Urteilskopf

124 II 436

41. Auszug aus dem Urteil der II. öffentlichrechtlichen Abteilung vom 3. Juli 1998 i.S. Sandra Altermatt und Mitbeteiligte gegen Einwohnergemeinde Däniken (Verwaltungsgerichtsbeschwerde)
Regeste (de):
Art. 4 Abs. 2 BV; Art. 3 und 6 des Bundesgesetzes über die Gleichstellung von Frau und Mann (GlG); Lohngleichheit; Solothurner Kindergärtnerinnen.

Ein Lohnunterschied zwischen einem typisch weiblichen und einem geschlechtsmässig neutral identifizierten Beruf kann eine Diskriminierung darstellen (E. 6).

Eine Diskriminierung ist im Sinne von Art. 6 GlG glaubhaft gemacht, wenn einzig bei Kindergärtnerinnen das angeblich geringere Arbeitspensum zu einer tieferen Lohneinstufung führt (E. 7).

Der Beweis des Gegenteils ist erbracht, wenn das Arbeitspensum tatsächlich tiefer ist (E. 8 u. 9).

Der Anspruch auf diskriminierungsfreien Lohn kann im Rahmen der Verjährung auch nachträglich geltend gemacht werden (E. 10).

Höhe des gerichtlich zuzusprechenden Lohnes (E. 11).

Regeste (fr):
Art. 4 al. 2 Cst.; art. 3 et 6 de la loi sur l'égalité entre femmes et hommes; égalité de rémunération; maîtresses soleuroises d'école enfantine.

Une différence de salaires entre une profession typiquement féminine et une profession reconnue comme neutre du point de vue du sexe peut constituer une discrimination (consid. 6).

L'existence d'une discrimination est rendue vraisemblable au sens de l'art. 6 LEg quand seules les maîtresses d'école enfantine sont rangées dans une classe de traitement inférieure en raison d'une charge de travail prétendument moindre (consid. 7).

La preuve du contraire est apportée lorsque la charge de travail est effectivement moindre (consid. 8 et 9).

Le droit à une rémunération non discriminatoire peut également être invoqué ultérieurement, dans le délai de prescription (consid. 10).

Montant fixé judiciairement de la rémunération à allouer (consid. 11).

Regesto (it):
Art. 4 cpv. 2 Cost.; art. 3 e 6 della legge federale sulla parità dei sessi (LPar); uguaglianza di retribuzione; insegnanti solettesi di scuola infantile.

La differente retribuzione di una professione tipicamente femminile rispetto a una professione riconosciuta come neutra, per quanto attiene al sesso delle persone che la svolgono, può costituire una discriminazione (consid. 6).

L'esistenza di una discriminazione appare verosimile ai sensi dell'art. 6 LPar, quando soltanto nella categoria della maestre di scuola infantile il preteso minor onere di lavoro conduce al collocamento di quest'ultime in

una classe di salario inferiore (consid. 7).

La prova del contrario è data, allorquando l'onere di lavoro risulta effettivamente minore (consid. 8 e 9).

Il diritto ad una rimunerazione non discriminatoria può essere fatto valere anche a posteriori, entro i termini di prescrizione della pretesa (consid. 10).

Ammontare, fissato in sede giudiziaria, della retribuzione da corrispondere (consid. 11).

Sachverhalt ab Seite 437

BGE 124 II 436 S. 437

Am 30. Dezember 1994/23. Oktober 1995 erhoben Sandra Altermatt, Gabriela Marti Lorente, Claudia Maria Mayer, Gabriela Werfeli und Helen Windisch-Schäfer, alle in der Gemeinde Däniken tätige Kindergärtnerinnen, beim Verwaltungsgericht des Kantons Solothurn Klage gegen den Kanton Solothurn und die Einwohnergemeinde Däniken mit dem Begehren, es sei ihnen ab dem Jahre 1990 die Differenz zwischen den ihnen ausgerichteten Besoldungen und 90% der jeweiligen Löhne von im gleichen Dienstjahr unterrichtenden Primarlehrkräften nachzubezahlen, bzw. ab dem 1. Januar 1996 eine der Lohnklasse 16 entsprechende Besoldung, je zuzüglich Zins von 5% auf den fällig gewordenen Beträgen. Zur Begründung brachten sie vor, ihr Lohn (Lohnklasse 14) sei geschlechterdiskriminierend. Das Verwaltungsgericht holte ein arbeitswissenschaftliches Gutachten ein, welches am 19. November 1996 einging. Anschliessend änderten die Klägerinnen ihr Rechtsbegehren und beantragten nun 95% des Lohnes einer Primarlehrkraft bzw. eine der Lohnklasse 17 entsprechende Besoldung. Mit Urteil vom 15. Mai 1997 hiess das Verwaltungsgericht die Klage teilweise gut und stellte fest, dass die Gemeinde verpflichtet sei, ab 1. Januar 1996 den Klägerinnen einen der Lohnklasse 15 entsprechenden Lohn zu bezahlen. Im übrigen wies es die Klage ab.

BGE 124 II 436 S. 438

Sandra Altermatt, Gabriela Marti Lorente, Claudia Maria Mayer, Gabriela Werfeli und Helen Windisch-Schäfer erheben gemeinsam Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht mit dem Begehren, das Urteil des Verwaltungsgerichts bzgl. der Ziffern 1, 3-5a und 6 aufzuheben und ihnen ab 1. Januar 1996 eine der Lohnklasse 17 entsprechende Besoldung und für die Jahre 1990-1995 eine Besoldung im Umfange von 95% einer Primarlehrerbesoldung auszurichten, je zuzüglich Zins von 5% auf den fällig gewordenen Beträgen. Das Bundesgericht heisst die Beschwerde teilweise gut und weist die Sache zur neuen Beurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurück

Erwägungen

aus folgenden Erwägungen:

5. Die Beschwerdeführerinnen rügen eine geschlechtsbedingte Lohndiskriminierung. a) Ab 1987 wurde im Kanton Solothurn an einer strukturellen Besoldungsrevision (BERESO) gearbeitet. Grundlage dafür war eine analytische Arbeitsplatzbewertung, durchgeführt in der Form einer vereinfachten Funktionsanalyse. Gestützt

auf diese Arbeiten erliess der Kantonsrat des Kantons Solothurn am 17. Mai 1995 eine neue Lehrerbesoldungsverordnung, welche am 1. Januar 1996 in Kraft trat. In dieser Verordnung werden die Kindergärtnerinnen in die Lohnklassen 14 und 15 eingereiht. Das Verwaltungsgericht liess im vorliegenden Verfahren ein arbeitswissenschaftliches Gutachten erstellen. Dieses verglich die Lohneinreihung der Kindergärtnerinnen mit derjenigen der Primarlehrer, welche gemäss der kantonsrätlichen Verordnung in der Lohnklasse 18 eingereiht sind, und kam zum Ergebnis, dass die Funktion der Kindergärtnerinnen eine Lohnklasse tiefer liege als die der Primarlehrer. Das Verwaltungsgericht beurteilte diese Zuordnung als plausibel und richtig. Es ging jedoch davon aus, dass die Arbeitszeit der Kindergärtnerinnen rund 10% tiefer liege als diejenige der Primarlehrer. Die entsprechend gekürzte Grundbesoldung der Lohnklasse 17 führe zu einem Betrag, welcher der Grundbesoldung der Lohnklasse 15 entspreche. Demgegenüber sei eine Einstufung in die Lohnklasse 14 diskriminierend. b) Die Beschwerdeführerinnen erachten es als geschlechterdiskriminierend und willkürlich, einzig bei einem typischen Frauenberuf

wie den Kindergärtnerinnen die angeblich tiefere Arbeitszeit als Einreihungskriterium zu berücksichtigen; im Rahmen der Besoldungsrevision sei davon ausgegangen worden, alle bewerteten Funktionen seien Vollzeitstellen. Die nachträgliche Berücksichtigung des Faktors Arbeitszeit sei ein sachfremdes und nachträglich konstruiertes Argument, um die Löhne der Kindergärtnerinnen nach unten zu korrigieren. Es sei willkürlich, den Beruf der Kindergärtnerinnen als einzigen im ganzen kantonalen System grundsätzlich und zwingend zu einer Teilzeitfunktion zu machen. Zudem bestreiten sie, dass ihre zeitliche Belastung tiefer sei als diejenige anderer pädagogischer Berufe. Zumindest sei dies nicht bewiesen. Selbst wenn dem so wäre, müssten sie allenfalls mit 90% der Lohnklasse 17 besoldet werden, nicht mit 100% der Lohnklasse 15. Das Verwaltungsgericht habe sodann die Beweislastregel von Art. 6 GlG (SR 151) missachtet; sie - die Beschwerdeführerinnen - hätten glaubhaft gemacht, dass die nachträgliche Tiefereinreihung aufgrund des angeblich geringeren Zeitaufwandes diskriminierend sei; die Beschwerdegegnerin habe den ihr obliegenden Voll-Beweis der Nichtdiskriminierung nicht erbringen können.

6. a) Art. 4 Abs. 2 BV und Art. 3 Abs. 1 GlG verbieten jede direkte oder indirekte Benachteiligung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern aufgrund ihres Geschlechts. Eine besoldungsmässige Diskriminierung liegt vor, wenn zum Nachteil eines geschlechtstypisch identifizierten Berufs Lohnunterschiede bestehen, welche nicht sachbezogen in der Arbeit selber begründet sind. Das besondere Diskriminierungsverbot gilt nur für Besoldungsregelungen, die sich geschlechtsspezifisch auswirken (BGE 124 II 409 E. 8a; BGE 117 Ia 270 E. 2b S. 273, mit Hinweisen; ANDREAS C. ALBRECHT, Der Begriff der gleichwertigen Arbeit im Sinne des Lohngleichheitssatzes "Mann und Frau haben Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit" [Art. 4 Abs. 2 BV], Diss. Basel 1998, S. 159 ff.; ELISABETH FREIVOGEL, in Margrith Bigler-Eggenberger/Claudia Kaufmann [Hrsg.], Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, Basel 1997, Rz. 116 zu Art. 3 GlG). Ein Lohnunterschied zwischen zwei typisch weiblich identifizierten Berufen kann demgegenüber keine geschlechtsbezogene Diskriminierung darstellen (BGE 113 Ia 107 E. 4a S. 116; JÜRG BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Aufl., Bern 1996, N. 10b/c zu Art. 322 OR; FREIVOGEL, a.a.O., Rz. 103 zu Art. 3 GlG; ARTHUR HAEFLIGER, Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich, Bern 1985, S. 107 f.).

b) Das Verwaltungsgericht hat die Tätigkeit der Kindergärtnerinnen mit derjenigen der Primarlehrkräfte verglichen. Die Beschwerdegegnerin bestreitet nicht, dass der Beruf der Kindergärtnerin ein typischer Frauenberuf

ist, bringt aber vor, der Primarlehrerberuf sei ebenfalls kein Männerberuf, so dass sich die Frage der Geschlechterdiskriminierung nicht stelle. Eine Diskriminierung liegt indessen nicht nur dann vor, wenn ein typisch weiblicher gegenüber einem typisch männlichen Beruf ungerechtfertigt benachteiligt wird, sondern auch, wenn dies zwischen einem typisch weiblich und einem geschlechtsmässig neutral identifizierten Beruf erfolgt (BGE 124 II 409 E. 8b; FREIVOGEL, a.a.O., Rz. 115 f. zu Art. 3 GlG). Aus den von der Beschwerdegegnerin vorgelegten Zahlen ergibt sich, dass im Kanton Solothurn in den letzten Jahren deutlich mehr Frauen als Männer ein Primarlehrerpatent erhielten, dass aber doch der Männeranteil in den Jahren 1988-1997 bei knapp einem Viertel liegt und dass von den insgesamt im Einsatz stehenden Primarlehrkräften über 40% Männer sind. Der Primarlehrerberuf kann daher zwar nicht als typisch männlich, aber auch nicht als typischer Frauenberuf betrachtet werden, so dass eine Ungleichbehandlung zwischen Kindergärtnerinnen und Primarlehrern eine Geschlechterdiskriminierung darstellen kann.

7. a) Das Lohngleichheitsgebot gilt nicht nur für gleiche, sondern auch für gleichwertige Arbeit (Art. 4 Abs. 2 Satz 3 BV; BGE 124 II 409 E. 9a, mit Hinweisen). Dazu muss die Wertigkeit der verschiedenen Tätigkeiten bzw. Funktionen miteinander verglichen werden. Ein solcher Vergleich beruht einerseits auf Sachverhalten, die grundsätzlich einer objektiven Feststellung zugänglich sind, andererseits auf der wertenden Würdigung dieser Sachverhalte; diese Würdigung kann nicht objektiv und wertfrei erfolgen, sondern hängt von Beurteilungen ab, die unterschiedlich ausfallen können (ALBRECHT, a.a.O., S. 29 f., 33 f. und 162; Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann [Hrsg.], Arbeitsbewertung und Lohndiskriminierung von Frauen, Bern 1991, S. 4, 8, 36 und 39; HENNEBERGER/OBERHOLZER/ZAJITSCHEK, Lohndiskriminierung und Arbeitsbewertung, Basel 1997, S. 115 und 129 f.). Den zuständigen Behörden kommt bei der Ausgestaltung eines Besoldungssystems im öffentlichen Dienst ein erheblicher Gestaltungsspielraum zu; sie können innerhalb der Grenzen des Willkürverbots und des Rechtsgleichheitsgebots aus der Vielzahl denkbarer Anknüpfungspunkte die Tatbestandselemente auswählen, die für die Besoldung von Beamten massgebend sein sollen (BGE 123 I 1

E. 6b/c S. 8; BGE 121 I 49 E. 4c S. 53 f.). Das Lohngleichheitsgebot schränkt diesen grossen Ermessensspielraum nicht grundsätzlich ein; es bedeutet nicht, dass nur noch eine ganz bestimmte Methode für die Bewertung von Arbeitsplätzen zulässig wäre, und legt nicht positiv fest, welcher Massstab dabei anzuwenden ist; es verbietet jedoch die Wahl geschlechtsdiskriminierender Bewertungs- bzw. Vergleichskriterien (BGE 124 II 409 E. 9b; Lohngleichheit für Mann und Frau, Schlussbericht der vom Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement eingesetzten Arbeitsgruppe "Lohngleichheit", Oktober 1988, S. 18; HEIDE M. PFARR/KLAUS BERTELSMANN, Diskriminierung im Erwerbsleben, Baden-Baden 1989, S. 312 f.). Eine diskriminierende Bewertung liegt vor, wenn Unterschiede in der Besoldung an geschlechtsspezifische Merkmale anknüpfen, ohne dass das durch die Art der auszuübenden Tätigkeit sachlich begründet wäre (BBl 1993 I 1265). Das kann beispielsweise dadurch geschehen, dass geschlechtsspezifische Kriterien berücksichtigt bzw. stark gewichtet werden, die für die Art der auszuübenden Tätigkeit nicht erforderlich oder unbedeutend sind, oder umgekehrt nicht berücksichtigt bzw. schwach gewichtet werden, obwohl sie für die Tätigkeit wichtig sind (BBl 1993 I 1265; Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann, a.a.O., S. 52 ff.; EDI CLASS/RAINER MÖSSINGER, Die Rechte der Frau im Arbeitsverhältnis, Zürich 1996, S. 39 f.; HAEFLIGER, a.a.O., S. 110). Die Berücksichtigung eines geschlechtstypischen Kriteriums ist nicht diskriminierend, soweit dieses für die Erfüllung der Arbeit relevant ist (Lohngleichheit, a.a.O., S. 40 f.). Nicht diskriminierend sind in der Regel Unterschiede, die auf objektiven Gründen wie Ausbildung, Alter, Dienstalter, Qualifikation, Erfahrung, Aufgabenbereich oder Leistung beruhen (BGE 121 I 49 E. 4c S. 53; BGE 118 Ia 35 E. 2c S. 37 f.; BGE 117 Ia 270 E. 4 S. 276 f.; BGE 113 Ia 107 E. 4a/b S. 116 f.; GABRIEL AUBERT, L'égalité des sexes dans le domaine du travail, in: Charles-Albert Morand [Hrsg.], L'égalité entre hommes et femmes, Lausanne 1988, S. 143-179, 167; HAEFLIGER, a.a.O., S. 110). So hat das Bundesgericht eine unterschiedliche Entlöhnung von Arbeitslehrerinnen gegenüber Primar- und Haushaltungslehrkräften mit Unterschieden in der Ausbildung und

Berufstätigkeit gerechtfertigt (BGE 117 Ia 270 E. 3/4 S. 274 ff.). Das Lohngleichheitsgebot ist somit verletzt, wenn statistisch nachweisbar die Angehörigen des einen Geschlechts mehr verdienen als diejenigen des andern und diese Unterschiede auf unzulässigen, weil sachlich nicht begründeten, Beurteilungskriterien beruhen.

BGE 124 II 436 S. 442

b) Das Verwaltungsgericht und die Beschwerdeführerinnen gehen übereinstimmend davon aus, dass die Funktion der Kindergärtnerin aufgrund eines qualitativen Vergleichs mit Primarlehrkräften grundsätzlich in der Lohnklasse 17 einzustufen sei. Streitig ist demgegenüber, ob mit Rücksicht auf die effektive Arbeitsbelastung eine Reduktion auf Lohnklasse 15 gerechtfertigt sei. Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, dass sie eine Diskriminierung zumindest glaubhaft gemacht hätten, indem eine nachträgliche Reduktion der Lohnklasse unter Berufung auf die Arbeitszeit einzig bei dem frauenspezifischen Beruf der Kindergärtnerinnen erfolgt sei. Damit seien die Voraussetzungen für die Beweislasterleichterung gemäss Art. 6 GlG gegeben. c) Gemäss Art. 6 GlG wird unter anderem bezüglich der Entlöhnung eine Diskriminierung vermutet, wenn diese von der betroffenen Person glaubhaft gemacht wird. Es obliegt alsdann der Gegenpartei, den Beweis der Nichtdiskriminierung zu erbringen (SABINE STEIGER-SACKMANN, in: Bigler-Eggenberger/Kaufmann, a.a.O., Rz. 33 und 59 f. zu Art. 6 GlG). Die Tatsache, dass eine bestimmte Massnahme, die sich für die Betroffenen negativ auswirkt, einseitig zum Nachteil eines geschlechtstypischen Berufs getroffen wird oder sich so auswirkt, ist ein gewichtiges Indiz für das Vorliegen einer Diskriminierung (BGE 124 II 409 E. 11e; ALBRECHT, a.a.O., S. 160 ff.; MONIQUE COSSALI, L'interdiction de discriminer en raison du sexe dans la vie professionnelle, au regard du droit suisse et du droit communautaire, Fs. Bigler-Eggenberger, Basel 1993, S. 59-83, 68). d) Die Beschwerdegegnerin bestreitet nicht, dass einzig bei den Kindergärtnerinnen nachträglich das Pensum für die Festlegung der Lohnklasse berücksichtigt wurde, während bei den anderen Lehrkräften die teilweise ebenfalls unterschiedliche Zahl der Pflichtstunden nicht zum Anlass genommen wurde, nachträglich die Lohnklasse zu verändern. Diese Massnahme wirkt sich für den typisch weiblichen Beruf der Kindergärtnerin nachteilig aus. Eine geschlechtsbedingte Diskriminierung ist daher zu vermuten. Die Beschwerdegegnerin hat somit den Beweis dafür zu erbringen, dass die nachträgliche Reduktion der Lohnklasse unter Berufung auf das geringere Arbeitspensum sachlich gerechtfertigt ist.

8. Es fragt sich zunächst, ob es zulässig ist, einzig bei den Kindergärtnerinnen im Rahmen der Arbeitsplatzbewertung die Arbeitsbelastung zu berücksichtigen. Das ist eine vom Bundesgericht frei zu prüfende Rechtsfrage.

BGE 124 II 436 S. 443

a) Unerheblich sind zunächst die Ausführungen der Beschwerdeführerinnen zu den Entscheidungsvorgängen und den verschiedenen Überlegungen innerhalb der Projektgruppe BERESO, des Regierungsrates und des Kantonsrates, welche dazu führten, dass die ursprünglich vorgesehene Einreihung der Kindergärtnerinnen in die Lohnklassen 16 und 17 schliesslich in der Kantonsratsverordnung auf 14/15 reduziert wurde. Denn der angefochtene Entscheid des Verwaltungsgerichts hat die Funktion der Kindergärtnerin grundsätzlich in die Lohnklasse 17 eingestuft und nur mit Rücksicht auf die unterschiedlichen Pensen wieder auf 15 reduziert. Zur Diskussion steht somit einzig, ob die Rückstufung mit dieser Begründung zulässig ist. b) Es trifft zu, dass das Gutachten, auf welches sich das Verwaltungsgericht stützt, zum Ergebnis kommt, die Funktion Kindergärtnerin liege eine Lohnklasse tiefer als die Funktion Primarlehrer. Indessen steht dieses Ergebnis - wie im Gutachten ausdrücklich festgehalten ist - unter der Annahme, die Arbeitszeiten der beiden Funktionen seien gleich gross oder unterschieden sich nur geringfügig. In der "Beantwortung der bewilligten Ergänzungsfragen" vom Februar 1997 stellen die Gutachter nochmals klar, dass die ermittelte Lohnklasseneinreihung nichts mit der Arbeitszeit zu tun habe. Bei der Ermittlung des auszuzahlenden Entgelts könne hingegen die verminderte Arbeitszeit berücksichtigt werden. Daraus ergibt sich klar, dass die Beurteilung der Gutachter auf der Annahme beruht, die Arbeitszeiten der Funktionen Primarlehrer und Kindergärtnerin seien ungefähr gleich. Erweist sich, dass diese

Annahme nicht zutrifft, ist insoweit auch die Schlussfolgerung aus dem Gutachten nicht mehr massgebend. c) Grundsätzlich kann es nicht diskriminierend sein, für ein kleineres Arbeitspensum einen geringeren Lohn zu bezahlen als für ein höheres. Das verstösst auch nicht gegen das Lohngleichheitsgebot (vgl. BGE 103 Ia 517 E. 7 S. 528 f.). Rechtsungleich wäre im Gegenteil, ein qualitativ gleichwertiges, aber quantitativ geringeres Pensum gleich zu entlöhnen wie ein grösseres (BGE 124 II 409 E. 11f).
d) Indem das Verwaltungsgericht davon ausgeht, dass die Arbeitsbelastung einer Kindergärtnerin nur ca. 90% derjenigen einer Primarlehrkraft beträgt, wird faktisch das Normalpensum der Kindergärtnerin zu einer 90%-Tätigkeit gemacht. Die Beschwerdeführerinnen bringen vor, es sei willkürlich, den Beruf der Kindergärtnerin als einzigen im ganzen kantonalen System grundsätzlich und zwingend zu einer Teilzeitfunktion zu machen.

BGE 124 II 436 S. 444

aa) Die geringere Entlöhnung von Teilzeitangestellten gilt in der Literatur als Paradebeispiel einer Geschlechtsdiskriminierung, da davon mehrheitlich Frauen betroffen sind (ALBRECHT, a.a.O., S. 161; KATHRIN ARIOLI, Die Rechtsfigur der indirekten Diskriminierung, AJP 1993 S. 1327-1335, 1332 ff.; FREIVOGEL, a.a.O., Rz. 22 zu Art. 3; KATHRIN KLETT, Das Gleichstellungsgesetz, ZBl 98/1997 S. 49-64, 54). Dies betrifft indessen den Fall, dass Teilzeitangestellte proportional (z.B. als Stundenlohn) weniger verdienen als Voll-zeitangestellte. Demgegenüber ist es selbstverständlich zulässig, für ein kleineres Pensum einen entsprechend geringeren Lohn zu bezahlen. bb) Es ist grundsätzlich auch erlaubt, gewisse Stellen als Teilzeitstelle auszugestalten. Gerichtsnotorisch werden nicht selten Funktionen in der öffentlichen Verwaltung und insbesondere im Schulbereich als Teilzeitbeschäftigungen ausgeschrieben, weil die zu erfüllende Tätigkeit nicht eine volle Stelle erfordert. Das ist grundsätzlich nicht zu beanstanden. Fraglich kann höchstens sein, ob dies deshalb unzulässig ist, weil es einen typischen Frauenberuf betrifft. cc) Zunächst kann sich fragen, ob wirklich eine Benachteiligung darin liegt, dass eine Stelle nicht als volle Beschäftigung ausgestaltet wird. Soweit es zutrifft, dass der Arbeitsaufwand nur einem 90%-Pensum entspricht, verbleibt der Kindergärtnerin ein entsprechendes Mehr an Freizeit, welches sie nach eigenem Gutdünken verwenden kann. dd) Sodann wird das tiefere Pensum nicht mit Rücksicht auf das Geschlecht der Kindergärtnerinnen festgelegt, sondern deshalb, weil die Kinder im Kindergarten aus pädagogischen Gründen eine geringere Lektionenzahl haben als in der Schule. Wird davon ausgegangen, dass eine Kindergärtnerin im Normalfall eine Kindergartenklasse betreut, so ergibt sich ihr Pensum aus dieser pädagogisch motivierten Stundenzahl, was ein sachlich haltbares Kriterium darstellt. Auch bei unteren Klassen in der Primarschule liegt vielfach die Lektionenzahl der Kinder tiefer als das ordentliche Pflichtpensum der Lehrer. Das kann ebenfalls dazu führen, dass Lehrkräfte, die ausschliesslich eine Schulklasse unterrichten, damit nicht ihr Pflichtpensum erreichen und entsprechende Lohneinbussen in Kauf zu nehmen haben, soweit sie nicht Zusatzlektionen in anderen Klassen übernehmen können. Die Möglichkeit, Zusatzlektionen mit entsprechender Mehrbesoldung zu übernehmen, ist auch für die Kindergärtnerinnen in Solothurn nicht ausgeschlossen (§ 14 der Lehrerbesoldungsverordnung).

BGE 124 II 436 S. 445

ee) Die Beschwerdeführerinnen bringen vor, auch andere Lehrkräfte (Kantons- und Berufsschullehrer) hätten eine tiefere Präsenzzeit als Primarlehrkräfte, ohne dass das zu einer Tieferstufung geführt habe. Die Beschwerdeführerinnen haben jedoch im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht selber den Vergleich zwischen den Funktionen Kindergärtnerin und Primarlehrer angestellt. Sie haben explizit den Beweisantrag gestellt, ein Gutachten über die Bewertung dieser beiden Vergleichsberufe zu erstellen. Auch im weiteren Verfahren beantragten sie nicht, weitere Berufe in den Vergleich einzubeziehen. Das Verwaltungsgericht hatte unter diesen Umständen keine Veranlassung, von Amtes wegen das effektive Arbeitspensum anderer Kategorien von Lehrkräften zu überprüfen. Im Übrigen kann mit sachlichen Gründen angenommen werden, dass die Vorbereitungszeit pro Lektion bei höherer Schulstufe aufwendiger ist. Es ist daher nicht diskriminierend, wenn die Zahl der Pflichtlektionen der Lehrkräfte an höheren Schulen tiefer ist. Daraus, dass Kantonsschullehrer mit vollem Pensum nur

22 Lektionen halten müssen, ergibt sich nicht zwingend, dass auch das Pflichtpensum der Kindergärtnerinnen als quantitativ gleichwertiges Vollpensum bewertet werden müsste. e) Die Beschwerdeführerinnen wenden ein, selbst wenn ihr Pensum geringer wäre, müssten sie allenfalls zu einem reduzierten Pensum der ihnen entsprechenden Lohnklasse 17 entlöhnt werden, nicht zu einem Vollpensum der Lohnklasse 15. Eine solche Bemessung wäre möglicherweise systemgerechter und transparenter. Sie ist jedoch nicht zwingend. Es ist bei Berufen, für welche - wie bei Lehrkräften - herkömmlicherweise nicht genaue Arbeitszeiten festgelegt werden, durchaus üblich, dass mit einer höheren Entlöhnung auch die Erwartung eines höheren zeitlichen Arbeitseinsatzes verbunden wird. Umgekehrt kann eine formell als Vollpensum geltende Stelle weniger gut besoldet sein unter der stillschweigenden Annahme, dass die zu erledigende Arbeit auch quantitativ geringer ist als in anderen Funktionen. Zudem verlangt das Lohngleichheitsgebot einen betragsmässig gleichen Lohn für gleiche bzw. gleichwertige Arbeit; ob dieser Betrag dadurch zustande kommt, dass 90% der Lohnklasse 17 oder 100% der Lohnklasse 15 bezahlt werden, ist dafür unerheblich, sofern mit dieser Differenzierung nicht andere Nachteile verbunden sind. Die Beschwerdeführerinnen bringen zwar vor, diese Unterscheidung wirke sich nachteilig aus für Kindergärtnerinnen, die als Stellvertreterinnen tätig sind oder Zusatzlektionen unterrichten, da deren Lohn pro Lektion

auf der Basis der Funktionseinreihung festgesetzt werde. Wohl trifft es zu, dass Zusatz- oder Teilpensen nach dem geltenden Wortlaut von § 13 Abs. 2 und § 14 Abs. 2 der Lehrerbesoldungsverordnung pro Lektion mit 1/20 der Grundbesoldung in der massgebenden Lohnklasse entlöhnt werden. Würde nun der Lohn für ein Vollpensum von Kindergärtnerinnen auf 90% der Lohnklasse 17 festgelegt, so müssten jedoch offensichtlich diese Bestimmungen geändert werden, würden doch sonst Teilzeitkindergärtnerinnen pro Jahreslektion mehr verdienen als Vollpensenkindergärtnerinnen. Die Besoldung der Teilzeitkindergärtnerinnen müsste dann ebenfalls pro Jahreslektion auf 1/20 von 90% der Lohnklasse 17 festgelegt werden, was betragsmässig dasselbe ausmacht wie 1/20 von 100% der Lohnklasse 15. Analoges gilt für Stellvertreterinnen.

9. Zu prüfen bleibt, ob das Arbeitspensum der Kindergärtnerinnen tatsächlich rund 10% tiefer liegt als dasjenige der Primarlehrkräfte. Das ist im wesentlichen eine Tatfrage; das Bundesgericht hat insoweit nur zu prüfen, ob das Verwaltungsgericht den Sachverhalt offensichtlich unrichtig, unvollständig oder unter Verletzung wesentlicher Verfahrensbestimmungen festgestellt hat (Art. 105 Abs. 2 OG). a) Das Verwaltungsgericht ging von den durch die Lehrerbesoldungsverordnung vorgeschriebenen Unterrichtspensen aus, welches bei den Kindergärtnerinnen 20 Lektionen à 60 Minuten zuzüglich 15 Minuten Präsenzzeit vor Beginn des Kindergartens, bei den Primarlehrkräften 30 Lektionen à 45 Minuten umfasst. Das gerichtliche Gutachten errechnete daraus und unter Berücksichtigung der übrigen Pflichten eine wöchentliche Präsenzzeit von je 1350 Minuten sowohl für Kindergärtnerinnen als auch für Primarlehrkräfte. Das Verwaltungsgericht ging von dieser Berechnung aus, erwog indessen, dass nicht nur bei den Kindergärtnerinnen, sondern auch bei den Primarlehrkräften die Arbeitspausen einzurechnen seien; daraus resultiere eine vorgeschriebene Präsenzzeit der Primarlehrer von 25,25 Stunden gegenüber 22,5 Stunden bei den Kindergärtnerinnen, was einer Differenz von ca. 10% entspreche. Unter Rückgriff auf Daten aus dem Kanton Zürich kam es zum Ergebnis, dass die disponible Arbeitszeit sowohl bei Primarlehrern als auch bei Kindergärtnerinnen etwa gleich viele Stunden betrage wie die vorgeschriebene Präsenzzeit. Zudem werde der Kindergartenunterricht teilweise in Gruppen abgehalten, so dass eine Lektionsvorbereitung mehrmals verwendet werden könne, wodurch sich die Vorbereitungszeit etwas reduziere.

b) Die Beschwerdeführerinnen rügen diese Sachverhaltsfeststellung als unvollständig und beantragen im Ver-

fahren vor Bundesgericht die Erstellung eines Fachgutachtens. Das Bundesgericht hat in Gleichstellungssachen mehrmals entschieden, dass die Weigerung, eine beantragte Expertise zur Vergleichbarkeit verschiedener Tätigkeiten einzuholen, den Anspruch auf rechtliches Gehör verletze (BGE 117 Ia 262 E. 4c S. 269 f.; ZBl 90/1989 S. 203, nicht publ. E. 3; vgl. BGE 118 Ia 35 E. 2d/e S. 38 f.). Vorliegend hat die Vorinstanz ein solches Gutachten eingeholt. Sachverhaltsmässig umstritten ist einzig noch die Frage der Arbeitszeit. Dazu ist - wie aus dem Folgenden hervorgeht - der Beizug eines weiteren Gutachtens entbehrlich. c) Wie die Beschwerdeführerinnen einräumen, gibt es zurzeit für den Kanton Solothurn keine Erhebung über die effektiven Arbeitszeiten der Lehrkräfte. Unter diesen Umständen ist es nicht zu beanstanden, wenn das Verwaltungsgericht auf entsprechende Untersuchungen aus dem Kanton Zürich abgestellt hat. Die Beschwerdeführerinnen bringen nichts vor, was diese Daten als offensichtlich unrichtig erscheinen liesse. Sie gehen im Gegenteil gleich wie das Verwaltungsgericht unter Bezugnahme auf die zürcherischen Untersuchungen davon aus, dass Präsenzzeit und variable Arbeitszeit sowohl bei Kindergärtnerinnen als auch bei Primarlehrkräften etwa im Verhältnis 1:1 stehen. Unter diesen Umständen kann die effektive Arbeitszeit aus einem Vergleich der vorgeschriebenen Präsenzzeiten errechnet werden. d) Die Beschwerdeführerinnen bringen vor, die Präsenzzeit der Kindergärtnerinnen sei im Kanton Solothurn grösser als in Zürich und gleich gross oder grösser als diejenige der Primarlehrkräfte; die für Zürich errechnete Gesamtarbeitszeit der Kindergärtnerinnen müsse daher entsprechend hochgerechnet werden. Indessen setzen sich die Beschwerdeführerinnen nicht mit den detaillierten Berechnungen auseinander, aufgrund derer das Verwaltungsgericht zu den unterschiedlichen Präsenzzeiten von 22,5 bzw. 25,25 Stunden gekommen ist. Die Differenz ergibt sich daraus, dass die kantonalen Behörden nicht nur bei den Kindergärtnerinnen, sondern auch bei den Primarlehrern die Pausen in die Präsenzzeit eingerechnet haben. Die Zulässigkeit dieses Vorgehens ist eine vom Bundesgericht frei zu prüfende Rechtsfrage. e) Wenn ein Lehrer während eines Halbtags Unterricht erteilt, so muss er sich faktisch während dieser Zeit im Schulhaus aufhalten. Selbst wenn er in den Pausen zwischen zwei Schulstunden keinen

Unterricht erteilt, so ist er doch weitgehend an seinen Arbeitsplatz gebunden. Zudem werden zumindest Teile der Pausen auch für die unmittelbare Vor- und Nachbereitung des Unterrichts, Gespräche mit Schülern u. dgl. verwendet. Hinzu kommt, dass die Schule auch während der Pausen für die Kinder verantwortlich ist. Selbst wenn nicht alle Lehrer ständig Pausenaufsicht ausüben müssen, so ist doch der Lehrkörper als gesamtes seiner Verantwortung nicht enthoben. Aus diesen Gründen kann die Pause der Primarlehrer nicht mit Freizeit gleichgesetzt werden. Auch in der Bundesverwaltung gelten übrigens die Arbeitspausen als Arbeitszeit (Art. 6 Abs. 1 der Verordnung vom 26. März 1980 über die Arbeitszeit in der Bundesverwaltung, SR 172.221.122). Nach Art. 15 Abs. 2 des Arbeitsgesetzes (SR 822.11) zählen Pausen dann zur Arbeitszeit, wenn der Arbeitnehmer den Arbeitsplatz nicht verlassen darf. Auch bei den öffentlichen Verkehrsbetrieben gelten kurze Arbeitsunterbrechungen (20 Minuten) als Arbeitszeit (Art. 7 Abs. 4 Arbeitszeitgesetz, SR 822.21). Insgesamt erweist es sich nicht als rechtswidrig, für die Primarlehrer die Pausen ebenfalls als Arbeitszeit zu berechnen. f) Auf dieser rechtlichen Basis ist die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz über das effektive Arbeitspensum der Kindergärtnerinnen und der Primarlehrer weder offensichtlich unrichtig noch unvollständig und deshalb für das Bundesgericht verbindlich (Art. 105 Abs. 2 OG). g) Die Beschwerdeführerinnen kritisieren, dass das Verwaltungsgericht, ohne darüber Beweis zu führen, davon ausgegangen sei, aufgrund des teilweise gruppenweisen Unterrichts sei der Vorbereitungsaufwand der Kindergärtnerinnen geringer. Wie es sich damit verhält, kann dahin gestellt bleiben: schon die vom Verwaltungsgericht zugrunde gelegten Pflichtpensen von 25,25 bzw. 22,5 Stunden entsprechen einer Differenz von fast 11%. Selbst ohne Berücksichtigung eines infolge gruppenweisen Unterrichts allenfalls reduzierten Vorbereitungsaufwandes kann damit die Lohnreduktion von 10% begründet werden.

h) Das Verwaltungsgericht konnte somit aufgrund der vorliegenden Unterlagen den Beweis als erbracht betrachten, dass das massgebende Arbeitspensum der Kindergärtnerinnen mindestens 10% tiefer liegt als dasjenige der Primarlehrer. Es hat daher Art. 6 GlG nicht verletzt, wenn es gestützt darauf die Einreihung der Beschwerde-

führerinnen um zwei Lohnklassen reduzierte. Gesamthaft erweist sich die Einreihung der Beschwerdeführerinnen in die Lohnklasse 15 nicht als diskriminierend.

BGE 124 II 436 S. 449

10. Zu prüfen bleibt, ob das Verwaltungsgericht die richtigen Rechtsfolgen aus seiner Beurteilung gezogen hat, wonach die ursprüngliche Einstufung in Lohnklasse 14 diskriminierend sei. a) Die Beschwerdeführerinnen hatten in ihrer am 30. Dezember 1994 eingereichten Klage vor dem Verwaltungsgericht eine Lohnnachzahlung seit 1. Januar 1990 verlangt, mit der Begründung, die damals geltende alte Lehrerbesoldungsverordnung widerspreche Art. 4 BV. Das Verwaltungsgericht erwog indessen, eine Rückwirkung dürfe von der Rechtsprechung nicht leichthin praktiziert werden. Eine solche entstehe immer schon dann, wenn Gerichte einen in der Vergangenheit liegenden Sachverhalt nach der heutigen Rechtsüberzeugung beurteilten. Zudem wäre es problematisch, im Nachhinein eine bereits als veraltet erkannte und deshalb ausser Kraft gesetzte Verordnung nach der heutigen Überzeugung auf Verfassungskonformität zu überprüfen, allein schon deshalb, weil im Nachhinein kaum feststellbar wäre, wann ein allfälliger Bewertungswandel zeitlich anzusetzen wäre. Es sei unzulässig zu fingieren, ein erst heute erkannter Mangel habe in gleichem Masse schon vor Jahren bestanden, und das Gemeinwesen hätte ihn bereits früher feststellen und beseitigen können. Zudem sei ein richterlicher Eingriff in abgeschlossene Budgetperioden im Lichte des Budgetvorbehalts und des Legalitätsprinzips heikel. Indem die Beschwerdeführerinnen sich zu einem bestimmten Lohn engagieren liessen, hätten sie ihr Recht auf diskriminierungsfreien Lohn temporär nicht ausgeübt, was zulässig sei. Hätten sie die neue Besoldungsverordnung abstrakt angefochten, hätte das Bundesgericht diese höchstens kassieren können; ein rückwirkender Lohnzuspruch wäre auch nicht in Frage gekommen. Die im Zivilrecht übliche fünfjährige Rückwirkung ab Datum der Klageeinreichung sei im öffentlichen Dienstrecht nicht haltbar. Unter Berücksichtigung der Zurückhaltung, die der Grundsatz der Gewaltenteilung dem Richter auferlege, sei der verfassungsmässige Lohn nicht ex tunc, sondern erst ab 1. Januar 1996 zuzusprechen, also ab dem Zeitpunkt, ab welchem die neue Lehrerbesoldungsverordnung in Kraft steht. b) Die Beschwerdeführerinnen rügen dies als bundesrechtswidrig. Indem das Verwaltungsgericht es abgelehnt habe, die frühere Besoldungsregelung auf ihre Übereinstimmung mit Art. 4 BV zu überprüfen, habe es nicht den ganzen im Streit stehenden Gegenstand geprüft und damit eine materielle Rechtsverweigerung begangen und das rechtliche Gehör verletzt. Ansprüche aus Art. 4 Abs. 2 Satz 3 BV könnten auch nachträglich geltend gemacht werden, soweit sie

BGE 124 II 436 S. 450

nicht verjährt seien. Es bestehe daher Anspruch auf diskriminierungsfreien Lohn während fünf Jahren vor der Einreichung der Klage. Auf den Lohngleichheitsanspruch könne auch nicht gültig zum Voraus verzichtet werden. c) Gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. d GlG kann, wer von einer Diskriminierung betroffen ist, die Zahlung des geschuldeten Lohnes verlangen. Das bezieht sich einerseits - wovon auch das Verwaltungsgericht ausgeht - auf den künftig geschuldeten Lohn. Die Lehre geht zudem mehrheitlich davon aus, dass im Rahmen der Verjährung auch eine Nachzahlung des bisher zu wenig bezahlten Lohnes geschuldet sei (AUBERT, a.a.O, S. 172; BIGLER-EGGENBERGER, in BIGLER- EGGENBERGER/KAUFMANN, a.a.O., Rz. 19 f. zu Art. 5 GlG und Rz. 5 zu Art. 17 GlG; BRÜHWILER, a.a.O., N. 11 zu Art. 322 OR; CLASS/MÖSSINGER, a.a.O., S. 36; FREIVOGEL, a.a.O., Rz. 139 und 145 ff. zu Art. 3 GlG; HAEFLIGER, a.a.O., S. 105; ISABELL MAHRER, Gleicher Lohn für gleichwertige Arbeit, Zürich 1983, S. 10, 27 f.; ADRIAN STAEHELIN, Zürcher Kommentar, N. 21b zu Art. 322 OR; vgl. auch RAINER J. SCHWEIZER, Probleme der Gleichbehandlung der Geschlechter bei der Ausrichtung von Haushaltzulagen, ZBl 1992 S. 1-17, 10). Das ist auch die Meinung der bundesrätlichen Botschaft zum Gleichstellungsgesetz (BBl 1993 I 1299). Die bisherige bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 4 Abs. 2 Satz 3 BV geht ebenfalls davon aus, dass eine Nachzahlung des in der Vergangenheit zuwenig

bezahlten Lohnes geschuldet sei: BGE 113 Ia 107 betraf eine Situation, in der einzig Lohn für die Vergangenheit gefordert wurde. Auch in BGE 118 Ia 35, wo das Bundesgericht einen kantonalen Entscheid aufhob, war ausschliesslich eine Nachzahlung streitig. Bestünde kein Anspruch auf Nachzahlung, wäre in jenem Fall kein Anlass gewesen, den angefochtenen Entscheid aufzuheben. Auch im Rahmen von Art. 4 Abs. 1 BV ist das Bundesgericht stillschweigend davon ausgegangen, dass eine Verletzung dieser Bestimmung dem Betroffenen Anspruch auf Nachzahlung im Rahmen der Verjährungsfrist gibt (nicht publiziertes Urteil des Bundesgerichts vom 16. März 1998 i.S. H., E. 4 u. 5). d) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist das Lohngleichheitsgebot ein unmittelbar anwendbares, justiziables subjektives Individualrecht (BGE 118 Ia 35 E. 2b S. 37; 117 Ia 262 E. 2c S. 265; 113 Ia 107 E. 1a S. 110, je mit Hinweisen). Es liegt in der Natur subjektiver Rechte, dass sie - unter Vorbehalt der Verjährung - grundsätzlich auch nachträglich noch geltend gemacht werden können. Das Gleichstellungsgesetz will in seinem zweiten Abschnitt privat- und öffentlichrechtliche Arbeitsverhältnisse bewusst gleich

behandeln (Art. 2 GlG; BIGLER-EGGENBERGER, a.a.O., Rz. 3 zu Art. 5 GlG; LUZIUS MADER, Das Gleichstellungsgesetz - Entstehung, Ziele und Instrumente, in: Schwander/Schaffhauser [Hrsg.], Das Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann, St. Gallen 1996, S. 9-44, 28; YVO SCHWANDER, Der zeitliche und der räumliche Anwendungsbereich des Gleichstellungsgesetzes, in: Schwander/Schaffhauser, a.a.O., S. 185-210, 188). Das Gleiche galt bereits unter der Herrschaft von Art. 4 BV (BGE 118 Ia 35 E. 2b S. 37; ZBl 85/1984 S. 162 E. 3b). Die nachträgliche Geltendmachung muss daher in öffentlichrechtlichen Arbeitsverhältnissen gleich wie in privatrechtlichen zulässig sein (CLASS/MÖSSINGER, a.a.O., S. 36 f.). e) Das Verwaltungsgericht geht davon aus, dass der Anspruch auf Lohngleichheit verzichtbar sei und die Beschwerdeführerinnen durch freiwilliges Antreten ihrer Stelle und Nichtgeltendmachung des Anspruchs auf eine Nachzahlung verzichtet hätten. aa) Im Zivilrecht kann der Arbeitnehmer während des Arbeitsverhältnisses und bis einen Monat nach dessen Beendigung nicht auf Forderungen verzichten, die sich aus zwingenden Vorschriften des Gesetzes ergeben (Art. 341 Abs. 1 OR). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts bezieht sich dies grundsätzlich nicht auf den Lohn, da dieser nicht zwingend festgelegt, sondern frei vereinbar ist (Art. 322 OR; SJ 1983 94 E. 2a; nicht publizierte Urteile des Bundesgerichts vom 18. Februar 1997 i.S. G., E. 1, und vom 15. Januar 1991 i.S. W., E. 3b). Anders verhält es sich jedoch, soweit Lohnbestandteile sich aus zwingenden Bestimmungen des Privatrechts oder aus öffentlichrechtlichen Vorschriften ergeben (BGE 105 II 39 [bzgl. Art. 321c OR]; nicht publizierte Urteile des Bundesgerichts vom 26. Juni 1984 i.S. W., E. 1 [bzgl. Art. 321c OR]; vom 16. September 1997 i.S. F., E. 1b [bzgl. Art. 9 BVO]; vom 1. Mai 1990 i.S. L., E. 5 [bzgl. Art. 13 ArbG]). bb) Nach weit überwiegender Ansicht der Lehre ist das Lohngleichheitsgebot eine zwingende Bestimmung in diesem Sinne, da es andernfalls seiner Wirksamkeit weitgehend beraubt würde (AUBERT, a.a.O., S. 170; CLAUDIA CAMASTRAL, Grundrechte im Arbeitsverhältnis, Diss. Zürich 1996, S. 63; ANTOINE CAMPICHE, L'égalité de rémunération entre travailleurs masculins et féminins, Thèse Lausanne 1986, S. 127, 140 f.; CLASS/MÖSSINGER, a.a.O., S. 50, 52; FREIVOGEL, a.a.O., Rz. 92, 96, 151 f. zu Art. 3 GlG; PHILIPP GREMPER, Arbeitsrechtliche Aspekte der Ausübung verfassungsmässiger Rechte, Diss. Basel 1993, S. 127; HAEFLIGER, a.a.O., S. 108; MAHRER, a.a.O., S. 10, 26; MANFRED REHBINDER, Berner Kommentar,

1985, N. 7 zu Art. 322 OR; STAEHELIN, a.a.O., N. 21b zu Art. 322 OR; ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5. Aufl. Zürich 1992, N. 20 zu Art. 322 OR; THOMAS SUT-

TER, Mann und Frau haben Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit, recht 1986, S. 120 f.; HANS-PETER TSCHUDI, Neue Probleme im schweizerischen Arbeitsrecht, SJZ 78/1982 S. 85-96, 91 f.; FRANK VISCHER, Stellungnahme zu Platzer, SJZ 80/1984 S. 303; ablehnend STEPHAN HEGNER, Salaire égal pour un travail de valeur égale, Zürich 1981, S. 19 f.; PETER PLATZER, Gleicher Lohn für gleichwertige Arbeit, SJZ 80/1984 S. 302 f.; offen gelassen INGRID KRON, Bedeutung und Problematik des Gleichberechtigungsartikels für die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung, SJZ 78/1982 S. 121-126, 125; GEORG MÜLLER, Rechtsgleichheit, Kommentar zu Art. 4 BV, Überarbeitung 1995, Rz. 144; differenziert RALPH MALACRIDA, Der Grundrechtsverzicht, Diss. Zürich 1992, S. 203). Auch das Bundesgericht hat das Lohngleichheitsgebot als zwingende Bestimmung des Zivilrechts betrachtet (BGE 113 Ia 107 E. 1a S. 111). cc) Das muss umso mehr gelten im öffentlichrechtlichen Arbeitsverhältnis. Zwar scheint das Bundesgericht in BGE 105 Ia 120 davon ausgegangen zu sein, dass benachteiligte Lehrerinnen, welche ihre Anstellungsverfügung nicht angefochten haben, keine nachträgliche Entschädigung mehr geltend machen können. Das steht jedoch nicht im Einklang mit dem inzwischen erlassenen Gleichstellungsgesetz, welches private und öffentliche Arbeitsverhältnisse gleich behandeln will (vorne E. 10d). Die Argumente, die im privaten Bereich für die zwingende Natur sprechen, gelten gleichermassen für den öffentlichrechtlichen Sektor. Zudem können die Arbeitsbedingungen in öffentlichrechtlichen Arbeitsverhältnissen schon grundsätzlich nicht der freien Vereinbarung zwischen den Beteiligten anheimgestellt sein, sondern sie unterstehen vielmehr aufgrund des Legalitätsprinzips der öffentlichrechtlichen Regelung und können nur soweit einvernehmlich vereinbart werden, als das öffentliche Recht dafür Raum lässt, was bezüglich des Lohngleichheitsgebots nicht zutrifft. Schliesslich schlägt im öffentlichrechtlichen Verhältnis der grundrechtliche Gehalt von Art. 4 BV schon wesensgemäss in seiner ganzen Tragweite direkt durch (BGE 123 V 189 E. 4f S. 193, mit Hinweisen; vgl. auch schon BGE 103 Ia 517 E. 6 S. 527; ZBl 90/1989 S. 203, nicht publ. E. 3b; ZBl 85/1984 S. 162, E. 3b). Deshalb kann auch das Lohngleichheitsgebot im öffentlichrechtlichen Bereich nicht weniger wirksam sein als im privatrechtlichen.

dd) Ist das Lohngleichheitsgebot als zwingend zu betrachten, so kann davon grundsätzlich nicht durch Vereinbarung abgewichen werden. Der Stellenantritt kann nicht einen gültigen Verzicht auf Geltendmachung des Anspruchs auf Lohngleichheit darstellen. Das Bundesgericht hat in BGE 105 Ia 120 denn auch die Anfechtung einer Anstellungsverfügung geschützt, welche für eine Lehrerin einen geringeren Lohn festlegte als für Lehrer. Zulässig ist allenfalls ein Verzicht in eindeutiger Form im Rahmen eines Vergleichs (BGE 110 II 168 E. 3). Der blosse Umstand, dass ein Arbeitnehmer sich zu bestimmten Konditionen anstellen liess, kann aber jedenfalls nicht als gültiger Verzicht betrachtet werden, würde doch sonst das Lohngleichheitsgebot praktisch nicht durchsetzbar. Zulässig ist es selbstverständlich, ein Recht einfach nicht auszuüben, was zu seiner Verjährung führen kann. Abgesehen davon geht aber das Recht durch blosse Nichtausübung nicht unter; auch ist das Zuwarten mit der Geltendmachung noch kein Rechtsmissbrauch (BGE 110 II 273 E. 2 S. 275; BGE 105 II 39). ee) Vorliegend kann keine Rede davon sein, die Beschwerdeführerinnen hätten auf ihren Lohngleichheitsanspruch gültig verzichtet. f) Unzutreffend ist die Ansicht des Verwaltungsgerichts, im Hinblick darauf, dass auf den 1. Januar 1996 eine neue Besoldungsregelung in Kraft gesetzt wurde, sei die frühere, als veraltet erkannte Besoldungsordnung nicht mehr auf ihre Verfassungskonformität zu überprüfen. Das Lohngleichheitsgebot ist ein unmittelbar anwendbares, justiziables Gebot von Verfassungsrang (BGE 118 Ia 35 E. 2b S. 37; BGE 117 Ia 262 E. 2c S. 265; BGE 113 Ia 107 E. 1a S. 110, je mit Hinweisen). Daraus folgt, dass die jeweils anwendbare Besoldungsregelung auf ihre Vereinbarkeit mit dem Lohngleichheitsgebot überprüft werden muss (vgl. BGE 105 Ia 120). Darin liegt entgegen der Ansicht des Verwaltungsgerichts keine Rückwirkung (SCHWANDER, a.a.O., S. 190); eine solche liegt vor, wenn eine neue Regelung auf einen in der Vergangenheit abgeschlossenen Sachverhalt angewendet wird. Vorliegend geht es jedoch um die Anwendung von Art. 4 Abs. 2 Satz 3 BV. Diese Bestimmung ist seit 1981 in Kraft und unmittelbar anwendbar (AUBERT, a.a.O., S. 160; FREIVOGEL, a.a.O., Rz. 133 ff. zu Art. 3 GlG; HAEFLIGER, a.a.O., S. 105). Das Bundesgericht hat zwar im Rahmen des allgemeinen Diskriminierungsverbots von Art. 4 Abs. 2 Satz 1 dem kantonalen Gesetzgeber eine gewisse Übergangszeit eingeräumt, um eine allenfalls verfassungswidrige Regelung zu beseitigen (BGE 123 I 56 E. 3b S. 60 f.; BGE 117 Ia 262 E. 3a S. 266, je mit Hinweisen). Es hat

jedoch ausdrücklich entschieden, dass diese Rechtsprechung nicht gilt für den Anspruch auf gleichen Lohn im Sinne von Art. 4 Abs. 2 Satz 3 BV (BGE 117 Ia 262 E. 3c S. 267; BGE 117 V 318 E. 4a S. 322; FREIVOGEL, a.a.O., Rz. 95 zu Art. 3 GlG). Vorliegend wurden Lohnnachzahlungen seit dem Jahr 1990 geltend gemacht, mithin für einen Zeitraum, in welchem Art. 4 Abs. 2 Satz 3 BV bereits in Kraft stand. Wird er auf die Jahre seit 1990 angewendet, so liegt darin keine Rückwirkung, sondern eine Überprüfung der damals geltenden und angewendeten kantonalen Besoldungsregelung auf ihre Vereinbarkeit mit dem damals (bereits) in Kraft stehenden Verfassungsrecht. Das Verwaltungsgericht war zu dieser Überprüfung unmittelbar gestützt auf die Bundesverfassung verpflichtet (BGE 117 Ia 262 E. 3 S. 265 ff.; ZBl 85/1984 S. 162, E. 3a). Dass die in den Jahren 1990 bis 1995 anwendbare Besoldungsregelung seither aufgehoben wurde, ändert daran nichts. Unerheblich ist auch, dass das Bundesgericht, wäre die neue Besoldungsverordnung mit staatsrechtlicher Beschwerde angefochten worden, höchstens die neue Regelung hätte aufheben können; die Möglichkeit, eine neue verfassungswidrige Norm auf dem Weg der abstrakten Normenkontrolle anzufechten, schliesst nicht aus, dass unabhängig davon ein individualrechtlicher Lohnanspruch für die Vergangenheit durchgesetzt werden kann. g) In der Lehre wird teilweise die Pflicht zur Lohnnachzahlung verneint mit der Begründung, dies könnte zu unbilligen Ergebnissen führen und die Rechtssicherheit beeinträchtigen, insbesondere wenn in unvorhersehbarer Weise in das Lohngefüge eines Unternehmens eingegriffen werde (ALBRECHT, a.a.O., S. 182). Es ist einzuräumen, dass eine Pflicht zur nachträglichen Lohnnachzahlung unter Umständen empfindlich in das finanzielle Gleichgewicht eines Arbeitgebers eingreifen kann. Das ist allerdings keine Besonderheit des Lohngleichheitsgebots. Auch im Bereich anderer vertraglicher oder ausservertraglicher Leistungspflichten kann eine erhebliche Rechtsunsicherheit bestehen, die unter Umständen erst nach Jahren durch ein letztinstanzliches Urteil behoben wird. Zudem hat das Bundesgericht ausdrücklich entschieden, dass die Auswirkungen auf das Lohngefüge kein Grund sein können, den Anspruch auf gleichen Lohn nicht gerichtlich durchzusetzen. Dieser Anspruch steht den Betroffenen ohne Rücksicht auf die Schwierigkeiten zu, die sich einem Gemeinwesen entgegenstellen, wenn es den vollständigen Ausgleich der Besoldung für Mann und Frau verwirklichen will (BGE 105 Ia 120 mit Hinweisen). Liegt ein Verstoss gegen das

Lohngleichheitsgebot vor, hat das Gericht selbst dann einzugreifen, wenn mit der Gutheissung des Anspruchs schwerwiegende Auswirkungen auf das ganze Lohnsystem verbunden sind (BGE 117 Ia 262 E. 3c S. 267; GEORG MÜLLER, a.a.O., Rz. 141). h) Nicht massgeblich ist der Hinweis des Verwaltungsgerichts auf Legalitätsprinzip und Budgetvorbehalt. Ergibt sich eine Zahlungspflicht des Gemeinwesens aus zwingendem übergeordnetem Recht, so stellen die entsprechenden Zahlungen gebundene Ausgaben dar, die auch getätigt werden müssen, wenn sie im Recht des entsprechenden Gemeinwesens keine Grundlage haben und nicht im Budget enthalten sind; dieses hat hinsichtlich der gebundenen Ausgaben keine konstitutive Wirkung (BEAT FREY, Streiflichter auf das Finanzreferendum im Kanton Solothurn, Fg. Rötheli, Solothurn 1990, S. 341-361, 360; YVO HANGARTNER, Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, Band I, Zürich 1980, S. 211; HEINRICH KOLLER, Budget und Norm, Festgabe Schweizerischer Juristentag 1973, S. 89-112, 101, 103 f.; ders., Der öffentliche Haushalt als Instrument der Staats- und Wirtschaftslenkung, Basel 1983, S. 203, 206 f.; GEORG MÜLLER, Die Gesetzmässigkeit der Bewilligung von Ausgaben, Fg. Rötheli, Solothurn 1990, S. 329-339, 331; vgl. BGE 115 Ia 392 E. 3a S. 394; Pra 1996 4 E. 3a). Budgetäre Schwierigkeiten können deshalb keine Abweichung vom verfassungsmässigen Anspruch auf gleichen Lohn rechtfertigen (VINCENT MARTENET,

L'égalité de rémunération dans la fonction publique, AJP 1997 S. 825-840, 837). Das Bundesgericht hat zwar in BGE 113 Ia 107 E. 4b S. 118 unter Hinweis auf ein beschränktes Budget einen Lohnunterschied als gerechtfertigt bezeichnet (kritisch dazu ISABELL MAHRER, Zum Problem der Gleichwertigkeit der Arbeit im Sinne von Art. 4 Abs. 2 3. Satz BV, SJZ 85/1989 S. 37-46, 44). Dabei ging es allerdings um einen privatrechtlichen Arbeitgeber in der Form einer einfachen Gesellschaft, die für eine beschränkte Zeit eine kulturelle Veranstaltung durchführte. Zudem war auch sonst eine Diskriminierung gerade nicht erstellt. i) Zu Unrecht beruft sich das Verwaltungsgericht auf das Urteil des Bundesgericht vom 12. (recte: 2.) November 1994 i.S. O.; dort hatte das Bundesgericht eine solothurnische Regelung, welche nur männlichen Beamten eine Haushaltzulage zugestand, deshalb als zulässig erklärt, weil sie mit den damals noch in Kraft stehenden bundesrechtlichen Bestimmungen des Eherechts (aArt. 160 Abs. 2 ZGB) im Einklang stand, die ihrerseits für das Bundesgericht verbindlich sind (Art. 113 Abs. 3 und Art. 114bis Abs. 3 BV). Da die

angefochtene Regelung für die fragliche Zeit als bundesrechtskonform zu betrachten war, stellte sich in jenem Entscheid die Frage einer Nachzahlung gar nicht. k) Indem das Verwaltungsgericht eine Pflicht zur Nachzahlung für die Zeit vor dem 1. Januar 1996 grundsätzlich verneinte, verletzte es Bundesrecht. Die Beschwerdeführerinnen haben grundsätzlich Anspruch darauf, dass ihnen im Rahmen der Verjährungsfristen die Differenz zwischen dem effektiv erhaltenen und dem geschuldeten Lohn nachbezahlt wird. Da der Anspruch auf diskriminierungsfreien Lohn ein bundesrechtliches Individualrecht ist (vorne E. 1e und 10d), ist auch die zur Anwendung kommende Verjährungsfrist eine bundesrechtliche. Mangels einer Spezialregelung im Gleichstellungsgesetz sind dabei die Verjährungsvorschriften des Obligationenrechts analog anzuwenden (Art. 128 Ziff. 3 OR).

11. Es fragt sich sodann, welches der "geschuldete Lohn" im Sinne von Art. 5 Abs. 1 lit. d GlG ist. a) Art. 4 Abs. 2 Satz 3 BV bzw. Art. 3 und 5 GlG legen nicht einen bestimmten Lohn fest, sondern verbieten nur eine Lohndiskriminierung. Unzulässig kann nicht die Höhe eines Lohnes sein, sondern nur eine ungerechtfertigte Lohndifferenz zu einer andern, als gleichwertig beurteilten Tätigkeit. Ist eine diskriminierende Differenz festgestellt, so gibt es verschiedene Möglichkeiten, diese zu beseitigen: es können entweder die tieferen Löhne angehoben oder die höheren gesenkt oder beliebige Mischformen gewählt werden (ALBRECHT, a.a.O., S. 180 f.; CLASS/MÖSSINGER, a.a.O., S. 49; KRON, a.a.O., S. 125 FN 14). Welche dieser Möglichkeiten gewählt werden soll, hängt von arbeitsmarktlichen, lohn- und finanzpolitischen Überlegungen ab. Zwar wird in der Lehre bisweilen die Ansicht vertreten, es sei unzulässig, im Falle einer festgestellten Diskriminierung die Löhne der bisher privilegierten Arbeitnehmer zu senken (AUBERT, a.a.O., S. 163; CAMPICHE, a.a.O., S. 132; HANS HUBER, Gleiche Rechte für Mann und Frau, ZBJV 118/1982, S. 161-196, 189 f.). Das trifft insoweit zu, als diese höheren Löhne vertraglich oder durch die anwendbaren öffentlichrechtlichen Besoldungsregelungen festgelegt sind und solange diese Verträge bzw. Regelungen nicht geändert werden (nur insoweit HUBER, a.a.O., S. 189 f.). Hingegen können diese Verträge oder Regelungen selbstverständlich auf dem Wege der ordentlichen Vertragskündigung bzw. Rechtsänderung dahingehend modifiziert werden, dass bisher relativ zu hohe Löhne gesenkt werden. Weder Art. 4 Abs. 2 BV noch das Gleichstellungsgesetz verbieten das. Ebenso enthalten die Materialien keine Hinweise auf eine

solche Regelung (ALBRECHT, a.a.O., S. 181). Zudem widerspräche eine solche Auffassung den Grundsätzen

des schweizerischen Arbeitsrechts, welches davon ausgeht, dass die Höhe des Lohnes im privatrechtlichen Bereich durch einzel- oder gesamtarbeitsvertragliche Vereinbarung und im öffentlichrechtlichen Bereich durch die einschlägige Gesetzgebung des zuständigen Gemeinwesens festgelegt wird. Es kann daher nicht unmittelbar aufgrund des bundesrechtlichen Lohngleichheitsgebots eine bestimmte absolute Lohnhöhe festgelegt werden. b) Das gilt namentlich auch für das öffentliche Dienstrecht von Kantonen und Gemeinden. Den zuständigen Behörden kommt bei der Ausgestaltung eines Besoldungssystems im öffentlichen Dienst ein erheblicher Gestaltungsspielraum zu (vorne E. 7a). Löhne können auch aus finanzpolitischen Überlegungen gesenkt werden, sofern dies willkürfrei und rechtsgleich erfolgt (Pra 1997 1 E. 3b, mit Hinweisen). Ergibt sich, dass ein bisheriges Lohnsystem rechtsungleich und diskriminierend war, so obliegt es den zuständigen Behörden, die geeigneten Massnahmen zu treffen, um die Diskriminierung zu beseitigen. Wenn aus finanzpolitischen Gründen die Gesamtlohnsumme nicht erhöht werden kann, muss die Diskriminierung kostenneutral beseitigt werden. Es ist alsdann unvermeidlich und entspricht dem Gebot der Lastengleichheit, dass dabei die bisher vergleichsweise zu hohen Löhne gesenkt werden (MARTENET, a.a.O., S. 837). c) Stellt ein Gericht eine Lohndiskriminierung fest, so kann es aus diesen Gründen an sich nicht den bisher Diskriminierten einen bestimmten Lohn zusprechen, da eine Vielzahl von verfassungskonformen Regelungen möglich ist und die Wahl zwischen diesen Möglichkeiten infolge der Komplexität der zu regelnden Materie und der erheblichen finanziellen Auswirkungen den zuständigen politischen Instanzen obliegt (vgl. BGE 117 Ia 262 E. 2b S. 264 f.; BGE 117 V 318 E. 5/6; BGE 116 V 198 E. II/3a S. 212; BGE 109 Ib 81 E. 4e S. 88 f.). Andererseits darf die unmittelbare Durchsetzbarkeit des Lohngleichheitsgebots nicht in Frage gestellt werden. Um diese sicherzustellen, muss das Gericht ein vollstreckbares Urteil fällen, welches den Betroffenen erlaubt, direkt einen diskriminierungsfreien Lohn zu erhalten. Um diese beiden Anliegen zu vereinen, kann das Gericht beispielsweise feststellen, dass der Lohn für eine bestimmte Funktion gleich hoch wie derjenige für eine bestimmte Vergleichsfunktion sein bzw. in einem gewissen Verhältnis dazu stehen muss. Es obliegt dann dem Arbeitgeber bzw. dem Gemeinwesen, sein

Besoldungssystem so zu revidieren, dass die Diskriminierung behoben wird (ALBRECHT, a.a.O, S. 179 f.). Solange der Lohn für die bisher begünstigten Tätigkeiten nicht gesenkt wird, haben damit die bisher Benachteiligten direkt aufgrund des Urteils Anspruch auf einen Lohn im gerichtlich festgelegten Verhältnis. Doch wird dadurch dem Arbeitgeber nicht die Möglichkeit verwehrt, mit einer Änderung der massgebenden Regelungen bzw. Verträge eine andere Lösung zu wählen. Wenn das Verwaltungsgericht entschieden hat, dass die Beschwerdeführerinnen in die Lohnklasse 15 einzureihen sind, so entspricht das seiner Beurteilung, dass die Funktion der Kindergärtnerin drei Lohnklassen tiefer liege als diejenige der Primarlehrer, sowie der Tatsache, dass diese kraft kantonalen Rechts in der Lohnklasse 18 eingereiht sind, was durch die Beschwerdegegnerin nicht geändert werden kann. Hingegen kann das Urteil nicht so interpretiert werden, dass dadurch dem Kanton verwehrt würde, die Besoldungseinreihung für Primarlehrer zu ändern; in diesem Fall könnte auch die Beschwerdegegnerin die Einreihung der Kindergärtnerinnen entsprechend anpassen. d) Diese Möglichkeit besteht indessen nur für die in der Zukunft geschuldeten Löhne. Hingegen ist es rechtlich nicht möglich, rückwirkend für die Vergangenheit Löhne zu reduzieren. Wird festgestellt, dass ein Lohnsystem in der Vergangenheit diskriminierend und damit verfassungswidrig war, so kann diese Diskriminierung nicht dadurch beseitigt werden, dass die bisher höheren Löhne gesenkt werden. Um den verfassungswidrigen Zustand zu beheben, bleibt als einzige Möglichkeit, die bisher verhältnismässig zu tiefen Löhne zu erhöhen. Insoweit kann also - anders als für die Zukunft - der geschuldete Lohn gerichtlich in absoluten Zahlen bemessen und zugesprochen werden. e) Vorliegend hat das Verwaltungsgericht, da es die Nachzahlungspflicht grundsätzlich verneinte, nur untersucht, ob die Besoldung gemäss der revidierten Lehrerbesoldungsverordnung von 1995 diskriminierend sei, aber nicht geprüft, in welchem Ausmass die von den Beschwerdeführerinnen in der Vergangenheit bezogenen Löhne diskriminierend waren. Das Bundesgericht kann diese Prüfung nicht selber vornehmen, da sie einerseits von der Anwendung und Auslegung kantonalen Rechts, andererseits von noch festzustellenden Sachverhalten abhängt. Das angefochtene Urteil ist daher aufzuheben und die Sache zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz

zurückzuweisen (Art. 114 Abs. 2 OG). Diese wird zu prüfen haben, ob und

in welchem Ausmass aufgrund der Kriterien, die sie für die Beurteilung der ab 1. Januar 1996 geltenden Einreihung angewendet hat, auch der den Beschwerdeführerinnen in der Vergangenheit bezahlte Lohn zu tief war.