

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VK.1996.00015 vom 22. Januar 2001

ZH Verwaltungsgericht, 2001-01-22, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VK.1996.00015](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VK.1996.00015)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VK.1996.00015 du 22 janvier 2001

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VK.1996.00015 del 22 gennaio 2001

## Regeste

Besoldung | Gleichstellungsklage der Physiotherapierenden Formelles: Zuständigkeit des VGr nach §§79, 80a-c VRG und GIG (E. 1a). Beschwerdelegitimation von Berufsverbänden (E. 1b+c). Feststellungsinteresse der Individualklägerinnen (E. 1d). Streitgegenstand (E. 1e). Materielles: Tragweite des Diskriminierungsverbots (E. 2). Kognition des VGr (E. 3). Darstellung der Arbeitsbewertungsmethode (E. 4). Glaubhaftmachen der Diskriminierung (E. 5). Das vom Beklagten gewählte Verfahren zur Arbeitsbewertung an sich (VFA) erweist sich nicht als diskriminierend (E. 6+7). Das zum Vergleich des Tätigkeitsbereichs der Klägerinnen mit den Polizeisoldaten erstellte Gutachten erweist sich als wissenschaftlich und geeignet um gestützt auf die übrigen Akten die umstrittene Arbeitsbewertung der beiden Berufskategorien zu vergleichen (E. 8). Die diskriminierende Anwendung des Arbeitsbewertungsverfahrens wurde glaubhaft gemacht und der Beklagte vermag keine sachlichen Gründe darzutun, die eine geschlechtsspezifische Motivierung widerlegen würden. Die Einreihung der Physiotherapierenden ins Besoldungssystem erfolgte in diskriminierender Weise (E. 9+10). Die Leistungsklagen sind mangels genügender Belege einstweilen sistiert (E. 11). Die weiteren Privilegien sowie die 'Laufbahnbeförderung' der Polizeibeamten stellen eine Ausnahme im kt. Lohngefüge dar und erweisen sich nicht als geschlechtsdiskriminierend (E. 12). Eine indirekte Diskriminierung durch das damalige Überführungsmodell ist nicht glaubhaft gemacht (E. 13). Da die Besoldungserhöhung ausschliesslich die noch bestehende Diskriminierung auszugleichen hat, kann diese heute nicht der damaligen Überführungsregelung unterworfen werden (E. 15). Teilweise Gutheissung der Klage.

## Erwägungen

### E. 4

a) Die Klagen leiten die behauptete Lohndiskriminierung im Wesentlichen aus dem Vergleich mit der Entlohnung der Polizisten ab. Während die sich zum Polizeiberuf Auszubildenden in die Lohnklasse 13 der Beamtenverordnung, die Polizeisoldaten und -soldatinnen und die Gefreiten in die Klasse 14, die Korporäle bzw. Korporalinnen in die Klasse 15 und die Wachtmeister und Wachtmeisterinnen in die Klasse 16 eingereiht worden seien, seien die Physiotherapeutinnen im Rahmen der 1987-91 durchgeführten Strukturellen Besoldungsrevision (SBR) lediglich ab Klasse 12 eingereiht worden. Richtig wäre aber, die Physiotherapeutinnen ab Besoldungsklasse 15 einzureihen. b) Diese Einreihungen in die verschiedenen Kategorien erfolgten aufgrund einer mit Hilfe der "Vereinfachten Funktionsanalyse" (VFA) vorgenommenen Bewertung aller Arbeitsfunktionen, ausgehend von sogenannten "Schlüsselstellen" (SST), "teilanalytischen Stellen" (TAS) und "Zuweisungsstellen". Dabei wurden die folgenden sechs Kriterien (K) einer Arbeitsfunktion

aufgrund einer 10-er Skala von 0,5 bis 5 Stufen innerhalb der folgenden maximalen Arbeitswertpunktzahl (AWP; Gewichte) bewertet: K1 Ausbildung und Erfahrung 320 Punkte K2 Geistige Anforderungen 300 Punkte K3 Verantwortung 210 Punkte K4 Psychische Anforderungen / Belastungen 50 Punkte K5 Physische Anforderungen / Belastungen 60 Punkte K6 Beanspruchung der Sinnesorgane / spezielle Arbeitsbedingungen 60 Punkte Gewichtung und Stufenwertverlauf sehen im Einzelnen folgendermassen aus: Stufe K1 K2 K3 K4 K5 K6 0,5 14,0 13,0 9,0 5,0 2,5 2,5 1,0 32,0 30,0 21,0 10,0 6,0 6,0 1,5 54,0 52,0 35,5 15,0 10,0 10,0 2,0 80,0 75,0 52,5 20,0 15,0 15,0 2,5 110,0 103,0 72,0 25,0 20,5 20,5 3,0 144,0 135,0 94,5 30,0 27,0 27,0 3,5 182,0 170,5 119,5 35,0 34,0 34,0 4,0 224,0 210,0 147,0 40,0 42,0 42,0 4,5 270,0 253,0 177,0 45,0 50,5 50,5 5,0 320,0 300,0 210,0 50,0 60,0 60,0 Ab einem Total von 270 Punkten erfolgte die Einreihung in die Besoldungsklasse 12, ab einem Total von 296 Punkten in die Besoldungsklasse 13, ab 323 Punkten in die Lohnklasse 14 und ab 351 Punkten in die Klasse 15. Dabei konnte jedoch eine Schlüsselstelle innerhalb eines Arbeitswertbereichs um die Klassengrenze herum aus Quervergleichsüberlegungen der unteren oder oberen Klasse zugewiesen (Streubereichsentscheid) oder auch eine solche ausserhalb des Streubereichs aus den gleichen Gründen um eine Klasse nach oben oder unten verschoben werden (+/-1 Klasse-Entscheid) (vgl. zum Ganzen die Weisung des Regierungsrates zur Strukturellen Besoldungsrevision vom 28. März 1990, act. --). c) Für die Einreihung der Grundfunktion des Physiotherapieberufs in Lohnklasse 12 geht der Beklagte von folgenden Arbeitswertpunkten aus (vgl. Klageantwort S. 32-39, act. --): Stufe AWP K1 2,0 80,0 K2 2,0 75,0 K3 2,0 52,5 K4 2,5 25,0 K5 3,0 27,0 K6 2,0 15,0 Total 274,5 d) Für die Kantonspolizei wurde das "Teilprojekt 32" erstellt mit dem Ziel, die aufgrund einer schon früher ergangenen analytischen Arbeitsplatzbewertung nach dem System des Betriebswissenschaftlichen Instituts der ETH Zürich erfolgte Zuordnung aller Funktionen zu den Dienstgraden vom Polizeisoldaten bis zum Adjutanten in den neuen Einreihungsplan des Kantons überzuführen. Dabei geht der Beklagte zur Einreihung der Grundfunktion in Lohnklasse 14 von folgenden AWP aus (Klageantwort S. 41-47): Stufe AWP K1 2,5 110,0 K2 2,0 75,0 K3 2,0 52,5 K4 3,5 35,0 K5 3,0 27,0 K6 3,0 27,0 Total 326,5

## E. 5

Aufgrund der klägerischen Vorbringen ist zu beurteilen, ob die vom Beklagten für die Arbeitsbewertung verwendete Vereinfachte Funktionsanalyse (VFA) als solche diskriminierend ist, ob bei ihrer konkreten Anwendung diskriminierende Unterscheidungen vorgenommen wurden und schliesslich ob die Umsetzung der Besoldungsrevision (Überführung des alten in das neue Besoldungssystem) oder (in Bezug auf die Leistungsklagen) die spätere Anwendung (Beförderungspraxis) in diskriminierender Weise erfolgt sei. Dabei ist zu beachten, dass gemäss Art. 6 GlG bezüglich der Aufgabenteilung, Gestaltung der Arbeitsbedingungen, Entlohnung, Aus- und Weiterbildung, Beförderung und Entlassung eine Diskriminierung vermutet wird, wenn diese von der betroffenen Partei glaubhaft gemacht wird. Diese Beweislastleichterung auferlegt als Folge einer glaubhaften Lohndiskriminierung den Gegenbeweis der beklagten Partei (Kathrin Klett, Das Gleichstellungsgesetz, ZBl 98/1997, 61 f.; Botschaft des Bundesrates, BBl 1993 I 1300 f.). Glaubhaftmachen heisst, dass das Gericht nicht von der Richtigkeit der aufgestellten tatsächlichen Behauptungen überzeugt zu werden braucht, sondern dass es genügt, ihm aufgrund objektiver Anhaltspunkte den Eindruck einer gewissen Wahrscheinlichkeit des Vorhandenseins der in Frage stehenden Tatsachen zu vermitteln, ohne dass es dabei die Möglichkeit ausschliessen muss, dass die Verhältnisse sich anders gestalten könnten (Bot-

schaft, S. 1301 mit Hinweis auf BGE 104 Ia 408 E. 4). Ist also eine Tatsache glaubhaft zu machen, so darf das Gericht weder blosser Behauptungen genügen lassen noch einen stringenten Beweis verlangen (vgl. BGE 120 II 393 E. 4c). Mithin ist Glaubhaftmachen auf der einen Seite weniger, als wenn Beweis geführt werden müsste. Auf der anderen Seite ist es aber auch mehr als eine blosser Darlegung der Tatsachen. Das Gericht hat dabei in wertender Abwägung der sich gegenüber stehenden Interessen die behaupteten Tatsachen auf ihre Wahrscheinlichkeit hin zu prüfen (vgl. BGE 120 II 393 E. 4c; ferner Oscar Vogel, Grundriss des Zivilprozessrechts, 6. A., Bern 1999, 10. Kap. N. 25 f.; Max Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, S. 323 Anm. 27). Bei genauer Betrachtung bezieht sich der Begriff des Glaubhaftmachens auf zwei Gesichtspunkte: Einerseits auf die Wahrscheinlichkeit des Vorliegens der anspruchsbegründenden Tatsachen (Tatfrage), andererseits darauf, ob aus diesen Tatsachen sich der gestellte Anspruch ergibt (Rechtsfrage) (Sabine Steiger-Sackmann, Der Beweis in Gleichstellungsprozessen, in: Ivo Schwander/René Schaffhauser [Hrsg.], Das Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann, St. Gallen 1996, S. 118 f.). Entsprechend hat das Bundesgericht die Tatsache, dass eine bestimmte Massnahme, die sich für die Betroffenen negativ auswirke, einseitig zum Nachteil eines geschlechtsspezifischen Berufs getroffen worden sei oder sich so auswirke, als gewichtiges Indiz für das Vorliegen einer Diskriminierung gewertet (BGE 125 I 71 E. 4a; 125 II 541 E. 6a).

## **E. 6**

a) Die Klagenden machen geltend, die Vereinfachte Funktionsanalyse als solche leide an Mängeln, welche als geschlechtsdiskriminierend zu werten seien. Sie stützen ihre Auffassung auf ein Gutachten des Arbeitspsychologen Katz vom 24. Februar 1993 (act. --). Die Merkmalsauswahl sei ungenügend. So könne die VFA nicht alle Tätigkeitsmerkmale differenziert genug erfassen. Beispielsweise werde im Pflegeberuf der psychologische Umgang mit kranken und sterbenden Menschen zu wenig gewichtet. Auch fehle es am Merkmal "zwischenmenschliche Beziehungen". Im Rahmen der Merkmalsgewichtung, welche bei der VFA angewendet werde, seien die ohnehin stark zusammenhängenden Kriterien "Ausbildung" und "geistige Anforderungen" je sehr hoch gewichtet worden, während die übrigen Kriterien je 50 bzw. 60 Punkte erhalten hätten. Bei den ersteren Kriterien handle es sich um männerbegünstigende Merkmale, während die frauenbegünstigenden Merkmale entweder viel weniger stark gewichtet würden (wie z.B. Kriterium 4, "Psychische Anforderungen") oder völlig fehlten (z.B. "Zwischenmenschliche Beziehungen"). Das Verfahren der VFA sei zudem wenig transparent, fehle es doch an Angaben über die Reliabilität und Validität (Zuverlässigkeit und Gültigkeit) und könne auch nicht nachvollzogen werden, ob ein sogenannter Halo-Effekt vorliege, welcher dadurch zustande komme, dass die einzelnen Merkmale als ähnlicher beurteilt würden als sie effektiv seien. Zudem seien Beurteilungsfehler dadurch möglich, dass Frauen ihre eigenen Tätigkeiten und die Anforderungen sowie die als weiblich geltenden Fähigkeiten tendenziell zu gering bewerten würden, während Männer dazu tendieren würden, sich entsprechend höher einzustufen. Auch hätten politische und finanzielle Kriterien bei der Gewichtung der Merkmale eine entscheidende Rolle gespielt, während die Frage nach dem eigentlichen Wert der zu beurteilenden Arbeiten in den Hintergrund geraten sei. Weiter rügen die Klagenden die personelle Zusammensetzung der Bewertungskommission sowie andere Rahmenbedingungen der Durchführung. Der VFA-Fachausschuss habe aus fünf Männern und einer Frau bestanden. Zudem habe auch in der Bewertungsgruppe für den Funktionsbereich 4, unter welchen die Pflegeberufe fallen, der Männeranteil überwogen. b) Das Verwaltungsgericht hat im

Zusammenhang mit anderen Lohngleichheitsklagen ausgeführt, dass weder die Auswahl noch die Kriterien der VFA diskriminierend seien (VGr, 10. Juli 1996, VK.95.00002, in RB 1996 Nr. 21 betreffend die Besoldung der Haushaltslehrerinnen; VGr, 10. Juli 1996, VK.94.00024 betreffend die Besoldung der Handarbeitslehrerinnen). Zwar würden Vorwürfe hinsichtlich der personellen Zusammensetzung sowie der fehlenden Transparenz allgemeine organisatorische Quellen einer möglichen Diskriminierung beschlagen. So könnten etwa sowohl die fehlende Beteiligung qualifizierter Arbeitnehmervertretungen einschliesslich Frauen am Verfahren als auch mangelnde Transparenz Diskriminierungsquellen bilden. Jedoch bedeute das Vorliegen solcher Diskriminierungsquellen nicht, dass tatsächlich eine materielle Diskriminierung vorliege, so wenig etwa auch eine gleichberechtigte Partizipation beider Parteien am Beurteilungsprozess sicherzustellen vermöge, dass nicht unbemerkte, die eine oder andere Seite bevorteilende Vorannahmen einflössen. Sie bildeten lediglich Hinweis darauf, dass nähere Abklärungen notwendig seien, und grenzten für die Gerichte im Prozess das Feld ab, das es näher zu untersuchen gelte. Der Nachweis bzw. das Glaubhaftmachen der Diskriminierung müsse daher im Einzelfall erst noch erbracht werden. Das Verwaltungsgericht verzichtete auf die nähere Prüfung der inkriminierten organisatorischen Mängel des Verfahrens mit der Begründung, es müsse ohnehin eine detaillierte Auseinandersetzung mit dem durchgeführten Arbeitsbewertungsverfahren vorgenommen werden (siehe VGr, 10. Juli 1996, VK.95.00002, in RB 1996 Nr. 21 E. 2a mit Hinweisen). Ebenso hat sich das Bundesgericht wiederholt zu den verschiedenen Bewertungssystemen und damit einhergehend zu dem im Kanton Zürich auf der VFA basierenden Lohneinstufungsverfahren für das Staatspersonal geäußert. Das Bundesgericht erachtete die Erwägungen des Verwaltungsgerichts, wonach weder die Auswahl der Kriterien noch deren relative Gewichtung diskriminierend sei, als nicht bundesrechtswidrig (BGE 124 II 409 E. 10d; 125 II 385 E. 4b; 125 I 71 E. 3a-b). c) Daraus ergibt sich, dass gemäss der neuesten Rechtsprechung das System der VFA grundsätzlich als nicht diskriminierend zu qualifizieren ist. Da aber seitens der Klagenden die VFA kritisiert wird und dieser Frage im vorliegenden Verfahren ein besonderes Gewicht zukommt, ist im Folgenden dennoch auf die konkret gewählten Methoden des Arbeitsbewertungsverfahrens wie Kriterienauswahl und -gewichtung, Konfundierung sowie progressiven Stufenverlauf einzugehen, um alsdann – sollte die VFA auch vorliegend als nicht diskriminierend beurteilt werden – die konkret vorgenommenen Arbeitsbewertungen der hier interessierenden Berufsfunktionen näher zu untersuchen. d) aa) An dieser Stelle ist auf die zutreffenden Ausführungen in der von der Klägerschaft genannten Privatexpertise von Katz vom 24. Februar 1993 hinzuweisen, wonach für sämtliche Arbeitsbewertungsverfahren gelte, dass sie nicht ausschliesslich Produkt streng wissenschaftlicher Überlegungen im engeren Sinne sein können, sondern stets die im näheren und weiteren gesellschaftlichen Umfeld der zu bewertenden Arbeitssysteme herrschenden Normen und Vorstellungen darüber widerspiegeln, nach welchen Kriterien sich der "Wert" einer Arbeitstätigkeit bemessen soll. Arbeitsbewertungsverfahren seien deshalb auch als das Resultat eines "Aushandlungsprozesses" der an ihrer Erarbeitung beteiligten Instanzen zu betrachten. Die Akzeptanz eines Verfahrens hänge letztlich von der Übereinstimmung bzw. der Diskrepanz der Wertvorstellungen der letztlich betroffenen Personen bzw. Berufsgruppen und der Instanz ab, die das Verfahren entwickelt habe und einsetze (act. --). bb) Inhaltlich gleich hat sich die vom Gericht bestellte Gutachterin geäußert. Auch sie hat festgehalten, dass die Bewertung von Arbeit und die Festlegung von Löhnen grundsätzlich nicht vollständig objektivierbar seien. Gesellschaftliche Einflussfaktoren wie die

mehr oder minder unhinterfragte Wertschätzung bestimmter Anforderungen (z.B. intellektuelle und führungsbezogene Anforderungen eher hoch, physische und emotionale eher gering) und die Stereotypisierung von Berufsfeldern als "typisch weiblich" oder "typisch männlich", individuelle Einflussfaktoren bei allen an der Arbeitsbewertung beteiligten Personen (z.B. individuelle Stereotype, Selbstdarstellungsbemühen), methodische Einflussfaktoren (z.B. Auswahl und Gewichtung der Bewertungskriterien, Vorgehen bei der Datenerhebung) sowie politische und finanzielle Einflussfaktoren auf Arbeitgeber- wie Arbeitnehmerseite spielten eine wesentliche Rolle. Würden die Lohnfestlegung und die zugrunde liegende Arbeitsbewertung zum Streitfall, so könne deshalb nur sehr begrenzt eine Objektivierung der Sachverhalte erreicht werden. Statt dessen werde es meist vor allem darum gehen, den Einfluss der verschiedenen genannten Faktoren soweit möglich offenzulegen, um zu einer möglichst von allen und möglichst umfänglich geteilten "gemeinsamen Subjektivität" zu gelangen (act. --). cc) Es kann somit kein Arbeitsbewertungsverfahren existieren, welches die schematische und "richtige" Einstufung der verschiedenen Berufsfunktionen zuliesse, ohne dass letztlich auch Wertungen vorgenommen werden müssten. Daraus folgt, dass es nicht Aufgabe des Gerichts sein kann, sich abstrakt und abschliessend mit den verschiedenen Arbeitsbewertungssystemen und den Kritiken der Wissenschaftler zu befassen – genannt seien die Vereinfachte Funktionsanalyse (VFA) und die Analytische Bewertung von Arbeitstätigkeiten nach Katz und Baitsch (ABAKABA) -, sondern vielmehr ist das Augenmerk auf die konkrete Evaluation der in Frage stehenden Berufsfunktionen zu richten, wobei auch die gewählten Methoden der Arbeitsbewertungsverfahren zu berücksichtigen sind (zu den wissenschaftlichen Kritiken an den verschiedenen Arbeitsbewertungsverfahren vgl. z.B. Fred Henneberger/Karin Oberholzer/Susanne Zajitschek, Lohndiskriminierung und Arbeitsbewertung, Basel und Frankfurt a.M. 1997, insbes. S. 117 ff., sowie Arbeitsbewertung und Lohndiskriminierung von Frauen, Ein Bericht, Eidg. Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann [Hrsg.], Bern 1991, S. 39 ff.). dd) Insbesondere hat auch das Bundesgericht festgehalten, die Frage, ob verschiedene Tätigkeiten als gleichwertig zu betrachten seien, könne nicht wissenschaftlich objektiv und wertfrei entschieden werden, sondern hänge von Beurteilungen ab, die unterschiedlich ausfallen können. Es gebe verschiedene arbeitswissenschaftliche Bewertungsverfahren, die sich je in der Aufgliederung, Gewichtung und Bewertung der verschiedenen Anforderungsarten voneinander unterscheiden würden. Den zuständigen Behörden komme bei der Ausgestaltung eines Besoldungssystems im öffentlichen Dienst ein erheblicher Gestaltungsspielraum zu; sie könnten aus der Vielzahl denkbarer Anknüpfungspunkte die Tatbestandselemente auswählen, die für die Besoldung von Beamten massgebend sein sollen. Das Lohngleichheitsgebot schränke diesen grossen Ermessensspielraum nicht grundsätzlich ein; es bedeute nicht, dass nur noch eine ganz bestimmte Methode für die Bewertung von Arbeitsplätzen zulässig wäre, und lege nicht positiv fest, welcher Massstab dabei anzuwenden sei; es verbiete jedoch die Wahl geschlechtsdiskriminierender Bewertungskriterien (BGE 125 II 541 E. 5c; 125 I 71 E. 2c/aa; 124 II 409 E. 9b; 123 I 1 E. 6b/c; 121 I 49 E. 4c ).

## **E. 7**

a) Die Klagenden argumentieren, die Kriterien "Ausbildung" und "Geistige Anforderungen" der VFA seien männerbegünstigend, während Kriterien wie "Zwischenmenschliche Beziehungen" und "Psychische Anforderungen" frauenbegünstigende Merkmale seien, welche in der VFA fehlten oder nur teilweise abgedeckt seien, was zur Geschlechterdiskriminierung führe. Es ist unbestritten, dass die VFA sowohl die intellektuellen als auch die Führungsanforderungen stark bewertet, was auch im Gutachten

Grote festgehalten wird (act. --). Das Verwaltungsgericht hat aber eine dahingehende Auffassung, wonach die Kriterien "Ausbildung", "Geistige Anforderungen" sowie "Physische Anforderungen" männerbegünstigend seien, verworfen und ausgeführt, eine solche Argumentation könnte tatsächlich ihrerseits als frauenfeindlich verstanden werden, indem damit den Frauen a priori eine geringere Ausbildungsfähigkeit zugeschrieben würde. Übereinstimmend hätten auch Lehre und Rechtsprechung das Kriterium "Ausbildung und Erfahrung" oder allgemein den Qualifikationsgrad wiederholt als ein für die Entlohnung zulässiges, objektives Kriterium bezeichnet. So fordere auch der Bericht des Eidgenössischen Büros für die Gleichstellung von Frau und Mann, dass derartige Merkmale, die einen höheren Schwierigkeitsgrad einer bestimmten Tätigkeit ausdrücken, bei der Arbeitsbewertung wohl zu berücksichtigen seien, dass den Frauen aber der Zugang zu den entsprechenden Positionen durch verbesserte Rahmenbedingungen zu erleichtern sei. Die 'Diskriminierung durch Auslese' müsse direkt an der Quelle und nicht indirekt über die Lohngestaltung bekämpft werden (VGr, 10. Juli 1996, in RB 1996 Nr. 21 E. 2 b/aa mit Hinweisen, insbes. Hinweis auf den Bericht des Eidg. Büros für die Gleichstellung von Frau und Mann, a.a.O., S. 52 f.; vom BGr bestätigt in BGE 124 II 409 E. 10d). An dieser Auffassung ist nach wie vor festzuhalten. Der von der klägerischen Seite genannte Sachverständige Katz beanstandet im Privatgutachten denn auch nicht die Merkmale "Ausbildung und Erfahrung" sowie "Geistige Anforderungen" der VFA, sondern primär das Fehlen von eindeutig tätigkeitsrelevanten, geschlechtsbegünstigenden Merkmalen, vorliegend des Merkmals "Zwischenmenschliche Beziehungen". Wenn aber die intellektuellen Anforderungen als geschlechtsunabhängig zu bezeichnen sind, welche Auffassung auch Katz und Baitsch teilen (vgl. Christian Katz/Christof Baitsch, Lohngleichheit für die Praxis, Zürich 1996, Hrsg. vom Eidg. Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann, S. 21), so kann es nicht angehen, das entsprechende Merkmal unter Hinweis auf die Geschlechterdiskriminierung zu entkräften, indem ein anderes Merkmal höher gewichtet wird, um in der Folge die intellektuellen Anforderungen zu relativieren, hiesse dies doch wiederum, dass den Frauen eine geringere Ausbildungsfähigkeit zugestanden wird. Andererseits heisst dies aber auch nicht, dass unabhängig davon das Fehlen anderer Merkmale als solches nicht näher zu prüfen wäre, worauf noch näher einzugehen sein wird. b) Wie schon ausgeführt, machen die Klagenden geltend, mittels der Vereinfachten Funktionsanalyse könne der psychologische Umgang mit kranken und sterbenden Menschen zu wenig erfasst werden und das frauenbegünstigende Merkmal "Zwischenmenschliche Beziehungen" sei gar nicht enthalten. Das Verwaltungsgericht hat verneint, dass bei der VFA frauenbegünstigende Merkmale fehlen würden oder nur teilweise abgedeckt seien. Das Kriterium "Zwischenmenschliche Beziehungen" mit seinen Aspekten "Kontakt mit anderen", "Äussere Erscheinung/ Auftreten", "Umgang mit speziellen Personengruppen" sei teilweise bei den "Geistigen Anforderungen", bei der "Verantwortung" sowie bei den "Psychischen Anforderungen", wo ebenfalls die Art der Kontakte und etwa der Einblick in menschliches Elend in die Bewertung einfließen, sowie bei der "Beanspruchung der Sinnesorgane" berücksichtigt (VGr, 10. Juli 1996, in RB 1996 Nr. 21 E. 2b/aa S. 50). Das Bundesgericht hat in den Erwägungen zu einer staatsrechtlichen Beschwerde bezüglich der gestützt auf die VFA erfolgten Lohneinreihung der Berner Krankenschwestern festgehalten, dass die nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen untergewichteten psycho-sozialen Kriterien frauenspezifisch wären sei ebensowenig erstellt wie der Einwand, das Kriterium "Zwischenmenschliche Beziehungen" sei frauenbegünstigend und deshalb zu wenig berücksichtigt (BGE 125 I 71 E. 3b mit Hinweis auf BGE 124 II 409 E. 10d am Ende). In

den "Orientierungshilfen für die Vereinfachte Funktionsanalyse" (act. --) ist festgehalten, dass unter dem Kriterium 2, den "Geistigen Anforderungen", unter anderem die geistige Regsamkeit zu verstehen sei, das heisst, sich auf veränderte Sachlagen, neue Probleme, neue Aufgaben ein- und umstellen zu können. Eine weitere Komponente der geistigen Anforderungen sei die Ausdrucksfähigkeit, womit die Fähigkeit gemeint sei, Gedanken oder Erlebnisse in mündlicher, schriftlicher oder anderer Form wiederzugeben. Unter dem Kriterium 3, der "Verantwortung", wird nebst der Führungsverantwortung auch die Sachverantwortung erfasst, worunter unter anderem die Auswirkungen einer falschen Handlungsweise fallen, so zum Beispiel die Gefährdung von Menschen in physischer und psychischer Hinsicht. Das Kriterium 4, die "psychische Belastung", hat den "Einblick in menschliches Elend" zum Inhalt, während mit dem Kriterium 6, der "Beanspruchung der Sinnesorgane/spezielle Arbeitsbedingungen", die notwendige Fähigkeit verstanden wird, Informationen mit den Sinnesorganen aufzunehmen und zu verarbeiten. Spezielle Arbeitsbedingungen würden dort auftreten, wo Arbeiten unter vom Normalen abweichenden äusseren Bedingungen ausgeführt werden müssten, wobei nur jene Tätigkeiten bzw. Einflüsse berücksichtigt würden, welche durch den Stelleninhaber nicht beeinflusst werden können, wie z.B. Lärm, Umgebungsklima und Unfallgefahr. Selbst wenn man der klägerischen Auffassung folgen wollte, dass die betreffenden Merkmale "frauenspezifisch" seien (was aber nicht erstellt ist), so sind diese in den sechs Kriterien, welche bei der VFA zur Anwendung kommen, grundsätzlich genügend erfasst. Insbesondere ist aber im Gutachten Grote festgehalten, dass die zu vergleichenden Arbeitstätigkeiten allesamt als personenbezogene Dienstleistungstätigkeiten einzustufen und als solche durch ein hohes Mass an sogenannter "Gefühlsarbeit" in nicht-reziproken Interaktionen gekennzeichnet seien. Die Gutachterin ist zwar der Meinung, dass alle zum Vergleich anstehenden Tätigkeiten bezüglich gewisser zentraler Elemente durch die VFA ungenügend abgebildet werden können, dass aber, da die für das Gutachten vorrangige Frage keine nach der absoluten Richtigkeit der Bewertungen, sondern nach der relativen Richtigkeit im Vergleich zwischen den Berufsgruppen sei, die Mängel der VFA, wie sie die zu vergleichenden Arbeitstätigkeiten gleichermaßen betreffen, ausser Acht gelassen werden können (act. --). Sowohl gestützt auf die neueste Rechtsprechung als auch das Gutachten Grote ergibt sich somit, dass nach wie vor daran festzuhalten ist, dass die bei der VFA getroffene Auswahl der Kriterien als solche nicht geschlechterdiskriminierend ist. Auf die Gewichtung der einzelnen Kriterien ist im Folgenden einzugehen. c) Bezüglich der Merkmalsgewichtung halten die Klagenden fest, diese entziehe sich einer wissenschaftlichen Beurteilung. Die je sehr hohe Bewertung der Kriterien "Ausbildung" und "geistige Anforderungen" bei der Vereinfachten Funktionsanalyse in Gegenüberstellung zur tieferen Punktezahl, welche bei den übrigen Kriterien erreicht werden könne, führe zu einer Geschlechtsdiskriminierung, handle es sich doch bei den Kriterien "Ausbildung/Erfahrung" und "Geistige Anforderungen" um männerbegünstigende Merkmale. Letztere Auffassung wurde in den soeben gemachten Ausführungen bereits widerlegt. Es ist somit nur zu prüfen, inwieweit die tiefere Punktezahl, welche die übrigen Kriterien maximal erreichen können, in irgendeiner Form geschlechterdiskriminierend ist. Diese Frage haben das Bundes- und das Verwaltungsgericht verneint mit der Begründung, die zweifellos starke Gewichtung der Kriterien "Ausbildung und Erfahrung" sowie "Geistige Anforderungen" bilde Ausdruck einer allgemeinen gesellschaftlichen Übereinstimmung, den unterschiedlichen Anforderungen an die Qualifikation für die verschiedenen Arbeitsplätze mit grossen Lohndifferenzen zu begegnen und dabei Kopfarbeit allgemein höher als Handarbeit,

Verantwortung höher als Umgebungseinflüsse zu gewichten. Das Verwaltungsgericht hielt fest, diese gesellschaftliche Wertung beschlage jedoch eine grundsätzliche Problematik der allgemeinen Lohngerechtigkeit, welche über diejenige der Geschlechterdiskriminierung weit hinausgehe. Gerade beim Kriterium "Physische Anforderungen/Belastungen", wo eine ganze Reihe an stark männerbegünstigenden Aspekten bestehe, sei etwa der frauenbegünstigende Aspekt "Handfertigkeit/Geschicklichkeit" der "körperlichen Anstrengung" auf den entsprechenden Stufen gleichgestellt worden. Das Verwaltungsgericht kam sodann zum Schluss, es sei nicht ersichtlich, dass bei der VFA Merkmale, welche für "männliche" Arbeitsplätze typisch seien, stärker gewichtet worden wären als die "weiblichen", und verneinte eine Geschlechterdiskriminierung auch in Bezug auf die Gewichtung der Kriterien (VGr, 10. Juli 1996, VK.95.00002, in RB 1996 Nr. 21 E. 2b/bb S. 51). Auch im vorliegenden Verfahren sind keine neuen Anhaltspunkte ersichtlich, welche hinsichtlich der Merkmalsgewichtung auf eine Geschlechterdiskriminierung hindeuteten. Im Privatgutachten von Katz wird denn auch in diesem Zusammenhang primär beanstandet, dass die "männerbegünstigenden Merkmale" "Ausbildung und Erfahrung" und "Geistige Anforderungen" um ein Vielfaches höher gewichtet werden als das "frauenbegünstigende Merkmal" "Psychische Anforderungen/Belastungen". Die ersteren beiden Merkmale würden zusammen maximal 620 von 1000 möglichen Punkten erreichen können, das letztere lediglich 50 Punkte. Wenn aber – wie ausgeführt – die ersten beiden Kriterien gar nicht als männerbegünstigend zu qualifizieren sind, kann vorliegend auch nicht unter Hinweis auf eine Geschlechterdiskriminierung die hohe Gewichtung dieser beiden Merkmale korrigiert werden. Zudem ergibt sich gestützt auf die gemachten Ausführungen, dass auch die anderen Merkmale nicht als "frauenspezifisch" zu werten sind. Somit bleibt es dabei, dass – selbst wenn der Gutachterin Grote beigeplichtet wird, wonach bei der Bewertung von personenbezogenen Dienstleistungstätigkeiten die sich bei der "Gefühlsarbeit" stellenden geistigen Anforderungen (soziale und emotionale Kompetenzen) sowie die daraus erwachsenden Belastungen durch die VFA nur unzureichend abgebildet werden – es sich bei der getroffenen Gewichtung nicht um eine vom Gericht zu korrigierende Geschlechterdiskriminierung handelt, sondern um eine im Rahmen des den Behörden bei der Ausgestaltung eines Besoldungssystems zustehenden Gestaltungsspielraums getroffene Auswahl der als Anknüpfungspunkte in Frage kommenden Tatbestandselemente (vgl. BGE 124 II E. 9b). d) Die klägerische Seite weist darauf hin, dass die beiden Merkmale "Ausbildung" und "Geistige Anforderungen" sehr stark miteinander zusammenhängen. Katz macht in seinem Privatgutachten darauf aufmerksam, dass in der offiziellen Beschreibung der VFA auf eine mögliche Korrelation zwischen den Merkmalen "Psychische Anforderungen/Belastungen" und "Verantwortung" Bezug genommen worden sei, die sich zu Gunsten der Einstufungen des Pflegepersonals auswirken könnte. Offenbar seien die Beurteilenden auf diesen Sachverhalt speziell hingewiesen worden, so dass die schwache Gewichtung der Psychischen Anforderungen eine Reaktion auf diese Korrelation sein könnte. Da das Merkmal "Verantwortung" weder frauen- noch männerbegünstigend, sondern neutral sei, könne es deshalb keinesfalls so hoch mit den "Psychischen Belastungen" korrelieren wie die beiden männerbegünstigenden Merkmale "Ausbildung" und "geistige Anforderungen". Es wurde schon mehrfach erwähnt, dass die Kriterien "Ausbildung" und "geistige Anforderungen" nicht so genannte "männerbegünstigende Merkmale" darstellen würden. Das Verwaltungsgericht hat denn schon in früheren Entscheiden eine Diskriminierung durch die allfällige Konfundierung dieser beiden Hauptmerkmale verneint. Auch wurde festgehalten, dass der ausser beim Kriterium

"Psychische Belastung/Anforderungen" gewählte progressive Stufenwertverlauf bei den anderen Kriterien keinen begründeten Anlass zur Kritik gebe. Letztlich liege dem ein gesamtgesellschaftlicher Entscheid über die Höhe der gesamten Lohnamplitude zugrunde, welcher nicht von vornherein auf das Geschlecht des einzelnen abstelle (VGr, 10. Juli 1996, VK.95.00002 in RB 1996 Nr. 21 E. 2 b/cc S. 51). Es ist daher im Folgenden nur auf das klägerische Argument einzugehen, es seien die Beurteilenden speziell auf die Korrelation der Kriterien "Verantwortung" und "Psychische Belastung" hingewiesen worden, was sich zugunsten des Pflegepersonals auswirken könnte, welches Argument schliesslich eine Reaktion auf die tiefe Gewichtung des Merkmals "Psychische Belastung" gewesen sein könnte. Im "Schlussbericht zu Teilprojekt 21" der Projektleitung vom 18. Mai 1989 an die Finanzdirektion ist unter anderem Folgendes festgehalten (act. --): "Zwar besteht namentlich bei der Bewertung der pflegerischen, sozialen und erzieherischen Funktionen erfahrungsgemäss die Gefahr eines gewissen kumulativen Effektes, der darin besteht, dass aufgrund des direkten Bezuges zum Menschen, zu Krankheit und anderen Problemen die Tendenz zu höheren Einstufungen in den Kriterien Verantwortung und psychische Belastung erkennbar ist. Die Projektgremien waren sich dieser Gefahr bewusst und prüften wie bereits erwähnt, ob allenfalls zwischen den einzelnen Funktionsbereichen unterschiedlich bewertet worden sei. Es ist gerade die Aufgabe des "vertikalen" Vergleichs innerhalb der einzelnen Funktionsbereiche wie des Quervergleichs zwischen den verschiedenen Bereichen, eventuelle solche Unebenheiten, die in jeder Arbeitsbewertung vorkommen, auszugleichen. Soweit es sich als angezeigt erwies, wurden daher mehrmals Korrekturen in den Einstufungen vorgenommen und vom Mittel des Streubereichs und Klassenentscheid Gebrauch gemacht. Das vorliegende Bewertungsergebnis ist daher auf mehrfache und wiederholte Überprüfung in den verschiedenen Gremien abgestützt und durchaus vertretbar. Aus diesem Grunde verzichtete die Projektgruppe bei der Behandlung des konkreten ERP auch darauf, einen vom FA für die pflegerischen Funktionen im Bereich 4 zur Diskussion gestellten sogenannten sektoriellen Entscheid nach unten zu fällen, der bedeutet hätte, diese SST generell eine Klasse tiefer einzureihen. (...) Gegen horizontale und vertikale Vergleiche ist im Rahmen einer ganzheitlichen Betrachtungsweise nichts einzuwenden, auch nicht bezogen auf die Kriterien "Verantwortung" und "Psychische Belastung", zumal in den "Orientierungshilfen für die Vereinfachte Funktionsanalyse" unter dem Kriterium 4, "Psychische Belastung", festgehalten ist, diese entstehe – neben subjektiven Momenten, die nicht berücksichtigt werden können – vor allem mit der "Übernahme von Verantwortung" (act. --). Eine gewisse "Überschneidung" der beiden Kriterien ist somit systemimmanent und bedurfte konsequenterweise der Erläuterung im Rahmen der Umsetzung der Besoldungsrevision. Daraus kann aber keine Geschlechterdiskriminierung abgeleitet werden, zumal die beiden Kriterien nicht nur hinsichtlich der Berufe im Pflegebereich als so genannte typische Frauenberufe von Relevanz sind, sondern ebenso hinsichtlich anderer Berufe mit Aufgabenschwergewicht im zwischenmenschlichen Bereich (z.B. Lehrkräfte, Polizeibeamte), ohne dass diese Berufe als typisch weiblich bezeichnet werden könnten (vgl. BGE 124 II 529 E. 5 h/cc). e) Nach Auffassung der Gutachterin ist die VFA für die Arbeitsbewertung leicht zu modifizieren. Es ist zu prüfen, ob diese im Gutachten vorgeschlagenen Korrekturen das System der VFA als solches diskriminierend erscheinen lassen. aa) Zum einen hält es die Gutachterin für angezeigt, bei der Einstufung der Kriterien eine feinere Skalierung anzuwenden, nämlich eine solche mit Schritten von 0,25 statt 0,5 Punkten. Auch wenn die Einführung einer solchen feineren Skalierung grundsätzlich als wünschbar erscheint im Hinblick auf die

Möglichkeit besserer Differenzierung und auf die Erzielung exakterer Ergebnisse in Einzelfällen (vgl. etwa BGE 125 II 541 E. 6 f/g), so lässt dies die gröbere Skalierung von minimal 0,5-Punkte-Abständen, wie sie der VFA zugrunde liegt, nicht als diskriminierend erscheinen. Sodann ist zu beachten, dass die nachträgliche Benützung einer feineren Skalierung jedenfalls nur insofern zulässig ist, als es dabei um den gesamten Vergleich der verschiedenen Tätigkeiten aufgrund von allseits gewonnenen neuen Erkenntnissen geht, nicht jedoch bloss zur nachträglichen Legitimation des einen oder anderen Ergebnisses (vgl. VGr, 10. Juli 1996, VK.94.00024, E. 7a betr. Besoldung Handarbeitslehrkräfte). bb) Sodann wählte die Expertin wiederholt zwei verschiedene Bewertungen. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen an, dass bei einem Vorgehen gemäss den Fragen der Arbeitsumschreibung bzw. gemäss den Wertungshilfen gewisse Mängel aufgetreten seien. So weist sie zum Beispiel darauf hin, dass der "Einblick in menschliches Elend" in Kriterium 4 zwar berücksichtigt werde, jedoch erst auf höheren Bewertungsstufen. Das bedeute, dass eine Auseinandersetzung mit menschlichem Leid nur bei Vorhandensein von hohen Belastungen/Anforderungen im Sach- und/oder Führungsbereich eine höhere Bewertung ergebe. Für die zweiten bzw. modifizierten Bewertungen weicht die Expertin somit nicht grundsätzlich vom System der VFA ab und schon gar nicht von Auswahl und Gewichtung der Kriterien. Die modifizierten Bewertungen der einzelnen Kriterien sind vielmehr das Ergebnis der konkreten Untersuchungen der einzelnen Berufstätigkeiten durch die Expertin. Das daraus resultierende Ergebnis ist somit nicht das Produkt eines anderen Systems, sondern lediglich einer modifizierten Bewertung des betroffenen Kriteriums. Vor diesem Hintergrund bleibt es dabei, dass das System der VFA grundsätzlich als nicht diskriminierend zu qualifizieren ist. Dies schliesst allerdings nicht aus, dass eine konkrete Bewertung einer frauentypischen Arbeitstätigkeit zu tief ausfiel und dadurch eine lohn-mässige Diskriminierung der entsprechenden Berufsausübenden zur Folge hat. Darauf ist zurückzukommen.

## **E. 8**

a) Nachdem sich gezeigt hat, dass die Vereinfachte Funktionsanalyse als solche nicht geschlechtsdiskriminierend ist, ist zu prüfen, inwieweit die konkret vorgenommenen Arbeitsbewertungen der von den Klagenden vertretenen Berufsfunktion allenfalls diskriminierende Beurteilungsfehler aufweisen. Solches machen die Klagenden bezüglich des von ihnen vertretenen Pflegeberufs hauptsächlich im Vergleich zur Bewertung des Polizistenberufs geltend und verweisen auch hier auf die von ihnen bei Christian Katz eingeholte "Arbeitsbewertung bei Physiotherapeutinnen, Ergotherapeutinnen und Krankenschwestern" vom 29. Mai 1996 (act. --). Dabei betrachten sie die Einreihung der Physiotherapierenden ab Lohnklasse 12 auch bei einer Bewertung der Berufe gemäss VFA als diskriminierend. Nach Meinung der Klagenden sind die Physiotherapierenden ab Lohnklasse 15 einzureihen (Klageschrift S. 3). In der letzten Stellungnahme zum Gutachten wird bezüglich der Leistungsklagen sodann ausgeführt, es sei eine mindestens der Besoldungsklasse 16 entsprechende Lohndifferenz nachzuzahlen (act. --). Der Beklagte stellt eine Diskriminierung in allen Teilen in Abrede und betrachtet die Einreihung der Physiotherapierenden ab Lohnklasse 12 sowohl gegenüber den ab Lohnklasse 14 eingereihten Polizeisoldaten wie auch in Relation zum Lohngefüge insgesamt als angemessen. b) Es besteht selbstredend keine Pflicht, bei jeder Lohnstreitigkeit kantonaler Angestellter eine umfassende analytische Arbeitsplatzbewertung vorzunehmen (vgl. BGE 121 I 49 E. 4b). Dies allein schon deshalb nicht, weil die Frage, ob ein System diskriminierend sei – soweit deren Beurteilung von Rechtsfragen abhängt –, nicht von arbeitswissenschaftlichen Experten zu beurteilen ist

(BGE 125 II 385 E. 5b; 124 II 409 E. 4c). Demgegenüber gehören zu den beweisbedürftigen Sachfragen, zu deren Beantwortung allenfalls Experten heranzuziehen sind, beispielsweise Fragen nach der Einstufung verschiedener Funktionen im Vergleich oder nach Wertungswidersprüchen und dergleichen (vgl. BGE 125 II 541 E. 5d). Eine analytische Arbeitsplatzbewertung kann auch angeordnet werden, wenn sich dem Gericht tatsächliche Fragen stellen, die wegen der Komplexität des Besoldungssystems spezifisches Fachwissen voraussetzen (vgl. BGE 121 I 49 E. 4b; 117 Ia 262 E. 4c). Allein aus dem Umstand, dass eine beigezogene Fachperson Berufsgruppen anders bewertet als die der angefochtenen Entlohnung zugrundeliegende Bewertung, kann allerdings noch nicht auf eine Diskriminierung geschlossen werden. Denn nicht nur beim gewählten System (vgl. oben E. 6d/dd), sondern auch bei der konkreten Bewertung der Arbeitsplätze nach dem angewendeten System muss der Behörde ein erheblicher Spielraum zukommen. Eine Bewertung hat deshalb erst dann die Vermutung der Diskriminierung für sich, wenn sie auch unter Berücksichtigung des weiten Ermessens, wie es einer Verwaltungsbehörde im Rahmen ihrer Besoldungsstruktur zusteht, sachlich nicht mehr vertretbar ist. Insoweit sind dem Ermessen der Behörden aber immerhin Grenzen gesetzt: Eine im Vergleich zu anderen Berufskategorien sachlich nicht vertretbare Einreihung typischer Frauenberufe ist diskriminierend. Anders zu entscheiden hätte die Konsequenz, dass die behördliche Tieferbewertung eines frauentypischen Berufes im Rahmen des Lohngefüges und im Vergleich zu einem nicht geschlechtstypischen Beruf immer zulässig wäre, soweit nur die Auswahl und Gewichtung der Kriterien nicht geschlechtsspezifisch gewählt sind. Mit Bezug auf die Bewertung einer beruflichen Tätigkeit hat das Bundesgericht denn auch ausdrücklich festgehalten, dass sie nicht willkürlich oder rechtsungleich erfolgen und keine geschlechtsdiskriminierende Elemente enthalten darf (BGE 125 II 385 E. 5b). Dabei kann nicht die Höhe einer Besoldung an sich unzulässig sein, sondern nur eine ungerechtfertigte Lohndifferenz zu einer andern, als gleichwertig beurteilten Tätigkeit beim selben Arbeitgeber oder in einem von diesem abhängigen System (vgl. BGE 125 I 71 E. 4d/bb; BGE 124 II 436 E. 11a; 121 I 49 E. 3c; Elisabeth Freivogel, in: Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, Basel 1997, Rz. 105 zu Art. 3). c) Von Seiten der Klagenden wird zur Begründung der Klagen im Wesentlichen der Vergleich mit den Polizeisoldaten herangezogen und aus diesem Vergleich auf eine diskriminierende Besoldungseinreihung geschlossen. Die beiden zur Hauptsache angerufenen Berufe unterscheiden sich im Tätigkeitsbereich teilweise erheblich, so dass die Vergleichung der Tätigkeiten spezifisches Fachwissen voraussetzt. Dies machte es unentbehrlich, die Tätigkeit der verschiedenen Berufsgruppen durch eine Fachperson beobachten, beschreiben und im Vergleich zueinander fachlich beurteilen zu lassen (vgl. BGE 125 II 541 E. 5d; 121 I 49 E. 4b; 117 Ia 262 E. 4c; ferner ZBl 85/1984 S. 166). Wenn auch die Arbeit des Polizeisoldaten naturgemäss nicht annähernd deckungsgleich mit jener der Therapeuten/innen ist, so lassen sich die beiden Arbeiten – wie das Gutachten Grote aufzeigt – durchaus substanziell und aussagekräftig vergleichen. Dass dabei Wertungen vorzunehmen sind und ein objektives Ergebnis nur annäherungsweise erreicht werden kann, ist selbstverständlich, ändert aber nichts an der grundsätzlichen Vergleichbarkeit der Arbeitswerte beider Berufe. d) Vor der Überprüfung der kantonalen Arbeitsplatzbewertung ist auf grundsätzliche Einwände der Parteien gegen das Gutachten einzugehen. aa) Die Klagenden stellen sich auf den Standpunkt, es dränge sich der Verdacht auf, dass die Gutachterin nicht die Arbeit des Polizeisoldaten untersucht und bewertet habe, sondern diejenige von Polizeibeamten mit anspruchsvolleren und dementsprechend höher bewerteten Aufgaben. Auch frage sich, ob

die Bewertungen der beiden Tätigkeiten unter den gleichen bzw. gleichwertigen Voraussetzungen zustande gekommen seien. So habe die Gutachterin mehr Polizisten und diese offenbar während eines längeren Zeitraumes beobachtet als die Physiotherapierenden. Entsprechend hätten es die Klagenden vorgezogen, wenn die Gutachterin nicht nur zwei Physiotherapierende während ca. drei Stunden beobachtet hätte, sondern mehrere über einen längeren Zeitraum. Die Gutachterin habe auch Beamte aus der Fahndung, demnach eine nicht zu bewertende Berufsgruppe, auf Betreiben des Personalverantwortlichen beobachten müssen, was offensichtlich den Zweck gehabt habe, die Bewertung der Tätigkeit des Polizeisoldaten positiv zu beeinflussen. In diesem Zusammenhang beantragen die Klagenden das Einholen entsprechender Auskünfte und Belege (act. --). Der Beklagte bringt demgegenüber vor, dem Gutachten könne nicht der Stellenwert einer fundierten Expertise zukommen. So habe die Gutachterin Quervergleiche, welche zur definitiven Einreihung geführt hätten, ausser Acht gelassen und nur den ersten Schritt, nämlich die Einstufung auf Grund der Wertungshilfen, vollzogen. Zudem habe es sich die Gutachterin zu einfach gemacht, wenn sie nur zwei konkrete Arbeitsplätze bei den Physiotherapierenden desselben Spitals untersucht habe (act. --). bb) Die Gutachterin hat in ihren Erläuterungen zum Gutachten ausgeführt, im Allgemeinen seien nach diversen Vorgesprächen in den verschiedenen Berufsbereichen jeweils mindestens zwei Personen für eine Beobachtung ihrer Tätigkeit und eine Befragung entlang der VFA-Arbeitsumschreibung ausgewählt worden. Es sei dabei nicht darum gegangen, die konkrete Tätigkeit der befragten Person zu beschreiben, sondern anhand der Beobachtung und der VFA-Fragen eine Beschreibung der für die Grundeinstufung relevanten Tätigkeiten zu erarbeiten. Es seien demnach auch keine Arbeitsumschreibungen für jede der beobachteten Personen ausgefüllt worden. Zum Teil seien bei den im Anschluss an die Beobachtungen durchgeführten Interviews neben der beobachteten Person auch noch die jeweiligen Vorgesetzten anwesend gewesen. Bei der Kantonspolizei habe zunächst keine Bereitschaft bestanden, das Gutachten direkt durch Vermittlung der gewünschten Information und Beobachtungspersonen zu unterstützen. Statt dessen sei die Einhaltung des Dienstwegs in Form eines Auftrags des Verwaltungsgerichts an die der Kantonspolizei vorgesetzte kantonale Direktion gefordert worden. Nach entsprechendem Schreiben des Gerichts sei kantonspolizeiintern eine vorbereitende Sitzung zwischen den mit dem Gutachten Beauftragten und dem Personalverantwortlichen sowie dem Chef Kommandobereich der Kantonspolizei organisiert worden. Auf Anregung des Personalverantwortlichen sei entschieden worden, nicht nur in der Grundeinstufung entlohnte Polizisten im Bereitschaftsdienst, sondern auch Polizisten bei der Verkehrspolizei und in der Fahndung einzu beziehen, um ein grösseres Spektrum polizeilicher Tätigkeit kennenzulernen. Die konkreten Personen seien polizeiintern ausgewählt und kontaktiert worden. Dabei sei jeweils nur eine Beobachtung und allgemeine Diskussion über die Tätigkeit möglich gewesen. Interviews entlang der VFA-Arbeitsumschreibung hätten nicht durchgeführt werden können, da vom Personalchef die Weisung vorgelegen habe, in gar keinem Fall zu gestatten, dass vor Ort eine Analyse mit der VFA durchgeführt werde. Die erhaltenen Informationen seien im Gutachten in die VFA-Kategorien umgesetzt worden. Es seien vier Polizeisoldaten des Sicherheitspolizei-Bereitschaftsdienstes und ein Gefreiter sowie ein Korporal der Verkehrspolizei beobachtet worden. Die ergänzende Beobachtung in der Fahndung sei durch eine ganztägige Begleitung des Chefs Fahndung erfolgt, wobei der Grossteil des Tages Überwachungen und Verhaftungen von Verdächtigen beinhaltet habe. Es sei keine Person bei ihrer Tätigkeit beobachtet worden, sondern Mitglieder der Fahndungsgruppe der Kantons-

polizei in verschiedenen Zusammensetzungen. Deshalb werde auf eine Auflistung von Dienstgraden, Lohnklassen und Berufserfahrung einzelner Personen verzichtet. cc) Wie erwähnt hat auch das Bundesgericht festgehalten, die Frage, ob verschiedene Tätigkeiten als gleichwertig zu betrachten seien, könne nicht wissenschaftlich objektiv und wertfrei entschieden werden, sondern hänge von Beurteilungen ab, die unterschiedlich ausfallen können. Das Lohngleichheitsgebot bedeute nicht, dass nur noch eine ganz bestimmte Methode für die Bewertung von Arbeitsplätzen zulässig wäre; es verbiete jedoch die Wahl geschlechtsdiskriminierender Bewertungskriterien (BGE 124 II 409 E. 9b mit Hinweisen). Es versteht sich von selbst, dass auch für die Vornahme einer Begutachtung unter Anwendung eines bestimmten Bewertungsverfahrens – hier wurde die VFA herangezogen – unterschiedliche Vorgehensweisen denkbar sind und es diesbezüglich keine "bestimmten" Muster gibt, die es einzuhalten gilt. Nachdem die Gutachterin im Rahmen ihres Auftrags nicht nur Physiotherapierende und Polizeisoldaten zu beobachten hatte, sondern auch Diplomierte Schwestern/Pfleger, Krankenpflegelehrkräfte sowie Ergotherapeutinnen, erscheint es als nachvollziehbar, dass für die Vornahme ihrer Bewertung die Beobachtung von zwei Physiotherapierenden ein genügend umfassendes Bild vermitteln konnte, konnte doch die Gutachterin auch aus der Beobachtung der anderen Funktionen im medizinischen Bereich Erkenntnisse, z.B. bezüglich der Spitalstruktur, miteinfließen lassen. Im Gegensatz dazu musste sie sich bei der Untersuchung der Tätigkeit der Polizeisoldaten mit der dortigen Hierarchie neu befassen, weshalb die vorgenommene Beobachtung mehrerer Polizeisoldaten im Gegensatz zur Meinung der Klagenden nicht zu beanstanden ist. Im Übrigen war sich die Gutachterin bewusst, dass die in der Fahndung tätigen Polizisten nicht zu bewerten waren, weshalb sie auf entsprechende Weiterungen in ihrem Gutachten verzichtet hat. Entsprechend erübrigt es sich, in diesem Zusammenhang weitere Belege etc. beizuziehen, wie dies von den Klagenden beantragt wird. Nachdem die Gutachterin vier Polizeisoldaten beobachtet hat, kann auch davon ausgegangen werden, dass sie ohne weiteres zwischen der Tätigkeit der Polizeisoldaten und der Fahnder unterscheiden konnte. Bezüglich des Einwands, die Gutachterin habe keine VFA-Interviews mit den Polizeisoldaten durchführen können, weshalb eine Ungleichbehandlung bei der Analyse der beiden zu untersuchenden Tätigkeiten bestanden habe, ist festzuhalten, dass die Gutachterin die Ergebnisse in die VFA-Kategorien umgesetzt hat, so dass die Möglichkeit des Vergleichs der beiden Berufskategorien gewährleistet wurde. Auch lässt sich das Gutachten nicht dadurch entkräften, dass die Sachverständige auf Betreiben der Kantonspolizei den sogenannten Dienstweg einzuhalten hatte, das heisst von der vorgesetzten kantonalen Direktion einen entsprechenden Auftrag benötigte. Es ist gerichtsnotorisch, dass gewisse Amtsstellen bei der Erteilung von Auskünften bzw. Gewährung von Einblicken an Aussenstehende in ihre Tätigkeit strengen Wert auf die Einhaltung des Dienstweges legen und aus Verantwortlichkeitsüberlegungen heraus auch legen müssen. Daraus kann aber nicht auf ein mangelhaftes Gutachten geschlossen werden. Ebenso ist zu beachten, dass die Gutachterin nicht die einzelnen beobachteten Physiotherapierenden oder Polizeisoldaten, sondern lediglich gestützt auf ihre aus der Beobachtung gezogenen Erkenntnisse die von den streitbetroffenen Funktionen typischerweise ausgeübten Tätigkeiten bewertet hat (vgl. act. --). Dass sich dabei auch Vorgesetzte der Beobachteten zu Wort meldeten, wirkt sich nicht zu Ungunsten der Qualität des Gutachtens aus, war sich doch die Gutachterin einerseits bewusst, welche Funktion die Betroffenen innehatten und konnten andererseits auf diese Weise allfällige Unklarheiten durch entsprechende Auskünfte geklärt werden. Zum Einwand des Beklagten, die Gutachterin habe keine Quervergleiche mit anderen Berufsgruppen

und konkret mit der Spitalhierarchie gemacht, ist festzuhalten, dass die Gutachterin gar nicht dazu beauftragt wurde. Ob aufgrund solcher Überlegungen andere Einreihungen vorgenommen werden durften, als sie sich aufgrund der Summe der Arbeitswertpunkte ergaben, insbesondere ob sie auf nachvollziehbaren und widerspruchsfreien Überlegungen beruhten und den Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörde nicht überdehnten, ist eine vom Gericht zu beurteilende Rechtsfrage. An dieser Stelle ist auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu verweisen, wonach zu den beweisbedürftigen Sachfragen, zu deren Beantwortung allenfalls Experten herangezogen werden können, etwa Fragen gehören, auf welchen Kriterien die LohnEinstufung erfolgt, wie die Einstufung verschiedener Funktionen im Vergleich ist, ob sich dabei Wertungswidersprüche zeigen oder ob durch die vorgenommene Bewertung eine geschlechtsspezifische Funktion benachteiligt wurde (BGE 125 II 541 E. 5d mit Hinweis). Entsprechend sind die an die Sachverständigen zu formulierenden Fragen möglichst klar umgrenzt zu stellen; insbesondere obliegt es nicht den Sachverständigen, Rechtsfragen zu beantworten. Die Begutachtung erweist sich somit zusammengefasst als wissenschaftlich ausgewiesen und mithin als geeignet, um gestützt darauf und auf die übrigen Akten die umstrittene Arbeitsbewertung der in Frage stehenden Berufskategorien zu beurteilen. e) Im Lauf des Verfahrens sind seitens der Klagenden diverse Akteneditionsbegehren ergangen. So beantragten sie, es sei der Beklagte zu verpflichten, die Unterlagen und Ergebnisse der Arbeitsbewertung der Physiotherapierenden im Zusammenhang mit der SBR sowie die Resultate und Unterlagen der analytischen Arbeitsbewertung der Kantonspolizei zu edieren (Klageschrift S. 2; Replik S. 20). Der Beklagte wurde mit Beschluss vom 23. September 1998 zur Edition von gewissen relevanten Unterlagen aufgefordert. Wie bereits erwähnt stellte sich der Beklagte in der Folge auf den Standpunkt, sämtliche notwendigen Akten lägen bereits im Recht, und kam insofern der Editionsauflage nicht weiter nach. Dies ist, soweit ihn die Behauptungs- und Beweislast trifft, androhungsgemäss zu seinem Nachteil zu würdigen. Ausserdem beantragten die Klagenden den Beizug der dem gerichtlich eingeholten Gutachten zugrunde liegenden Unterlagen. Letzteres Begehren wurde mit Präsidialverfügung vom 18. Mai 2000 einstweilen abgewiesen. An dieser Abweisung ist auch heute festzuhalten, wird doch der massgebliche Sachverhalt durch das Gutachten, die Erläuterungen und durch die übrigen Akten in ausreichendem Mass erstellt.

## E. 9

a) Zur Beurteilung der strittigen Arbeitsbewertung enthält das Gutachten Grote wichtige und überzeugende Hinweise und Grundlagen. Das Gutachten hat abgesehen von der Darstellung und dem Vergleich der beiden in Frage stehenden Berufsgruppen eine Bewertung der beiden Funktionen vorgenommen, wobei die sich nach der VFA ergebenden Stufenwerte mit entsprechender Begründung teilweise modifiziert wurden. Dabei ergaben sich folgende Resultate: Polizeisoldat/in Physiotherapeut/in Stufe VFA Stufe modifiziert AWP modifiziert Stufe VFA Stufe modifiziert AWP modifiziert K1 2,75 2,25 94,5 2,75 2,75 127,0 K2 2,0 2,25 89,0 2,5 2,5 103,0 K3 2,0 2,5 72,0 2,5 2,5 72,0 K4 2,0 3,0 30,0 2,5 3,0 30,0 K5 3,0 3,0 27,0 4,0 4,0 42,0 K6 3,0 3,0 27,0 2,5 2,5 20,5 Total 339,5 394,5 Die Gutachterin kommt somit für die Physiotherapierenden auf einen Arbeitswert, der deutlich über demjenigen des Polizeisoldaten liegt. Die für die Polizeisoldaten errechnete Punktzahl entspricht der Lohnklasse 14, was der tatsächlichen Einreihung der Polizeisoldaten im Lohngefüge entspricht. Demgegenüber ergibt sich für die Physiotherapierenden gemäss Gutachten als angemessene Einreihung Lohnklasse 16, wogegen die tatsächliche Einreihung in Lohnklasse 12 erfolgt. Wie dargelegt bedeutet dieses Ergebnis allerdings

noch keineswegs das Vorliegen einer diskriminierenden Ungleichbehandlung in diesem Umfang. Vielmehr bleibt zu beachten, dass die Bewertung des Beklagten nur dort diskriminiert und somit zu korrigieren ist, wo diese im Vergleich zur Bewertung der Vergleichsgruppe und im Rahmen des bestehenden Besoldungssystems unhaltbar ist. b) Kriterium 1 (Ausbildung und Erfahrung): aa) Das Gutachten bewertet K1 bei den Physiotherapierenden mit Stufe 2,75 und bei den Polizeisoldaten modifiziert mit 2,25. Zur Begründung der Höhereinstufung der Physiotherapierenden wird zunächst darauf verwiesen, dass gemäss der Definition des Schweizerischen Physiotherapeuten-Verbandes für den Antritt der Ausbildung eine Mittelschule oder Berufslehre vorausgesetzt sei. Zudem hätten die Physiotherapierenden eine vierjährige Physiotherapie-Lehre zu absolvieren. Für die Polizeisoldaten sei eine Berufslehre vorausgesetzt, worauf die einjährige Ausbildung in der Polizeischule erfolge. Die Einstiegsvoraussetzungen für die Ausbildung seien bei beiden Ausbildungsgängen als Zweitausbildungen charakterisiert. Somit resultiert die Tieferbewertung für die Polizeisoldaten im wesentlichen aus dem Umstand, dass die Grundausbildung bei der Polizei nur ein Jahr daure, bei der Physiotherapie-Lehre dagegen vier Jahre. bb) Der Beklagte hält dem im wesentlichen entgegen, dass zur massgeblichen Zeit der SBR ein Mittelschulabschluss oder eine Berufslehre für die Ausbildung zur Physiotherapie nicht erforderlich gewesen sei. Mit Bezug auf den Kanton Zürich weist er darauf hin, dass das Eintrittsalter bei den Physiotherapie-Schulen Triemli und USZ seinerzeit auf 18 Jahre festgelegt worden sei. Zudem seien 9 bzw. 11 Schulstufen sowie Grundkenntnisse in Biologie, Physik und Chemie verlangt worden. Erst die Aufnahmeordnung des USZ vom 21. Oktober 1996 setze entweder das Absolvieren der Sekundarschule und eine mindestens dreijährige Berufslehre, einer Diplommittelschule, des Gymnasiums oder einer entsprechenden Vorbildung mit Abschluss voraus (Duplik S. 43 ff., act. --). Der Beklagte weist auch darauf hin, dass die Polizeischule eine ausgesprochene Leistungsschule sei. Die Klagenden machen unter anderem geltend, faktisch sei für die Aufnahme zur Physiotherapie-Ausbildung bereits im Jahr 1991, dem Zeitpunkt der SBR, der Abschluss einer Mittelschule bzw. einer Berufsschule verlangt worden. Dazu wird eine Statistik der Physiotherapieschule Triemli eingereicht (act. --). cc) Soweit die Feststellungsklagen eine Diskriminierung aufgrund der Besoldungsregelung bei Einreichung der Klage geltend machen, ist grundsätzlich auf die in jenem Zeitpunkt geltenden Ausbildungsanforderungen abzustellen, während für die rückwirkend geltend gemachten Lohnzahlungen vom 1. Juli 1991 bis 30. Juni 1996 der Beurteilung die im Zeitpunkt der Strukturellen Besoldungsrevision massgeblichen Ausbildungsanforderungen zugrunde zu legen sind. Sodann ist zu beachten, dass ein Besoldungssystem auf die während seiner Geltungsdauer massgeblichen Verhältnisse ausgerichtet sein muss, das heisst grundsätzlich den massgeblichen Umständen bei und nach seiner Festsetzung Rechnung tragen muss. Dies bedeutet einerseits, dass im Zeitpunkt der Bewertung bereits feststehende Änderungen der Ausbildungsanforderungen zu berücksichtigen sind; andererseits kann aus praktischen Gründen nicht jede spätere Änderung unmittelbar zu einer Anpassung des Einreichungsgefüges führen. Den zwischen vom 1. Juli 1991 bis 1996 eingetretenen Änderungen hinsichtlich der Ausbildungsanforderungen kommt deshalb für die Frage einer allfälligen Diskriminierung keine ausschlaggebende Bedeutung zu. Zudem ist zu beachten, dass im Laufe des hier interessierenden Zeitraums die Ausbildungsanforderungen für beide der zu vergleichenden Berufe gestiegen sind: So wurde für die Physiotherapie-Ausbildung erst mit der Aufnahmeordnung des USZ vom 21. Oktober 1996 eine mindestens dreijährige Berufslehre oder ein Mittelschulabschluss explizit vorausgesetzt, und wurde für die Ausbil-

derung zum Polizisten gemäss der Schrift "Beruf und Berufung", welche sich an Interessenten für den Dienst bei der Kantonspolizei wendet, erst ab der Fassung 1996 ausdrücklich eine dreijährige Berufslehre vorausgesetzt (act. --). dd) Laut den "Bestimmungen und Richtlinien für die vom Schweizerischen Roten Kreuz anerkannten Ausbildungsstätten mit einem Ausbildungsprogramm für Physiotherapeutinnen und Physiotherapeuten" (Richtlinien SRK, Stand 1990) wurden für die Aufnahme in eine Schule für Physiotherapie das zurückgelegte 17. Altersjahr, eine abgeschlossene Ausbildung der Sekundarschulstufe I und Kenntnisse einer zweiten Landessprache vorausgesetzt; die Schulen hatten zudem die körperliche, intellektuelle und charakterliche Eignung der Kandidatinnen zu überprüfen (act. --). Laut der ab 1. September 1990 in Kraft stehenden Aufnahmeordnung der Physiotherapie-Schule des Stadtspital Triemli vom 30. August 1990 (act. --) wurden für die Aufnahme das vollendete 18. Altersjahr, mindestens elf Schulstufen, Grundkenntnisse in Biologie, Physik und Chemie, Kenntnisse einer zweiten Landessprache, erfolgreich abgeschlossener Nothelferkurs, Schnuppertage im Berufsgebiet sowie ein mindestens 4-wöchiges Spitalpraktikum auf einer Bettenstation vorausgesetzt; an einer Aufnahmeprüfung wurden zudem geprüft: Beherrschung der deutschen Sprache mündlich und schriftlich; Umgang in einer Gruppe; Fähigkeit Andere anzuleiten, Umgang mit Partnern, Kreativität, manuelle Geschicklichkeit sowie Bewegungsfähigkeit und rhythmische Anpassung. Für das Universitätsspital Zürich galten vergleichbare Anforderungen (vgl. Aufnahmeordnung vom 15. April 1988; act. --). Laut einer Broschüre des Universitätsspitals Zürich vom Dezember 1994 (act.--) gelten heute folgende Aufnahmebedingungen: Mindestalter 18 Jahre, mindestens Sekundarschule sowie Mittelschule oder Lehrabschluss, gute Grundlagen in Physik, Chemie oder Biologie (Niveau Mittelschulen), Schnupperlehre von mindestens zwei Tagen Dauer; wer diese Bedingungen erfüllt, kann eine schriftliche Vorprüfung absolvieren und wird bei Bestehen zur eigentlichen Aufnahmeprüfung zugelassen. Nach dem Aufnahmeentscheid ist noch vor Ausbildungsbeginn ein mindestens dreimonatiges Pflegepraktikum an einem Akutspital zu bestehen. Die Ausbildung dauert gemäss Richtlinien SRK vier Jahre. Laut Promotionsordnung der Physiotherapie-Schule des Stadtspital Triemli vom 1. Dezember 1990 (act. --) erfolgt nach jedem Semester eine Prüfung, wobei in allen Hauptfächern genügende Noten erzielt werden müssen. Laut der sich an Interessenten für den Dienst bei der Kantonspolizei wendenden Schrift "Beruf und Berufung" (2. Auflage vom November 1994) sind für die Aufnahme als Aspirant/in in das Polizeikorps ein Mindestalter von 20 Jahren, 9 Jahre Volksschule einschliesslich Sekundar- oder Realschule, sowie wahlweise eine abgeschlossene Berufslehre (ab 1996 eine dreijährige Berufslehre) oder ein gleichwertiger Abschluss sowie für männliche Bewerber das Bestehen der Rekrutenschule vorausgesetzt. Die Eingangsprüfung umfasst Sporttests sowie insbesondere Prüfungen in Deutsch, Rechnen und Geographie; anschliessend erfolgt eine Eignungsabklärung durch das Institut für angewandte Psychologie (IAP), bei welcher mittels eines dreistündigen Tests das Reaktionsvermögen der Bewerber, ihre Auffassungs- und Beobachtungsgabe, ihre Lernfähigkeit und Belastbarkeit sowie ihr Verhalten in der Arbeit und im Umgang mit Menschen ermittelt werden. Abgeschlossen wird das Aufnahmeverfahren durch die vertrauensärztliche Untersuchung und ein Anstellungsgespräch. Die eigentliche Polizeischule dauert 5 Monate, umfasst Unterricht in Allgemeinbildung, Fachausbildung und Sport; sie schliesst mit einer Prüfung ab (vgl. act. --). Daran anschliessend folgt ein sechswöchiges Informationspraktikum mit Einsätzen im Aussendienst bei der Verkehrspolizei und im Team einer Land- oder Stadtstation. Danach leistet der Aspirant praktischen Dienst bei der Bereitschaftsabteilung, wird zwölf Monate ab

Start der Polizeischule vereidigt, ins Korps aufgenommen und trägt nun den Grad eines Polizeisoldaten. ee) Diese Ausbildungs- und Erfahrungsanforderungen sind als gleichwertig zu würdigen. Die vom Beklagten vorgenommene um 0,5 Punkte tiefere Bewertung der Physiotherapierenden in diesem Kriterium ist nicht nachvollziehbar und sprengt damit deutlich den Rahmen des vom Gericht zu beachtenden Beurteilungsspielraums der Verwaltungsbehörde und der Projektgremien. Die Einstufung des Physiotherapie-Berufs mit 2,0 Punkten widerspricht zudem den von den Projektgremien verwendeten Wertungshilfen (act. --): Danach sind der Stufe 2,5 unter anderem zuzuweisen Tätigkeiten, welche eine Lehre mit qualifizierten Voraussetzungen (wie vorangehende Ausbildung, Handelsdiplom, allenfalls Matura) erfordern. Solche qualifizierten Voraussetzungen setzt die Ausbildung zur Physiotherapeutin bzw. zum Physiotherapeuten voraus, wenn für die Aufnahme in die Physiotherapieschulen schon im Zeitpunkt der SBR das vollendete 18. Altersjahr, mindestens elf Schulstufen, Grundkenntnisse in Biologie, Physik und Chemie, Kenntnisse einer zweiten Landessprache, erfolgreich abgeschlossener Nothelferkurs, Schnuppertage im Berufsgebiet sowie ein mindestens 4-wöchiges Spitalpraktikum verlangt wurden. Auch wenn diese Voraussetzungen nicht ganz genau den in den Wertungshilfen beispielhaft genannten entsprechen, so kommen sie diesen materiell jedenfalls sehr nahe. Zudem lässt sich auch die Ausbildung zum Polizisten nicht ohne weiteres den für die Stufe 2,5 vorausgesetzten Ausbildungsgängen zuordnen, da die einjährige Polizeiausbildung zwar mindestens eine vorangehende Berufslehre verlangt, für sich selber aber nicht einer dreijährigen Berufslehre gleichgesetzt werden kann; das ergibt sich schon daraus, dass die Grundausbildung des Polizisten erst nach zwei bis drei Jahren Bereitschaftsdienst und anschliessendem fünfmonatigem Polizeifachkurs abgeschlossen ist (act. --). Insgesamt haben beide zu vergleichenden Berufe bis zum Diplomabschluss bzw. zur Gradierung als Polizeisoldat nach Abschluss der Oberstufe mindestens vier Jahre Berufsausbildung, wobei bei den Physiotherapierenden das seit jeher erforderliche Pflegepraktikum bzw. die nach der SBR gestiegenen Anforderungen noch nicht berücksichtigt sind. Die Polizisten können das Ausbildungsziel frühestens mit 21, die Physiotherapierenden mit 22 Jahren erreichen. Bezüglich Erfahrung mag der Polizeisoldat leicht besser bewertet werden, da die Ausbildung erst mit Erfüllung des 20. Altersjahrs begonnen werden kann. Dagegen fällt bei der Physiotherapierenden-Ausbildung deren deutlich längere berufsspezifische Ausbildung ins Gewicht: Während die Ausbildung zum Polizeisoldaten lediglich ein Jahr dauert, umfasst die Physiotherapierenden-Ausbildung vier Jahre. Vor diesem Hintergrund sind die Anforderungen an Ausbildung und Erfahrung bei den Physiotherapierenden leicht höher zu werten und fällt es nicht erheblich ins Gewicht, dass bei den männlichen Bewerbern für den Polizeiberuf das Absolvieren der Rekrutenschule vorausgesetzt wird. Unter diesen Umständen ist die unterschiedliche Einstufung in Kl1 ungerechtfertigt und diskriminierend insbesondere dadurch, dass die qualifizierten Eintrittsvoraussetzungen für den Zugang zur Physiotherapieausbildung unberücksichtigt bleiben, während andererseits unbeachtet bleibt, dass die Ausbildung zum Polizeisoldaten noch keine vollständige Zweitausbildung ausmacht. Die Tiefereinstufung ist damit zu korrigieren. Daran vermögen auch die weiteren Einwendungen des Beklagten in der Stellungnahme zum Gutachten nichts zu ändern. Insbesondere kann es dem Standpunkt des Beklagten nichts nützen, wenn Kriterium 1 im Rahmen des solothurnischen Lohngefüges ohne Rechtsverletzung mit 2,25 bewertet werden durfte (vgl. act. --). Die Bewertung der einzelnen Funktionen ist vielmehr im Vergleich zu anderen Funktionen im zürcherischen Lohnsystem vorzunehmen und zu beurteilen. Es bleibt somit dabei, dass die Tieferbewertung der Physiotherapierenden gegenüber den

Polizeisoldaten in K1 diskriminierend ist. Zu prüfen bleibt, welche Stufe den Physiotherapierenden im Vergleich zu den Polizeisoldaten und im Gesamtgefüge des Besoldungssystems – um die Diskriminierung zu beseitigen – minimal zugewiesen werden muss. Nicht zu folgen ist der von den Klagenden geforderten und auch von der Gutachterin vorgeschlagenen im Vergleich mit den Polizisten um 0,5 Punkte höheren Einstufung. Die Gutachterin stellt dabei mit den Klagenden zu ausschliesslich auf die heute geltenden Ausbildungsanforderungen ab. Diese würden zwar für eine höhere Einstufung der Physiotherapierenden im Kriterium K1 sprechen; dass die Einreihung nicht immer den gerade aktuellen Ausbildungsanforderungen entspricht, gilt jedoch auch für andere Berufe; eine Diskriminierung lässt sich daraus nicht herleiten. Sodann wäre es wie bereits erwähnt unzulässig, wenn den insgesamt etwas höheren Anforderungen für den Physiotherapieberuf durch die punktuelle Einführung einer feineren Skalierung Rechnung getragen würde (VGr, 10 Juli 1996, VK.94.00024, E. 7a betr. Besoldung Handarbeitslehrkräfte). Im Rahmen des gesamten Lohngefüges und auch im Vergleich mit den Polizeisoldaten erscheint Stufe 2,5 für Physiotherapierenden als vertretbar bzw. liegt noch im Rahmen dessen, was der Beklagte in Ausübung seines Ermessens ohne Verletzung des Diskriminierungsverbots hätte wählen können. Dasselbe gilt für die vom Kanton gewählte Stufe 2,5 für die Polizeisoldaten. Zwingende Gründe für eine TieferEinstufung der Polizeisoldaten auf die aussergewöhnliche Viertelstufe 2,25, wie sie das Gutachten bei der modifizierten Variante vorschlägt, bestehen nicht. Zusammengefasst sind die Physiotherapierenden in K1 somit zur Beseitigung der bestehenden Diskriminierung auf minimal 2,5 einzustufen.

c) Kriterium 2 (Geistige Anforderungen): Betreffend das Kriterium 2 wurden im Rahmen der SBR beide Berufskategorien gleich eingestuft, nämlich mit 2,0. Die Klagenden stellen sich auf den Standpunkt, die Physiotherapierenden hätten mindestens mit 3,0 bewertet werden müssen. Das Gutachten geht bei den Physiotherapierenden von der Stufe 2,5 aus, bei den Polizeisoldaten modifiziert von 2,25. Zur Begründung verweist die Gutachterin bei den Physiotherapierenden auf die selbständige Planung und Durchführung von Therapien aufgrund individuell erarbeiteter Therapiekonzepte. Die ärztlichen Anweisungen würden nur grobe Ziele für die Therapie beschreiben. Die Kontrolle erfolge vor allem in Rapporten auf der Grundlage dieser Ziele. Weiter müssten die Physiotherapierenden die Situation der Patienten ganzheitlich erfassen und beurteilen. Sodann oblägen den Physiotherapierenden verschiedene Organisationstätigkeiten und hätten sie häufige, auch anspruchsvolle Kontakte zu Patienten und anderen Institutionen. Die Tätigkeit der Polizeisoldaten schildert die Gutachterin dagegen als ausführend mit selbständigen Elementen, wobei letztere zum Beispiel beim Patrouillengang vorkäme; dabei sei in unvorhergesehenen Situationen zu entscheiden. Die Kontrolle der Arbeit erfolge fast 100%ig durch die Vorgesetzten anhand der schriftlichen Berichte. Notwendig sei eine hohe geistige Regsamkeit für rasche Einschätzung von Situationen und Entscheidung über richtiges Vorgehen in Berücksichtigung der Polizeitaktik. Zur Höherbewertung gelangt die Gutachterin zusammengefasst hauptsächlich, weil die Tätigkeit der Physiotherapierenden mehr eigenständige Arbeit mit groben Zielvorgaben und wenig eher indirekter Kontrolle beinhalte. Der Beklagte macht demgegenüber geltend, die Ärzte würden den Behandlungsschwerpunkt sowie Art und Dauer der Therapie, welche teilweise in allen Einzelheiten feststehe, bestimmen. Den Physiotherapierenden komme deshalb vorab ausführende Funktion zu. Dagegen habe sich der Polizist in der Praxis den verschiedensten Anforderungen unvorbereitet zu stellen und selbständig zu entscheiden. Mit diesen Einwendungen lassen sich die tatsächlichen Feststellungen im Gutachten, wonach die Physiotherapierenden die

Therapien selbständig planen und durchführen, und den Polizeisoldaten eine ausführende Tätigkeit mit selbständigen Elementen obliegt, in keiner Weise widerlegen. Es ist von den Feststellungen im Gutachten auszugehen. Die vom Beklagten für die Physiotherapierenden gewählte Stufe 2,0 – und damit die Gleichstellung mit den Polizeisoldaten – ist auch in Berücksichtigung des Ermessens auf Seiten der Beklagten nicht vertretbar. Sie widerspricht denn auch klarerweise den Wertungshilfen, wonach Stufe 2,0 für grösstenteils ausführende Tätigkeit und nur zum Teil selbständiger Sachbearbeitung vorgesehen ist, Stufe 2,5 dagegen für weitgehend selbständige Sachbearbeitung in einem Sachgebiet und weniger ausführenden Tätigkeit. Die Höherbewertung der Physiotherapierenden in die Stufe 2,5 ist daher zwingend. Die vom Beklagten für die Polizeisoldaten vorgesehene Stufe 2,0 erscheint als angemessen. d) Kriterium 3 (Verantwortung): In Kriterium 3 bewertet die Gutachterin beide Berufsgruppen nach modifizierter Lösung gleichwertig, nämlich auf Stufe 2,5. Gemäss Einreihung des Beklagten erreichen beide Berufsgruppen 2,0 Punkte. Zur Begründung verweist das Gutachten auf die Selbständigkeit der Physiotherapierenden, auf deren hohe Fachverantwortung in der Behandlung der Patienten, wo eine falsche Behandlung negative Auswirkungen auf die Sicherheit der Patienten haben könne. Ferner wird vermerkt, dass die Physiotherapierenden teilweise Anleitungsfunktion (fachliche Führungsverantwortung für Praktikantinnen und Leitungsfunktion bei Gruppentherapien) hätten. Bei den Polizeisoldaten erwähnt das Gutachten namentlich die Möglichkeit von Fehlern mit grosser Tragweite (Schusswaffengebrauch). Aus diesen potenziell drastischen Auswirkungen von Fehlern beim Polizeiberuf schliesst das Gutachten für die Polizeisoldaten gemäss der modifizierten Bewertung trotz der im Übrigen begrenzten Verantwortung auf die gleiche Bewertung wie bei den Physiotherapierenden. Die Klagenden wenden dagegen im wesentlichen ein, dass die Physiotherapeutin selbständig und nur ganz selten auf Einzelanweisung hin arbeite. Der Polizeisoldat komme im Übrigen kaum je in die Lage, alleine unvorhersehbare Situationen zu bewältigen. Für die Physiotherapierenden erachten die Klagenden die Stufe 3,0 als richtig. Soweit damit Einwendungen gegen die Sachverhaltsdarstellung der Gutachterin gemacht werden, vermögen sie nicht durchzudringen. Bei der Bewertung ist zu beachten, dass die deutlich höhere Selbständigkeit der Physiotherapierenden vorab in K2 zu berücksichtigen ist (vgl. Wertungshilfen). Sodann besteht wie das Gutachten feststellt nur teilweise eine fachliche Führungsverantwortung gegenüber Praktikantinnen. Auch aus der Funktionsbeschreibung des Universitätsspitals Zürich ergibt sich, dass die diplomierten Physiotherapierenden in der Grundfunktion formell keine Unterstellungen haben (vgl. [96/16] 3/28/1). Dies im Unterschied zur TAS 4232, welche drei Praktikanten als Direktunterstellte auswies (vgl. [96/15] 10/7). Eine Gleichbewertung zwischen Physiotherapierenden und Polizeisoldaten lässt sich daher im Ergebnis vertreten. Nachdem der Beklagte für die Polizeisoldaten Stufe 2,0 gewählt hat, erscheint die Wahl derselben Stufe für die weitgehend gleich hoch zu bewertende Funktion der Physiotherapierenden nicht als diskriminierend. Wurde der nicht typisch weibliche Beruf des Polizeisoldaten mit 2,0 bewertet, so stellt dies im Quervergleich einen sachlichen Grund dar, um die Physiotherapierenden gleich einzustufen. Auch in Beachtung der Wertungshilfen liegt die Funktion der Physiotherapierenden noch nicht in der Stufe 2,5, weshalb die Wahl der Stufe 2,0 vertretbar ist. Zusammengefasst lässt sich die vom Kanton gewählte Stufe 2,0 nicht als diskriminierend bezeichnen. e) Kriterium 4 (Psychische Anforderungen/Belastungen): Die Expertin setzt in Kriterium 4 beide Berufsgruppen modifiziert auf die Stufe 3,0. Sie verweist bei beiden Tätigkeiten auf den häufigen Einblick in menschliches Elend sowie auf die

emotional anspruchsvollen Kontakte, bei den Physiotherapierenden zu den Patienten und bei den Polizeisoldaten zu Arrestanten. Bei den Physiotherapierenden komme noch die vergleichsweise höhere Sachverantwortung hinzu. Nach Meinung der Klagenden sind die Physiotherapierenden in K4 mit 3,0 bis 3,5 zu bewerten, da ihre Arbeit in dieser Hinsicht mindestens gleichwertig sei wie diejenige der Polizeisoldaten. Nach Meinung des Beklagten rechtfertigt sich im Quervergleich eine Gleichstellung der Physiotherapierenden mit den Krankenschwestern nicht. Der Kontakt der Physiotherapierenden mit den Patienten konzentriere sich auf kürzere, zeitlich abgegrenzte Intervalle. Eine Auseinandersetzung mit dem Tod erlebten die Physiotherapierenden in einem gegenüber der Funktion der Krankenschwester deutlich weniger ausgeprägtem Mass. Der Beklagte geht von einer Einstufung der Physiotherapierenden im Bereich zwischen 2,5 und 3,0 aus. Für die Polizeisoldaten hält er an der Stufe 3,5 fest und macht geltend, dass die Arbeit des Polizeisoldaten überwiegend negativ geprägt und in vielen Fällen ausgesprochen zermürbend sei. Ferner verweist er auf eine ausgesprochene Exponiertheit gegenüber der öffentlichen Kritik. Der höheren Fachverantwortung auf Seiten der Physiotherapierenden stehen die häufigen Aussenkontakte der Polizeisoldaten unter den Augen der Öffentlichkeit gegenüber. Wenn auch insgesamt eine identische Einstufung, wie sie die Gutachterin vorschlägt, angemessen scheint, so ist es doch nicht unhaltbar, die psychischen Anforderungen der Polizeisoldaten um maximal eine halbe Stufe höher zu werten. Sachlich nicht mehr vertretbar ist dagegen die kantonale Differenzierung um eine ganze Stufe. Ausgehend von der vertretbaren Stufe 3,5 für die Polizeisoldaten sind die Physiotherapierenden demnach jedenfalls mit 3,0 einzustufen. Die tiefere Stufe erweist sich als diskriminierend. Mit der Stufe 3,0 bleiben die Physiotherapierenden zudem um 0,5 Punkte tiefer als die kantonale Bewertung der Krankenschwestern, so dass auf den erwähnten Einwand des Beklagten, eine Gleichstellung der Physiotherapierenden mit den Krankenschwestern in K4 sei unberechtigt, nicht weiter einzugehen ist. f) Kriterium 5 (Physische Anforderungen/Belastungen): Die Gutachterin kommt hier auf eine Bewertung der Physiotherapierenden von 4,0 gegenüber 3,0 bei den Polizeisoldaten. Zur Begründung wird zunächst auf die Tätigkeit der Physiotherapierenden verwiesen, welche oft und während längerer Zeit körperlich anstrengend und gekoppelt mit Handfertigkeit, Präzision und Geschicklichkeit sei. Die Tätigkeit der Polizeisoldaten beinhalte dagegen nur gelegentlich hohe körperliche Anstrengung und Geschicklichkeit/Handfertigkeit. Während bei den Polizeisoldaten die körperliche Anstrengung und Geschicklichkeit eher in Extremsituationen gefordert sei, umfasse die physiotherapeutische Tätigkeit als Kernelement den Einsatz des eigenen Körpers sowohl grob- wie feinmotorisch. Die Klagenden stellen sich auf den Standpunkt, die Physiotherapierenden hätten wegen der hohen Anforderungen an die körperliche Konstitution und Kondition mit 3,5 bewertet werden müssen. Eine Höherbewertung gegenüber der Tätigkeit der Polizeisoldaten erscheine angesichts dieser Dauerbelastung als gerechtfertigt. Der Beklagte erblickt bei den Physiotherapierenden nur gelegentlich körperliche Anstrengung in hohem Grad und verweist auf den Unterschied zwischen aktiven und passiven Therapien; nur bei ersteren liege eine starke körperliche Belastung vor. Der Polizeisoldat habe sich dauernd körperlich fit zu halten, um für den Notfall vorbereitet zu sein. Der Beklagte bewertete K5 bei beiden Berufsgruppen mit 3,0. Die Einwendungen des Beklagten mögen teilweise durchaus zutreffen, lassen jedoch ausser Acht, dass es bei Kriterium 5 nicht bloss um körperliche Anstrengung und Kondition geht, sondern, wie die Wertungshilfen deutlich aufzeigen, auch um Handfertigkeit und Geschicklichkeit. Somit liegt in diesem Bereich ein klares

Übergewicht auf Seiten der Physiotherapierenden vor und ist im Übrigen – jedenfalls unter Berücksichtigung des Sporttrainings für Polizeisoldaten – bei beiden Berufen von in etwa identischer körperlicher Anstrengung auszugehen. Auch wenn bei gewissen Tätigkeiten der Physiotherapierenden eine hohe Belastung auftritt (vgl. etwa act. --), kann dies nicht auf sämtliche Tätigkeiten der Physiotherapierenden übertragen werden. Mit Recht wendet der Beklagte hier ein, dass sich bei aktiven Therapieformen (bezogen auf die Patienten) eine geringere Belastung für die Physiotherapierenden ergibt. Dem deutlichen Übergewicht im Teilbereich Handfertigkeit/Geschicklichkeit muss durch eine höhere Einstufung der Physiotherapierenden jedoch zwingend Rechnung getragen werden. Wenn auch hier in Übereinstimmung mit der Auffassung der Gutachterin die Stufe 4,0 für Physiotherapierende angemessen wäre, lässt sich im Vergleich mit den Polizeisoldaten auch Stufe 3,5 noch sachlich vertreten. Eine Diskriminierung ist somit nur insoweit zu bejahen, als die Physiotherapierenden tiefer als auf Stufe 3,5 gesetzt wurden. g) Kriterium 6 (Beanspruchung der Sinnesorgane/spezielle Arbeitsbedingungen): Das Gutachten bewertet die Physiotherapierenden mit Stufe 2,5, die Polizeisoldaten mit 3,0 und hält fest, dass bei beiden Berufsgruppen alle Sinnesorgane gefordert werden. Bei den Physiotherapierenden bestehe sodann teilweise Ansteckungsgefahr und gelegentlich Wochenend- und Abenddienst. Für die Polizeisoldaten sei eine Ansteckungs- und Verletzungsgefahr vorhanden. Zudem werde Nacht-, Wochenend- und Schichtarbeit gefordert. Namentlich deshalb bewertet sie die Polizeisoldaten um eine halbe Stufe höher. Diese Beurteilung durch die Gutachterin entspricht bei den Polizeisoldaten der kantonalen Wertung; die Physiotherapierenden stuft der Beklagte dagegen mit 2,0 ein. Die Klagenden erachten zwar die Stufe 2,0 bis 2,5 als angemessen, machen aber andererseits geltend, die Tätigkeit der Physiotherapierenden sei in K6 mindestens gleichwertig, tendenziell eher höherwertig als bei den Polizeisoldaten einzustufen. Denn Feststellungen im Gutachten widersprechen die Klagenden nicht weiter. Tatsächlich ist davon auszugehen, dass die Tätigkeit der beiden Berufsgruppen in K6 an sich von ähnlichem Wert ist. Unter Berücksichtigung der regelmässigen Schicht- und Nachtarbeit ist eine Höhereinstufung der Polizeisoldaten aber durchaus ausgewiesen. Wenn die von der Gutachterin vorgeschlagene Differenz von einer halben Stufe zwar als angemessen erscheint, kann der vom Beklagten gewählte Unterschied von einer ganzen Stufe noch nicht als geradezu unhaltbar bezeichnet werden. Eine diskriminierende Ungleichbehandlung liegt deshalb noch nicht vor. h) Nimmt man für die Bewertung der physiotherapeutischen Arbeit in jedem der sechs Kriterien die minimal vertretbare Stufe gemäss vorstehenden Erwägungen, so ergibt sich folgendes Bild: Stufe AWP K1 2,5 110,0 K2 2,5 103,0 K3 2,0 52,5 K4 3,0 30,0 K5 3,5 34,0 K6 2,0 15,0 Total 344,5 Diese Gesamtpunktzahl von 344,5 AWP entspricht Lohnklasse 14. Eine Diskriminierung der Physiotherapierenden ist somit durch den Vergleich mit der Bewertung des Polizeisoldaten insoweit glaubhaft gemacht, als sie tiefer als Klasse 14 eingereiht wurden. Auch in Berücksichtigung des Wertungsermessens, welches den kantonalen Behörden zusteht und welches bei der vorliegenden Bewertung der einzelnen Kriterien bereits gebührend berücksichtigt worden ist, lässt sich ein Höhereinstufung der Polizeisoldaten durch keinerlei sachlichen Bewertungsüberlegungen rechtfertigen. Es liegt darin eine Diskriminierung der Funktion der Physiotherapierenden als typischer Frauenberuf.

## **E. 10**

Weicht der Arbeitgeber vom Bewertungsergebnis einer Funktionsanalyse zum Nachteil eines typisch weiblichen Berufs ab, so ist das begründungsbedürftig und führt in der Regel zur Vermutung einer Diskriminierung (vgl. BGE 125 I 71 E. 4a; 125 II 541 E. 6a). Es ist

dann Sache des Arbeitgebers, für eine Abklassierung sachliche Gründe darzutun, womit sich die zu vermutende geschlechtsspezifische Motivierung widerlegen lässt. a) Der Beklagte macht geltend, es sei auf die Spitalhierarchie Rücksicht zu nehmen (act. --). Mit diesen Ausführungen wird allerdings in keiner Weise Bezug genommen auf die Funktion der Physiotherapierenden, weshalb sie von vornherein nicht relevant sind. Unbehelflich ist auch der Hinweis auf fehlende Quervergleiche. Mit Bezug auf die Polizeisoldaten ist ein Quervergleich wissenschaftlich fundiert erfolgt. Für seine allgemeine Behauptung, mit Quervergleichen ergebe sich ein anderes Bild, hat der Beklagte weder substantiierte Tatsachen vorgebracht, noch Beweismittel genannt. Nachdem die Diskriminierung angesichts der Tiefereinreihung klarerweise glaubhaft ist, wäre es am Beklagten gewesen, die Vermutung zu widerlegen. Denn dem Kanton obliegt die Begründungslast für die Ungleichbehandlung und die Beweislast für das Vorliegen der Tatsachen, aus denen er die sachliche Rechtfertigung der hier in Frage stehenden Lohnunterschiede herleitet. Dem ist er nicht nachgekommen. Auch der Hinweis, dass das Gutachten politische und finanzielle Einflussfaktoren bei der Erstellung der Expertise nicht einbezogen habe (act. --), kann dem Beklagten nichts nützen. Inwiefern politische und finanzielle Gründe die tiefere Grundeinreihung der Physiotherapierenden rechtfertigen würden, ist vom Beklagten nicht aufgezeigt oder anderweitig ersichtlich. b) Im Rahmen der SBR des Beklagten wurden sogenannte Streubereichsentscheide sowie Plus- oder Minusklassenentscheide gefällt. Erstere betreffen Arbeitswerte innerhalb von 10 % der Klassengrenzen. Plus- und Minusklassenentscheide lagen vor, wenn eine Funktion in eine gegenüber dem punktemässigen Resultat der Arbeitsbewertung höheren bzw. niedrigeren Klasse eingereiht wurde. aa) Die klagenden Parteien führen aus, die Arbeitsbewertung der Physiotherapierenden stütze sich offenbar auf eine Schlüsselstelle "Physiotherapeutin mbA", welche mit 379,5 Punkten bewertet worden sei, sowie auf drei teilanalytische Stellen (Therapeut/in, Chefphysiotherapeut und leitende/r Therapeut/in) mit den Bewertungen 329, 363 und 453,5 AWP. Selbst wenn das Verfahren der VFA akzeptiert würde, hätte angesichts der minimalen Punktzahl von 329 eine Einreihung ab Lohnklasse 14 erfolgen müssen. Die Tatsache, dass die Einreihung in die Lohnklasse 12 erfolgt sei, lasse sich nur durch einen Minus-Klassen-Entscheid erklären. Mit der Replik sprechen sie noch von einem faktischen Minus-klassenentscheid. Der Beklagte macht geltend, bei der mit 329 Punkten bewerteten teilanalytischen Stelle habe es sich nicht um eine Physiotherapeutin der Grundfunktion gehandelt; vielmehr seien der Stelleninhaberin insgesamt drei Mitarbeitende unterstellt gewesen, nämlich die von ihr zu betreuenden Praktikantinnen. Sie sei fälschlicherweise als Physiotherapeutin ohne besondere Aufgaben gemeldet worden. Demzufolge sowie unter Berücksichtigung von Quervergleichen seien die Physiotherapierenden von Anfang an ab Klasse 12 eingereiht worden. Ein Minusklassenentscheid liege nicht vor. Für die Physiotherapierenden ohne zusätzliche Aufgaben seien somit die Klasse 12, für die Physiotherapierenden mbA die Klassen 13-15 und für die leitenden Physiotherapierenden die Klassen 16-18 bestimmt worden. Der Beklagte macht weiter geltend, die Physiotherapeutin mit dem kleinsten Aufgabengebiet und ohne Führungsaufgaben stehe im Stellengefüge unter anderem auf gleicher Höhe wie die am höchsten eingereihte Verwaltungssekretärin. Ebenfalls in Klasse

## **E. 12**

eingereiht seien der Flughafen-Sicherheitspolizist und der Rettungssanitäter in Ausbildung. Diese Funktionen seien gleichwertig, während diejenige des in Klasse 14 eingereihten Polizeisoldaten entgegen den Behauptungen der Klagenden mit der Grundfunktion der Phy-

siotherapierenden nicht gleichwertig ist, wohl aber mit derjenigen einer Physiotherapeutin mbA mit der Einreihung in Klasse 14 (Klageantwort S. 15). bb) Die Darstellung des Beklagten, wonach der Inhaberin der TAS 4232 drei Praktikanten unterstellt waren, ist belegt (act. --). Es ist auch belegt, dass es Physiotherapierende gibt, welche keine Praktikantinnen zu betreuen haben (act.--). Vor diesem Hintergrund – und auch entsprechend vorstehenden Ausführungen zur Bewertung von Kriterium 3 (vgl. oben E. 9d) – ist es gerechtfertigt, der Tätigkeit von Physiotherapierenden ohne Praktikantenbetreuung in Kriterium 3 (Verantwortung) die Stufe 2,0 beizugeben anstatt der Stufe 2,5, wie dies gemäss act. -- für Therapeuten mit besonderen Aufgaben vorgesehen wurde. Aufgrund dieser gerechtfertigten Reduktion von K3 verlor die Funktion der Physiotherapierenden 19,5 AWP, wodurch sich die Gesamtpunktzahl von 329 AWP auf rund 310 AWP reduzierte. Damit ergab sich bereits Lohnklasse 13. Es ist daher davon auszugehen, dass der Beklagte für die Grundfunktion der Physiotherapierenden nie eine Bewertung vornahm, die Lohnklasse 13 übertroffen hätte. Somit konnte von vornherein höchstens ein Minus-Entscheid um eine Klasse vorliegen, nämlich von Klasse 13 in Klasse 12, nicht aber ein Minus-Zweiklassen-Entscheid. Ob ein Minus-Einklassen-Entscheid von Klasse 13 in Klasse 12 vorlag, kann indessen offen bleiben. Denn wie gesehen, ist die Grundfunktion der Physiotherapierenden aufgrund der korrigierten Arbeitsplatzbewertung ohnehin ab Lohnklasse 14 einzureihen – und war die Lohnklasse 12 (in welche die Physiotherapierenden im Falle eines seinerzeitigen Minus-Einklassen-Entscheids versetzt worden wären) somit jedenfalls diskriminierend. c) Dem Feststellungsbegehren ist somit stattzugeben, und es ist festzustellen, dass die Einreihung der Physiotherapierenden gegen Art. 8 Abs. 3 BV und Art. 3 Abs. 1 und 2 GIG verstösst. Die Einreihung der Physiotherapierenden hat zur Vermeidung einer geschlechterdiskriminierenden Entlohnung mindestens ab Besoldungsklasse 14 zu erfolgen. Wie eingangs erwähnt bezieht sich jedoch das klägerische Feststellungsbegehren nicht nur auf die Einreihung der "Therapeutin", sondern zumindest sinngemäss auch auf die Funktionsketten "Therapeutin mbA" und "Leitende Therapeutin". Es ist deshalb im Folgenden zu prüfen, welche Auswirkungen die festgestellte Diskriminierung auf die einzelnen Funktionsketten hat. Auszugehen ist von der Einreihung der untersuchten Funktion der Therapeutin in Klasse 14. Aus dieser Einreihung der Grundfunktion ergibt sich für die "Therapeutin mbA" folgerichtig die Einreihung in die Klassen 15-17. Es ist von keiner Seite geltend gemacht worden, das Verhältnis der streitbetroffenen Funktionsketten untereinander sei fehlerhaft, und der Beklagte (Klageantwort S. 57) hat eingeräumt, dass die Anhebung der Grundfunktion zu einer entsprechenden Aufwärtsbewegung der gesamten Hierarchie im Pflege Bereich führen müsste. Auch die geltend gemachte Diskriminierung der "Leitenden Therapeuten" leiten die Klagenden ausschliesslich aus derjenigen der Funktion "Therapeut/in" ab. Das ist insofern zutreffend, als insbesondere die höhere Bewertung des Therapieberufs in den Kriterien K1 und K2 zwingend auch zu entsprechenden Korrekturen bei der Leitungsfunktion führen muss. Allerdings nimmt dabei angesichts der insgesamt höheren Arbeitswertpunkte die relative Bedeutung dieser zur Vermeidung der Diskriminierung gebotenen Korrektur ab, so dass bei den Leitungsfunktionen die Korrektur um eine Einreihungsklasse als ausreichend erscheint. Den Klagenden stehen somit Lohnnachzahlungen zu, die sich auf den folgenden Einreihungsgrundlagen errechnen.

Therapeut/in				14	Therapeut/in
mbA	15	16	17	Leitende/r	
Therapeut/in			17	18	19

11. a) Als Folge der geltend gemachten Diskriminierung verlangen die Klagenden unter anderem rückwirkende

Lohnzahlungen für die Zeit vom 1. Juli 1991 bis 30. Juni 1996. Das Bundesgericht hat die nachträgliche Geltendmachung des Anspruchs auf diskriminierungsfreien Lohn als im Rahmen der fünfjährigen Verjährungsfrist für bundesrechtskonform erachtet. In dem vom Bundesgericht zu beurteilenden Fall waren Lohnnachzahlungen seit dem Jahr 1990 geltend gemacht worden. Das Bundesgericht erwog, dass zum damaligen Zeitpunkt Art. 4 Abs. 2 Satz 3 aBV bereits in Kraft gestanden sei. Werde er auf die Jahre seit 1990 angewendet, so liege darin keine Rückwirkung, sondern eine Überprüfung der damals geltenden und angewendeten kantonalen Besoldungsregelung auf ihre Vereinbarkeit mit dem damals (bereits) in Kraft stehenden Verfassungsrecht (BGE 124 II 436 E. 10f). Es erklärte die Verjährungsvorschriften des Obligationenrechts als analog anwendbar (Art. 128 Ziff. 3 OR) (BGE 124 II 436 E. 10k). Nach Art. 128 Ziff. 3 OR verjähren periodische Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis nach fünf Jahren. Diese Frist war für die geltend gemachten Lohnnachforderungen im Zeitpunkt der Klageeinreichung nicht abgelaufen. b) Allerdings erweist sich die genaue Berechnung der Lohn Guthaben der einzelnen Klagenden aufgrund der Akten als nicht durchführbar, wären doch dafür diverse weitere Belege erforderlich. So fehlen die entsprechenden Lohnbelege über den ganzen Zeitraum, welche über das tatsächlich bezogene Gehalt und die Erfahrungsstufe Auskunft geben. Zudem gehen die von den Klagenden ins Recht gereichten Berechnungen entgegen den Schlussfolgerungen des Verwaltungsgerichts von einer Einreihung ab Lohnklasse

#### **E. 15**

Zusammengefasst erweisen sich die Klagen mit Bezug auf die Feststellungsbegehren als teilweise begründet. Demgemäss ist in teilweiser Guttheissung der Klage festzustellen, dass die derzeitige Einreihung der Physiotherapierenden im Einreihungsplan gegen Art. 8 Abs. 3 BV und Art. 3 Abs. 1 und 2 GIG verstösst. Der Umfang der Diskriminierung ergibt sich aus den vorstehenden Erwägungen. Zudem ist präzisierend festzuhalten, dass die entsprechende Besoldungserhöhung, da sie ausschliesslich die (noch) bestehende Diskriminierung auszugleichen hat und damit das Ausmass der seinerzeit auch von nicht weiblich identifizierten Berufen mitgemachten Aufholbewegung bei weitem übertrifft, nicht den bei der Strukturellen Besoldungsrevision geltenden Überführungsregeln unterworfen werden kann. Im weiteren Umfang sind die den Zeitraum vom 1. Juli 1991 bis 30. Juni 1996 betreffenden Leistungsklagen der Individualklägerinnen zu sistieren.

#### **E. 16**

... Demgemäss entscheidet das Verwaltungsgericht: 1. In teilweiser Guttheissung der Klagen wird festgestellt, dass die Einreihung der Therapeuten/innen, der Therapeuten/innen mbA und der Leitenden Therapeuten/innen gegen Art. 8 Abs. 3 BV und Art. 3 Abs. 1 und 2 GIG verstösst, und zwar in dem sich aus den Erwägungen ergebenden Umfang. Demgemäss wird weiter festgestellt, dass den Individualklägerinnen für den Zeitraum ihrer Anstellung vom 1. Juli 1991 bis 30. Juni 1996 in diesem Umfang Besoldungsnachzahlungen zustehen. Im Übrigen werden die Klagen abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird. 2. Die den Zeitraum vom 1. Juli 1991 bis 30. Juni 1996 betreffenden Leistungsklagen der Individualklägerinnen werden einstweilen sistiert. 3. ...