

# **BGer 8C\_675/2016 vom 1. März 2017**

Bundesgericht, 2017-03-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_8C\\_675\\_2016](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_8C_675_2016)

FR: TF 8C\_675/2016 du 1 mars 2017

IT: TF 8C\_675/2016 del 1 marzo 2017

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Im Streit liegt eine Angelegenheit auf dem Gebiet der öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisse, die vermögensrechtlicher Art ist und zugleich die Geschlechtergleichstellung beschlägt, mithin nicht unter Art. 83 lit. g BGG fällt. Der Streitwert beträgt deutlich mehr als Fr. 15'000.- ( Art. 85 BGG ; Urteil 8C\_376/2015 vom 24. März 2016 E. 1). Da auch die übrigen Gültigkeitserfordernisse erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

### **E. 2**

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann wegen Rechtsverletzungen gemäss Art. 95 und 96 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 und es kann sie mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen. Immerhin prüft das Bundesgericht, unter Berücksichtigung der allgemeinen Pflicht zur Begründung der Beschwerde ( Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG ), grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind ( BGE 141 V 234 E. 1 S. 236 mit Hinweisen).

### **E. 3**

Gerügt wird eine Verletzung von Art. 8 Abs. 3 BV , Art. 3 Abs. 1 und Art. 6 GIG sowie eine willkürliche Anwendung des kantonrechtlichen Untersuchungsgrundsatzes.

#### **E. 3.1**

Aufgrund von Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV haben Mann und Frau Anspruch auf gleichen Lohn für gleiche oder gleichwertige Arbeit. Der Begriff der gleichwertigen Arbeit umfasst nicht bloss ähnliche, das heisst gleichartige Arbeiten, sondern bezieht sich darüber hinaus in Zusammenhang mit indirekten Lohndiskriminierungen auch auf Arbeiten unterschiedlicher Natur. Nach Art. 3 Abs. 1 GIG dürfen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer aufgrund ihres Geschlechts weder direkt noch indirekt benachteiligt werden. Eine besoldungsmässige Diskriminierung kann sich sowohl aus der generellen Einstufung bestimmter Funktionen als auch aus der konkreten Entlohnung einer bestimmten Person im Vergleich mit Personen des anderen Geschlechts ergeben (vgl. zum Ganzen BGE 142 II 49 E. 6.1 S. 57 mit Hinweisen).

#### **E. 3.2**

Gemäss Art. 6 GIG wird u.a. bezüglich der Entlohnung eine Diskriminierung vermutet, wenn diese von der betroffenen Person glaubhaft gemacht wird. Alsdann trifft den Arbeitgeber der Beweis, dass die unterschiedliche Entlohnung sachlich gerechtfertigt ist.

Glaubhaftmachen bedeutet, dass es genügt, dem Gericht aufgrund 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 könnten. 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. Eine geschlechtsbedingte Diskriminierung ist in der Regel glaubhaft gemacht, wenn Angehörige des einen Geschlechts für eine gleich oder gleichwertige Arbeit einen signifikant tieferen Lohn erhalten als Angehörige des anderen Geschlechts (z.B. als Vorgänger oder Nachfolger auf der gleichen Stelle; BGE 142 II 49 E. 6.2 S. 57 f. mit Hinweisen).

### **E. 3.3**

Wurde eine Lohndiskriminierung im Sinne des Art. 6 GlG glaubhaft gemacht, ist der Arbeitgeber zum Nachweis verpflichtet, dass die geringere Entlohnung in Wirklichkeit nicht geschlechtsdiskriminierend, sondern durch sachliche Gründe gerechtfertigt ist. Misslingt ihm dies, gilt die geschlechtsspezifische Benachteiligung als erstellt ( BGE 142 II 49 E. 6.3 S. 58 f. mit Hinweisen).

### **E. 4.1**

Die Beschwerdeführerin war bei der Beschwerdegegnerin als Pflegefachperson angestellt und unterstand insofern dem kommunalen Personal- und Besoldungsrecht. Ihrem Versuch, aus dem Urteil BGE 136 II 393 , ergangen gegenüber dem Kanton St. Gallen, und der danach erfolgten Anpassung der betroffenen kantonrechtlichen Bestimmungen deshalb Nutzen ziehen zu können, weil die Gemeinde in Art. 14 Abs. 1 ihres Dienst- und Besoldungsreglements (DBR) auf das kantonale Recht verweise, ist das kantonale Gericht mit einlässlicher Begründung entgegen getreten. Dabei hat es den Verweis in Art. 14 Abs. 1 DBR als nicht dynamisch bzw. als statisch gewertet (vgl. allgemein zum Verweis und zur betr. Auslegung: BGE 136 I 316 E. 2.4.1 S. 319 f.; Urteil 1C\_829/2013 vom 1. Mai 2014 E. 2.3). Bezogen auf die Frage nach dem Vorliegen einer geschlechtsspezifischen Diskriminierung hat es die Vorinstanz sodann abgelehnt, die Erkenntnisse aus dem erwähnten bundesgerichtlichen Urteil BGE 136 II 393 und der ihm zugrunde liegenden (arbeitswissenschaftlichen) Grundlagen auf das hier beschlagene Lohnsystem der Beschwerdegegnerin zu übertragen. Denn bei den den Gemeindedienst versehenen Polizisten handelte es sich in der streitbetroffenen Gemeinde nicht um ihre eigenen (und nach eigenem Gehaltssystem entlohnten) Angestellten, sondern um Kantonspolizisten. Daher bot die Vorinstanz auch nicht Hand zu einem Einzelvergleich. Weitere Anhaltspunkte für eine Lohndiskriminierung seien weder geltend gemacht noch zu ersehen; insbesondere werde mit der pauschalen, in keiner Weise spezifizierten Behauptung, die betroffene Gemeinde entlöhne Arbeitnehmer mit vergleichbarer Tätigkeit besser, keine Diskriminierung glaubhaft gemacht.

### **E. 4.2**

Diese Auslegung und Anwendung des kantonalen und kommunalen Rechts prüft das Bundesgericht lediglich auf Willkür hin ( BGE 133 II 249 E. 1.2.1 S. 251 f.; Urteil 8C\_272/2014 vom 5. Februar 2015 E. 2), wobei eine qualifizierte Rügepflicht der Beschwerdeführerin besteht ( Art. 106 Abs. 2 BGG ; Urteile 8C\_397/2016 vom 16. November 2016 und 8C\_840/2015 vom 17. Mai 2016, je E. 2.2). Dem genügt die

Beschwerde nicht. Die Beschwerdeführerin setzt sich mit den vorinstanzlichen Erwägungen nicht im Einzelnen auseinander und zeigt nicht ansatzweise auf, inwiefern die Vorinstanz mit ihrem erörterten Verständnis des kantonalen und kommunalen Rechts in Willkür verfallen sein könnte. Davon abgesehen wird ebenso wenig dargelegt und ist auch nicht ersichtlich, inwiefern in diesem Zusammenhang eine Verletzung von Art. 6 GIG oder anderer Bestimmungen des Bundesrechts erfolgt sein könnte. Damit bestand für das kantonale Gericht kein Anlass mehr zu weiteren Sachverhaltsabklärungen; insbesondere ist nicht erkennbar, was mit der Offenlegung der gemeindeeigenen Richtlinien betreffend Einstufung des Personals zu gewinnen gewesen wäre. Deshalb verfährt die gerügte willkürliche Handhabung kantonalen Verfahrensrechts nicht, wie auch eine offensichtlich unrichtige oder sonst wie bundesrechtswidrige Feststellung des Sachverhalts weder dargetan noch erkennbar ist.

### **E. 5.1**

Das kantonale Gericht hat seine Entscheidung in rechtlicher Hinsicht die Annahme zugrunde gelegt, das streitbetreffende Arbeitsverhältnis sei mittels öffentlich-rechtlichen Vertrags begründet worden, was es insbesondere aus dem unterschrieben erklärten Einverständnis der Beschwerdeführerin auf dem ihr am 14. Juli 2010 zugestellten Wahlbeschluss vom 13. Juli 2010 ableitete.

Zur strittigen Soll-Arbeitszeit hat es alsdann mit Blick auf das massgebliche kommunale und das allenfalls subsidiär anwendbare kantonale Recht zunächst festgehalten, dass diese auch für das Altersheim C. \_\_\_\_\_ grundsätzlich 42 Stunden pro Woche betrage. Nach Hinweis darauf, dass der Gemeinderat gestützt auf Art. 2 Abs. 1 DBR befugt war, mit der Beschwerdeführerin eine davon abweichende Regelung zu vereinbaren, hat das kantonale Gericht sodann erwogen, dass sich der Arbeitsvertrag über die genauen Arbeitszeiten ausschweige. Darin werde nur festgehalten, dass die Beschwerdeführerin "70 % Nachtdienst" und "Arbeitseinsatz gemäss Dienstplan der Heimleitung/Pflegedienstleitung" zu leisten habe. Damit biete der Wortlaut für sich keine eindeutige Grundlage für die Annahme einer abweichenden vertraglichen Regelung, wogegen zudem auch die in sich widersprüchlichen Darstellungen der Gemeinde sprächen. Jedoch habe sich die Beschwerdeführerin bei Stellenantritt nicht unverzüglich gegen das ihr auferlegte Pensum gewehrt (137 Nächte à 11 Stunden pro Jahr) und die ihr dafür ausgerichtete Entlohnung widerspruchslos entgegen genommen, obschon es erheblich von demjenigen nach Art. 27 DBR und Anhang Ziff. 1.1 abwich. So habe sie den Nachtdienst im besagten Ausmass ab Stellenantritt geleistet, und zwar über mindestens 15 Monate hinweg. Daraus lasse sich erkennen, wie die Parteien ihre Erklärungen tatsächlich verstanden hätten, nämlich dahin, dass die Arbeitszeit für das 70 %-Pensum in Abweichung von Art. 27 (und Anhang Ziff. 1.1) DBR festgesetzt worden sei, und zwar - unter Berücksichtigung des Nachtzeitzuschlags von 16,66 % sowie des Anspruchs auf Ferien- und Feiertage (21 Tage) - anstelle der Normalarbeitszeit von 22,07 auf 28,9 Stunden pro Woche. Daher bestehe kein Anspruch auf Nachzahlung, und es könne auch nicht davon ausgegangen werden, es seien Überstunden nicht kompensiert oder vergütet worden.

### **E. 5.2.1**

Die Annahme eines öffentlich-rechtlichen Vertrages wird beschwerdeweise nicht beanstandet: Weder wird geltend gemacht, dass das Arbeitsverhältnis in einer mitwirkungsbedürftigen Verfügung gründen würde (vgl. Urteil 2P.56/2005 vom 20.

September 2005 E. 3.4.2; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, § 28 Rz. 72), noch behauptet die Beschwerdeführerin, dass die vertragliche Begründung des streitbetroffenen Arbeitsverhältnisses in grundsätzlicher Hinsicht unzulässig gewesen wäre. Hingegen wendet sie ein, dass gestützt auf Art. 2 Abs. 1 DBR keine vom Reglement abweichende Vereinbarung betreffend Arbeitszeit getroffen werden könne. Mangels hinreichender Bestimmtheit und Klarheit dieser Bestimmung fehle es an einer gesetzlichen Grundlage, wodurch Art. 5 Abs. 1 BV und Art. 8 Abs. 1 KV verletzt würden.

In diesem Zusammenhang legt die Beschwerdeführerin nicht dar, dass der Gehalt des von ihr angerufenen Art. 8 Abs. 1 KV über jenen von Art. 5 Abs. 1 BV hinausginge. Insofern erübrigen sich Weiterungen ( Art. 106 Abs. 2 BGG ), und es hat eine Prüfung ausschliesslich im Lichte der BV zu erfolgen.

### **E. 5.2.2**

Das Legalitätsprinzip ist - abgesehen von seiner spezifischen Bedeutung im Strafrecht und im Abgaberecht - kein verfassungsmässiges Individualrecht, sondern ein Verfassungsgrundsatz, dessen Verletzung nicht selbstständig, sondern nur im Zusammenhang mit der Verletzung des Grundsatzes der Gewaltentrennung, der Rechtsgleichheit, des Willkürverbots oder eines speziellen Grundrechts gerügt werden kann. In seiner Ausgestaltung als Rechtssatzvorbehalt dient das Legalitätsprinzip gerade dazu, eine rechtsgleiche Behandlung vergleichbarer Fälle sicherzustellen. Zu diesem Zweck sollen sich denn auch Rechte und Pflichten der öffentlichen Bediensteten im Grundsatz aus einem (zumindest materiellen) Gesetz ergeben. Es kann somit gerügt werden, es werde das Rechtsgleichheitsgebot verletzt, weil die Besoldung nicht mit hinreichender Bestimmtheit in einem Gesetz festgelegt worden ist ( BGE 129 I 161 E. 2.1 S. 163 mit Hinweisen; ARV 2014 S. 109, 8D\_6/2013 E. 4.3).

Das Legalitätsprinzip verlangt, dass die angewendeten Rechtssätze eine angemessene Bestimmtheit ausweisen müssen. Das Gebot der Bestimmtheit kann indessen nicht in absoluter Weise verstanden werden. Unbestimmte Regelungen können insbesondere dann genügen, wenn ein Rechtsverhältnis zur Diskussion steht, welches die Betroffenen freiwillig eingegangen sind oder bei dem die Rechte und Pflichten zwischen Staat und Privaten frei ausgehandelt werden können. Dem Bedürfnis nach Rechtsgleichheit kann auch durch eine gleichmässige Behördenpraxis entsprochen werden ( BGE 129 I 161 E. 2.2 S. 163 mit Hinweis; ARV 2014 S. 109 E. 4.4; vgl. auch Urteile 8D\_9/2013 vom 11. August 2014 E. 5.1 f.; 8C\_686/2013 vom 2. Mai 2014 E. 3.6; 8C\_687/2013 vom 2. Mai 2014 E. 3.6).

### **E. 5.2.3**

Die Beschwerdeführerin erörtert die Verletzung des Bestimmtheitsgebotes nicht im Lichte der Art. 8 und 9 BV und auch nicht mit Blick auf den Grundsatz der Gewaltenteilung, weshalb sich fragt, ob sie den spezifischen Begründungsanforderungen überhaupt zu genügen vermag. Wie dem auch sei: Beim DBR handelt es sich um eine gemeinderätliche Verordnung, das heisst um ein Gesetz im materiellen Sinn. Dass damit die formellgesetzlichen Vorgaben verletzt würden oder diese ihrerseits - im Sinne einer Missachtung der massgeblichen Delegationsgrundsätze (vgl. BGE 137 II 409 E. 6.3 S. 413 ; 128 I 113 E. 3c S. 122) - ungenügend wären, wird nicht geltend gemacht. Folglich ist ohne weiteres davon auszugehen, dass das DBR in grundsätzlicher Hinsicht dem

Gesetzmässigkeitsprinzip genügt, wie es im Bereich des öffentlichen Personalrechts verstanden wird (vgl. BGE 129 I 161 E. 2.1 S. 163). Was sodann die Bestimmtheit von Art. 2 Abs. 1 DBR im Einzelnen angeht, ist daran zu erinnern, dass unbestimmte Regelungen dann ausreichen, wenn - wie im vorliegenden Fall - ein Rechtsverhältnis tangiert ist, das freiwillig eingegangen wurde ( BGE 129 I 161 E. 2.2 S. 163). Insofern geht die Beschwerdeführerin von überrissenen Erwartungen aus, wenn sie dafür hält, dass die Anforderungen an die Bestimmtheit im gegebenen Sachzusammenhang hoch sein müssten. Vielmehr verhält es sich so, dass im Rahmen der vertraglichen Regelung eines öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisses, wie es hier unbestritten gegeben ist, auch die Soll-Arbeits- und Einsatzzeit fallweise vereinbart werden kann. Derlei kann eine rechtssatzmässige Festsetzung ersetzen, jedenfalls dann, wenn der Vertrag seitens der privaten Partei wissentlich eingegangen wurde ( BGE 129 I 161 E. 2.4 S. 164).

Damit erübrigen sich weitere Ausführungen zum Legalitätsprinzip. Davon abgesehen wird in der Beschwerde nicht aufgezeigt, dass und inwiefern die vorinstanzliche Auffassung geradezu willkürlich sei, wonach mit Art. 2 Abs. 1 DBR eine Grundlage für eine vom Reglement abweichende Vereinbarung betreffend Arbeitszeit bestehe. Die vorinstanzlich vertretene Lesart liegt vom Wortlaut her nahe. Daran ändert der Hinweis auf die Marginalien des Art. 1 und 2 DBR und die diesbezüglich angestellten systematischen Überlegungen nichts. Insofern muss nicht davon ausgegangen werden, dass Art. 2 DBR ausschliesslich im Kontext zum Geltungsbereich gemäss Art. 1 verstanden werden kann. Ebenso wenig lässt sich die Annahme halten, Art. 2 Abs. 1 DBR greife gegenüber der in Art. 27 Abs. 1 DBR geregelten Soll-Arbeitszeit (42 Stunden/Woche) von vornherein nicht, weil in dieser Bestimmung, anders als etwas bei Art. 6 DBR, nicht explizit auf die Möglichkeit einer abweichenden Vereinbarung verwiesen werde. Vielmehr ist diese Bestimmung nicht nur vom Wortlaut, sondern auch von ihrer systematischen Einordnung her so gefasst, dass sie Raum für eine fallweise abweichende vertragliche Regelung des Arbeitsverhältnisses belässt. Dabei kann dem Bedürfnis nach Rechtsgleichheit durch eine einheitliche Praxis Rechnung getragen werden ( BGE 129 I 161 E. 2.2 S. 163; Urteil 8D\_9/2013 E. 2 mit Hinweisen). Dass Letzteres in der betroffenen Gemeinde nicht der Fall wäre, wird in der Beschwerde nicht dargetan.

## **E. 6**

Die Beschwerdeführerin macht eine willkürliche bzw. offensichtlich unrichtige Feststellung der Soll-Arbeitszeit geltend.

### **E. 6.1**

Bei der Auslegung eines Vertrages, sei er privat- oder öffentlich-rechtlicher Natur, kann nachträgliches Parteiverhalten berücksichtigt werden, wenn es Rückschlüsse auf den tatsächlichen Willen der Parteien zulässt ( BGE 132 III 626 E. 3.1 S. 632; 129 III 675 E. 2.3 S. 680; für das öffentliche Recht: Urteil 2C\_815/2012 vom 24. Juni 2013 E. 2.1). Dabei ist die aufgrund des Verhaltens nach Vertragsschluss getroffene vorinstanzliche Feststellung des Parteiwillens tatsächlicher Art (vgl. BGE 132 III 626 E. 3.1 a.E. S. 632) und für das Bundesgericht grundsätzlich verbindlich.

### **E. 6.2**

Die vorinstanzliche Annahme, dass der Vereinbarung vom 14./19. Juli 2010 keine ausdrückliche Regelung der Soll-Arbeitszeit zu entnehmen ist, kann nicht schon deshalb als offensichtlich unrichtig abgetan werden, weil darin für die Anstellungsbedingungen auf das

jeweils gültige DBR verwiesen wird. Nebst diesem Verweis, der ja gerade auch Art. 2 Abs. 1 DBR einschliesst, ergibt sich aus dem Anstellungsakt, dass der Arbeitseinsatz bei einem Beschäftigungsgrad von "70%/Nachtdienst gemäss Dienstplan der Heimleitung/Pflegedienstleitung" erfolgt. Massgeblich war mithin eine Soll-Arbeitszeit, die den betreffenden betrieblichen Bedürfnissen entsprach und dem Umstand Rechnung trug, dass der Arbeitseinsatz des Nachts trotz Präsenzpflcht vor Ort auch Ruhezeiten einschloss. Zum andern bezieht der Anhang zum DBR den Geltungsbereich der wöchentlichen Arbeitszeit auf das Personal der allgemeinen Verwaltung und der Technischen Betriebe, wobei in einem weiteren Absatz auch die Arbeitszeiten in einer Weise geregelt werden, die auf den streitbetroffenen Betrieb mit seinem Bedarf nach Nachteinsätzen von vornherein nicht passt. Soweit die Beschwerdeführerin des weiteren eine Verletzung der im Gehörsanspruch angelegten Begründungspflicht bemängelt, trifft dieser Vorwurf nicht zu: Die betreffenden Ausführungen in E. 4.6 des angefochtenen Gerichtsentscheides sind ausreichend nachvollziehbar und erlaubten auch die sachgerechte Anfechtung. Dass Willkür deshalb vorliege, weil die Vorinstanz nicht ausreichend zwischen Soll-Arbeitszeit, Beschäftigungsgrad und Regelung der konkreten Arbeits- bzw. Einsatzzeit differenziere, verfängt nicht und wird im Einzelnen auch nicht erläutert. Sodann hat das kantonale Gericht nicht einfach daraus auf einen entsprechenden tatsächlichen Parteiwillen geschlossen, weil die Beschwerdeführerin nicht umgehend gegen den Dienstplan reagiert habe, sondern im Wesentlichen aus einer mindesten 15-monatigen Übung, die - unbestrittenermassen - von keiner Seite in Frage gestellt wurde. Dieser Schluss war jedenfalls nicht offensichtlich unrichtig, weshalb unter den gegebenen Umständen willkürfrei von einem entsprechenden Parteiwillen bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ausgegangen werden durfte. Was im Einzelnen dagegen vorgebracht wird, entspricht im Wesentlichen appellatorischer Kritik und ist nicht geeignet, hier Willkür darzutun. Dies gilt auch und gerade für das Vorbringen, dass der Gemeinderat einen entsprechenden Willen gar nicht haben konnte und die Heimleitung ihrerseits nicht befugt war, eine vom DBR abweichende Vereinbarung über die Arbeitszeit zu treffen. Was sodann den angerufenen Art. 330b OR anbelangt, ist nicht belegt, dass und weshalb diese Bestimmung bereits zu Beginn des streitbetroffenen Arbeitsverhältnisses gegolten haben sollte. Aus den rechtlichen Erörterungen im angefochtenen Gerichtsentscheid ergibt sich dies jedenfalls nicht ohne weiteres (subsidiäre Geltung des OR erst ab Juni 2012), weshalb dahin stehen kann, welche Bedeutung der betreffenden Bestimmung im hier gegebenen Kontext zukommt und wie es sich mit der darin erwähnten Schriftlichkeit im Einzelnen verhält (vgl. dazu STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl. 2012, N 10 und 12 zu Art. 330b).

## **E. 7**

Die unterliegende Beschwerdeführerin trägt die Gerichtskosten ( Art. 66 Abs. 1 BGG ).

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