielraum nicht unbegrenzt gelte. Vielmehr werde er eingeschränkt durch (andere) bundesverfassungsmässige Prinzipien und Garantien wie etwa den Lohngleichheitsanspruch gemäss [Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV.](#) Sämtliche Arbeitgeber – unbesehen davon, ob die infrage stehenden Arbeitsverhältnisse

öffentlich- oder privatrechtlicher Natur sind – unterstünden dem in Art. 3 Gleichstellungsgesetz (GIG) konkretisierten Lohnleichheitsgebot. Eine Lohndifferenz sei vor diesem Hintergrund rechtlich einzig zulässig, soweit sie der tatsächlichen Differenz in der Wertigkeit der Arbeit entspreche. Folglich ergebe sich aufgrund der Gemeindeautonomie bei der Festlegung der zulässigen Besoldungsordnung kein zusätzlicher Ermessensspielraum.

Eine Arbeitsplatzbewertung oder ein Lohnsystem verstösse nicht schon dann gegen das Diskriminierungsverbot, wenn eine andere Bewertung ebenfalls mit guten Gründen vertretbar wäre oder gar aus der

Pflegerecht–2012– 170

Sicht bestimmter arbeitswissenschaftlicher Theorien besser begründet erschiene, sondern nur dann, wenn sie diskriminierend ist. Für die Rechtfertigung des Lohnunterschieds seien gemäss bundesgerichtlicher Praxis keine wissenschaftlichen Nachweise nötig. Sachlich haltbare Motive würden ausreichen. Gemäss Art. 6 GIG wird u. a. bezüglich der Entlohnung eine Diskriminierung vermutet, wenn diese von der betroffenen Person glaubhaft gemacht wird. Glaubhaftmachen bedeutet, dass es genügt, dem Gericht aufgrund objektiver Anhaltspunkte den Eindruck einer gewissen Wahrscheinlichkeit des Vorhandenseins der infrage stehenden Tatsache zu vermitteln, ohne dass dabei die Möglichkeit ausgeschlossen sein muss, dass die Verhältnisse sich auch anders gestalten können.

Im Konkreten musste vom Bundesgericht beurteilt werden, ob das kantonale Gericht basierend auf der anhand der massgebenden Kriterien und Unterkriterien vorgenommenen Funktionsbewertung zu Recht eine geschlechtsdiskriminierende Lohneinstufung der Aktivierungstherapeutinnen und -therapeuten im Vergleich zu den Vertretern des allgemeinen Polizeidienstes festgestellt hatte.

Das Bundesgericht unterzog im Folgenden die Einreihungskriterien einer Prüfung und untersuchte, ob sie geschlechtsdiskriminierend erfolgten.

In Bezug auf das Hauptkriterium «Fachkompetenz», welches durch die Unterkriterien «Wissen/ Kenntnisse» definiert wurde, hatte die Vorinstanz eine diskriminierende Bewertung der Aktivierungstherapeutinnen verneint (Aktivierungstherapeutinnen/-therapeuten leicht höher als die Polizistinnen und Polizisten). Ebenfalls zu keinen Einwendungen Anlass gab die vorinstanzliche Beurteilung der Bewertungskomponente «Kooperations- und Teamfähigkeit», welche im Sinne der Einstufung der Beschwerdeführenden als punktemässig leicht unter dem Niveau der Polizeiaufgaben liegend qualifiziert wurde (1,0 statt 1,5 Punkte). Auch in Bezug auf das Merkmal «Beanspruchungen und Arbeitsbedingungen» sah das kantonale Gericht im Umstand, dass der allgemeine Polizeidienst mit 5,0 und die Funktion der Beschwerdeführenden lediglich mit insgesamt 3,5 Punkten bewertet wurde (in der Aktivierungstherapie gibt es keine unregelmässigen Arbeitseinsätze in Form von Schicht- oder Nacharbeit), keine missbräuchliche Handhabung des der Stadt zustehenden Ermessensspielraums.

Hingegen wurde zum im Rahmen des Kriteriums «Selbstkompetenz» zu beurteilenden Unterkriterium «Selbstständigkeit» im angefochtenen Entscheid ausgeführt, es erscheine nicht

vertretbar, die Tätigkeit der Beschwerdegegnerin trotz dem nachweislich leicht höheren Mass an Selbstständigkeit (in Form eines relativ grossen Gestaltungsspielraums hinsichtlich der Therapierungsmodalitäten) tiefer zu gewichten als bei dem Polizeidienst, dessen Vertreter verstärkt in ein hierarchisches Gefüge eingebunden seien. Diesbezüglich sei daher ein Wert von ebenfalls 1,5 – statt 1,0 – Punkten zu veranschlagen.

Das BGE monierte, dass das kantonale Gericht unter dem Unterkriterium «Selbstständigkeit» einzig den Handlungsspielraum und somit die Entscheidungsmöglichkeiten berücksichtigt habe. Damit werde nur ein Aspekt dieses Unterkriteriums erfasst. Es sei aber offensichtlich, dass die Wertigkeit der Selbstständigkeit überdies auch davon abhängt, in Bezug auf welche Güter dieser Entscheidungsfreiraum bestünde. Selbstständige, in ihrer Auswirkung aber eher geringfügige Entscheide würden weniger ins Gewicht fallen als selbstständige Entscheide von grosser Tragweite. Mit Verweis auf die Gutachterin der Stadt rief das Bundesgericht in Erinnerung, dass die Polizistinnen und Polizisten und die Physio-/Ergotherapeutinnen resp. -therapeuten im Hinblick auf die Verantwortung gleich zu bewerten seien. Bei den Physio- und Ergotherapeutinnen falle die hohe Fachverantwortung, die bei falscher Behandlung negative Auswirkungen auf die Sicherheit der Patienten haben könnte, ins Gewicht und beim allgemeinen Polizeiberuf die Möglichkeit von Fehlern mit grosser Tragweite (Schusswaffengebrauch).

Sind aber einerseits Polizistinnen/Polizisten und Physio- bzw. Ergotherapeutinnen/-therapeuten in diesem Punkt vergleichbar und gleichzeitig die Aktivierungstherapeutinnen und -therapeuten gegenüber den Physio- bzw. Ergotherapeutinnen/-therapeuten als tiefer einzustufen, ist der Entscheid der Stadt Zürich, die Polizisten höher als die Aktivierungstherapeutinnen zu klassieren, nicht diskriminierend. Indem die Vorinstanz die Tätigkeit der privaten Beschwerdeführerin in diesem Bereich von 1,0 auf 1,5 Punkte erhöhte und damit dem allgemeinen Polizeidienst gleichsetzte, überschritt sie die ihr zustehende Prüfungsbefugnis.

Auch bei der Einstufung unter dem Unterkriterium «Flexibilität» erachtete das kantonale Gericht die Einstufung (Polizeidienst: 2,0 Punkte; Aktivierungstherapeutin: 1,0 Punkte) als geschlechtsdiskriminierend und bewertete die Tätigkeit der Beschwerdegegnerin ebenfalls mit 2,0 Punkten. Wie es sich damit verhält, liess das Bundesgericht jedoch offen.

Zur Kommunikationsfähigkeit nahm das Bundesgericht jedoch wieder Stellung. Der allgemeine Polizeidienst wie auch die Aktivierungstherapeutinnen und -therapeuten wurden seitens der Stadt bezüglich des Kriteriums «Kommunikationsfähigkeit» gleichwertig mit 1,5 Punkten bewertet. Die Vorinstanz hob die Funktion der Aktivierungstherapeutinnen und -therapeuten sodann auf 2,0 Punk-

te. Entscheidend hierfür war, dass diese häufig mit Personen arbeite, bei welchen die Kommunikation aufgrund deren Demenz oder anderer psychischer Probleme besonders hohe Anforderungen stelle. Der Polizeidienst führe zwar auch häufig zu heiklen Personenkontakten (beispielsweise im Falle von Tatverdächtigen), jedoch entfalle dabei das anspruchsvolle Element,

«die Kontaktperson auf einer pädagogischen Ebene kommunikativ erreichen zu müssen», was die Tätigkeit der Aktivierungstherapeutin kennzeichne. Das Bundesgericht hielt jedoch fest, dass die Annahme des kantonalen Gerichts, die Aktivierungstherapeutinnen und -therapeuten würden häufig mit dementen Personen oder Personen mit «anderen psychischen Problemen» arbeiten, in den Akten keine Stütze fände. Ebenso wenig sei begründet, weshalb die Beschwerdegegnerin die Heiminsassen auf einer pädagogischen Ebene kommunikativ erreichen müsse. Zudem wies das Bundesgericht darauf hin, dass die Funktion des Polizeidienstes durch eine Art von Kommunikation geprägt sei, welche sich an Personen unterschiedlichster Herkunft zu richten habe und von daher anspruchsvoll sei. Es bestehe andererseits weniger die Notwendigkeit, auf die spezifischen Bedürfnisse der jeweiligen Person einzugehen.

Somit seien zwei qualitativ stark differierende Kommunikationsformen zu vergleichen, die in unterschiedlichen Aspekten höhere oder tiefere Anforderungen stellten. Unter diesen Umständen überschritt die Vorinstanz die ihr zustehende Prüfungsbefugnis, wenn sie das von der Beschwerdeführerin mit Blick auf das Kriterium Kommunikation als gleichwertig eingestufte Anforderungsprofil korrigiere.

Bei der Führungs- und Beratungskompetenz erhielten sowohl die Aktivierungstherapeutinnen resp. der Aktivierungstherapeut als auch die Polizistinnen und Polizisten durch die Stadt null Punkte. Das kantonale Gericht beurteilte die entsprechende Vorgehensweise mit der Begründung als geschlechtsdiskriminierend, dass die Aktivierungstherapeutin D gemäss Stellenbesrieb die Verantwortung für eine fachgerechte «Einführung neuer MitarbeiterInnen, PraktikantInnen, SchülerInnen und freiwilliger HelferInnen» trage; sie habe «Führungs- und Weisungsbefugnisse». Daraus ergebe sich eine signifikant höhere Führungsverantwortung als bei anderen Aktivierungstherapeutinnen.

Das Bundesgericht wies darauf hin, dass entscheidend sei, was nach dem Kriterienkatalog inhaltlich unter Führungskompetenz zu verstehen sei. Gemäss Definition ginge es um «die von der Funktion erforderte Fähigkeit», als Linienvorgesetzte oder Projektleiterin Mitarbeitende zu führen. Daher falle nur die permanente Führung von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern darunter und nicht die Anleitung und Betreuung von Auszubildenden oder von sporadisch eingesetzten Hilfskräften. Eine Erhöhung der Punktzahl der Aktivierungstherapeutin sei daher nicht angezeigt.

Zusammenfassend hielt das Bundesgericht sodann fest, dass selbst wenn bezüglich des Unterkriteriums «Flexibilität» der vorinstanzlich angerechnete zusätzliche Punkt mitgezählt würde, eine Einreihung in die Funktionsstufe 7 nicht gerechtfertigt sei und eine geschlechtsspezifische Diskriminierung durch die Einstufung in Funktionsstufe 6 nicht vorliege.

Folglich war nur noch zu prüfen, ob der für Überführung massgebliche altrechtliche Lohn nicht bereits diskriminierend war.

Da die Aktivierungstherapeutinnen resp. der Aktivierungstherapeut nicht konkretisierten, dass die Differenz von drei Besoldungsklassen im altrechtlichen Lohnsystem, jedoch zuzüglich einer Zulage von 6% des Lohnes (die gerade dem betreffenden Ausgleich diene) eine Lohndiskriminierung darstellt, konnte das Bundesgericht auch unter diesem Gesichtspunkt von keiner Diskriminierung sprechen.

Daraus folgt das Bundesgericht, dass die Überführungsverfügungen aller beschwerdeführenden Betroffenen unter allen Titeln rechtmässig sei.

Bemerkungen

Die Löhne des nicht ärztlichen Personals in der Stadt Zürich waren schon verschiedentlich Gegenstand von gerichtlichen Auseinandersetzungen. Die vorliegenden Entscheide verdeutlichen, dass die Stadt Zürich in den vorliegenden Fällen nicht auf das ihr zustehende grosse Ermessen vertraute, sondern mit Akribie versucht wurde, eine gerechte und diskriminierungsfreie Einreihung in die Gehaltsklassen und Lohnbänder zu erreichen. In Bezug auf das Vorgehen der Stadt muten die Änderungen des Verwaltungsgerichts als eher lapidar an und werden von den Bundesrichtern und der Bundesrichterin zu Recht auch aufgehoben. Dass beim einen oder anderen Kriterium Vertreterinnen oder Vertreter der Gesundheitsberufe zu einer anderen Gewichtung kommen würden, ist anzunehmen. Doch dasselbe lässt sich mit einem Blick durch die Polizistenbrille sagen. Was diese Entscheide jedoch mit Sicherheit verdeutlichen, ist die Tatsache, dass die Bestrebungen des nicht ärztlichen Personals, mehr lohnrelevante Anerkennung für ihre Tätigkeit zu erhalten, nicht über die Anprangerung Lohndiskriminierung im Vergleich zu den Polizistinnen und Polizisten führen kann. Denn letztere beklagen sich in vielen Kantonen ebenfalls über eine zu geringe Entlohnung.

Christian Peter