Urteilskopf

131 II 393

29. Auszug aus dem Urteil der II. öffentlichrechtlichen Abteilung i.S. X. und Mitb. gegen Stiftung Spitalfonds Grenchen und Stiftung Bürgerspital Solothurn sowie Staat Solothurn und Verwaltungsgericht des Kantons Solothurn (Verwaltungsgerichtsbeschwerde) 2A.141/2004 vom 8. April 2005

Regeste (de):
Art. 8 Abs. 3 BV, Art. 3 und 5 GlG; Geschlechtsdiskriminierung; Arbeitsplatzbewertung; Minusklassenentscheid; Berücksichtigung von konjunkturellen oder arbeitsmarktlichen Faktoren; Überführungsregelung.

Zur Passivlegitimation des Kantons bei auf das Gleichstellungsgesetz gestützten Feststellungs- bzw. Leistungsbegehren gegen vom Kanton abhängige, aber rechtlich selbständige Spitalträger (E. 3).

Arbeitsplatzbewertung mit Hilfe der vereinfachten Funktionsanalyse; einheitliche Methode und Bewertung der Kriterien für alle Funktionen; Problematik der Gewichtung der einzelnen Kriterien (E. 6).

Unzulässigkeit eines Minusklassenentscheides (E. 5.2), mit dem der Arbeitgeber vom Ergebnis der Arbeitsplatzbewertung zum Nachteil der Arbeitnehmer abweichen will (Präzisierung der bisherigen Rechtsprechung; E. 7).

Unterscheidung der Überführung in eine höhere Klasse nach Dienstalter und nach Frankenbetrag (E. 5.2 und 8.1). Die frankenmässige Überführung kann die zuvor bestehende Diskriminierung fortführen (E. 8.2-8.4).

Regeste (fr):
Art. 8 al. 3 Cst., art. 3 et 5 LEg; discrimination fondée sur le sexe; évaluation analytique de la place de travail; décision de rétrogradation dans les classes de traitement; prise en considération de facteurs conjoncturels ou de la situation du marché du travail; mode de collocation dans les nouvelles classes de traitement.

Question de savoir si le canton a qualité pour défendre, lorsque des conclusions condamnatoires et en constatation de droit sont prises sur la base de la loi sur l'égalité dans le cadre d'une action dirigée contre des institutions ayant la charge d'hôpitaux, qui sont liées au canton mais en sont juridiquement indépendantes (consid. 3).

Evaluation de la place de travail à l'aide d'une analyse simplifiée des fonctions; la méthode d'évaluation et l'importance des critères doivent être identiques pour toutes les fonctions; question de la pondération de chaque critère (consid. 6).

L'employeur ne peut décider de rétrograder une fonction dans les classes de traitement (consid. 5.2) en s'écartant au détriment des employés du résultat d'une évaluation des places de travail (précision de la jurisprudence; consid. 7).

Collocation dans une classe de traitement plus élevée en prenant en considération l'ancienneté ou en se basant uniquement sur le montant du salaire (consid. 5.2 et 8.1). Le classement basé sur le montant du salaire peut avoir pour effet de maintenir une discrimination existante (consid. 8.2-8.4).

Regesto (it):
Art. 8 cpv. 3 Cost., art. 3 e 5 LPar; discriminazione fondata sul sesso; criteri di valutazione di un posto di lavoro; attribuzione a classi di salario inferiori; presa in considerazione di fattori congiunturali o inerenti al mercato del lavoro; regole di trasferimento.

Legittimazione passiva del Cantone in ambito di domande di accertamento, rispettivamente di richieste di prestazioni fondate sulla legge sulla parità e rivolte contro enti ospedalieri dipendenti dal Cantone ma giuridicamente autonomi (consid. 3).

Valutazione di un posto di lavoro sulla base di un'analisi semplificata della funzione; metodo e valutazione uniformi dei criteri per tutte le funzioni; problematica della ponderazione dei singoli criteri (consid. 6).

Inammissibilità dell'attribuzione a classi di salario inferiori (consid. 5.2), mediante la quale il datore di lavoro vuole scostarsi dal risultato della valutazione del posto di lavoro a scapito del lavoratore (precisazione della giurisprudenza; consid. 7)

Distinzione fra trasferimento in una classe di salario superiore in base all'anzianità e quello in base all'ammontare preciso del salario (consid. 5.2 e 8.1). Quest'ultimo genere di trasferimento può avere come effetto il perpetuarsi della discriminazione preesistente (consid. 8.2-8.4).

Sachverhalt ab Seite 394

BGE 131 II 393 S. 394

X. und 95 Mitbeteiligte waren ehemals oder aktuell im Kantonsspital Olten in unterschiedlichen Funktionen als Krankenpflegende, im Bereich der Ergotherapie oder als Hebammen tätig. Am 7. Dezember 2000 erhoben sie beim Verwaltungsgericht des Kantons Solothurn (im Folgenden: Verwaltungsgericht) Klage (dortiges Verfahren 2000/10) gegen den Staat Solothurn. Sie machten eine Lohndiskriminierung gestützt auf Art. 8 BV und das Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GlG; SR 151.1) geltend und verlangten die Bezahlung der Besoldungsdifferenz für die zurückliegende und zukünftige Zeit. Am 28. Mai 2002 beauftragte das Verwaltungsgericht Prof. M., ETH Zürich, mit der Erstellung eines arbeitswissenschaftlichen

BGE 131 II 393 S. 395

Gutachtens. Dieses ging am 14. November 2002 ein. Die Parteien erhielten Gelegenheit, Ergänzungsfragen an die Gutachterin zu stellen, welche die Fragen mit Ergänzungsgutachten vom 24. Juli 2003 beantwortete. Ferner verfügte das Verwaltungsgericht, es werde vorerst ein Teilurteil fällen über die Funktionen dipl. Krankenschwester DN 2 und dipl. Krankenschwester DN 2 Stationsleiterin, da die anderen Funktionen von der Besoldung dieser Funktionen abhängig seien. Mit Urteil vom 28. Januar 2004 wies das Verwaltungsgericht die Klage gegen den Staat Solothurn ab, soweit sie die Funktionen Krankenschwester DN 2 und Stationsleiterin betraf. Ebenfalls am 7. Dezember 2000 erhoben Z. und 11 Mitbeteiligte eine analoge Klage beim Verwaltungsgericht (dortiges Verfahren 2000/13) gegen den Staat Solothurn und die Stiftung Spitalfonds Grenchen. Die Klägerinnen und Kläger waren ehemals oder aktuell im Spital Grenchen in unterschiedlichen Funktionen als Krankenpflegende, im Bereich der Ergotherapie oder als Hebammen tätig. Am gleichen Tage erhoben auch Y. und 64 Mitbeteiligte eine analoge Klage beim Verwaltungsgericht (dortiges Verfahren 2000/6) gegen den Staat Solothurn und die Stiftung Bürgerspital Solothurn. Sie waren ehemals oder aktuell im Bürgerspital Solothurn in unterschiedlichen Funktionen als Krankenpflegende tätig. Der weitere Verlauf der Verfahren 2000/6 und

2000/13 erfolgte parallel zum Verfahren 2000/10 betreffend Kantonsspital Olten. Mit Urteilen vom 28. Januar 2004 wies das Verwaltungsgericht die Klagen gegen den Staat Solothurn ab, da dieser in den Verfahren 2000/6 und 2000/13 nicht passivlegitimiert sei; die Klagen gegen die Stiftung Spitalfonds Grenchen und die Stiftung Bürgerspital Solothurn wies es ab, soweit sie die Funktionen Krankenschwester DN 2 und Stationsleiterin betrafen. X. und 88 Mitbeteiligte haben am 4. März 2004 beim Bundesgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde (Verfahren 2A.141/2004) eingereicht gegen das Urteil im Verfahren 2000/10 mit den folgenden Anträgen: "1. Das angefochtene Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Solothurn vom 28. Januar 2004 sei aufzuheben. 2. Die Beschwerdegegner seien zu verurteilen, den Klägerinnen die diesen nach Beseitigung der diskriminierenden Wirkungen des sog. Minusklassenentscheids und der BERESO-Überführungsregelung

zustehende Besoldung gemäss Art. 8 Abs. 3 BV und Gleichstellungsgesetz zukünftig und rückwirkend seit wann rechtens nebst Zins seit wann rechtens zu bezahlen, einschliesslich Nachzahlung der entsprechenden Pensionskassenbeiträge auf die Vorsorgekonti der Klägerinnen. Eventualiter:
2.1 Es sei festzustellen, dass die Umsetzung der Besoldungsrevision mit dem Minusklassenentscheid und der gewählten Überführungsregelung diskriminierend war und die Sache sei zur Berechnung der Lohnansprüche an die Vorinstanz zurückzuweisen. 3. Die Beschwerdegegner seien zu verurteilen, den Klägerinnen die diesen nach Beseitigung der diskriminierenden Wirkungen der individuellen Lohnklasseneinreihung zustehende Besoldung gemäss Art. 8 Abs. 3 BV und Gleichstellungsgesetz zukünftig und rückwirkend seit wann rechtens nebst Zins seit wann rechtens zu bezahlen, einschliesslich Nachzahlung der entsprechenden Pensionskassenbeiträge auf die Vorsorgekonti der Klägerinnen. Eventualiter:
3.1 Es sei festzustellen, dass die Lohnklasseneinreihung diskriminierend war und die Sache sei zur Berechnung der zukünftigen und rückwirkenden Lohnansprüche an die Vorinstanz zurückzuweisen. 4. Eventualiter zu Ziff. 2 und 3: Die Sache sei zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen." Verfahrensmässig beantragen sie, es sei ihnen eine Nachfrist zur Beschwerdeergänzung einzuräumen, da eine im Aktenverzeichnis und im angefochtenen Urteil erwähnte Urkunde sich nicht bei den Akten befunden habe. Ebenfalls am 4. März 2004 haben Z. und 9 Mitbeteiligte Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereicht (Verfahren 2A.142/2004) gegen das Urteil 2000/13 mit den gleichen Rechtsbegehren und dem zusätzlichen Antrag, es sei die Passivlegitimation des Staates Solothurn für die Klage vor Verwaltungsgericht festzustellen. Eine analoge Verwaltungsgerichtsbeschwerde (Verfahren 2A.143/2004) haben sodann Y. und 61 Mitbeteiligte erhoben gegen das Urteil 2000/6. Mit Schreiben vom 27. April 2004 hat das präsidierende Mitglied der II. öffentlichrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts den Beschwerdeführerinnen Gelegenheit eingeräumt, sich zur Frage eines zweiten Schriftenwechsels zu äussern. Die

Beschwerdeführerinnen haben mit Schreiben vom 7. Mai 2004 dazu Stellung genommen. Das Bundesgericht heisst die Beschwerden teilweise gut und weist die Sache zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an das Verwaltungsgericht zurück.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

3. In den Verfahren 2A.142/2004 und 2A.143/2004 beantragen die Beschwerdeführerinnen, die Passivlegitimation des Staates Solothurn für die Klage vor Verwaltungsgericht festzustellen. Das Verwaltungsgericht hat die Passivlegitimation verneint mit der Begründung, Lohnschuldner seien in diesen Verfahren die Stiftungen Spitalfonds Grenchen bzw. Bürgerspital Solothurn, nicht der Kanton. Das bestreiten die Beschwerdeführerinnen nicht. Sie machen aber geltend, die Spitalträgerschaften seien gesetzlich verpflichtet, die kantonalen Besoldungsregelungen für das Staatspersonal zu übernehmen. Für die diskriminierenden Regelungen sei allein der Staat Solothurn zuständig. Die Beschwerdeführerinnen haben im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht primär ein Leistungsbegehren gestellt. Ein solches kann sich naturgemäss nur gegen diejenige Person richten, welche die Leistung schuldet (vgl. ELISABETH FREIVOGEL, in: Margrith Bigler-Eggenberger/Claudia Kaufmann [Hrsg.], Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 1997, N. 104 zu Art. 3 GlG; HANSJÖRG SEILER, Gleicher Lohn für gleichwertige Arbeit, ZBl 104/2003 S. 113 ff., insbes. S. 119). Vorliegend sind das die beiden Spitalstiftungen. Eine Passivlegitimation des Kantons wäre dann gegeben, wenn die von diesem erlassenen Regelungen als solche angefochten wären, allenfalls auch für ein reines Feststellungsbegehren (vgl. Urteil 1A.52/1999 vom 16. Juni 1999, E. 2; ELISABETH FREIVOGEL, a.a.O., N. 22-27 zu Art. 7 GlG). Indessen hatten die Beschwerdeführerinnen auch die eventualiter gestellten Begehren auf Feststellung, dass die vom Kanton getroffenen Regelungen gegen Art. 8 Abs. 3 BV und das Gleichstellungsgesetz verstossen, mit einem Leistungsbegehren verknüpft. Daher ist der Kanton nicht passivlegitimiert. Demzufolge hat das Verwaltungsgericht die Klagen insoweit zu Recht abgewiesen.

4. Die Beschwerdeführerinnen rügen, ihr Anspruch auf rechtliches Gehör sei verletzt worden, weil sie zu der Urkunde 42a,

welche im angefochtenen Urteil als zentraler Beweis zitiert worden sei, nicht hätten Stellung nehmen können, da ihnen diese Urkunde im verwaltungsgerichtlichen Verfahren nicht bekannt gewesen sei. Das Verwaltungsgericht bringt dazu vor, die betreffende Urkunde sei als Beilage zur Klageantwort des Kantons in einem parallel vom gleichen Anwalt geführten Klageverfahren eingereicht worden. Zudem sei die Urkunde im angefochtenen Urteil nicht zitiert worden, sondern nur im Gutachten M., auf dessen Schlussfolgerungen im Urteil Bezug genommen worden sei. Ob in diesem Vorgehen eine Verletzung des rechtlichen Gehörs liegt, kann offen bleiben: Die Beschwerdeführerinnen führen nämlich in ihrer Stellungnahme vom 7. Mai 2004 aus: "Auf einen zweiten Schriftenwechsel betreffend materiellen Inhalt der Verwaltungsgerichtsbeschwerde sowie der Vernehmlassung kann verzichtet werden, da die nachträgliche Kenntnis der Akte 42a die Begründung der Beschwerdeschrift nicht grundlegend ändern würde." Daraus, dass die Urkunde den Beschwerdeführerinnen beim Abfassen der Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht zugänglich gewesen ist, ist ihnen somit nach ihren eigenen Aussagen kein Nachteil erwachsen. Von einer Aufhebung und Zurückweisung des angefochtenen Urteils wegen Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör ist daher abzusehen, zumal die Beschwerdeführerinnen selber mit ihren Rechtsbegehren in erster Linie nicht eine Zurückweisung, sondern eine materielle Beurteilung verlangen (vgl. HANSJÖRG SEILER, Abschied von der formellen Natur des rechtlichen Gehörs, SJZ 100/2004 S. 377 ff., insbes. S. 383 f.).

5.

5.1 Es ist nicht bestritten, dass die hier zu beurteilenden Funktionen der Krankenschwester und der Stationsleiterin frauenspezifische Funktionen sind. Ein Lohnunterschied zu gleichwertigen männlichen oder geschlechts-

neutralen Berufen kann daher eine von Art. 8 Abs. 3 BV bzw. Art. 3 und 5 GlG verbotene Lohndiskriminierung darstellen. Umstritten ist, ob das hier zutrifft.

5.2 Der Kanton Solothurn führte in den 90er Jahren für das ganze Staatspersonal eine Revision des Besoldungswesens (sog. Projekt BERESO) durch (vgl. dazu BGE 125 II 385; BGE 124 II 436, 529; Urteile 2A.200/2001 vom 18. Juni 2002 und 2A.593/1998 vom 28. Juni 1999). Dabei wurde für eine Anzahl von Schlüsselpositionen aufgrund einer analytischen Arbeitsplatzbewertung in der Form

der vereinfachten Funktionsanalyse (VFA) anhand von 6 Kriterien ein Arbeitswert eruiert. Daraus resultierte für die Funktion Krankenschwester DN 2 (früher Krankenschwester AKP) die Punktzahl 300, für die Funktion Stationsleiterin (früher Stationsschwester AKP) die Punktzahl 364,5. Gestützt auf die Ergebnisse der Arbeitsbewertung reihte der Kantonsrat die verschiedenen Funktionen in Lohnklassen ein. Die genannten Punktzahlen hätten den Lohnklassen 14 bzw. 17 entsprochen. Für die meisten Funktionen im Pflegebereich traf der Kantonsrat allerdings einen so genannten Minusklassenentscheid, so dass er die Funktion Krankenschwester DN 2 in die niedrigere Lohnklasse 13, die Funktion Stationsleiterin in die Lohnklasse 16 einreihte. Ausserdem wurden Angestellte, die gegenüber dem alten Lohnsystem in eine höhere Lohnklasse gehoben wurden, nicht mit der bisherigen Erfahrungsstufe in die neue Lohnklasse überführt (sog. Überführung nach Dienstalter). Vielmehr wurden sie lediglich in diejenige Erfahrungsstufe eingereiht, die im Vergleich zum bisherigen Bruttolohn der alten Lohnklasse frankenmässig der nächsthöheren Erfahrungsstufe der neuen Klasse entsprach (sog. Überführung nach Frankenbetrag; siehe auch nachfolgend E. 8.1).

6. Die Beschwerdeführerinnen beanstanden zunächst die Durchführung der vereinfachten Funktionsanalyse (VFA). Bei diskriminierungsfreier Durchführung hätte sich für die Funktion Krankenschwester DN 2 ein Arbeitswert von 351 Punkten ergeben, was der Lohnklasse 16 entsprochen hätte. Das Verwaltungsgericht hat erwogen, die ursprüngliche Einreihung in die Lohnklasse 14 sei diskriminierungsfrei. Zu prüfen ist somit, ob die Arbeitsplatzbewertung mit Hilfe der VFA eine Geschlechtsdiskriminierung zur Folge hat.

6.1 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist die VFA als solche nicht diskriminierend (BGE 124 II 409 E. 10d S. 430). Das Bundesgericht hat wiederholt die im Rahmen von BERESO durchgeführte VFA auch seiner eigenen Beurteilung zugrunde gelegt (BGE 125 II 385 E. 6 S. 392 ff.; BGE 124 II 436 E. 5a S. 438, BGE 125 II 529 E. 5 S. 532 ff; erwähnte Urteile 2A.200/2001 und 2A.593/1998, jeweils E. 4), ebenso die damit verwandte im Rahmen der bernischen Besoldungsrevision BEREBE durchgeführte Bewertungsmethode (BGE 125 I 71 E. 3 und 4 S. 80 ff.). Die Funktionsanalyse kann zwar auf eine diskriminierende Art und Weise durchgeführt werden (BGE 124 II 409 E. 10 S. 429 ff.). Das ist jedoch nicht

bereits dann der Fall, wenn eine Bewertung aus der Sicht bestimmter arbeitswissenschaftlicher Theorien unangemessen erscheint, sondern nur dann, wenn sie geschlechtsdiskriminierend ist. So verhält es sich etwa, wenn die Analyse systematisch und ohne Bezug zu der zu beurteilenden wertenden Tätigkeit geschlechtsspezifische

Merkmale tiefer bewertet als neutrale oder wenn sie umgekehrt für das andere Geschlecht spezifische Kriterien nicht oder schwach gewichtet, obwohl diese für die Tätigkeit wichtig sind (BGE 125 I 71 E. 3b S. 81; BGE 125 II 385 E. 5b-e S. 390 ff., BGE 125 II 530 E. 5b S. 538, 541 E. 6a S. 550 f.; BGE 124 II 436 E. 7a S. 441).

6.2 Die vom Gericht beauftragte Expertin hatte in ihrem Gutachten ausgeführt, in der VFA würden die Belastungen, die durch ein hohes Mass an Gefühlsarbeit in nicht-reziproken Interaktionen gekennzeichnet seien, unzureichend abgebildet. Sie habe daher die VFA-Skalen teilweise leicht uminterpretiert, um die Mängel der VFA ausgleichen zu können. So seien Einblick in menschliches Elend höher bewertet und emotional anspruchsvolle Kontakte beispielsweise mit Patienten und Delinquenten berücksichtigt worden. Daraus ergaben sich nach Ansicht der Gutachterin teilweise höhere Werte als in der im Rahmen von BERESO durchgeführten Arbeitsplatzbewertung. Im Ergebnis hat die Gutachterin für die Funktion Krankenschwester DN 2 bei drei der sechs Kriterien höhere Werte vorgeschlagen als nach BERESO: Sie erhöhte die Bewertung bei den Kriterien K1 (Ausbildung und Erfahrung) und K2 (Geistige Anforderungen) je von 2,0 auf 2,25 und beim Kriterium K3 (Verantwortung) von 2,0 auf 2,5.

6.3 Das Verwaltungsgericht hat im angefochtenen Urteil dazu ausgeführt, es könne nicht auf die von der Gutachterin vorgeschlagene modifizierte Form der VFA abstellen, da damit eine Ungleichbehandlung gegenüber allen anderen Staatsfunktionen entstünde, die nicht auf diese Weise bewertet wurden. Der gerichtlichen Beurteilung sei daher das System der VFA zugrunde zu legen, wie es im Rahmen von BERESO angewendet worden sei, nicht jedoch in der durch die Gutachterin modifizierten Form. Die Beschwerdeführerinnen rügen, dadurch schliesse das Verwaltungsgericht von vornherein all diejenigen Diskriminierungselemente von der Beurteilung aus, welche die Gutachterin festgestellt und korrigiert habe; das seien ausgerechnet diejenigen Elemente, die sich zahlenmässig am stärksten zu ihren Lasten ausgewirkt hätten.

6.4 Die Argumentation des Verwaltungsgerichts ist grundsätzlich überzeugend: Wenn ein Kanton für sein gesamtes Personal eine Arbeitsplatzbewertung nach einer einheitlichen Methode durchführt, dann wäre es problematisch, im Rahmen der gerichtlichen Beurteilung einzelner Funktionen ein anderes Vorgehen anzuwenden. Andernfalls würde die vom Kanton beabsichtigte Systematik des Lohngefüges aus den Angeln gehoben. Eine abweichende Vorgehensweise wäre nur dann geboten, wenn die vom Kanton angewandte Methode als solche diskriminierend wäre. Dies ist jedoch in Bezug auf die von der Gutachterin beanstandeten Elemente nicht der Fall: Im Gutachten wird nämlich ausgeführt, das geringere Gewichten der geistigen Anforderungen und der Verantwortung resultiere aus einer generellen mangelnden Berücksichtigung der Spezifika personenbezogener Dienstleistungen in der VFA sowie aus einer Unterbewertung der aus hohem negativem Potential von Fehlern entstehenden Verantwortung. Nach Ansicht der Gutachterin wird diese Gefühlsarbeit sowohl bei den Krankenschwestern als auch bei der männlich definierten Vergleichsfunktion Polizist ungenügend abgebildet. Unter Berücksichtigung ihrer Korrekturvorschläge kommt die Sachverständige für diese beiden Funktionen beim Kriterium K2 (Geistige Anforderungen) zu einer um 0,25 höheren und beim Kriterium K3 (Verantwortung) zu einer um 0,5 höheren Bewertung als nach BERESO. Sowohl nach BERESO als auch nach der Betrachtung der Gutachterin sind die Funktionen Krankenschwester und Polizist bei diesen beiden Kriterien gleich hoch bewertet. Die nach Ansicht der Gutachterin zu tiefe Bewertung des Elements Gefühlsarbeit hat sich somit nicht einseitig zum Nachteil der weiblichen Funktionen ausgewirkt, sondern gleichermassen zum Nachteil der männlichen Funktionen. Die Gutachterin hat allerdings in ihrem Gutachten auch ausgeführt, die geringere Gewichtung personenbezogener Dienstleistungen könne nicht unabhängig von der Tatsache betrachtet werden, dass die entsprechenden Tätigkeiten tendenziell eher frauentypisch seien; damit habe die systematische Geringerbewertung dieser Tätigkeiten letztlich ihren Ursprung in einer geschlechtsspezifischen Ungleichbehandlung. Ebenso kritisiert das Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann, dass die VFA nicht die "geeignetste Bewertungsmethode" suche und damit hinnehme, dass die Gesellschaft mit ihrer traditionellen und nicht wissenschaftlich objektivierbaren Werthierarchie Frauenarbeit besoldungsmässig schlechter behandle als Männerarbeit.

Indessen sind Werte zwangsläufig subjektiv. Jedes Besoldungssystem beruht notwendigerweise auf bestimmten Werthierarchien, die nicht nach wissenschaftlichen Kriterien richtig oder falsch sein können. Das ist unvermeidlich und daher auch zulässig. Unzulässig ist eine Werthierarchie nicht schon deshalb, weil sie traditionell ist, sondern nur, wenn sie ohne sachlichen Grund ein Geschlecht benachteiligt. Nachdem wie dargelegt sowohl die weiblichen Funktionen der Beschwerdeführerinnen als auch die männlichen der Vergleichsfunktionen von dieser schwächeren Gewichtung der Gefühlsarbeit benachteiligt sind, liegt keine Geschlechtsdiskriminierung vor, sondern eine geschlechtsneutrale Wertungsfrage, die legitimerweise so oder anders beantwortet werden kann. Die Tatsache allein, dass sich eine höhere Bewertung zum Vorteil der Beschwerdeführerinnen ausgewirkt hätte, bedeutet noch nicht, dass die tiefere Bewertung diskriminierend ist. Das Verwaltungsgericht hat insoweit daher mit Recht seiner Überprüfung die VFA in der ursprünglichen Version zugrunde gelegt. Damit erweist sich die Bewertung der Funktion Krankenschwester DN 2 in den Kriterien K2 und K3 als nicht diskriminierend.

6.5 Eine geschlechtsspezifische Ungleichbehandlung der Krankenschwestern erblickte die Gutachterin auch beim Kriterium K1 (Ausbildung und Erfahrung). Bei diesem Kriterium ist in BERESO die Funktion Krankenschwester DN 2 mit 2,0 bewertet worden, die Funktion Polizist hingegen mit 2,25.

6.5.1 Die Gutachterin bewertete die Funktion Krankenschwester wie diejenige des Polizisten mit 2,25 und begründete dies mit der vierjährigen Berufslehre in Verbindung mit dem geforderten Mindestalter von 18 Jahren. Diese Ausbildung sei äquivalent zu derjenigen des Polizisten. Das Verwaltungsgericht hat die tiefere Einstufung der Krankenschwester damit erklärt, gemäss den Wertungshilfen des Kantons führe eine drei- bis vierjährige Berufslehre (wie dies für Krankenschwestern zutreffe) zum Wert 2,0. Eine Erhöhung um 0,25 erfolge nur, wenn vorgängige Berufserfahrungsjahre Voraussetzung für die Funktion bildeten. Das sei bei den Krankenschwestern nicht der Fall; sie könnten zwar die Ausbildung erst mit 18 Jahren beginnen, müssten aber in der Überbrückungszeit bis zum Beginn der Lehre nur ein dreimonatiges Praktikum absolvieren. Demgegenüber sei die Polizistenausbildung zwar nur einjährig; sie sei

aber eine Zweitausbildung nach obligatorischer erster drei- oder vierjähriger Berufslehre. Daher rechtfertige sich hier die abweichende Bewertung. Diese Überlegungen sind sachlich haltbar. Es ist zulässig, eine Zweitausbildung höher zu bewerten als eine Erstausbildung. Zwar erscheint die Zweitausbildung der Polizisten zunächst relativ kurz. Die Funktion Polizist ist jedoch nicht in der Lohnklasse 14 eingereiht, die der Arbeitsbewertung entspräche, sondern zunächst nur in der Lohnklasse 12. Danach erfolgt in der Regel ein Gradaufstieg, der mit einem Lohnklassenaufstieg verbunden ist. Die anfängliche Tieferbewertung trägt dem Umstand Rechnung, dass die Ausbildung nach der einjährigen Polizeischule nicht abgeschlossen ist. Erst nach mehreren Berufsjahren erreicht der Polizist die Lohnklasse 14, die seinem analytischen Arbeitswert entsprechen würde. Die Zweitausbildung, die erforderlich ist, um die nach der Arbeitsbewertung indizierte Lohnklasse zu erreichen, dauert somit faktisch erheblich länger als nur ein Jahr. Mit Rücksicht darauf ist eine Höherbewertung gegenüber der Ausbildung der Krankenschwester sachlich haltbar.

6.5.2 Die Beschwerdeführerinnen beanstanden in diesem Zusammenhang, das Verwaltungsgericht habe nicht

berücksichtigt, dass bei der Vergleichsfunktion Polizist die Anfangsbesoldung in Lohnklasse 12 mindestens auf der Stufe E4 festgesetzt werde, was eine faktische Lohnerhöhung um mehr als zwei Lohnklassen darstelle. Das geschah jedoch nicht im Rahmen der Lohnklasseneinreihung nach BERESO, sondern aus arbeitsmarktlichen Gründen erst mit Wirkung ab 1. Januar 1999. Für die vom Arbeitsmarkt unabhängige Funktionsanalyse kann dieser Umstand daher keine Rolle spielen (siehe auch unten E. 7.6). Die Bewertung der Krankenschwester beim Kriterium K1 mit 2,0 erscheint auch im Vergleich mit den Physiotherapeutinnen zutreffend: Diese wurden mit 2,25 bewertet, was vom Bundesgericht als nicht diskriminierend beurteilt wurde (BGE 125 II 385 E. 6d S. 393 f.). Im Unterschied zu den Krankenschwestern wird für die Physiotherapeutenausbildung als Aufnahmevoraussetzung eine abgeschlossene Berufslehre oder eine elfjährige Schulbildung verlangt. Insgesamt ist die Bewertung der Funktion Krankenschwester DN 2 beim Kriterium 1 mit 2,0 nicht diskriminierend.

6.6 Die Funktion Stationsleiterin ist von der Gutachterin bei vier Kriterien höher bewertet worden als in BERESO, nämlich beim Kriterium K1 (Ausbildung und Erfahrung) mit 2,75 anstatt mit 2,5, beim Kriterium K2 (Geistige Anforderungen) mit 2,75 anstatt mit 2,5, beim Kriterium K3 (Verantwortung) mit 3,0 anstatt mit 2,5 und beim Kriterium K5 (Physische Belastungen) mit 3,0 anstatt mit 2,5.

6.6.1 Zum Kriterium K1 hat das Verwaltungsgericht erwogen, gemäss den Wertungshilfen verlange eine Bewertung mit 2,75 eine Zusatzausbildung wie z.B. eine Meisterprüfung. Für die Funktion der Stationsleiterin sei jedoch nur der Stationsleiterinnenkurs verlangt, der berufsbegleitend 60 Tage dauere. Zwar seien die Anforderungen nicht einheitlich und würden teilweise auch höhere Anforderungen verlangt. Es sei jedoch nicht diskriminierend, wenn die Funktion anhand der verlangten Minimalanforderungen bewertet werde, denn das sei auch bei anderen Funktionen so geschehen. Das Verwaltungsgericht hat dazu auf die männlich definierte Vergleichsfunktion der Wegmacher verwiesen, welche mit 1,0 (keine Berufslehre) bewertet würde, ungeachtet der Tatsache, dass manche Stelleninhaber eine Berufslehre absolviert haben. Diese Überlegung, mit der sich die Beschwerdeführerinnen nicht auseinandersetzen, ist sachlich haltbar.

6.6.2 Die Gutachterin bewertete das Kriterium K2 höher mit Rücksicht auf ihre für die Basisfunktion Krankenschwester ebenfalls vorgenommene Höherbewertung. Parallel hatte sie auch die männlichen Vergleichsfunktionen Polizist und Korporal höher bewertet. Die BERESO-Bewertung ist damit - wenn auch eine andere Bewertung ebenfalls vertretbar gewesen wäre - nicht geschlechtsdiskriminierend (vgl. oben E. 6.4). Das Verwaltungsgericht hat zudem ausgeführt, das System BERESO kenne beim Kriterium K2 keine Viertelnoten, so dass alle Funktionen - auch die männlichen - den Wert 2,75 nicht erreichen konnten. Der nächsthöhere Wert von 3,0 sei im Vergleich zu anderen Funktionen mit diesem Wert nicht gerechtfertigt. Die Einstufung mit 2,5 sei auch deshalb nicht diskriminierend, weil bei männlichen Vergleichsfunktionen wie Polizeikorporal mangels Viertelnoten ebenso wenig eine grössere Selbständigkeit berücksichtigt worden sei. Diese Überlegung überzeugt. Die Beschwerdeführerinnen bringen nichts vor, was sie als unzulässig erscheinen lassen würde. Die Bewertung mit 2,5 erscheint zudem auch im Vergleich mit den Physiotherapeutinnen

zutreffend, bei denen das Bundesgericht mit erwähntem Urteil 2A.200/2001 (dort E. 5), erkannt hat, dass die Bewertung beim Kriterium K2 mit dem Wert 2,5 nicht diskriminierend sei.

6.6.3 Beim Kriterium K3 hat das Verwaltungsgericht angenommen, die Bewertung mit bloss 2,5 sei vermutungsweise diskriminierend im Vergleich zu anderen Führungsfunktionen. Da der Kanton diese Vermutung nicht umstosse, sei von einem diskriminierungsfreien Wert von 3,0 auszugehen. Dieser Wert entspricht demjenigen, den die Beschwerdeführerinnen beantragt haben und ist daher nicht mehr umstritten.

6.6.4 Zum Kriterium K5 hat das Verwaltungsgericht erwogen, die im Gutachten vorgenommene Höherbewertung beruhe darauf, dass die Sachverständige die Bedeutung der eigenen - körperlich belastenderen - operativen Tätigkeit im Verhältnis zur Führungsaufgabe mehr gewichte. Dasselbe sei aber auch in Bezug auf die männlichen Vergleichsfunktionen Korporal und Bezirkspostenchef Land erfolgt. Das Vorgehen der BERESO-Organe sei daher nicht geschlechtsdiskriminierend. Diese Ausführungen, mit denen sich die Beschwerdeführerinnen auch nicht auseinandersetzen, sind zutreffend.

6.6.5 Insgesamt ergibt sich durch die vom Verwaltungsgericht vorgenommene Höherbewertung beim Kriterium K3 gegenüber der BERESO-Bewertung eine Erhöhung der Arbeitswertpunkte. Damit liegt die Funktion Stationsleiterin aber immer noch im Bereich der Lohnklasse 17.

6.7 Nach dem Gesagten erweisen sich die Einreihungen der Funktionen Krankenschwester DN 2 und Stationsleiterin aufgrund der analytischen Arbeitsplatzbewertung in die Lohnklassen 14 und 17 nicht als diskriminierend.

7. Die Beschwerdeführerinnen beanstanden sodann den Minusklassenentscheid als diskriminierend.

7.1 Eine analytische Arbeitsplatzbewertung, wie sie im Rahmen des Projekts BERESO durchgeführt wurde, kann zwar nicht den Anspruch erheben, eine allein richtige Bewertung darzustellen. Wie zuvor ausgeführt (E. 6), erweist sich die Lohneinreihung nach der systematischen Arbeitsbewertung als nicht geschlechtsdiskriminierend. Wird von der so ermittelten Lohnklasse alsdann aber - wie hier - zum Nachteil geschlechtsspezifischer Funktionen (Bereich Spitäler) abgewichen, so ist dies begründungsbedürftig und

führt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts in der Regel zur Vermutung einer Diskriminierung (BGE 125 I 71 E. 1c und 4a S. 76 und 82; BGE 125 II 541 E. 6a S. 550 f.). Die Beweislast wird nach Art. 6 GlG umgekehrt.

7.2 Dementsprechend ist das Verwaltungsgericht richtigerweise davon ausgegangen, der Minusklassenentscheid begründe eine Vermutung der Diskriminierung. Es hat jedoch angenommen, die Beschwerdegegner hätten den Beweis des Gegenteils erbracht: Es sei vom analytischen Ergebnis abgewichen worden, um die Löhne im Spitalbereich schweizerischem Durchschnitt anzupassen, was zulässig sei. Die Abstufung aus Arbeitsmarktüberlegungen sei gerechtfertigt. Zwar seien gemäss den Ausführungen der Gutachterin die im Rahmen von BERESO durchgeführten Lohnvergleiche aus wissenschaftlicher Sicht wenig exakt; ein Vergleich mit anderen Kantonen sei dennoch tatsächlich vorgenommen worden; dieser habe die Basis für den Minusklassenentscheid gebildet.

7.3 Das Bundesgericht hat in BGE 125 I 71 (in Bezug auf die Krankenschwestern im Kanton Bern) erkannt, dass ein Minusklassenentscheid um zwei Klassen gegenüber dem Ergebnis der Arbeitsplatzbewertung nicht diskriminierend ist. Es hat dabei erwogen, dass es einem Kanton nicht verwehrt ist, sein Lohnsystem auf einen grösseren Markt auszurichten und die dort bezahlten Gehälter mit zu berücksichtigen, soweit er damit nicht

einen typischen Frauenberuf in sachlich ungerechtfertigter Weise und in Abweichung von der Arbeitsplatzbewertung deutlich unterbezahlt (E. 4d/aa S. 84 f.). Ähnlich wurde auch in BGE 126 II 217 ausgeführt, die Berücksichtigung von Marktmechanismen bei der Ausgestaltung eines Entlöhnungssystems sei nicht grundsätzlich ausgeschlossen (E. 9b S. 226 f.). Auch in weiteren Urteilen hat das Bundesgericht eine Berücksichtigung von konjunkturellen oder arbeitsmarktlichen Faktoren als grundsätzlich zulässig erachtet (Urteil 1P.12/1999 vom 5. Dezember 1999, Pra 89/2000 Nr. 41 S. 223, E. 5e und f; Urteil 2P.369/1998 vom 21. März 2000, ZBl 102/2001 S. 265, E. 3h; Urteil 2A.192/2002 vom 7. März 2003, E. 5.2; in diesem Sinne auch 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], 1998, S. 155 ff.; MARTHA NIQUILLE-EBERLE, Lohngleichheit in der Praxis, ZBJV 137/2001 S. 689 ff., 759 ff.; HANSJÖRG SEILER, a.a.O., in: ZBl 104/2003 S. 145 ff., 153 f.;

kritisch bzw. einschränkend: GABRIELLA MATEFI, Marktlohn und Ausbildungskosten: sachliche Gründe für die Rechtfertigung von Lohnunterschieden?, AJP 2001 S. 1319 ff., 1328; TOBIAS BAUER/ SILVIA STRUB, Markt und Lohnungleichheit: Was zeigen die Fakten?, AJP 2001 S. 1308 ff.).

7.4 Der Arbeitgeber darf das Arbeitsmarktargument jedoch nicht derart anwenden, dass er daraus ohne sachliche, geschlechtsunabhängige Gründe nur zum Nachteil des einen Geschlechts bzw. von vorwiegend weiblichen Funktionenbereichen Schlüsse zieht, nicht aber beim anderen Geschlecht bzw. bei neutralen oder vorwiegend männlichen Funktionenbereichen (vgl. MARTHA NIQUILLE-EBERLE, a.a.O., S. 760). Wie das Bundesgericht zudem bereits erklärt hat, darf der zu Vergleichszwecken berücksichtigte Markt nicht als solcher diskriminierend sein (BGE 126 II 217 E. 9b S. 226). Demnach muss sich der Arbeitgeber - vor allem wenn es um Herabsetzungen geht - vergewissern, dass die Vergleichslöhne auf dem Markt nicht selber diskriminierende Züge aufweisen. Ansonsten würden allfällige auf dem Markt bestehende Geschlechtsdiskriminierungen (wieder) Einfluss in das Lohnsystem finden, obwohl es gerade ein Ziel der analytischen Arbeitsplatzbewertung war, sie auszuräumen. Im Weiteren müssen die geltend gemachten arbeitsmarktlichen Verhältnisse tatsächlich vorhanden gewesen sein und den Lohnentscheid beeinflusst haben (BGE 125 III 368 E. 5c/aa S. 378; erwähntes Urteil 2A.192/2002, E. 5.2).

7.5 Entgegen der Ansicht des Verwaltungsgerichts haben die Beschwerdegegner den Nachweis, dass der Minusklassenentscheid diskriminierungsfrei getroffen wurde, nicht in rechtsgenüglicher Weise erbracht.

7.5.1 Der Kanton hat die Löhne auf dem öffentlichen Arbeitsmarkt einiger anderer Kantone (Aargau, Basel-Landschaft, Bern, Luzern und Thurgau) zum Vergleich herangezogen. Wie ausgeführt (E. 7.4), kann eine Anpassung an die Werte anderer Kantone bei geschlechtsspezifischen Funktionenbereichen von vornherein nur zulässig sein, wenn die Vergleichswerte ihrerseits diskriminierungsfrei sind. Es ist allgemein bekannt, dass gerade die weiblich dominierten Berufe im Pflegebereich lange unterbezahlt wurden. Insbesondere im Laufe der 90er Jahre sollten diese Diskriminierungen in den Kantonen im Rahmen verschiedener, dem BERESO-Projekt ähnlicher Besoldungsrevisionen behoben werden. Soweit

zunächst von Nachbarkantonen die Rede ist und dabei der weit entfernte Kanton Thurgau in einem Zuge mit

aufgezählt wird, ist das nicht nachvollziehbar. Wenn im Weiteren ein gesamtschweizerischer Vergleich angestrebt werden soll, leuchtet ebenso wenig die Beschränkung auf die fünf erwähnten Vergleichskantone ein; jedenfalls fehlen jegliche Angaben dazu, weshalb diese Kantone gesamtschweizerisch repräsentativ sein sollen und inwiefern dort diskriminierungsfreie Löhne ausbezahlt werden. Vor allem ist seitens der Beschwerdegegner auf Vergleichszahlen aus dem Jahre 1993 abgestellt worden, obwohl einige Kantone damals erst an einer Besoldungsrevision arbeiteten, die unter anderem die lohnmässige Geschlechtsdiskriminierung beseitigen sollte. Namentlich im Vergleichskanton Bern wurde in den folgenden Jahren (1995/1996) Beschlüsse gefasst, die dazu führten, dass das Anfangsgehalt der Krankenschwestern um monatlich über Fr. 400.- angehoben wurde (vgl. BGE 125 I 71 E. 4d/bb S. 85). Bezeichnenderweise wurde bereits für das Jahr 1999 festgestellt, dass die solothurnischen Löhne im Pflegebereich infolge der in anderen Kantonen vorgenommenen Besoldungserhöhungen tiefer als in den meisten anderen Kantonen lagen; dies führte im Jahre 2001 zur Aufhebung des streitigen Minusklassenentscheids, weil die Rekrutierung für solothurnische Spitäler schwierig geworden war. Somit haben die Beschwerdegegner den Nachweis nicht erbracht, dass für den Minusklassenentscheid diskriminierungsfreie Vergleichslöhne herangezogen worden sind.

7.5.2 Ausserdem wurden Arbeitsmarktüberlegungen ohne besondere Rechtfertigung nur beim überwiegend weiblich geprägten Funktionenbereich der Spitäler für den Lohnklassenentscheid einbezogen. Gewiss kann es einem Gemeinwesen nicht verwehrt sein, seine Funktionen generell unter Berücksichtigung der Situation auf dem Arbeitsmarkt festzulegen. Dabei können auch budgetäre Erwägungen eine Rolle spielen. Führt ein Kanton aber für sein gesamtes Personal eine Arbeitsplatzbewertung nach einer einheitlichen Methode durch, so stellt das nur für einzelne Funktionen herangezogene Arbeitsmarktargument einen Eingriff in die Systematik des Besoldungsgefüges dar. Es wird lediglich für die betroffenen Funktionen ein neuer, systemfremder Bemessungsfaktor (nämlich das Verhältnis zum Durchschnittswert anderer Lohnsysteme)

eingeführt. Das läuft mindestens dann auf eine Geschlechtsdiskriminierung hinaus, wenn dadurch allein ein vorwiegend weiblicher Funktionenbereich besoldungsmässig herabgestuft wird. Dass die Pflegeberufe durch die Arbeitsplatzanalyse teilweise massiv aufgeholt haben, rechtfertigt noch nicht die unterschiedliche Behandlung gegenüber anderen Bereichen, bei denen der Arbeitsmarkt kein Kriterium zur Besoldungseinreihung wurde. Nach Meinung der gerichtlichen Expertin hätten im Übrigen technische, handwerkliche, landwirtschaftliche und hauswirtschaftliche Funktionen in gleicher Weise zu Abstufungen Anlass gegeben. Das beanstandete, einseitige Vorgehen wird ebenso wenig durch etwaige budgetäre Schwierigkeiten gerechtfertigt (vgl. BGE 125 I 71 E. 4d/ bb S. 85 f.); dieser Gesichtspunkt wäre in genereller Weise und nicht nur auf einen vorwiegend weiblich geprägten Funktionenbereich beschränkt zu berücksichtigen. Das muss erst recht für den blossen Wunsch nach einer Kostenreduktion gelten.

7.6 Mithin ist der Verdacht eines geschlechtsbezogenen Eingriffs betreffend den Minusklassenentscheid nicht ausgeräumt worden. Daher erweist sich die beanstandete Einreihung der Funktionen dipl. Krankenschwester DN 2 und Stationsleiterin in die Lohnklassen 13 bzw. 16 anstatt in die Lohnklassen 14 bzw. 17 als diskriminierend. Eine andere Frage ist, ob die erst im Jahre 1999 für Polizisten beschlossene höhere Anfangseinstufung innerhalb einer Lohnklasse auch Auswirkungen auf die Pflegeberufe hat (vgl. oben E. 6.5.2). Der Kanton beschloss diese höhere Anfangsbesoldung, um angesichts der Arbeitsmarktlage Polizeianwärter finden bzw. halten zu können. Verfahrensgegenstand sind hier aber die früher eingeführten Regelungen nach BERESO. Diese haben die Beschwerdeführerinnen angefochten, darunter den Minusklassenentscheid. Sie haben ihre Anträge jedoch nicht auf jene später vorgenommene höhere Anfangseinstufung erstreckt bzw. dargetan, dass diese auf diskriminierende Dispositionen im Rahmen von BERESO zurückzuführen ist. Für den hier zu beurteilenden Minusklassenentscheid spielte der Beschluss aus dem Jahre 1999 keine Rolle. Daher ist darauf vorliegend nicht

weiter einzugehen.

8. Aus dem Vorangehenden ergibt sich auch die Beurteilung der frankenmässigen Überführung:

BGE 131 II 393 S. 410

8.1 Ausgangspunkt für die Überführungsregelung war die aktuelle Bruttobesoldung vor der Besoldungsrevision. Diejenigen Angestellten, deren bisherige Besoldung unter der neuen Minimalbesoldung lag ("absolute Aufholer"), sollten nach der beanstandeten Regelung nach BERESO in Jahresschritten von 5 % an das neue Minimum herangeführt werden, wobei das neue Lohnminimum auf Beginn des dritten Jahres nach Inkrafttreten der Besoldungsrevision erreicht sein sollte. Diejenigen, deren bisherige Maximalbesoldung im Bereich der neuen Erfahrungsstufen lagen ("relative Aufholer"), wurden im Vergleich zur Besoldung 1995 in die frankenmässig nächsthöhere Erfahrungsstufe überführt. Die Überführung in die neue, höhere Lohnklasse erfolgte somit nicht auf der Basis der bisherigen Erfahrungsstufen, so dass der höhere Lohn, welcher der höheren Lohnklasse entsprechen würde, erst verzögert erreicht wird. Das Verwaltungsgericht hat geprüft, ob diese Überführungsregelung eine indirekte Diskriminierung darstelle: Es hat erwogen, nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft (EuGH) liege eine solche nur vor, wenn erheblich mehr Frauen als Männer nachteilig betroffen seien, wobei das massgebende Verhältnis in der Grössenordnung von etwa 10 zu 1 liege (vgl. Hinweis bei BGE 124 II 529 E. 5g S. 535 f.). Da das Verhältnis Frauen/Männer im Kanton Solothurn ungefähr 2 zu 1 betrage und die frankenmässige Überführung das gesamte Personal betreffe, liege keine indirekte Diskriminierung vor, weil nicht deutlich mehr Frauen als Männer betroffen seien. Zudem sei die frankenmässige Überführung aus finanzpolitischen Gründen gerechtfertigt. Die Beschwerdeführerinnen beanstanden, in Wirklichkeit seien durch die Überführungsregelung weit überwiegend Frauen betroffen, da in den weiblichen Funktionen viel mehr Aufholerinnen seien als in den anderen Funktionen. Zudem seien viele Frauen nachteilig betroffen, weil die durchschnittliche Verweildauer der Frauen beim Arbeitgeber gering sei; viele Frauen würden demzufolge gar nie in den Genuss des vollen höheren Lohnes gelangen. Sodann könnten finanzpolitische Überlegungen keine Rechtfertigung für eine Diskriminierung sein.

8.2 Die zeitliche und betragsmässige Auswirkung einer frankenmässigen Überführung ist logischerweise umso bedeutender, je grösser die Aufholbewegung ist. Wer um mehrere Klassen höher

BGE 131 II 393 S. 411

eingereiht wird, erreicht erst nach etlichen Jahren die Soll-Besoldung. Bei einer geringfügigen Höhereinreihung ist nach einem oder zwei Jahren die höhere Soll-Besoldung erreicht. Wer durch die Besoldungsrevision keine Höhereinreihung erfährt, ist durch die Überführungsregelung überhaupt nicht betroffen. Die angebliche Benachteiligung durch die Überführungsregelung ist somit in Wirklichkeit Konsequenz einer Bevorzugung: Eine Lohnerhöhung erfolgt nicht sofort mit voller Wirkung, aber es erfolgt immerhin eine Erhöhung. Eine solche Überführungsregelung ist bei Lohnerhöhungen allgemein üblich und grundsätzlich zulässig, solange sie innerhalb eines Systems angewendet wird, welches als solches diskriminierungsfrei ist (Urteile 2A.48/2002 vom 14. August 2002, E. 2.4.2; 2A.363/1998 vom 18. Juni 1999, E. 6i). Dies gilt auch dann, wenn eine geschlechtsspezifische Funktion relativ zu männlichen Funktionen in eine höhere Klasse eingereiht wird: Ist schon der frühere Lohn nicht diskriminierend gewesen, so kann in einer frankenmässigen Überführungsregelung keine Diskriminierung liegen. Der Arbeitgeber wäre nämlich gar nicht verpflichtet gewesen, einen höheren Lohn zu bezahlen. Gewährt er eine Lohnerhöhung, so tut er dies freiwillig, ohne durch das Lohngleichheitsgebot dazu gezwungen zu sein. Wäre sogar der völlige Verzicht auf die Lohnerhöhung nicht diskriminierend, kann es logischerweise

auch nicht diskriminierend sein, wenn die freiwillige Lohnerhöhung nicht sofort vollständig, sondern erst in Stufen erfolgt (vgl. Urteil 2A.290/ 2003 vom 8. September 2003, E. 2.5 und 2.6).

8.3 Anders verhält es sich hingegen, wenn schon der frühere Lohn (vor der Neueinreihung) diskriminierend gewesen ist: In diesem Fall folgt aus dem Lohngleichheitsgebot, dass - im Rahmen der Verjährung - bereits dieser frühere Lohn sofort auf eine diskriminierungsfreie Höhe gehoben werden muss (Art. 5 Abs. 1 lit. d GlG; BGE 125 I 14 E. 3b S. 17; BGE 124 II 436 E. 10c und d S. 450 f.). Dabei ist die jeweils anwendbare Lohnregelung darauf hin zu überprüfen, ob sie diskriminierend ist, also nicht nur die aktuell geltende, sondern auch eine allenfalls früher noch massgebende, inzwischen aufgehobene Regelung (BGE 125 I 14 E. 3h S. 19; BGE 124 II 436 E. 10f S. 453 f.; Urteil 2A.558/2001 vom 27. Juni 2002, E. 5.3; MARGRITH BIGLER-EGGENBERGER, Justitias Waage - wagemutige Justitia?, 2003, S. 304 f.).

Eine frankenmässige Überführung aus einer diskriminierenden altrechtlichen Einreihung in eine diskriminierungsfreie neurechtliche würde die Diskriminierung weiter führen, insofern sie den diskriminierenden altrechtlichen Lohn als Ausgangspunkt und begrenzenden Faktor für die Neueinstufung heranzieht (BGE 124 I 223 E. 2e S. 229; erwähntes Urteil 2A.48/2002, E. 2.4.2; GABRIELA Gwerder/Judith Wissmann Lukesch, Präjudizien - und dann? Rückblick auf Zürcher Lohnklageverfahren, AJP 2001 S. 1347 ff., 1351).

8.4 Wie oben in Erwägung 7 ausgeführt, ist die BERESO-Einreihung der Funktionen dipl. Krankenschwester DN 2 bzw. Stationsleiterin in die Lohnklassen 13 bzw. 16 diskriminierend. Die Beschwerdeführerinnen haben Anspruch auf einen Lohn entsprechend den diskriminierungsfreien Lohnklassen 14 bzw. 17. Dieser Anspruch besteht im Rahmen der fünfjährigen Verjährungsfrist (Art. 128 Ziff. 3 OR analog; BGE 124 II 436 E. 10k S. 456) auch rückwirkend. Die Beschwerdeführerinnen haben ihre Klage beim Verwaltungsgericht am 7. Dezember 2000 eingereicht. Sie haben daher den Anspruch auf den höheren Lohn bereits ab Beginn der Gültigkeit von BERESO (am 1. Januar 1996). Die frankenmässige Überführung erweist sich damit als diskriminierend, weil sie diesen Anspruch nicht erfüllt.

8.5 Im Rahmen von BERESO haben die Pflegeberufe gegenüber anderen Funktionen eine deutliche Besserstellung erfahren. Ist - wie dargelegt - schon die BERESO-Einreihung diskriminierend, so muss dasselbe auch gelten für den früheren, relativ zu anderen Funktionen noch tieferen Lohn. Es ist daher davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerinnen vor Inkrafttreten von BERESO einen diskriminierenden Lohn hatten. Im Rahmen der Verjährungsfrist können sie auch für diese Zeit eine Lohnnachzahlung verlangen. Nachdem sie die Klage beim Verwaltungsgericht am 7. Dezember 2000 eingereicht haben, haben sie daher Anspruch auf Lohnnachzahlungen ab 8. Dezember 1995, also nicht erst ab Inkrafttreten der BERESO. Sie haben im Rechtsbegehren vor dem Verwaltungsgericht einerseits den Minusklassenentscheid und die Überführungsregelung kritisiert, was sich nur auf die BERESO-Regelung bezieht. Andererseits haben sie die "nach Beseitigung der diskriminierenden Wirkungen der individuellen Lohnklasseneinreihung zustehende Besoldung" beantragt. Dieses Rechtsbegehren bezieht sich nach seinem Wortlaut auch auf die vor dem 1. Januar 1996 bestehende Lohnklasseneinreihung. In der Klagebegründung

haben sie kurz ausgeführt, wenn schon die Einreihung nach BERESO diskriminierend gewesen sei, so habe

a fortiori diese Diskriminierung auch schon vorher bestanden. Dies erweist sich nach dem Gesagten als zutreffend. Das Verwaltungsgericht wird für die Zeit zwischen dem 8. und dem 31. Dezember 1995 eine Lohneinreihung vorzunehmen haben, welche der neurechtlichen diskriminierungsfreien Lohnklasse 14 bzw. 17 entspricht und ab 8. Dezember 1995 den Beschwerdeführerinnen einen Lohn in dieser Höhe zuzusprechen haben.