Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2A.183/2003/sch

Urteil vom 20. August 2003
II. Öffentlichrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Wurzburger, Präsident,
Bundesrichter Hungerbühler, Ersatzrichter Seiler,
Gerichtsschreiberin Diarra.

Parteien
Staat Zürich,
Beschwerdeführer, vertreten durch Psychiatrie-Zentrum Hard, Römerweg 51, 8424 Embrach dieses vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Ueli Kieser, Ulrichstrasse 14, 8032 Zürich,

gegen

Y._____,
Beschwerdegegnerin, vertreten durch Rechtsanwältin Bibiane Egg, Langstrasse 4, 8004 Zürich,
Verwaltungsgericht des Kantons Zürich,
4. Abteilung, Militärstrasse 36, Postfach, 8021 Zürich.

Gegenstand
Lohnnachzahlungen,

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 5. März 2003.
Sachverhalt:

A.
Y._____ ist Inhaberin eines Diploms für Integrierte Krankenpflege (Allgemeine und Kinderkrankenpflege) und verfügt über eine Zusatzausbildung in Bewegungstherapie. Sie arbeitete bis 31. Oktober 1997 als Psychiatrieschwester an der Universitätsklinik Zürich. Seit 1. November 1997 ist sie als Bewegungstherapeutin beim kantonalen Psychiatriezentrum Hard tätig. Besoldungsmässig war sie seit 1. November 1997 unter der Richtposition "Therapeutin" in der Klasse 12 eingereiht und seit 1. Januar 2000 unter der Richtposition "Therapeutin mbA" in der Klasse 13.
B.
Mit rechtskräftigem Urteil vom 22. Januar 2001 hiess das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich Gleichstellungsklagen diverser Berufsverbände und Einzelklägerinnen teilweise gut und stellte fest, dass unter anderem die Einreihung der Therapeuten/innen, der Therapeuten/innen mbA und der Leitenden Therapeuten/innen in dem sich aus den Erwägungen ergebenden Umfang gegen Art. 8 Abs. 3 BV und Art. 3 Abs. 1 und 2 des Bundesgesetzes vom 24. März 1995 über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GlG [SR 151]) verstosse. Weiter stellte das Gericht fest, dass den Individualklägerinnen für den Zeitraum ihrer Anstellung vom 1. Juli 1991 bis 30. Juni 1996 in diesem Umfang Besoldungsnachzahlungen zustünden.

In der Folge beschloss der Regierungsrat des Kantons Zürich am 16. Mai 2001 (RRB 707/2001) eine Neueinreihung der Gesundheitsberufe. Damit wurden die Physio- und Ergotherapeutinnen in die Klasse 14 (bisher 12), die Ernährungsberaterinnen, Aktivierungstherapeutinnen und Orthoptistinnen in die Klasse 13 (bisher ebenfalls 12) eingereiht, die Therapiefunktionen mit besonderen Aufgaben (mbA) in die Klassen 14-17.

Sodann genehmigte der Regierungsrat am 29. August 2001 eine mit den Personalverbänden am 11. Juli 2001 getroffene Vereinbarung betreffend Lohnnachzahlungen im Gesundheitswesen, womit für die an den erwähnten Verfahren vor Verwaltungsgericht nicht beteiligten Angehörigen der betroffenen Berufe und Funktionen eine pauschalierte Lohnnachzahlung für die Zeit vom 1. März 1996 bis 30. Juni 2001 gewährt wurde.
C.
Y._____ wurde per 1. Juli 2001 neu in die Klasse 15, Erfahrungsstufe 7 eingereiht. Am 18. Juli 2001 stellte sie ein Begehren um Lohnnachzahlung. Dieses wurde in Bezug auf ihre Tätigkeit als Psychiatrieschwester gutgeheissen, in Bezug auf die Tätigkeit als Bewegungstherapeutin hingegen mit Verfügung des Psychiatriezentrums Hard vom 11. Februar 2002 abgewiesen. Einen dagegen erhobenen Rekurs von Y._____ wies die Gesundheitsdirektion am 9. Juli 2002 ab.

Y._____ erhob dagegen Beschwerde an das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich mit dem Antrag, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und es seien ihr Lohnnachzahlungen im Betrag von Fr. 17'240.15 nebst Zins zu leisten. Das Verwaltungsgericht hiess am 5. März 2003 die Beschwerde gut.
D.
Der Kanton Zürich hat am 24. April 2003 Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht erhoben mit dem Antrag, das angefochtene Urteil sei aufzuheben und der Entscheid der Gesundheitsdirektion vom 9. Juli 2002 sei zu bestätigen. Eventualiter sei die Sache zur ergänzenden Sachverhaltsabklärung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Das Verwaltungsgericht und Y._____ beantragen, die Beschwerde abzuweisen.
Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.
1.1 Das angefochtene Urteil betrifft Besoldungen kantonaler öffentlichrechtlicher Angestellter, stützt sich aber auf das GlG. Es unterliegt damit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht (Art. 97 ff. OG; Art. 13 Abs. 1 GlG; BGE 124 II 409 E. 1d S. 413; Urteil 2A.48/2002 vom 14.8.2002, E. 1). Der Beschwerdeführer ist zur Beschwerde legitimiert (Art. 103 lit. a OG; BGE 124 II 409 E. 1e S. 417). Auf das Rechtsmittel ist einzutreten.
1.2 Der Beschwerdeführer kann mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde eine Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens sowie eine unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts rügen (Art. 104 lit. a und b OG). Nachdem als Vorinstanz eine richterliche Behörde entschieden hat, ist aber das Bundesgericht an die Feststellung des Sachverhalts gebunden, wenn dieser nicht offensichtlich unrichtig, unvollständig oder unter Verletzung wesentlicher Verfahrensbestimmungen festgestellt worden ist (Art. 105 Abs. 2 OG).
2.
2.1 Nach Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV haben Mann und Frau Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit. Nach Art. 3 Abs. 1 und 2 GlG dürfen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer aufgrund ihres Geschlechts insbesondere in Bezug auf die Entlöhnung nicht benachteiligt werden. Wer von einer Lohndiskriminierung im Sinne von Art. 3 GlG betroffen ist, kann die Zahlung des geschuldeten Lohnes verlangen (Art. 5 Abs. 1 lit. d GlG). Der Anspruch auf diskriminierungsfreien Lohn kann im Rahmen einer fünfjährigen Verjährungsfrist auch für die Vergangenheit, d.h. als Anspruch auf Nachzahlung der Differenz zwischen dem ausbezahlten und dem minimalen diskriminierungsfreien Lohn, geltend gemacht werden (BGE 125 I 14 E. 3 S. 16 f.; 124 II 436 E. 10 S. 449).
2.2 Der Beschwerdeführer bringt vor, weder das Urteil des Verwaltungsgerichts vom 22. Januar 2001 noch die Vereinbarung vom 11. Juli 2001 hätten sich auf die Bewegungstherapeutinnen bezogen. Die Anspruchsberechtigungen für Lohnnachzahlungen beschränkten sich auf die klagenden Berufs- und Funktionsgruppen, da die Nachzahlungen nur an die vom Verwaltungsgericht festgestellten Diskriminierungen anknüpften. Der Regierungsratsbeschluss 707/2001 habe grundsätzlich das Besoldungssystem umgestaltet. Zwischen den Anpassungsmechanismen aufgrund des verwaltungsgerichtlichen Urteils und denjenigen aufgrund des Regierungsratsbeschlusses 707/2001 bestehe keine Deckungsgleichheit. Die Beschwerdegegnerin sei nicht aufgrund des Verwaltungsgerichtsurteils höher eingestuft worden, sondern aufgrund des Regierungsratsbeschlusses 707/2001.

Die sie betreffende Neueinreihung sei nicht aus gleichstellungsrechtlichen Überlegungen erfolgt, sondern im Zuge der allgemeinen Neueinreihung der Gesundheitsberufe.
2.3 Es trifft zu, dass sich die Beschwerdegegnerin nicht auf das Urteil vom 22. Januar 2001 stützen kann, da sich dieses zur Einreihung der Bewegungstherapeutinnen nicht geäussert hat. Ebenso ist richtig, dass die mit dem Regierungsratsbeschluss 707/2001 erfolgte Neueinreihung nicht unbedingt deckungsgleich ist mit der durch das Verwaltungsgerichtsurteil bedingten Neueinreihung; es ist grundsätzlich durchaus denkbar, dass der Regierungsrat im Zuge dieser Neueinreihung auch Höhereinreihungen vorgenommen hat, die sich nicht zwingend aus dem Verwaltungsgerichtsurteil ergeben haben und deren Unterlassung nicht als Lohndiskriminierung zu betrachten wäre. Insoweit bestünde in der Tat kein Nachzahlungsanspruch. Indessen hat das Verwaltungsgericht im angefochtenen Urteil selber zutreffend ausgeführt, die (heutige) Beschwerdegegnerin könne aus dem Urteil vom 22. Januar 2001 keine unmittelbaren Lohnansprüche geltend machen. Es hat jedoch erwogen, die Funktion der Bewegungstherapeutin sei mit derjenigen der Physio- bzw. Ergotherapeutin gleichwertig, demzufolge auch mit derjenigen von Polizeibeamten. Deshalb sei die Beschwerdegegnerin zur Vermeidung lohnmässiger Diskriminierungen gegenüber den Polizeibeamten grundsätzlich gleich zu stellen
wie die Physio- und Ergotherapeutinnen. Das Verwaltungsgericht hat somit im angefochtenen Urteil weder auf sein Urteil vom 22. Januar 2001 noch auf die Vereinbarung vom 11. Juli 2001 abgestellt, sondern neu eine Diskriminierung der Beschwerdegegnerin gegenüber den Polizeiberufen festgestellt. Dies ist grundsätzlich nicht zu beanstanden. Die Beschwerdegegnerin hat unmittelbar gestützt auf Art. 8 Abs. 3 BV sowie Art. 3 und 5 GlG einen selbständigen Anspruch auf diskriminierungsfreien Lohn, den sie unabhängig davon geltend machen kann, ob sie sich auf das Urteil vom 22. Januar 2001, die Vereinbarung vom 11. Juli 2001 oder den Regierungsratsbeschluss 707/2001 berufen kann.
3.
Fraglich und im Folgenden zu prüfen ist jedoch, ob das Verwaltungsgericht mit Recht eine Diskriminierung zu Lasten der Beschwerdegegnerin bejaht hat.
3.1 Eine Diskriminierung wird bezüglich der Entlöhnung vermutet, wenn sie von der betroffenen Person glaubhaft gemacht wird (Art. 6 GlG). Der Beschwerdeführer bestreitet, dass die Beschwerdegegnerin eine Diskriminierung glaubhaft gemacht habe. Ihre Argumentation stütze sich auf den Vergleich mit einer Tätigkeit (der Physio- und Ergotherapie), welche gerade nicht geeignet sei, eine geschlechtsspezifische Betroffenheit glaubhaft zu machen. Selbst wenn dies der Fall sei, so sei das Vorgehen der Vorinstanz unhaltbar, weil diese nur aus einigen Hilfsindizes eine Lohndiskriminierung abgeleitet und damit die richterliche Prüfungspflicht verletzt habe. Die Beschwerdegegnerin habe kein Diplom als Ergotherapeutin und sei daher nicht nachzahlungsberechtigt.
3.2 Geschlechtsdiskriminierend können nur Lohnunterschiede zwischen typisch männlichen und typisch weiblichen oder zwischen geschlechtstypischen und geschlechtsneutralen Funktionen sein, nicht aber Unterschiede zwischen zwei typisch weiblichen Funktionen (Hansjörg Seiler, Gleicher Lohn für gleichwertige Arbeit, in: ZBl 104/2003 S. 113 ff., 124, mit Hinweisen). Es ist nicht bestritten, dass sowohl die Funktion der Physio- und Ergotherapeutin als auch diejenige der Bewegungstherapeutin im Kanton Zürich typisch weiblich sind, so dass ein Lohnunterschied zwischen diesen Funktionen nicht geschlechtsdiskriminierend sein kann. Das Verwaltungsgericht hat jedoch nicht auf einen Vergleich zwischen der Beschwerdegegnerin und den Physio- und Ergotherapeutinnen abgestellt, sondern auf denjenigen zwischen der Beschwerdegegnerin und den Polizeifunktionen, indem es die Funktion der ersteren als gleichwertig mit derjenigen der Physio- und Ergotherapeutinnen betrachtet hat, die ihrerseits gemäss Urteil vom 22. Januar 2001 gegenüber den Polizeifunktionen diskriminiert waren.
3.3 Für das Glaubhaftmachen im Sinne von Art. 6 GlG reicht eine gewisse Wahrscheinlichkeit (BGE 125 III 368 E. 4 S. 372). Das Verwaltungsgericht hat angenommen, aufgrund der Akten sei die Gleichwertigkeit der Tätigkeit als Bewegungstherapeutin mit derjenigen der Ergo- und Physiotherapeutin (und damit indirekt mit den Polizeifunktionen) glaubhaft gemacht. Diese Annahme ist nicht zu beanstanden: Der Beschwerdeführer hat selber die Beschwerdegegnerin in die Klasse 15 eingereiht, mithin in die unterste der Klassen, die gemäss dem Urteil des Verwaltungsgerichts vom 22. Januar 2001 und dem Regierungsratsbeschluss 707/2001 für Physio- und Ergotherapeutinnen mbA vorgesehen sind. Die Gesundheitsdirektion hat in ihrem Rekursentscheid vom 9. Juli 2002 ausgeführt, die Beschwerdegegnerin sei im Rahmen der Überführung im Sinne des Grundsatzes der rechtsgleichen Behandlung gleich behandelt worden wie die Ergo- und Physiotherapeutinnen, indem sie wie diese auf Grund ihrer Ausbildung, Erfahrung sowie ihrer konkreten Tätigkeit diskriminierungsfrei um zwei

Lohnklassen angehoben werde. Damit geht offensichtlich die Gesundheitsdirektion selber davon aus, dass eine Behebung der Diskriminierung eine Erhöhung um zwei Lohnklassen bedingt. Zudem war die Beschwerdegegnerin bereits vorher in die Klasse 13 eingereiht gewesen, was ebenfalls der damaligen Einreihung der Physio- und Ergotherapeutinnen mbA entsprach. Weicht der Beschwerdeführer zum Nachteil einer geschlechtsspezifischen Funktion nachträglich von einer Einreihung ab, die er selber aufgrund einer systematischen Arbeitsbewertung vorgenommen hat, so ist eine Diskriminierung glaubhaft (BGE 125 I 71 E. 1c S. 76; 125 II 541 E. 6a und b S. 550 f.). Es ist somit zu vermuten, dass die Beschwerdegegnerin ohne Erhöhung der Einreihung um zwei Lohnklassen diskriminiert würde.
3.4 Ist eine Diskriminierung glaubhaft, so wird die Beweislast umgekehrt: Der Arbeitgeber trägt die Beweislast dafür, dass die ungleiche Entlöhnung nicht diskriminierend ist (BGE 127 III 207 E. 3b S. 212 f.). Zu prüfen ist, ob der Beweis der Nichtdiskriminierung erbracht ist.
3.5 Der Beschwerdeführer bringt vor, die Beschwerdegegnerin könne kein Diplom in Ergo- oder Physiotherapie vorweisen. Dies ist nicht bestritten, aber im vorliegenden Fall nicht ausschlaggebend: Gehaltsunterschiede aufgrund unterschiedlicher beruflicher Qualifikationen sind zwar grundsätzlich sachlich begründet und nicht diskriminierend (BGE 127 III 207 E. 3c S. 214; 125 III 368 E. 5 S. 373; 124 II 409 E. 9c S. 428, mit Hinweisen). Es ist nicht unzulässig, Personen ohne Diplom tiefer einzureihen als Personen mit Diplom. Die Beschwerdegegnerin hat indessen zusätzlich zu ihrem Diplom in Krankenpflege eine Ausbildung in Bewegungstherapie. Das Verwaltungsgericht ist davon ausgegangen, Ausbildung und Tätigkeit der Beschwerdegegnerin seien gleichwertig mit derjenigen von Ergo- und Physiotherapeutinnen, und es hat deshalb eine Diskriminierung bejaht. Die Aussage des Verwaltungsgerichts zur Gleichwertigkeit ist eine Sachverhaltsfeststellung, die das Bundesgericht nur im Rahmen von Art. 105 Abs. 2 OG überprüfen kann.
3.6 Der Beschwerdeführer wirft dem Verwaltungsgericht vor, bei der Beurteilung der Gleichwertigkeit die richterliche Prüfungspflicht verletzt zu haben.

Die Beweislast regelt nur die Folgen der Beweislosigkeit, nicht aber die Beweisführungslast (Seiler, a.a.O., S. 137, mit Hinweisen; vgl. BGE 129 II 18 E. 7.1 S. 33). Diese obliegt aufgrund der im verwaltungsrechtlichen Verfahren herrschenden Untersuchungsmaxime und der in Gleichstellungssachen geltenden besonderen richterlichen Prüfungspflicht grundsätzlich dem Gericht (BGE 125 II 385 E. 5c S. 391; 118 Ia 35 E. 2e S. 39; Seiler, a.a.O., S. 134). Wird eine Lohndiskriminierung glaubhaft gemacht, obliegt jedoch dem Arbeitgeber eine Begründungslast für die als diskriminierend gerügten Unterschiede (BGE 125 II 541 E. 6c S. 551; 125 III 368 E. 4 S. 372 f.). Unterlässt er eine solche Begründung, ist das Gericht nicht von Amtes wegen verpflichtet, nach möglichen Begründungen zu forschen.
3.7 Der Beschwerdeführer hat im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht nur ausgeführt, der (heutigen) Beschwerdegegnerin fehle die formelle Voraussetzung, nämlich die Ausbildung und der Diplomabschluss in Physio- oder Ergotherapie, um in der Frage der Lohnnachzahlung gleich behandelt zu werden; es erscheine gerechtfertigt, eine Bewegungstherapeutin ohne SRK-Diplom nicht wie eine Physio- oder Ergotherapeutin mit SRK-Diplom zu behandeln. Damit hat er jedoch nicht begründet, dass und inwiefern die Ausbildung der Beschwerdegegnerin mit einem Diplom in Ergo- oder Physiotherapie nicht gleichwertig sein soll.

Auch in seiner Beschwerde an das Bundesgericht macht der Beschwerdeführer nicht substanziiert einen Unterschied zwischen diesen beiden Ausbildungen geltend. Er bringt einerseits vor, die Beschwerdegegnerin gehöre mangels Diplom als Ergotherapeutin nicht in den Kreis der gemäss Vereinbarung vom 11. Juli 2001 nachzahlungsberechtigten Berufsgruppen; dies ist aber nicht rechtserheblich, weil die Beschwerdegegnerin unabhängig von dieser Vereinbarung einen Anspruch auf Nachzahlung haben kann (vorne E. 2.3). Sodann macht er geltend, eigentlich wäre die Beschwerdegegnerin als Nicht-Ergotherapeutin mbA wie die Aktivierungstherapeuten, Orthoptisten und Ernährungsberater höchstens in die Klasse 14 einzureihen gewesen; im Abgrenzungskriterium der diplomierten Ausbildung SRK komme die Qualität der Ausbildung zum Ausdruck. Diese nicht näher ausgeführten Vorbringen lassen die Feststellung des Verwaltungsgerichts nicht als offensichtlich unrichtig erscheinen.
3.8 Insgesamt ist die Sachverhaltsfeststellung des Verwaltungsgerichts, wonach die Ausbildung der Beschwerdegegnerin mit einem Diplom in Physio- oder Ergotherapie gleichwertig sei, weder offensichtlich unrichtig noch unvollständig noch unter Verletzung wesentlicher Verfahrensbestimmungen erfolgt. Der Beweis der Nichtdiskriminierung ist damit nicht erbracht. Es hat deshalb bei der vermuteten (vorne E. 3.3) Diskriminie-

rung sein Bewenden (Art. 6 GlG), und der Nachzahlungsanspruch im Umfang von 2 Lohnklassen ergibt sich direkt aus dem Diskriminierungsverbot, ohne dass das allgemeine Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 Abs. 1 BV) als Rechtsgrundlage herangezogen werden müsste.
4.
Im Eventualstandpunkt bestreitet der Beschwerdeführer das Quantitativ der angeordneten Nachzahlung. Das Verwaltungsgericht hat auf die pauschalierten Ansätze abgestellt, die in der Vereinbarung vom 11. Juli 2001 festgelegt wurden und - wie von der heutigen Beschwerdegegnerin im kantonalen Verfahren geltend gemacht - bis Ende 1999 eine Nachzahlung von 18,22 % zugesprochen, ab Beginn 2000 eine solche von 15,3 %. Der Beschwerdeführer bestreitet dieses Vorgehen nicht grundsätzlich, bringt jedoch vor, es sei der falsche Prozentsatz gewählt worden; da die Beschwerdegegnerin nur Anspruch auf Einreihung in die Lohnklasse 14 gehabt habe, komme ein reduzierter Satz von 8,84 bzw. 5,66 % zur Anwendung. Damit geht der Beschwerdeführer davon aus, der Anspruch auf Nachzahlung bestehe nur im Umfang von einer Lohnklasse. Nachdem aber - wie vorne in E. 3 dargelegt - eine Diskriminierung im Umfang von zwei Lohnklassen bestanden hat, ist der vom Verwaltungsgericht zugrunde gelegte Prozentsatz nicht zu beanstanden.
5.
Die Beschwerde ist somit abzuweisen. Das Verfahren ist kostenlos (Art. 13 Abs. 5 GlG). Die obsiegende Beschwerdegegnerin hat Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 159 Abs. 2 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.
2.
Es werden keine Kosten erhoben.
3.
Der Beschwerdeführer hat die Beschwerdegegnerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 3'000.– zu entschädigen.
4.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Verwaltungsgericht des Kantons Zürich schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 20. August 2003
Im Namen der II. öffentlichrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin: