

## **BGer 8C\_34/2009 vom 4. Januar 2010**

Bundesgericht, 2010-01-04, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_8C\\_34\\_2009](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_8C_34_2009)

FR: TF 8C\_34/2009 du 4 janvier 2010

IT: TF 8C\_34/2009 del 4 gennaio 2010

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Da den beiden Beschwerden derselbe Sachverhalt zugrunde liegt und sie den nämlichen vorinstanzlichen Entscheid betreffen, werden die Verfahren 8C\_34/2009 und 8C\_35/2009 vereinigt und in einem einzigen Urteil erledigt ( BGE 128 V 124 E. 1 S. 1 mit Hinweisen, welche Rechtsprechung unter der Herrschaft des BGG weiterhin Gültigkeit hat: vgl. Urteil 9C\_57/2009 vom 1. September 2009 E. 1 mit Hinweisen).

#### **E. 2.1**

Anfechtungsgegenstand bildet ein kantonales letztinstanzliches Endentscheid betreffend die Überleitung des Beschwerdeführers in das ab 1. Juli 2002 geltende neue Lohnsystem der Stadt Zürich. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Streitigkeit auf dem Gebiet der öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisse. Nach Art. 85 Abs. 1 lit. b BGG ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten unzulässig, wenn der Streitwert (gemäss Art. 51 BGG ) weniger als Fr. 15'000.- beträgt.

#### **E. 2.2**

Die Vorinstanz hat den Streitwert - unter Berücksichtigung der Zeitspanne zwischen besoldungsmässiger Neueinreihung auf 1. Juli 2002 und dem Termin der ab vorinstanzlicher Beschwerde einreichung nächstmöglichen Auflösung des Anstellungsverhältnisses per Ende Februar 2008 (68 Monate) sowie der streitigen Lohndifferenz (ca. Fr. 1'400.- monatlich) - auf knapp Fr. 97'000.- beziffert. Die Streitwertgrenze gemäss Art. 85 Abs. 1 lit. b BGG ist somit überschritten. Da auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen vorliegen, namentlich ist die Stadt Zürich nach Art. 89 Abs. 1 BGG zur Beschwerdeführung legitimiert ( BGE 134 I 204 E. 2.3 S. 206 ff. mit Hinweisen), kann auf die Beschwerden in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten eingetreten werden. Da sich letztgenanntes Rechtsmittel demnach als zulässig erweist, ist auf die durch den Beschwerdeführer (zusätzlich) erhobene subsidiäre Verfassungsbeschwerde nicht einzutreten.

#### **E. 3**

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann wegen Rechtsverletzungen gemäss Art. 95 f. BGG erhoben werden. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ). Es ist folglich weder an die in der Beschwerde geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden; es kann eine Beschwerde aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen oder mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen (vgl. BGE 132 II 257 E. 2.5 S. 262; 130 III 136 E. 1.4 S. 140). Immerhin prüft das Bundesgericht, unter Berücksichtigung der allgemeinen Begründungspflicht ( Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG ), grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht

offensichtlich sind. Es ist nicht gehalten, wie eine erstinstanzliche Behörde alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn diese vor Bundesgericht nicht mehr vorgetragen werden ( BGE 133 II 249 E. 1.4.1 S. 254).

#### **E. 4**

Das Bundesgericht hatte sich unter der Geltung des BGG noch nicht zur Frage zu äussern, wie weit es im Einzelnen auf die Bewertungen bestimmter Funktionen anlässlich einer Lohndiskriminierungsklage einzugehen hat.

#### **E. 4.1**

Nach altem Verfahrensrecht wurde dazu erwogen, 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 diese Beurteilung zu unterstützen, indem sie die Tatsachen erheben und Vorurteile beseitigen würden, ohne aber die normative Wertung ersetzen zu können. Diese Entscheidung hänge einerseits von Sachverhaltsfragen ab, beispielsweise der Frage, was für Tätigkeiten im Rahmen einer bestimmten Funktion ausgeführt und welche ausbildungsmässigen Anforderungen dafür verlangt würden, unter welchen Umständen die Tätigkeit ausgeübt werde usw. Andererseits hänge sie ab von der relativen Gewichtung, welche diesen einzelnen Elementen beigemessen werde. Diese Gewichtung sei grundsätzlich nicht bundesrechtlich vorgegeben. Die zuständigen kantonalen Behörden hätten, soweit nicht das für sie verbindliche kantonale Recht bestimmte Vorgaben enthalte, einen grossen Ermessensspielraum. Bundesrechtlich vorgegeben seien jedoch die Schranken dieses Spielraums: Die Bewertung dürfe nicht willkürlich oder rechtsungleich erfolgen ( Art. 4 Abs. 1 BV [nunmehr Art. 8 Abs. 1 BV ] ) und keine geschlechtsdiskriminierenden Elemente enthalten ( Art. 4 Abs. 2 BV [nunmehr Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV ] bzw. Art. 3 GIG ). Die Bewertung und Einstufung einer bestimmten Tätigkeit oder Funktion sei somit weder eine reine Sach- noch Rechts- noch Ermessensfrage, sondern beinhalte Elemente von allen dreien. Die Anwendung des Gleichstellungsgesetzes könne daher nicht dazu führen, dass eine bestimmte Wertung als die rechtlich einzig richtige bezeichnet werde; sie könne nur bestimmte Wertungen als unzulässig, weil diskriminierend, qualifizieren. In diesem Rahmen bleibe ein erheblicher Ermessensspielraum der zuständigen politischen Behörden ( BGE 125 II 385 E. 5b S. 390 f. mit Hinweis; Urteile 2A.97/2007 und 2A.98/2007 vom 20. November 2007 E. 2.4, 2A.505/2006 vom 19. Juni 2007 E. 1.4).

#### **E. 4.2.1**

Die Unterscheidung von Tat- und Rechtsfrage nach Art. 105 BGG orientiert sich an der bisherigen Praxis zum OG. Die Dreiteilung in Tat-, Rechts- und Ermessensfrage nach Art. 104 OG kennt das BGG demgegenüber nicht mehr. Wie die Sachverhaltsfeststellung ist auch die vorinstanzliche Ermessensbetätigung im Verfahren vor Bundesgericht nur beschränkt überprüfbar. Eine Angemessenheitskontrolle (vgl. BGE 126 V 75 E. 6 S. 81 [zu Art. 132 lit. a OG ] ) ist dem Gericht verwehrt; es hat nur zu prüfen, ob die Vorinstanz ihr Ermessen rechtsfehlerhaft ausgeübt, mithin überschritten, unterschritten oder missbraucht hat (vgl. BGE 132 V 393 E. 3.3 S. 399; Ulrich Meyer, in: Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 2008, N. 29 f. zu Art. 105 BGG ).

#### **E. 4.2.2**

An der bisherigen Praxis zur Überprüfungsbefugnis von Funktionsbewertungen ändert sich somit auf Grund des neuen Prozessrechts nichts. Hat ein kantonales Gericht ein Lohnsystem beurteilt, ergeben sich daraus für die bundesgerichtliche Kognition mithin folgende Ergebnisse: Die Feststellung des Sachverhalts kann nur im Rahmen von Art. 105 Abs. 2 BGG überprüft werden. Frei überprüfbare Rechtsfrage ist, ob das kantonale Gericht die richterliche Prüfungspflicht korrekt gehandhabt hat ( BGE 118 Ia 35 E. 2e S. 39). Die Bewertung verschiedener Tätigkeiten stellt innerhalb der genannten bundesrechtlichen Schranken demgegenüber eine Ermessensfrage dar, in die das Bundesgericht nicht eingreifen kann. Wiederum frei überprüfbar ist, ob die Vorinstanz die bundesrechtlichen Schranken des behördlichen Ermessensspielraums richtig interpretiert hat. Bundesrecht ist beispielsweise verletzt, wenn das kantonale Gericht entweder eine diskriminierende Bewertung als nicht diskriminierend oder aber eine nicht diskriminierende Bewertung als diskriminierend beurteilt hat. Soweit sich ein kantonales Gericht nur auf das Gleichstellungsgesetz beruft (und nicht auf eine Bestimmung des kantonalen Rechts, wonach es die Angemessenheit der Besoldung überprüft), hat es somit nicht zu beurteilen, ob eine Besoldungseinstufung anhand irgendwelcher Bewertungsmethoden "richtig" oder überzeugend ist, sondern einzig, ob sie geschlechtsdiskriminierende Auswirkungen zeitigt. Solange eine politische Behörde eine Arbeitsplatzbewertung vorgenommen hat, die nicht diskriminierend ist, verletzt ein Gericht Bundesrecht, wenn es dieser Bewertung unter Berufung auf das Gleichstellungsgesetz die Anwendung versagt ( BGE 125 II 385 E. 5d S. 391 f.; Urteile 2A.97/2007 und 2A.98/2007 vom 20. November 2007 E. 2.4, 2A.93/2007 und 2A.94/2007 vom 20. November 2007 E. 2.4 sowie 2A.505/2006 vom 19. Juni 2007 E. 1.4).

## **E. 5**

Die Stadt Zürich rügt in kognitionsrechtlicher Hinsicht namentlich eine Überschreitung der Prüfungsbefugnis durch das vorinstanzliche Gericht, welches bezüglich des zu wahrenen Ermessensspielraums nicht nur das Gleichstellungsgesetz, sondern auch die Gemeindeautonomie zu beachten habe. Die Funktionsbewertung verschiedener Tätigkeiten sei im Rahmen der bundesrechtlichen (Willkür-)Schranken eine Ermessensfrage, in die auch das Bundesgericht nicht eingreifen könne. Bei der Konkretisierung des Arbeitsplatzbewertungssystems stehe es im Ermessen der Arbeitgeberin - hier der Stadt Zürich - zu entscheiden, welche Aspekte der Arbeitstätigkeiten und Anforderungen unter die Kompetenzen subsumiert würden, und diese zu bewerten.

### **E. 5.1**

Die Bundesverfassung vom 18. April 1999 gewährleistet die Gemeindeautonomie nach Massgabe des kantonalen Rechts ( Art. 50 Abs. 1 BV ). Wie bereits unter der Geltung der alten Verfassung ist eine Gemeinde dann autonom in einem Sachbereich, wenn das kantonale Recht diesen nicht abschliessend ordnet, sondern ihn ganz oder teilweise der Gemeinde zur Regelung überlässt und ihr dabei eine relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit einräumt. Der geschützte Autonomiebereich kann sich auf die Befugnis zum Erlass oder Vollzug eigener kommunaler Vorschriften beziehen oder einen entsprechenden Spielraum bei der Anwendung des kantonalen oder eidgenössischen Rechts betreffen. Der Schutz der Gemeindeautonomie setzt eine solche nicht in einem ganzen Aufgabengebiet, sondern lediglich im streitigen Bereich voraus. Im Einzelnen ergibt sich der Umfang der kommunalen Autonomie aus dem für den entsprechenden Bereich anwendbaren kantonalen Verfassungs- und Gesetzesrecht ( BGE 129 I 410 E. 2.1 S. 413 mit

Hinweisen).

### **E. 5.2.1**

Der Autonomiebereich der Gemeinden im Kanton Zürich wird durch die Kantonsverfassung ( Art. 85 KV/ZH [vom 27. Februar 2005]; SR 131.211) und die Gesetzgebung definiert. Art. 47 Abs. 1 KV/ZH bestimmt einzig, dass die Arbeitsverhältnisse des Gemeindepersonals dem öffentlichen Recht unterstehen. Sodann sieht § 72 Abs. 2 des zürcherischen Gesetzes über das Gemeinwesen vom 6. Juni 1926 (Gemeindegesezt; LS 131.1) ausdrücklich vor, dass das kantonale Personalrecht sinngemäss anwendbar ist, soweit die Gemeinden keine eigenen Vorschriften erlassen. Die Regelung des kommunalen Personalrechts fällt somit in die Autonomie der Gemeinden. Die Beschwerdeführerin geniesst bei der Anwendung ihres kommunalen Personalrechts folglich den Schutz der Gemeindeautonomie ( BGE 97 I 519 E. 2 S. 522, 524 E. 3 S. 526 ; 95 I 33 E. 3a S. 37 f.; Urteil 2P.105/2000 vom 20. September 2000 E. 2).

### **E. 5.2.2**

Der sich gestützt auf die Gemeindeautonomie ergebende Ermessensspielraum gilt jedoch nicht unbegrenzt. Vielmehr wird er eingeschränkt durch (andere) bundesverfassungsmässige Prinzipien und Garantien wie etwa den Lohnleichheitsanspruch gemäss Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV . Sämtliche Arbeitgeber - unbesehen davon, ob die in Frage stehenden Arbeitsverhältnisse öffentlich- oder privatrechtlicher Natur sind (vgl. Art. 2 GIG ) - unterstehen dem in Art. 3 GIG konkretisierten Lohnleichheitsgebot. Eine Lohndifferenz ist vor diesem Hintergrund rechtlich einzig zulässig, soweit sie der tatsächlichen Differenz in der Wertigkeit der Arbeit entspricht. Im Zentrum steht also die Frage, ob es im Vergleich der geschlechtsspezifisch identifizierten Arbeit mit der gegengeschlechtlich bestimmten oder neutralen Tätigkeit Bewertungsunterschiede gibt, die nicht sachbezogen in der Arbeit selber begründet sind. Eine Verletzung der Gemeindeautonomie liegt einzig vor, wenn anzunehmen ist, dass ein kantonales Gericht ein in der Verfassung verankertes Recht zum Nachteil der Gemeinde unzulässig erweitert hat ( BGE 128 I 3 E. 3 S. 9 ff.; Urteile 2P.8/2006 vom 29. August 2006 E. 2.2, 2P.69/2006 vom 5. Juli 2006 E. 2.3, in: AJP 2006 S. 1590, insb. S. 1594, und 2P.77/2001 vom 28. Juni 2001 E. 2a; Markus Dill, Die staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung der Gemeindeautonomie, Bern 1996, S. 123). Auf Grund der Gemeindeautonomie ergibt sich demnach bei der Festlegung der zulässigen Besoldungsordnung kein zusätzlicher Ermessensspielraum. Hingegen ist die Gemeindeautonomie verletzt, soweit das kantonale Gericht gestützt auf das Gleichstellungsgesetz die Einstufung nicht nur auf geschlechtsbedingte Diskriminierung, sondern generell auf "Richtigkeit" und insofern Angemessenheit hin überprüft.

### **E. 6.1**

Das am 1. Juli 2002 in Kraft getretene Besoldungssystem der Stadt Zürich hat am 1. Juli 2007 insbesondere hinsichtlich seiner Lohnnormierungen (Art. 47 PR ff., Art. 56 ff. AB PR) gewisse Modifikationen erfahren. So richtet sich beispielsweise der Verdienst der städtischen Angestellten nunmehr - neben dem Schwierigkeitsgrad der Funktion, der nutzbaren Erfahrung und dem Leistungsbeitrag - gemäss Art. 47 PR zusätzlich auch nach deren Verhalten. Auf die vorliegende Streitigkeit gelangt indes, da sie die lohnmässige Überführung des Beschwerdeführers in die auf Juli 2002 eingeführte kommunale Besoldungsordnung betrifft, die bis 30. Juni 2007 gültig gewesene Fassung von PR und AB

PR zur Anwendung (nachfolgend: aArt.; greifbar unter:  
<http://www.stadt-zuerich.ch/internet/as/home.html>).

## **E. 6.2**

Das städtische Personalrecht sieht vor, dass der Stadtrat unter Berücksichtigung des Schwierigkeitsgrades der einzelnen Funktionen einen Funktionsraster und Funktionsumschreibungen festlegt. Der Funktionsraster umfasst 18 Funktionsstufen, von Funktionsstufe 1 mit dem geringsten bis zu Funktionsstufe 18 mit dem höchsten Schwierigkeitsgrad (Art. 48 PR). 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 (Art. 49 PR).

### **E. 6.2.1**

Gemäss diesen Vorgaben hat die Stadt Zürich unter Beizug eines privaten Unternehmens (GFO Unternehmensberatung, Zürich; nachfolgend GFO) Arbeitsplatzbewertungen durchgeführt und Modellprofile für sämtliche Tätigkeiten entwickelt. Es wurde der Kriterienkatalog definiert (fünf Haupt- und 13 Unterkriterien) sowie die Gewichtung der Stufenwerte und der einzelnen Unterkriterien festgelegt. Um einen Funktionsraster anzufertigen, werden regelmässig nicht sämtliche der tangierten Berufe bewertet. In casu haben die GFO und die Stadt Zürich rund 150 Referenzfunktionen bestimmt. Pro Funktionskette konnten so ein bis zwei Funktionen analytisch bewertet werden, von welchen alle anderen Funktionen der Kette abgeleitet wurden. Die Funktion Aktivierungstherapie wurde keiner analytischen Arbeitsplatzbewertung unterzogen. Vielmehr dienten die in derselben Funktionskette (309: "Therapie und Beratung") detailliert analysierten Funktionen, insbesondere diejenige der Physiotherapie, dazu, Rückschlüsse auf die betreffende Tätigkeit zu ziehen.

### **E. 6.2.2**

Gestützt darauf wurde die Funktion des Beschwerdeführers als Aktivierungstherapeut (Funktionskette 309.6 "Therapie/Beratung") insgesamt mit 21,5 Punkten bewertet (Fachkompetenz: 9 [Wissen: 5,5/Kenntnisse: 3,5]; Selbstkompetenz: 4 [Selbstständigkeit: 1 [x 3 wegen dreifacher Gewichtung]/Flexibilität: 1]; Sozialkompetenz: 5 [Kommunikationsfähigkeit: 1,5 [x 2 wegen doppelter Gewichtung]/Kooperations- und Teamfähigkeit: 1 [x 2 wegen doppelter Gewichtung]]; Führungs- und Führungsunterstützung/Beratung: 0; Beanspruchungen und Arbeitsbedingungen: 3,5 [Psychische Beanspruchungen: 1/Physische Beanspruchungen: 1,5/Beanspruchung der Sinnesorgane: 0/Umgebungseinflüsse: 0,5/Unregelmässige Arbeitszeit: 0,5]), der Allgemeine Polizeidienst (Funktionskette 207.07) demgegenüber mit 26 Punkten (Fachkompetenz: 8,5 [Wissen: 5,5/Kenntnisse: 3,5]; Selbstkompetenz: 6,5 [Selbstständigkeit: 1,5 [x 3 wegen dreifacher Gewichtung]/ Flexibilität: 2]; Sozialkompetenz: 6 [Kommunikationsfähigkeit: 1,5 [x 2 wegen doppelter Gewichtung]/Kooperations- und Teamfähigkeit: 1,5 [x 2 wegen doppelter Gewichtung]]; Führungs- und Führungsunterstützung/Beratung: 0; Beanspruchungen und Arbeitsbedingungen: 5 [Psychische Beanspruchungen: 1/Physische Beanspruchungen: 0/Beanspruchung der Sinnesorgane: 0/Umgebungseinflüsse: 1,5/Unregelmässige Arbeitszeit: 2,5]). Entsprechend wurde der Allgemeine Polizeidienst in Funktionsstufe 7

(Bandbreite 23,5 bis 26,5 Punkte), die Tätigkeit des Beschwerdeführers in Funktionsstufe 6 (Bandbreite 20 bis 23 Punkte) eingereiht.

### **E. 6.3**

Die Vorinstanz hat die Tätigkeit bzw. Arbeitsplatzbewertung des Allgemeinen Polizeidienstes der Tätigkeit des Beschwerdeführers als Aktivierungstherapeut bzw. deren Funktionsbewertung gemäss Modellprofil gegenübergestellt. Sie ist dabei, indem sie die Punktzahl bezüglich der Kriterien Selbstständigkeit um 0,5, der Flexibilität um 1 und der Kommunikationsfähigkeit um 0,5 erhöhte, woraus sich (bei dreifacher Gewichtung der Faktoren Selbstständigkeit sowie doppelter Gewichtung des Kriteriums Kommunikationsfähigkeit) eine um 3,5 Punkte höhere Gesamtpunktzahl von 25,0 ergibt, zum Schluss gelangt, dass die Besoldungseinreihung des Beschwerdeführers in die Funktionsstufe 6 im Vergleich zu den städtischen Polizisten im Allgemeinen Polizeidienst eine geschlechtsdiskriminierende Entlohnung darstelle, die mittels rückwirkender Einstufung per 1. Juli 2002 in die Funktionsstufe 7 zu beheben sei. Die Lage im Lohnband wurde bei 95 % des Mittelwertes belassen.

### **E. 7.1**

Das kantonale Gericht verzichtete im Rahmen seiner Entscheidungsfindung auf die beantragte Einholung eines die Funktion Aktivierungstherapie konkret beurteilenden und vergleichenden arbeitswissenschaftlichen Gutachtens. Es stützte sich einerseits auf die Beschreibung der Tätigkeiten im Allgemeinen Polizeidienst, insbesondere den "Fragebogen Funktionsbewertung Streifenwagenfahrer", und andererseits auf die ausführliche Schilderung seines Tätigkeitsprofils durch den Beschwerdeführer selber (namentlich in den an den Stadtrat von Zürich und an die Vorinstanz gerichteten Eingaben) sowie von diesem beigebrachte sachbezogene Unterlagen ("Konzept Aktivierungstherapie" des Krankenhauses X.\_\_\_\_\_, Stellenbeschreibung "Aktivierungstherapeutin" des Beschwerdeführers vom 16. April 2002, Beschrieb "Gruppenformen und bestehende Gruppen im Krankenhaus X.\_\_\_\_\_" von Juni 2002 und Auflistung "Gruppenangebot Aktivierungstherapie" vom 4. November 2002). Ausserdem stellte es auf eine in einem früheren Verfahren vor Vorinstanz eingeholte arbeitswissenschaftliche Expertise ab, anlässlich derer die Funktionen der Polizei und der Physio- sowie Ergotherapeutinnen im Kanton beurteilt und verglichen worden waren.

Der Beschwerdeführer macht in diesem Zusammenhang geltend, dass, sollte das Bundesgericht zum Schluss gelangen, den angefochtenen Entscheid aufzuheben, die Sache zwingend zur Einholung der bereits vorinstanzlich beantragten Expertise zurückzuweisen sei. Das EBG vertritt grundsätzlich ebenfalls die Auffassung, die Ähnlichkeit der Therapieberufe sei nicht derart, dass das für die Funktionen Physio- und Ergotherapie sowie Polizeidienst verfasste Gutachten aus dem Jahre 2000 ohne weiteres beigezogen werden könne. Es sei daher unumgänglich, eine Begutachtung vornehmen zu lassen, welche eine unabhängige, fachlich einwandfreie Beurteilung der Funktion Aktivierungstherapeutin samt Vergleich mit der Polizeitätigkeit beinhalte.

### **E. 7.2**

Aus der spezifischen Natur des Lohngleichheitsanspruchs resultiert eine richterliche Prüfungspflicht ( BGE 118 Ia 35 E. 2d S. 38 f.). Wenn eine Lohndiskriminierung gerügt wird, kann sich daraus ein Anspruch auf Einholung eines Gutachtens ergeben. Ob die Prüfungspflicht verletzt wurde, ist eine frei überprüfbare Rechtsfrage. Ein Gutachten ist

jedoch nur insofern erforderlich, als für die Prüfung, ob eine Diskriminierung vorliegt, spezifische Fachkenntnisse über rechtserhebliche Sachverhaltspunkte vorausgesetzt werden ( BGE 125 II 385 E. 5c S. 391; 117 Ia 262 E. 4c S. 269 f.). Darunter fallen etwa die Fragen, ob eine bestimmte Tätigkeit wesentlich häufiger von Angehörigen des einen Geschlechts ausgeübt wird, ob ein bestimmtes Wertungsmerkmal leichter oder wesentlich häufiger von Angehörigen des einen Geschlechts erfüllt werden kann bzw. ob eine bestimmte Bewertungsmethode auf eine geschlechtsneutrale Weise gehandhabt worden ist ( BGE 125 II 385 E. 6a/b S. 392 f., 541 E. 5c-e S. 548 ff.).

### **E. 7.2.1**

Das Bundesgericht hat entschieden, dass eine Verletzung der Prüfungspflicht zu verneinen ist, wenn keine konkrete Arbeitsplatzbewertung auf städtischer Ebene durchgeführt, sondern eine - die Funktionen Physio- und Ergotherapie sowie Polizeidienst erfassende - kantonale Arbeitsplatzbewertung herangezogen wird, solange die konkreten Tätigkeiten in den verschiedenen Gemeinwesen vergleichbar sind. Letzteres wurde im zu beurteilenden Fall bejaht, zumal erhebliche Unterschiede nicht substantiiert gerügt worden waren (Urteile 2A.93/2007 und 2A.94/2007 vom 20. November 2007 E. 4.3.1 sowie 2A.97/2007 und 2A.98/2007 vom 20. November 2007 E. 4.3.1). Grundsätzlich kann somit auf bestehende kantonale Analysen abgestellt werden. Ebenfalls nicht zu beanstanden ist es ferner, wenn bei verwandten Betätigungsfeldern (innerhalb der Therapieberufe) nicht jede einzelne Funktion eine Bewertung erfährt, sondern Differenzen aus arbeitswissenschaftlich untersuchten "Haupttätigkeiten" abgeleitet werden. Die Vorinstanz hatte bereits in einem früheren, eine Bewegungstherapeutin betreffenden Verfahren auf den Beizug eines Gutachtens verzichtet und diese selber mit den (arbeitswissenschaftlich untersuchten) Physio-/Ergotherapeutinnen verglichen. Das Bundesgericht schützte dieses Vorgehen im Wesentlichen mit der Begründung, der Beschwerde führende Kanton Zürich habe nicht substantiiert aufzuzeigen vermocht, worin die Unterschiede zwischen den Tätigkeitsgebieten tatsächlich bestünden, sodass die vom Verwaltungsgericht dazu getroffenen sachverhaltsbezogenen Annahmen nicht als offensichtlich unrichtig zu qualifizieren waren (Urteil 2A.183/2003 vom 20. August 2003 E. 3).

### **E. 7.2.2**

Auch vorliegend erlauben die vorhandenen Angaben den - zur Beurteilung der gerügten geschlechtsdiskriminierenden Entlohnung erforderlichen (vgl. dazu E. 8 hiernach) - Vergleich der Tätigkeit des Beschwerdeführers mit derjenigen des Allgemeinen Polizeidienstes sowie - mittelbar - mit den auf kantonaler Ebene ebenfalls schon arbeitswissenschaftlich untersuchten Funktionen Physio- und Ergotherapie, die in Anbetracht einer gewissen Ähnlichkeit der Therapieberufe auch Hinweise für die Tätigkeit des Beschwerdeführers zu liefern vermögen. Vor diesem Hintergrund erweist sich die Einholung einer arbeitswissenschaftlichen Expertise mit dem kantonalen Gericht als entbehrlich. Eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör, wie sie Beschwerdeführer und EBG monieren, ist zu verneinen (vgl. BGE 117 Ia 262 E. 4 S. 268 ff. mit Hinweisen; Elisabeth Freivogel, in: Claudia Kaufmann/Sabine Steiger-Sackmann [Hrsg.], Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, Basel 2009, Rz. 105 in Verbindung mit FN 184 zu Art. 3 GIG ).

### **E. 8**

Gemäss Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV und Art. 3 GIG haben Mann und Frau Anspruch auf gleichen Lohn für gleiche oder gleichwertige Arbeit. Untersagt sind Lohnunterschiede, die auf geschlechtsspezifischen Umständen beruhen. Der Begriff der gleichwertigen Arbeit umfasst nicht bloss ähnliche, das heisst gleichartige Arbeiten, sondern bezieht sich darüber hinaus in Zusammenhang mit indirekten Lohndiskriminierungen (zum Begriff: BGE 125 II 541 E. 6a S. 550 f.; Urteil 1C\_54/2008 und 1C\_68/2008 vom 3. März 2009 E. 5) auch auf Arbeiten unterschiedlicher Natur ( BGE 125 I 71 E. 2b S. 79). Ob Tätigkeiten als gleichwertig zu betrachten sind, kann nicht wissenschaftlich objektiv und wertfrei entschieden werden, sondern hängt von Beurteilungen ab, die unterschiedlich ausfallen können. Es gibt verschiedene Bewertungsverfahren, die sich in Aufgliederung, Gewichtung und Bewertung der Anforderungen unterscheiden; keines davon ist verfassungsrechtlich allein zulässig. Den zuständigen Behörden steht bei der Ausgestaltung des Besoldungssystems im öffentlichen Dienst ein erheblicher Gestaltungsspielraum zu; sie können aus der Vielzahl denkbarer Anknüpfungspunkte die Tatbestandsmerkmale auswählen, die für die Besoldung massgebend sein sollen. Das Lohnleichheitsgebot schränkt diesen grossen Ermessensspielraum nicht grundsätzlich ein. Es bedeutet nicht, dass nur noch eine ganz bestimmte Methode für die Bewertung von Arbeitsplätzen zulässig wäre, und es legt nicht positiv fest, welcher Massstab anzuwenden ist; das Lohnleichheitsgebot verbietet allein die Wahl geschlechtsdiskriminierender Bewertungskriterien. Eine Arbeitsplatzbewertung oder ein Lohnsystem verstösst nicht schon dann gegen das Diskriminierungsverbot, wenn eine andere Bewertung ebenfalls mit guten Gründen vertretbar wäre oder gar aus der Sicht bestimmter arbeitswissenschaftlicher Theorien besser begründet erschiene, sondern nur dann, wenn sie diskriminierend ist ( BGE 125 I 71 E. 2c/aa S. 79 ff.; 125 II 385 E. 5b S. 390 f., 530 E. 5b S. 537, 541 E. 5c S. 548 f.; 124 II 409 E. 9b S. 427, 436 E. 7a S. 440 f.). Die bundesgerichtliche Praxis verlangt als Rechtfertigung für Lohnunterschiede keine wissenschaftlichen Nachweise, sondern bloss sachlich haltbare Motive ( BGE 126 II 217 E. 6c S. 221; Urteil 2A.200/2001 vom 18. Juni 2002 E. 3.1). Geschlechtsdiskriminierend können schliesslich nur Lohnunterschiede zwischen typisch männlichen und typisch weiblichen oder zwischen geschlechtstypischen und geschlechtsneutralen Funktionen sein, nicht aber Differenzen zwischen zwei typisch weiblichen Funktionen (Urteil 2A.183/2003 vom 20. August 2003 E. 3.2). Auf der Grundlage des Diskriminierungsverbots von Art. 3 GIG ist es auch Männern als Angehörigen eines überwiegend weiblich besetzten Berufes gestattet, den Lohnleichheitsanspruch geltend zu machen (vgl. etwa Urteil 2A.505/2006 vom 19. Juni 2007 [diplomierter Psychiatriepfleger]; Elisabeth Freivogel, a.a.O., Rz. 100 in Verbindung mit FN 177 zu Art. 3 GIG ). Gemäss Art. 6 GIG wird u.a. bezüglich der Entlohnung eine Diskriminierung vermutet, wenn diese von der betroffenen Person glaubhaft gemacht wird ( BGE 130 III 145 E. 4.2 S. 161 f.; 127 III E. 3c S. 212 f. ; 125 I 71 E. 4a S. 82; 125 II 541 E. 6a S. 550 f.). Glaubhaftmachen bedeutet, dass es genügt, dem Gericht auf Grund objektiver Anhaltspunkte den Eindruck einer gewissen Wahrscheinlichkeit des Vorhandenseins der in Frage stehenden Tatsache zu vermitteln, ohne dass dabei die Möglichkeit ausgeschlossen sein muss, dass die Verhältnisse sich auch anders gestalten können. Glaubhaft gemacht ist daher eine Tatsache schon dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte ( BGE 132 III 715 E. 3.1 S. 720; 130 III 145 E. 4.2 S. 161 f. und 321 E. 3.3 S. 325; Urteile 1C\_432/2008 vom 14. September 2009 E. 2 und 1C\_420/2008 vom 14. September 2009 E. 1, je mit Hinweisen; Sabine Steiger-Sackmann, in: Claudia

Kaufmann/Sabine Steiger-Sackmann [Hrsg.], Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, a.a.O., Rz. 126 und FN 292 zu Art. 6 GlG ).

## **E. 9**

Zu beurteilen ist im Lichte der dargelegten Grundsätze, ob das kantonale Gericht basierend auf der anhand der massgebenden Kriterien und Unterkriterien vorgenommenen Funktionsbewertung zu Recht eine geschlechtsdiskriminierende Lohneinstufung des Beschwerdeführers im Vergleich zu den Vertretern des Allgemeinen Polizeidienstes festgestellt hat. Unbestrittenermassen handelt es sich beim Berufsbild Aktivierungstherapie wie auch bei demjenigen der Physio- und Ergotherapie um "typisch" weibliche Tätigkeiten (nachstehend wird deshalb jeweils die weibliche Form verwendet), sodass ein Lohnunterschied zwischen diesen Funktionen nicht geschlechtsdiskriminierend sein kann. Ebenso ist erstellt, dass die Tätigkeit im Rahmen des Allgemeinen Polizeidienstes eine männliche Prägung aufweist (nachfolgend wird daher jeweils die männliche Form verwendet). Das Verwaltungsgericht hat die funktionelle Bewertung der Ergo- und Physiotherapeutinnen in dem Sinne hilfsweise beigezogen, als deren (kantonale) Einstufung gemäss Entscheid des Gerichts vom 22. Januar 2001 mit der Funktion Allgemeiner Polizeidienst verglichen und auf geschlechtsspezifische Diskriminierung überprüft wurde.

### **E. 9.1**

Fachkompetenz/Sozialkompetenz/Beanspruchung und Arbeitsbedingungen/Führung und Führungsunterstützung/Beratung

In Bezug auf das Hauptkriterium "Fachkompetenz", welches durch die Unterkriterien "Wissen/Kenntnisse" definiert wird, hat die Vorinstanz eine diskriminierende Bewertung der Funktion des Beschwerdeführers verneint. Nachdem die Ausbildung zur Aktivierungstherapeutin im massgeblichen Zeitpunkt zwei Jahre gedauert habe und der eine Stufe höher eingereihte Polizeidienst zusätzliche Erfahrung verlange, lasse es sich jedenfalls, zumal die Ausbildungszeit der ebenfalls höher eingestuften Physio- und Ergotherapeutinnen damals drei Jahre betragen habe, nicht beanstanden, wenn das Kriterium der "Fachkompetenz" trotz des in der Regel späten Ausbildungsbeginns lediglich einen halben Punkt höher gewichtet werde als beim Polizeidienst in Stufe 7. Dagegen wird letztinstanzlich von keiner Seite opponiert. Ebenfalls zu keinen Einwendungen Anlass gegeben hat vor dem Bundesgericht alsdann die vorinstanzliche Beurteilung der - Teil des Kriteriums "Sozialkompetenz" bildenden - Bewertungskomponente "Kooperations- und Teamfähigkeit", welche im Sinne der Einstufung durch die Stadt Zürich 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 des Beschwerdeführers lediglich mit insgesamt 3,5 Punkten bewertet wurde, in Anbetracht der tatsächlichen Verhältnisse, insbesondere erfordert die Tätigkeit als Aktivierungstherapeutin keine unregelmässigen Arbeitseinsätze in Form von Schicht- oder Nacharbeit, keine missbräuchliche Handhabung des der Gemeinde zustehenden Ermessensspielraums. Schliesslich schloss die Vorinstanz hinsichtlich der Kriterien "Führung" und "Führungsunterstützung/Beratung" eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung des Beschwerdeführers im Vergleich zur Berufsgruppe des Allgemeinen Polizeidienstes ebenfalls aus - beide Funktionen waren diesbezüglich mit null Punkten gewichtet worden -, da sowohl dem Beschwerdeführer im Hinblick auf

Auszubildende wie auch den Vertretern des Polizeidienstes im Rahmen der Patrouillenführung gewisse leitende Aufgaben zukämen.

Es sind keine Anhaltspunkte für eine diese Kriterien betreffende geschlechtsdiskriminierende Behandlung ersichtlich, sodass es bei den von der Stadt Zürich vorgenommenen Bewertungen bleibt ("Fachkompetenz": 9 Punkte; "Kooperations- und Teamfähigkeit": 1,0 Punkte; "Beanspruchungen und Arbeitsbedingungen": 3,5 Punkte; "Führung" und "Führungsunterstützung/Beratung": 0 Punkte).

## **E. 9.2**

Selbstkompetenz (Selbstständigkeit/Flexibilität)

Zu dem im Rahmen des Kriteriums "Selbstkompetenz" zu beurteilenden Unterkriterium "Selbstständigkeit" wurde im angefochtenen Entscheid ausgeführt, es erscheine nicht vertretbar, die Tätigkeit des Beschwerdeführers trotz des nachweislich leicht höheren Masses an Selbstständigkeit (in Form eines relativ grossen Gestaltungsspielraums hinsichtlich der Therapierungsmodalitäten) tiefer zu gewichten als bei dem sich in Funktionsstufe 7 befindenden 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. Auch was das Unterkriterium "Flexibilität" anbelange, sei davon auszugehen, dass die Arbeit des Beschwerdeführers im Rahmen von Gruppentherapien hohe Anforderungen stelle, da auf verschiedene Bedürfnisse der oftmals gesundheitlich instabilen Patienten gleichzeitig eingegangen werden müsse. Es dränge sich mithin auch bezüglich dieses Unterkriteriums eine Höherqualifizierung im Sinne eines Gleichstandes auf.

### **E. 9.2.1**

Gemäss dem von der GFO im Rahmen der Funktionsbewertung erarbeiteten Kriterienkatalog wird mit "Selbstkompetenz" die "von der Funktion im Bereich des jeweiligen Handlungsfreiraums erforderte Fähigkeit (verstanden), Aufgaben selbstständig zu erledigen sowie die notwendige Initiative zu entwickeln und flexibel auf wechselnde Aufgaben und Situationen (Personen, Umfeld) zu reagieren". Das (dreifach gewichtete) Unterkriterium "Selbstständigkeit" wird definiert als "Eigen-Aktivität im vorgegebenen Handlungsspielraum (agieren [Selbstbestimmung])". Zusammen mit den Unterkriterien "Wissen, Zusatzwissen, Wissensaktualisierung" und "Führung" wird ihm klar der grösste Stellenwert beigemessen (je maximal 15 Punkte von total 100 Punkten).

### **E. 9.2.2**

Der Beschreibung des Stellenprofils vom 16. April 2002, dem "Konzept Aktivierungstherapie" von November 2002 und dem Plan "Gruppenangebot Aktivierungstherapie" vom 4. November 2002 zufolge trägt der Beschwerdeführer innerbetrieblich zusammen mit anderen Berufskolleginnen die Verantwortung für die fachkompetente Planung und Durchführung aktivierungstherapeutischer Massnahmen. Diese bezwecken die Erhaltung und Förderung von Lebensqualität und grösstmöglicher Selbstständigkeit sowie die Unterstützung von Fähigkeiten der durch Krankheit und Behinderungen eingeschränkten Heimbewohnerinnen und -bewohner. Die therapeutischen Aufgaben des Beschwerdeführers bestehen dabei primär in Vorkehren im körperlichen, geistigen, lebenspraktischen, musisch-geselligen sowie handwerklich-gestalterischen Bereich und werden im Rahmen von unterschiedlich grossen Gruppen aber auch von

Einzelaktivierungen umgesetzt. Der Beschwerdeführer organisiert und führt dabei gemäss eigener Schilderung (vgl. u.a. Eingaben im Rekursverfahren an den Stadtrat von Zürich und zuhanden der Vorinstanz) im Rahmen seines 90 %-Pensums wöchentlich acht aktivierungstherapeutische Gruppen mit jeweils rund zwölf Teilnehmerinnen und Teilnehmern sowie zwei Einzelaktivierungstherapien à ½ Stunden. Daneben betreut er zwei Abteilungen mit je 26 Patientinnen und Patienten im Aktivierungsbereich. Die entsprechenden Aktivierungstätigkeiten erfolgen gemäss aktenkundigem Beschrieb "Gruppenformen und bestehende Gruppen im Krankenhaus X. \_\_\_\_\_" von Juni 2002 im Wesentlichen in Form von Musik hören, Singen, Tanzen, selber Musizieren, Herstellen von handwerklichen Gegenständen für den Markt, Malen, Gestalten spezifisch jahreszeitlicher Themen (Feste, Bräuche etc.), kosmetischen Verrichtungen, Spazieren, Kochen, Backen und Spielen. Innerhalb dieses Tätigkeitsbereichs kommt dem Beschwerdeführer ein weiterer Handlungsspielraum zu. Er arbeitet insbesondere mit dem Pflegepersonal sowie anderen Therapeutinnen und Heimbereichen zusammen.

#### **E. 9.2.2.1**

Nach dem beschriebenen Stellenprofil ist davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer mit "selbst formulierten Therapiezielen" (vorinstanzlicher Entscheid, E. 3.6.2.1) arbeitet. Diesen Gestaltungsspielraum in tatsächlicher Hinsicht anerkennt denn auch die Stadt Zürich. Das kantonale Gericht schloss daraus, die Tätigkeit des Beschwerdeführers sei daher "von ähnlicher Selbstständigkeit geprägt [...] wie diejenige der Physio- und Ergotherapierenden", bei welchen das in den Verfahren VK.1996.00015 und VK.1996.00017 eingeholte Gutachten auf die selbstständige Planung und Durchführung der Therapien verwiesen hatte, während es bei den Polizeisoldaten von einer ausführenden Tätigkeit mit selbstständigen Elementen ausging. Für die Physio- und Ergotherapeutinnen hatte die Vorinstanz in den Verfahren VK.1996.00015 und VK.1996.00017 (je E. 9c) gestützt auf das betreffende Gutachten eine Höherbewertung im Vergleich zur Tätigkeit der Polizeisoldaten festgestellt. Nachdem im vorliegenden Verfahren der Funktion Aktivierungstherapie gleiche Selbstständigkeit wie derjenigen der Physio- und Ergotherapeutin zugestanden wurde, ergab sich daraus die Tieferwertigkeit der Allgemeinen Polizeitätigkeit auch im Vergleich zum Beschwerdeführer.

Die Stadt Zürich rügt, die Anforderungen an die Selbstständigkeit seien wegen der Offenheit der von den Aktivierungstherapeutinnen zu erreichenden Ziele geringer als bei den Polizisten und den Physio- bzw. Ergotherapeutinnen. Die Behandlung durch Letztere erfolge nach streng medizinischen Gesichtspunkten; ebenso lasse sich jeder Polizeieinsatz nachträglich nach rechtlichen Gesichtspunkten (insbesondere Verhältnismässigkeit, Befolgung der allgemeinen Dienstanweisungen) auf seine Rechtmässigkeit überprüfen. Beide Berufe hätten situationsgerecht die richtigen und zweckmässigen Vorkehrungen zum Schutz von Leib und Leben - und zwar auch des eigenen - bzw. der Gesundheit der Patienten zu treffen. Dabei seien sie auf Grund der Sensibilität ihrer Aufgaben bzw. der hohen Schutzwürdigkeit der auf dem Spiel stehenden Interessen in ein enges Korsett fachlicher Weisungen eingebunden.

#### **E. 9.2.2.2**

Wie eine Tätigkeit zu werten ist, ist eine Rechtsfrage. Das kantonale Gericht berücksichtigt unter dem Unterkriterium "Selbstständigkeit" einzig den Handlungsspielraum. Damit wird nur ein Aspekt dieses Unterkriteriums erfasst. Der Handlungsspielraum definiert, welche

Entscheidungsmöglichkeiten eine Person hat. Es ist aber offensichtlich, dass die Wertigkeit der Selbstständigkeit überdies auch davon abhängt, in Bezug auf welche Güter dieser Entscheidungsfreiraum besteht. Selbstständige, in ihrer Auswirkung aber eher geringfügige Entscheide fallen weniger ins Gewicht als selbstständige Entscheide von grosser Tragweite. Das ergibt sich auch deutlich aus der Fragestellung im von der GFO benutzten Fragebogen. Unter "4. Selbstständigkeit/Flexibilität" beziehen sich offensichtlich die Fragen 4.1 und 4.2 auf das Unterkriterium "Selbstständigkeit". Frage 4.1, welche die Art der Aufträge eruieren soll, bezieht sich dabei auf den Handlungsspielraum. Je nach Art und Dichte der Aufträge ergibt sich ein grösserer oder kleinerer Handlungsspielraum. Frage 4.2 dagegen lautet: "Wofür übernehmen Sie Verantwortung". Hier geht es darum, welche Rechtsgüter und Interessen ("wofür") von den Entscheiden betroffen sind, und damit letztlich um die "Verantwortung", die eine Person tragen muss. Mit diesem zweiten Aspekt setzt sich die Vorinstanz nicht auseinander. Das zeigt sich auch darin, dass sie sich auf das Kriterium "Geistige Anforderungen" gemäss den gestützt auf die VFA ergangenen Entscheiden zum kantonalen Recht bezieht, nicht jedoch auf das Kriterium "Verantwortung". "Geistige Anforderungen" im VFA-Kriterienkatalog erfasst die geistige Reifigkeit, das heisst die Fähigkeit, sich auf veränderte Sachlagen, neue Probleme sowie neuartige Aufgaben ein- und umstellen zu können. "Verantwortung" dagegen meint (nebst der Führungsverantwortung) die Sachverantwortung, worunter u.a. die Auswirkungen einer falschen Handlungsweise fallen, so zum Beispiel die Gefährdung von Menschen in physischer und psychischer Hinsicht (VK.1996.00017 und VK.1996.00015, je E. 7b). Die Gutachterin kam in jenen Verfahren zum Schluss, die Polizisten und die Physio-/Ergotherapeutinnen seien im Hinblick auf die Verantwortung gleich zu bewerten. Zur Begründung verwies sie bei den Physio- und Ergotherapeutinnen auf die hohe Fachverantwortung, die bei falscher Behandlung negative Auswirkungen auf die Sicherheit der Patienten haben könnte. Ferner berücksichtigte sie die teilweise Führungsverantwortung. Bei den Polizisten wird demgegenüber namentlich die Möglichkeit von Fehlern mit grosser Tragweite (Schusswaffengebrauch) erwähnt. Hinsichtlich des Kriteriums "Geistige Anforderungen" verwies die Gutachterin bei den Physio- und Ergotherapeutinnen insbesondere auf deren selbstständige Planung der Therapie, die in Besprechungen mit der Ergotherapieleitung und in wöchentlichen ärztlichen Rapporten kontrolliert werde (VK.1996.00015 und VK.1996.00017 je E. 9d und E. 9c). Diese - in erster Linie die ärztliche - Kontrolle ist ein Indiz für die Tragweite der von den Physio- und Ergotherapeutinnen verantworteten Therapieentscheide. Im Vergleich zu den Physio- und Ergotherapeutinnen ist die im Unterkriterium "Selbstständigkeit" erfasste Verantwortung der Aktivierungstherapeutinnen deutlich tiefer anzusetzen. Sie haben zwar einen letztlich wohl grösseren Handlungsspielraum, stehen jedoch nicht unter einer vergleichbaren Kontrolle und müssen ihre Entscheide nicht im gleichen Sinne verantworten. Sind aber einerseits Polizisten und Physio- bzw. Ergotherapeutinnen diesbezüglich als vergleichbar und andererseits die Aktivierungstherapeutin gegenüber den Physio- bzw. Ergotherapeutinnen als tiefer einzustufen, ist der Entscheid der Stadt Zürich, die Polizisten höher als die Aktivierungstherapeutinnen zu klassieren, nicht diskriminierend. Indem die Vorinstanz die Tätigkeit des Beschwerdeführers in diesem Bereich von 1,0 auf 1,5 Punkte erhöhte und damit dem Allgemeinen Polizeidienst gleichgesetzte, überschritt sie die ihr zustehende Prüfungsbefugnis.

### **E. 9.2.3**

Das kantonale Gericht erachtete auch die Einstufung bezüglich des Unterkriteriums "Flexibilität" (Polizeidienst: 2,0 Punkte; Aktivierungstherapeutin: 1,0 Punkte) als geschlechtsdiskriminierend und bewertete die Tätigkeit des Beschwerdeführers ebenfalls mit 2,0 Punkten. Es begründete diese Vorgehensweise damit, dass der Beschwerdeführer nach eigener glaubhafter Darstellung überwiegend Aktivierungstherapien in Gruppen durchführe. Dabei müsse er mit ca. acht Patientinnen und Patienten arbeiten, von denen einzelne sehr instabil sein könnten. Diese Art der Therapierung stelle fraglos hohe Anforderungen an die Flexibilität; namentlich müsse auf verschiedene Bedürfnisse der Heiminsassen gleichzeitig eingegangen werden. Ähnliche Ansprüche an die Anpassungsfähigkeit seien beim befragten Streifenwagenfahrer demgegenüber nicht ersichtlich. Dieser habe zwar im Patrouillendienst bei überraschenden Ereignissen rasch zu entscheiden; ansonsten bestünden im Lichte der bei den Akten liegenden Befragung kaum Hinweise auf die Notwendigkeit flexiblen Handelns. Es komme "weniger häufig" vor, dass wegen Terminen, Anrufen, Fremdeinflüssen oder Fremdplanung von einer Aufgabe zur nächsten gewechselt werden müsse.

#### **E. 9.2.3.1**

Das (Unter-)Kriterium "Flexibilität" wird gemäss dem von der GFO entwickelten Kriterienkatalog auf Grund der Reaktion auf äussere Einflüsse (im Sinne der Fremdbestimmung) beurteilt.

#### **E. 9.2.3.2**

Wie hievor ausgeführt (vgl. E. 9.2.2), dient die Tätigkeit der Aktivierungstherapeutinnen in Alters- und Pflegeinstitutionen primär dem Ziel, die Bewohnerinnen und Bewohner, welche alters- und gesundheitsbedingt ihre Selbstständigkeit teilweise oder weitgehend eingebüsst haben, im Heimalltag zu "aktivieren". Schwergewichtig geht es darum, vorhandene kognitive und manuelle Fähigkeiten zu erhalten und zu reaktivieren respektive verloren gegangenes Können zu kompensieren. Der Beschwerdeführer arbeitet dabei hauptsächlich gruppenweise mit mehr oder weniger demselben Teilnehmerkreis über einen längeren Zeitraum hinweg. Durch die derart gewährleistete Konstanz lernt er die einzelnen Personen kennen und weiss, wie mit ihnen umzugehen ist. Auch wenn anlässlich derartig geführter Gruppenaktivitäten auf Grund von Altersdemenz bzw. instabilen psychischen Zustandes oder körperlicher Gebrechlichkeit der Insassen unerwartete Vorfälle eintreten können, wobei die diesbezüglichen Geschehnisse qualitativ nicht mit denjenigen in der Psychiatrie oder in Spitälern gleichzusetzen sind, ist der berufliche Alltag des Beschwerdeführers hinsichtlich des erforderlichen Flexibilitätspotenzials nicht vergleichbar mit dem Betätigungsfeld von Vertretern des Allgemeinen Polizeidienstes. Letztere treffen - und zwar auch bei Routinekontrollen etc. - auf immer wieder andere, völlig unterschiedliche Menschen und sind mit unvorhergesehenen Situationen konfrontiert; die Polizisten haben folglich trotz grundsätzlich festgeschriebener Handlungsabläufe und vorgegebener Führungsstrukturen stets präsent, situationsbezogen und innerlich flexibel auf die zu kontrollierenden Personen, Zeugen usw. einzugehen. Auch im Rahmen von gewöhnlichen und ungefährlichen Polizeieinsätzen sowie Routinearbeiten erfordert dies ein hohes Mass an Fähigkeit, auf äussere Einflüsse adäquat reagieren zu können. Die Aktivierungstherapien sind zwar ebenfalls von der Tagesform der einzelnen Teilnehmerinnen und Teilnehmer sowie von differierenden gruppenspezifischen Abläufen geprägt, welche eine anpassungsfähige Herangehensweise durch die Gruppenleitenden notwendig machen, doch kommt dem entsprechenden Handlungsbedarf nicht die Qualität einer "höchst flexiblen

Reaktion" (so der Beschwerdeführer anlässlich seiner Ausführungen zuhanden des Bezirksrats Zürich und der Vorinstanz) zu. Insbesondere stehen dem Beschwerdeführer in seiner Funktion als Aktivierungstherapeut im Falle des Auftretens von akuten - psychischen oder körperlichen - Krisen der ihm anvertrauten Personen in derselben Institution tätige, rasch beziehbare medizinische Fachpersonen zur Seite, zumal sich derartige gesundheitsbedingte Verfassungsänderungen der Heimbewohnerinnen und -bewohner - anders als etwa Begegnungen, welchen ein Streifenwagenfahrer auf einer Patrouillenfahrt ausgesetzt sein kann - stets innerhalb einer bis zu einem gewissen Grade voraussehbaren Brandbreite abspielen. Es ist nicht Aufgabe des Beschwerdeführers, eine eigentliche medizinische Notsituation zu meistern, und auch bei sozialen Konflikten hat in erster Linie das Pflegepersonal einzugreifen. Der Kontakt zwischen dem Beschwerdeführer und seinen Klientinnen und Klienten beschränkt sich denn auch, wie namentlich aus der wöchentlichen Aufstellung "Gruppenangebot Aktivierungstherapie" vom 4. November 2002 hervorgeht, auf gewisse, fest umrissene Therapiezeiten pro Woche; insbesondere ist er nicht verantwortlich für sämtliche Lebensaspekte der Insassen. Erlaubt die körperliche oder psychische Verfassung einer Bewohnerin oder einem Bewohner die Teilnahme an einer aktivierungstherapeutischen Massnahme nicht, kann darauf ohne weiteres verzichtet oder diese jederzeit abgebrochen werden. Die Anforderungen an das Unterkriterium Flexibilität dürften indessen am höchsten sein, wenn unter Zeitdruck ein definiertes Ziel erreicht werden muss. So hat etwa die Physiotherapie die möglichst baldige Rückkehr ins Berufsleben zu ermöglichen oder ein Polizist während eines bestimmten Ereignisses den Personenschutz zu garantieren. Vergleichbare Drucksituationen sind im Rahmen der Tätigkeit des Beschwerdeführers, namentlich auch auf Grund der relativ offenen Zielvorgaben, nicht ersichtlich.

Entgegen der Betrachtungsweise des kantonalen Gerichts bestehen somit sachliche, arbeitsbezogene Gründe, die Tätigkeit des Beschwerdeführers bezüglich des Kriteriums "Flexibilität" tiefer als die Funktion Allgemeiner Polizeidienst zu werten. Selbst wenn die beiden Betätigungen im Übrigen insofern angeglichen würden, als dem Beschwerdeführer ein halber Punkt mehr - und damit ein Wert von insgesamt 1,5 Punkten - zuzugestehen wäre, ergäbe sich letztendlich kein anderes Resultat (vgl. E. 9.4 hiernach).

### **E. 9.3**

#### **Kommunikationsfähigkeit**

Der in Funktionsstufe 7 angesiedelte Allgemeine Polizeidienst wie auch die Aktivierungstherapeutinnen (Funktionsstufe 6) wurden seitens der Stadt Zürich hinsichtlich dieses Kriteriums gleichwertig mit 1,5 Punkten bewertet. Die Vorinstanz hob die Funktion des Beschwerdeführers sodann auf 2,0 Punkte. Eine abschliessende Beurteilung dieser Thematik erübrigt sich indessen, wie die nachstehende Erwägung zeigt.

### **E. 9.4**

Zusammenfassend resultiert - selbst wenn in Bezug auf das Unterkriterium "Kommunikationsfähigkeit" der vorinstanzlich zusätzlich angerechnete Punkt (0,5 Punkte bei doppelter Gewichtung) sowie mit Blick auf das Element "Flexibilität" insgesamt 1,5 Punkte mitgezählt würden - ein Wert von nicht mehr als 23 Punkten. Die Funktionsstufe 7 beginnt jedoch erst bei einer Punktezahl von 23,5. Eine geschlechtsspezifische Diskriminierung durch die Einstufung in die Funktionsstufe 6 ist mithin nicht erstellt.

### **E. 10**

Unbestritten geblieben ist die gemäss Überleitungsverfügung vom 7. November 2002 auf zehn Jahre veranschlagte Dauer der anzurechnenden nutzbaren Erfahrung. Davon ist demnach auszugehen.

## **E. 11**

Streitig und zu prüfen ist demgegenüber, ob der Beschwerdeführer auf die Lage 95 % im Lohnband überführt werden durfte oder ob Anspruch auf eine Platzierung auf 100 % besteht.

### **E. 11.1**

Die Besoldung des Beschwerdeführers nach altem Personalrecht (inklusive Zulagen) betrug gemäss Überleitungsverfügung Fr. 5'124.95 monatlich (Lohn: Fr. 4'725.10; Zulagen [in 13tel]: Fr. 399.85). Durch die Überführung auf 95 % des Lohnbandes resultierte ein Monatslohn von neu - sich um 2,97 % über dem alten Verdienst bewegenden - Fr. 5'276.90.

### **E. 11.2**

Das Bundesgericht hat sich zwischenzeitlich mit den entsprechenden lohnmässigen Überleitungsmodalitäten befassen können. Mit Urteil 1C\_54/2008 und 1C\_68/2008 vom 3. März 2009 (bestätigt in den Urteilen 1C\_56/2008 und 1C\_60/2008 sowie 1C\_58/2008 und 1C\_62/2008 vom 7. Mai 2009, 1C\_414/2008 vom 14. Mai 2009 und 1C\_338/2008 vom 17. Juli 2009) wurde - in Bekräftigung der bisherigen Rechtsprechung (vgl. u.a. BGE 131 II 393 E. 8.2 und 8.3 S. 411 f. mit Hinweisen) - entschieden, dass die durch die Stadt Zürich auf 1. Juli 2002 vorgenommene frankenmässige Überführung keine indirekte Diskriminierung nach dem Geschlecht darstellt, wenn an den altrechtlichen diskriminierungsfreien Lohn angeknüpft wird. Die Überleitung sollte grundsätzlich zu keinen Lohnerhöhungen führen, von den Fällen abgesehen, in denen der altrechtliche Lohn unterhalb des Minimums des neuen Lohnbandes (95 %) lag (vgl. auch Sachverhalt, lit. A.c und A.c.a hievor). Eine derartige Regelung ist finanzpolitisch gerechtfertigt und nicht diskriminierend, solange sie innerhalb eines Systems angewendet wird, welches als solches diskriminierungsfrei ist. Hingegen kann eine solche Überführungsregelung nicht eine innerhalb des Lohnsystems liegende Diskriminierung beseitigen (vgl. BGE 124 I 223 E. 2e S. 229). Ist nämlich bereits der altrechtliche Lohn diskriminierend, dann führt die Anwendung dieser Überführungsregelung die Diskriminierung weiter, insofern sie den frankenmässigen altrechtlichen Lohn als Ausgangspunkt und begrenzenden Faktor für die Neueinstufung heranzieht (Urteil 2A.48/2002 vom 14. August 2002 E. 2.4.2).

### **E. 11.3**

Die Platzierung des Beschwerdeführers auf 95 % des nach den neurechtlichen Bestimmungen massgeblichen Lohnbandes ist vor diesem Hintergrund insofern nicht zu beanstanden, als sich daraus ein leicht über dem bis Ende Juni 2002 geltenden Lohnniveau liegender Verdienst ergeben hat. Für eine diskriminierungsfreie Überführung unabdingbar ist indessen nach den dargelegten Grundsätzen des Weitern, dass sich der altrechtliche Lohn ebenfalls als diskriminierungsfrei erweist.

#### **E. 11.3.1**

Der Beschwerdeführer hatte im Rahmen des gegen die Überleitungsverfügung vom 7. November 2002 gerichteten Rekurses an den Stadtrat von Zürich geltend gemacht, die auf 1. Juli 2002 erfolgte Überführung sei auch deshalb diskriminierend, weil bereits der altrechtliche Lohn, auf welchem die Überleitung basiere, eine Diskriminierung darstelle.

Die Berufsgruppe der Aktivierungstherapeutinnen sei in der Stadt Zürich bis Ende Juni 2002 in die Besoldungsklassen 24 (nach der Ausbildung), 23 (nach drei Dienstjahren) und 22 (nach insgesamt sieben Dienstjahren) eingereiht gewesen. Demgegenüber seien die Vertreter des Polizeidienstes bereits nach 1 ½ Jahren Ausbildung in die Klasse 21, nach nur einem Dienstjahr in die Klasse 20 und nach drei Dienstjahren in die Klasse 19 eingereiht worden. Ein Unterschied von drei bis vier Lohnklassen lasse sich sachlich nicht rechtfertigen, weshalb bereits der altrechtliche Verdienst der Aktivierungstherapeutinnen diskriminierende Elemente im Sinne des Gleichstellungsgesetzes beinhalte.

Im - die Überleitungsverfügung vom 7. November 2002 bestätigenden - stadträtlichen Beschluss vom 31. August 2005 wurde diesbezüglich im Wesentlichen ausgeführt, aus den höheren Einstufungen der Gesundheitsberufe im neuen Lohnsystem könne nicht geschlossen werden, dass die vorhergehende Regelung diskriminierend gewesen sei. Es sei zu beachten, dass sich im relevanten Zeitraum Berufsbild und Ausbildung der Pflegenden erheblich geändert hätten, diese Funktionen mithin anspruchsvoller geworden seien. Öffentliche Arbeitgeber wie die Stadt Zürich könnten und müssten derartige Veränderungen nicht in jedem einzelnen Fall in ihren Lohnsystemen berücksichtigen, da dadurch das Gesamtgefüge mit seiner Vielzahl an Funktionen aus dem Gleichgewicht geraten könnte. Allerdings seien die Einreihungssysteme periodisch zu überprüfen. Die Stadt Zürich sei dieser Verpflichtung mit der SBR 2000 nachgekommen. Im Übrigen sei auf Stadtebene im Anschluss an die Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren gegen den Kanton reagiert und beschlossen worden, den Angehörigen der Gesundheitsberufe monatliche Zulagen auszurichten. Denn die Besoldungen im Pflegebereich hätten nicht mehr der Marktsituation entsprochen und Sofortmassnahmen hätten sich aufgedrängt, um auch in Zukunft genügend Personal für die Betriebe des Gesundheitswesens rekrutieren zu können. Der Rekurrent selber habe anlässlich der Überführung nicht nur seinen Besitzstand wahren können; die Überleitung habe in seinem Fall zu einer Lohnerhöhung von 2,97 % geführt. Überdies sei zu berücksichtigen, dass die kurz zuvor eingeführten Zulagen für Gesundheitsberufe in der neuen Lohnsumme mit eingeschlossen seien. Die Lohnerhöhung vom alten Lohn ohne Zulagen zum neuen Lohn einschliesslich Zulagen entspreche einer Zunahme von immerhin 11,67 %. Die altrechtlichen Löhne seien vor diesem Hintergrund nicht als diskriminierend zu werten.

Im Rahmen des dagegen beim Bezirksrat Zürich erhobenen Rekurses liess der Beschwerdeführer u.a. (vorsorglich) beantragen, es sei festzustellen, dass sowohl die Löhne der Aktivierungstherapeutinnen in der Zeit vor Ende Juni 2002 wie auch diejenigen nach der Überleitung in das neue Personalrecht per 1. Juli 2002 diskriminierend im Sinne des Gleichstellungsgesetzes (gewesen) seien.

Der Bezirksrat Zürich beurteilte die Einreihung des Rekurrenten in die Funktionsstufe 6 als nicht diskriminierend und daher rechtmässig. Hingegen gab er dem Antrag auf Überleitung per 1. Juli 2002 auf 100 % des Lohnbandes statt. Als Begründung wurde im Beschluss vom 18. Oktober 2007 vermerkt, angesichts des Ausgangs des Verfahrens sei die Frage, ob der altrechtliche Lohn als diskriminierend einzustufen sei, nicht mehr von Bedeutung. Eine Überführung auf 100 % des Lohnbandes, woraus sich ein Lohnzuwachs von 8,34 % ergebe, entspreche den Vorgaben des neuen, diskriminierungsfreien Lohnsystems. Der neue Lohn werde damit nicht durch den alten, möglicherweise trotz der gewährten Zulagen diskriminierenden Lohn begrenzt.

Im darauffolgenden kantonalen Beschwerdeverfahren wurde die Thematik des altrechtlichen Lohnes nicht mehr aufgegriffen und auch die Vorinstanz verzichtete anlässlich ihres Entscheids vom 19. November 2008 auf entsprechende Erläuterungen.

Letztinstanzlich beantragt das EBG, im Hinblick auf die Überführungsregeln sei auch zu klären, ob sich der altrechtliche Lohn als diskriminierend erweise. Die Stadt Zürich hält demgegenüber in ihrer Stellungnahme zur Beschwerde des Beschwerdeführers fest, dessen altrechtliche Einreihung sei nicht diskriminierend gewesen, was dieser im Übrigen selber auch nicht behauptete. Der Beschwerdeführer seinerseits äussert sich vor dem Bundesgericht nicht zur betreffenden Thematik.

### **E. 11.3.2**

Im vorliegenden Verfahren ist erkannt worden, dass die neurechtliche Besoldungseinreihung des Beschwerdeführers im Verhältnis zu den Polizisten keinen diskriminierenden Charakter im Sinne des Gleichstellungsgesetzes aufweist. Ebenso wurde entschieden, dass der Überleitungsmechanismus als solcher nicht diskriminierend ist (vgl. E. 11.2 hievor). Noch Ungewissheit besteht indessen darüber, ob sich die Anwendung der Überleitungsregelung im konkreten Fall diskriminierend auswirkt, weil bereits der altrechtliche Lohn, auf welchem die Überführung basiert, diskriminierende Faktoren enthielt. Eine Klärung dieser Frage bedingt jedoch nach Art. 6 GlG, dass der Beschwerdeführer eine entsprechende Diskriminierung zumindest glaubhaft zu machen vermag (vgl. dazu E. 8 in fine hievor).

#### **E. 11.3.2.1**

Weder im vorinstanzlichen Beschwerdeprozess noch im Rahmen seiner Eingaben vor dem Bundesgericht hat sich der Beschwerdeführer zum altrechtlichen Lohn geäußert, sondern sich auf Ausführungen zum Überleitungsmechanismus an sich beschränkt. Einzig der an den Stadtrat von Zürich gerichtete Rekurs hatte diesbezügliche Vorbringen beinhaltet, auf welche in der Folge aber verzichtet wurde. Dadurch gelingt es dem Beschwerdeführer indes nicht - ebenso wenig wie dem EBG, das seinen Antrag, wonach im Hinblick auf die Überführungsregeln auch zu klären sei, ob der altrechtliche Lohn diskriminierend gewesen sei, durch keinerlei Begründungselemente unterlegt - auf Grund objektiver Anhaltspunkte den Eindruck einer gewissen Wahrscheinlichkeit für das Vorhandensein der behaupteten Tatsachen zu vermitteln. Infolge fehlender Glaubhaftmachung kann eine auf die Überleitungsbegrenzung durch den altrechtlichen Lohn zurückzuführende Diskriminierung daher nicht vermutet werden (vgl. auch Urteil 1C\_420/2008 vom 14. September 2009 E. 3.2.2).

#### **E. 11.3.2.2**

Im Übrigen wäre den entsprechenden beweisrechtlichen Anforderungen auch nicht mit den im Rekurs an den Stadtrat enthaltenen Erläuterungen Genüge getan. Der Beschwerdeführer merkte dort einzig an, die Aktivierungstherapeutinnen seien altrechtlich in den Klassen 24-22 und die Polizisten in den Klassen 21-19 eingestuft gewesen, was sich sachlich nicht rechtfertigen lasse. Zu berücksichtigen gilt es in diesem Zusammenhang jedoch, dass die Überführung nicht unmittelbar auf dem altrechtlichen Lohn erfolgte, sondern unter Einschluss der seit 2001 an die Aktivierungstherapeutinnen bezahlten Zulagen (vgl. Art. 187 Abs. 3 AB PR). Erweist sich im neurechtlichen Besoldungsgefüge mit 18 Lohnstufen ein Unterschied zwischen Aktivierungstherapeutinnen und Polizisten von einer Stufe als nicht diskriminierend, hätte der Beschwerdeführer konkretisieren müssen, weshalb im

altrechtlichen Lohnsystem mit 35 Besoldungsklassen eine Differenz von drei Klassen jedoch zuzüglich Zulagen (von Fr. 399.85 monatlich oder 7,8 %) diskriminierend sein sollte. Dass dem so wäre, liegt jedenfalls, auch wenn die zahlenmässige Einreihung der jeweiligen altrechtlichen Lohnklassen nicht bekannt ist, nicht ohne weiteres auf der Hand, zumal die erwähnten Lohnzulagen gerade dem betreffenden Ausgleich dienen. Die Stadt Zürich hatte diese auf den 1. Juli 2001 als Sofortmassnahme zur Erhaltung der Konkurrenzfähigkeit gewährt, weil die Entlohnung in den Bereichen Pflege, Therapie und Betreuung als "weder den Anforderungen des Arbeitsplatzes noch der Marktsituation" entsprechend beurteilt worden war (Beschluss des Stadtrats von Zürich vom 7. Februar 2001: "Damit die Stadt konkurrenzfähig bleibt"); dies mit Blick auf die vom Kanton anlässlich seiner strukturellen Besoldungsrevision geplante höhere Einstufung bestimmter Funktionen. Sie sollten solange ausgerichtet werden, bis sie bei einer strukturellen Besoldungsrevision eingebaut werden könnten (Beschluss des Stadtrats vom 2. Mai 2001; vgl. dazu Urteile 2A.93/2007, 2A.94/2007 und 2A.97/2007 vom 20. November 2007, je E. 7.2).

Nach dem Gesagten ist nicht glaubhaft dargetan, dass die bis Ende Juni 2002 bestehende lohnmässige Einreihung eine Diskriminierung dargestellt hätte. Die Überleitungsverfügung vom 7. November 2002 erweist sich folglich unter allen Titeln als rechtmässig.

#### **E. 12**

Der bei diesem Verfahrensausgang unterliegende Beschwerdeführer hat die Gerichtskosten zu tragen ( Art. 13 Abs. 5 Satz 2 GIG in Verbindung mit Art. 65 Abs. 4 lit. b und Art. 66 BGG ). Die Stadt Zürich obsiegt in ihrem amtlichen Wirkungskreis, weshalb ihr kein Anspruch auf Parteientschädigung zusteht ( Art. 68 Abs. 3 BGG ; BGE 134 II 117 E. 7 S. 119).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.