

Besoldung der Schaffhauser Kindergartenlehrkräfte – Art. 8 Abs. 3 BV; Art. 3 GIG.

Die Schaffhauser Kindergartenlehrkräfte, deren Besoldung mit der Lohnrevision im Jahr 2005 deutlich angehoben wurde, waren im früheren, bis Ende Oktober 2005 geltenden Lohnsystem des Kantons Schaffhausen geschlechtsbedingt diskriminiert entlohnt (E. 5.1 – E. 5.3).

Für die älteren Kindergartenlehrkräfte besteht diese Lohndiskriminierung im neuen, seit Anfang November 2005 geltenden Lohnsystem teilweise weiter, weil für sie verglichen mit den jüngeren Kindergartenlehrkräften eine viel geringere Anhebung des Lohns erfolgte und sie in den unteren Bandpositionen des Lohnbands verblieben (E. 6.1 und E. 6.2).

OGE 60/2012/44 vom 6. Dezember 2016

Veröffentlichung im Amtsbericht

Sachverhalt

Am 28. März 2011 ersuchten 24 Kindergartenlehrkräfte das Erziehungsdepartement des Kantons Schaffhausen um Feststellung, dass ihre Besoldung gegen Art. 8 Abs. 3 BV und gegen Art. 3 Abs. 2 und 3 des Gleichstellungsgesetzes verstosse. Ausserdem verlangten sie eine Lohnerhöhung rückwirkend auf den 1. Januar 2007. Am 17. November 2011 stellte das Erziehungsdepartement fest, dass die Besoldung rechtmässig sei und weder gegen die Verfassung noch gegen das Gleichstellungsgesetz verstosse. Den gegen die Verfügung des Erziehungsdepartements erhobenen Rekurs wies der Regierungsrat des Kantons Schaffhausen am 11. September 2012 ab. Hiergegen beschwerten sich die Kindergartenlehrkräfte beim Obergericht des Kantons Schaffhausen. Dieses hiess – nach Durchführung eines Beweisverfahrens – die Verwaltungsgerichtsbeschwerde im Grundsatz gut und stellte fest, dass die den Beschwerdeführerinnen seit dem 1. November 2005 ausbezahlten Löhne die Lohngleichheit verletzen. Es wies die Sache zur Neuurteilung im Sinn der Erwägungen sowie zur Festlegung eines diskriminierungsfreien Lohns an den Regierungsrat zurück.

Aus den Erwägungen

3. Gemäss Art. 8 BV sind alle Menschen vor dem Gesetz gleich (Abs. 1). Niemand darf diskriminiert werden, namentlich nicht wegen der Herkunft, der Rasse, des Geschlechts, des Alters, der Sprache, der sozialen Stellung, der Lebensform, der religiösen, weltanschaulichen oder politischen Überzeugung oder wegen einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung (Abs. 2). Mann und Frau

sind gleichberechtigt. Das Gesetz sorgt für ihre rechtliche und tatsächliche Gleichstellung, vor allem in Familie, Ausbildung und Arbeit. Mann und Frau haben Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit (Abs. 3).

Der verfassungsmässige Grundsatz der Rechtsgleichheit ist verletzt, wenn eine Regelung rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder Unterscheidungen unterlässt, die sich aufgrund der Verhältnisse aufdrängen. Aus diesen Grundsätzen ergibt sich, dass im öffentlichen Dienstverhältnis gleiche Arbeit grundsätzlich gleich zu entlohnen ist. Beruht die ungleiche Besoldung jedoch auf objektiven Gründen wie Alter, Dienstalter, familiäre Belastungen, Qualifikationsgrad, Risiken, Art und Dauer der Ausbildung, Arbeitszeit oder Aufgabenbereich, liegt kein Verstoß gegen den Grundsatz der Rechtsgleichheit vor (BGE 121 I 49 E. 3b und E. 4c S. 51 und S. 53). Besonders zu beachten ist, dass Mann und Frau für gleichwertige Arbeit Anspruch auf gleichen Lohn haben und keine Lohndiskriminierung aufgrund des Geschlechts erfolgen darf (vgl. dazu auch Art. 3 des Bundesgesetzes über die Gleichstellung von Frau und Mann vom 24. März 1995 [Gleichstellungsgesetz, GIG, SR 151.1]), welcher den Grundsatz von Art. 8 Abs. 3 BV umsetzt). Eine Diskriminierung bei der Entlohnung wird vermutet, wenn diese von der betroffenen Person glaubhaft gemacht wird; es obliegt alsdann dem Arbeitgeber, diese Vermutung zu widerlegen (Beweislastumkehr; vgl. dazu Art. 6 GIG und BGE 124 II 529 E. 3c S. 531). Im Übrigen anerkennt das Bundesgericht, dass den zuständigen Behörden bei der Ausgestaltung eines Besoldungssystems im öffentlichen Dienst ein erheblicher Gestaltungsspielraum zukommen muss, wobei sie aus der Vielzahl denkbarer Anknüpfungspunkte diejenigen Tatbestandselemente auswählen können, die für die Besoldung massgebend sein sollen (BGE 124 II 409 E. 9b S. 426 f. mit Hinweisen; vgl. dazu auch OGE 60/2009/68 vom 29. Dezember 2011 E. 3b/aa, Amtsbericht 2011, S. 95).

Nach dem geltenden Schaffhauser Personalrecht (Art. 19 des Gesetzes über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals vom 3. Mai 2004 [Personalgesetz, PG, SHR 180.100]) haben die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter Anspruch auf einen angemessenen Lohn. Dieser richtet sich nach den Anforderungen und Belastungen der Funktion sowie der Leistung und Erfahrung und berücksichtigt den Arbeitsmarkt. Bei der Anstellung ist die nutzbringende Erfahrung angemessen zu berücksichtigen (Abs. 1). Der Regierungsrat regelt die Grundsätze der Lohnfestlegung, insbesondere die Lohnstruktur, die Zuordnung der Funktionen in die Lohnstruktur und das Verfahren der Lohnentwicklung, das Verfahren der Funktionsbewertung, die Lohnfindung und -entwicklung bei Neuanstellungen und neuen Aufgaben sowie weitere Fragen (Abs. 4). Er hat dies getan durch die Verordnung über die Entlohnung des Staatspersonals vom 27. September 2005 (Lohnverordnung, LV,

SHR 180.101), welche namentlich Grundsätze zur Funktionsbewertung (§§ 2 ff. LV) und zur Lohnfestsetzung innerhalb der Lohnbänder (§§ 5 ff. LV) enthält. Innerhalb eines Lohnbands erfolgt die Lohnfestsetzung insbesondere aufgrund der Leistung und Erfahrung des Mitarbeitenden, doch können hierbei – insbesondere bei der Festsetzung des Anfangslohns – neben der Lage auf dem Arbeitsmarkt auch weitere Kriterien wie Anforderungen der konkreten Tätigkeit, Alter, Dienstalter, vorhandene Qualifikationen sowie Art und Dauer der Ausbildung berücksichtigt werden (vgl. dazu die offenen Formulierungen in §§ 5 ff. LV, insbesondere § 6 Abs. 3 und 4 LV betreffend Festsetzung des Anfangslohns, sowie OGE 60/2009/68 vom 29. Dezember 2011 E. 3b/aa, Amtsbericht 2011, S. 95 f.).

4.1. Unstreitig wurden die Beschwerdeführerinnen per 1. November 2005 – wie alle Mitarbeitenden der kantonalen Verwaltung – in die neuen Lohnstrukturen überführt. Die Funktion bestimmte dabei das Lohnband. Die individuelle Überführung folgte einem für die gesamte Verwaltung einheitlichen System. Grundlage war der Ist-Lohn. Die Funktion der Kindergärtnerinnen wurde dem Lohnband 8 zugeordnet. Die Löhne der Kindergärtnerinnen wurden dabei mindestens auf das Minimum des neuen Lohnbands 8 angehoben. Löhne von Kindergärtnerinnen, die sich bereits im neuen Lohnband befunden haben, wurden bis zur mittleren Bandposition mit angehoben. Dies führte dazu, dass die jüngeren Kindergärtnerinnen eine Anhebung des Monatslohns von rund Fr. 1'000.– erfuhren, die beschwerdeführenden älteren Kindergärtnerinnen dagegen nur eine solche von knapp Fr. 400.–.

4.2. Die neue Einreihung wurde den Beschwerdeführerinnen seinerzeit mitgeteilt und sie erhielten die Möglichkeit, ein Ombudsverfahren und bei Nichteinigkeit einen anfechtbaren Regierungsratsentscheid zu verlangen (vgl. Art. 47 Abs. 6 PG). Hiervon machten die Beschwerdeführerinnen keinen Gebrauch, womit die Einreihung grundsätzlich für sie wirksam wurde. Nichtsdestotrotz kann den Beschwerdeführerinnen aber nicht verwehrt werden, dass sie später im Rahmen eines Lohngleichstellungsverfahrens den Überführungsmechanismus in Frage stellen; andernfalls könnten die Ansprüche nach Art. 8 BV bzw. Art. 3 GIG nachträglich nicht mehr durchgesetzt werden. Das Bundesgericht hat ausdrücklich festgehalten, der Anspruch auf diskriminierungsfreien Lohn könne auch im öffentlichen Recht im Rahmen der fünfjährigen Verjährung (Art. 128 Ziff. 3 OR analog) noch geltend gemacht werden bzw. es sei kein Verzicht durch Nichtanfechtung von Anstellungs- und Lohnverfügungen etc. möglich (vgl. BGE 142 II 49 E. 5.1 S. 55 f.; BGE 131 II 393 E. 8.4 S. 412; ausführlich BGE 124 II 436 E. 10 S. 450 ff.). Mit Schreiben vom 28. März 2011 gelangten die Beschwerdeführerinnen an das Erziehungsdepartement und verlangten rückwirkend auf den 1. Januar 2007 eine Lohnerhöhung. Da-

mit wurde die laufende Verjährung unterbrochen, weshalb die von den Beschwerdeführerinnen vorliegend geltend gemachten Ansprüche – entgegen der Auffassung der Beschwerdegegner – nicht verjährt sind.

4.3. Umstritten sind vorliegend die diskriminierungsfreie Anwendung der für die Beschwerdeführerinnen geltenden Überführungsregelung bei der Einführung des neuen Lohnsystems ab November 2005 bzw. die sich allenfalls daraus ergebenden Lohnansprüche der Beschwerdeführerinnen.

4.3.1. Die Beschwerdeführerinnen machen im Wesentlichen geltend, im Rahmen der letzten Personalgesetzrevision seien verschiedene berufliche Funktionskategorien gegenüber dem bisherigen Status höher bewertet und dementsprechend in ein (relativ) höheres Lohnband eingereiht worden. Zu diesen als „Aufholer“ bezeichneten Funktionen hätten auch die Kindergärtnerinnen gehört. Diese Höherbewertung sei erfolgt, ohne dass sich im Aufgabenbereich der Kindergärtnerinnen etwas geändert hätte. Dies bedeute, dass die grundsätzlich gleiche Tätigkeit neu aufgrund der konkreten Anforderungen und Gegebenheiten höher bewertet und dementsprechend höher eingestuft worden sei. Die entsprechenden Bewertungen seien bereits im Jahr 2002 erfolgt. Dementsprechend sei bereits in der Vernehmlassung zur Personalgesetzrevision vom 11. Februar 2003 auf diesen Umstand hingewiesen worden. Dies wiederum bedeute, dass spätestens ab anfangs 2003 die Funktion der Beschwerdeführerinnen als typische weibliche Tätigkeit zu tief bewertet gewesen sei und dementsprechend auch zu tief bezahlt gewesen sei. Es seien schlichtweg keine anderen Gründe ersichtlich und denkbar, welche sonst zu dieser Bewertung und dieser Höhereinstufung hätten führen können. Ein typischer Frauenberuf sei somit im Lohnsystem des Kantons Schaffhausen zu tief eingeordnet gewesen. Schon der Begriff der „Aufholerinnen“ zeige, dass ein Rückstand bestanden habe, der eben aufzuholen gewesen sei. Im Weiteren habe der damals zuständige Regierungsrat Heinz Albicker in der Budgetdebatte vom 26. November 2007 den Beruf der Kindergärtnerinnen speziell erwähnt. Er habe ausdrücklich erklärt, dass es sich beim Beruf der Kindergärtnerin um einen „typischen Frauenberuf“ handle, der „unterbezahlt war“. Er habe weiter ausgeführt, dass die Löhne „massiv erhöht“ worden seien und dass die Anfangslöhne der Kindergärtnerinnen nun zu den höchsten der Schweiz zählten. Überdies habe er im Zusammenhang mit der Interpellation von Ursula Leu betreffend Gleichstellung in Unternehmungen mit Kantonsbeteiligung und kantonalen Institutionen die gleiche Aussage gemacht. Auch hier habe er eingeräumt, dass die Kindergärtnerinnen lohnmassig „in der Vergangenheit schlecht fuhren“. In einem vom Erziehungsdepartement eingeholten Bericht von A. werde bezüglich der Frage der Lohndiskriminierung der Kindergärtnerinnen Folgendes festgehalten: Bei konsequenter Beachtung der Lohngleichheit von Frau und Mann habe es grosse Veränderungen der Lohnstruktur gegeben. Es

sei allerdings nicht möglich, alles Wünschbare auf einen Schritt zu erreichen. Die von den Beschwerdeführerinnen gerügten Lohnstruktureffekte seien „befristete Effekte, die auf Grund der Beseitigung von Lohndiskriminierung (Funktionsbewertung) entstanden“ seien. Damit stehe fest, dass ihre Tätigkeit als Kindergärtnerin nach altem Personalrecht zu tief eingestuft gewesen sei.

Nach der Überführungsregel des neuen Personalrechts (Art. 47 Abs. 8 PG) seien die bisherigen Löhne, die unter dem Lohnbandminimum gemäss neuer Einstufung liegen, spätestens innert zwei Jahren auf dieses Minimum anzuheben. Zudem seien in diesen Fällen Mitarbeiterinnen, deren Lohn sich bereits innerhalb des neuen Lohnbands befindet, abgestuft anzuheben, um innerhalb der gleichen Funktion angemessene Lohnrelation zu wahren. Gemäss ausdrücklicher Vorschrift (Art. 47 Abs. 8 Satz 3 PG) dürften neue Mitarbeiterinnen der gleichen Funktion nicht bevorzugt werden. Effektiv sei aber keine „parallele“ Erhöhung aller Löhne der Kindergärtnerinnen erfolgt. Die Überführung sei vielmehr ohne Berücksichtigung der bisherigen Erfahrungsstufe, sondern grundsätzlich allein aufgrund des bisherigen Bruttolohns erfolgt, wobei eine „angemessene“ Erhöhung des Lohns als Ausgleich stipuliert worden sei. Gemäss Bundesgericht sei eine nach Frankenbetrag und Dienstalter erfolgende Überführung in ein neues Lohnsystem solange zulässig, als auch das bisherige System als solches diskriminierungsfrei gewesen sei. Das heisse, nur wenn schon der frühere Lohn nicht diskriminierend gewesen sei, könne in einer solchen Überführungsregelung keine Diskriminierung liegen. Dies sei vorliegend aber nicht der Fall. Das bedeute, dass die Löhne der Beschwerdeführerinnen mindestens im gleichen Ausmass hätten angehoben werden müssen wie die Einsteigerlöhne dieser Funktion. Der Lohn der Beschwerdeführerinnen hätte also bis spätestens Januarlohn 2007 sehr deutlich erhöht werden müssen, minimal so hoch wie die Einsteigerlöhne. Weil zudem auch das Lohnmaximum deutlich erhöht worden sei, hätte zudem noch ein spürbarer zusätzlicher „Erfahrungsanteil“ gewährt werden müssen. Eine diskriminierungsfreie Anhebung der Löhne hätte daher insbesondere unter Anrechnung ihres Alters und ihrer Dienstjahre erfolgen müssen. Das Kriterium der „Erfahrung“ sei denn auch im Personalgesetz bezüglich der Festlegung des angemessenen Lohns ausdrücklich verankert worden. Der Lohn der Beschwerdeführerinnen habe sich nach altem Recht in den meisten Fällen im obersten Stufenbereich der entsprechenden Lohnklasse befunden. Dementsprechend wäre zu erwarten gewesen, dass eine diskriminierungsfreie Überführung der Löhne der erfahrenen Kindergärtnerinnen auch im neuen Lohnband im oberen Bereich läge. Dies sei jedoch nicht der Fall. Während der Lohn für Neueinsteigerinnen und jüngere Kindergärtnerinnen oder solche mit wenig Berufserfahrung rund Fr. 1'000.– pro Monat erhöht worden sei, hätten sich die erfahrensten Kindergärtnerinnen mit rund Fr. 600.– weniger begnügen müssen. Es

gebe aber schlicht keinen sachlichen Grund, weshalb nur die tiefsten Löhne innert zweier Jahre auf ein diskriminierungsfreies Niveau angehoben worden seien.

Auch aus einem Vergleich der bezahlten Löhne innerhalb des Lohnbands ergebe sich, dass die Löhne der Beschwerdeführerinnen diskriminierend seien. Insbesondere bei den typischen Männerberufen lägen die meisten Arbeitnehmer mit mehr als 20 Dienstjahren in den Bereichen d und e; das Gleiche gelte namentlich auch für die anderen Lehrberufe. Ganz anders sei die Verteilung bei der Funktion der Kindergärtnerin. Selbst die zwei amtsältesten Beschwerdeführerinnen mit mehr als 40 Dienstjahren lägen immer noch im Lohnbandbereich c. Dieser markante Gegensatz der Verteilung der Löhne innerhalb eines Lohnbands deute klarerweise auf eine nach wie vor bestehende Lohndiskriminierung hin. Der grösste Teil der Beschwerdeführerinnen liege innerhalb des Bereichs c ungefähr in der Mitte. Aufgrund der bisherigen und auch der künftig anzunehmenden Lohnentwicklung sei es den Beschwerdeführerinnen nicht möglich, auch nur in die Bandposition d zu gelangen. Dafür gebe es indes keinen sachlichen Grund. Ein diskriminierungsfreier Lohn bedeute, dass auch die Beschwerdeführerinnen innerhalb ihres Lohnbands dort stehen müssten, wo andere Angestellte in geschlechtsneutralen oder männlichen Funktionen in ihrem Alter und mit ihren Dienstjahren stünden. Eine parallele Erhöhung analog den unter dem Lohnbandminimum liegenden Löhnen hätte eine Erhöhung von rund Fr. 1'000.– pro Monat bewirkt. Effektiv angehoben worden seien die in den obersten Bereichen liegenden Löhne um knapp Fr. 400.–. Damit würden allerdings die Relationen innerhalb des Lohnbands offensichtlich nicht gewahrt; es sei nicht ersichtlich, weshalb nicht wenigstens die bisherigen Relationen als Massstab genommen worden seien. Hinzu komme, dass das neue Lohnband bezüglich Maximalhöhe eine Erweiterung erfahren habe. Dies könne nur bedeuten, dass insbesondere Alter und Erfahrung stärker gewichtet werden müssten. Je höher das Alter und je länger die Erfahrung desto höher der Lohn. Die zwei amtsältesten Beschwerdeführerinnen mit mehr als 40 Dienstjahren wären somit praktisch auf dem Lohnmaximum des Lohnbands einzustufen. Bei den anderen Beschwerdeführerinnen sei anschliessend entsprechend Alter und Erfahrung eine Abstufung vorzunehmen.

4.3.2. Departement und Regierungsrat halten im Wesentlichen dafür, dass die Berufsgruppe der Kindergärtnerinnen bei ihrer Überführung vom alten in das neue Lohnsystem keiner materiellen Evaluation unterzogen worden sei. Es sei keine Höherbewertung erfolgt. Die Darstellung der Beschwerdeführerinnen suggeriere einen Vergleich von Positionen, der so nie stattgefunden habe. Die Funktion der Beschwerdeführerinnen bzw. ihre Einreihung in den früheren Besoldungsklassen sei ausschliesslich das Ergebnis früherer Grundlagen gewesen. Richtig sei hingegen,

dass in Etappen Funktionsbewertungen stattgefunden hätten, wobei frühere Einreihungen nicht überprüft worden seien. Es sei lediglich darum gegangen, für die bestehenden Funktionen eine Basis für die Zuordnung zu den neuen Lohnbändern zu schaffen. Alle Funktionen seien einer analytischen Funktionsbewertung unterzogen und überführt worden. Die Überführung sei wie bei solchen Projekten üblich grundsätzlich mit dem Ist-Lohn erfolgt. Aufgrund der neuen Gestaltung der Lohnbänder befänden sich weniger Mitarbeitende als zuvor im Lohnmaximum. Viele hätten aber neue oder höhere Anwartschaften gewonnen. Unter den Kindergärtnerinnen habe es einige gegeben, deren aktueller Lohn unter dem Minimum des Lohnbands gelegen sei. Deren Löhne seien dem einheitlichen Aufholmechanismus des Regierungsrats unterzogen worden. Sie seien mindestens bis zum Minimum des Lohnbands angehoben worden. Personen, deren Löhne sich bereits im neuen Lohnband befunden hätten, seien bis und mit zur mittleren Bandposition abgestuft angehoben worden. Die Überführung sei in diesen Fällen nicht mit dem Ist-Lohn erfolgt. Es sei dabei aber keine Korrektur von bestehenden Einreihungen erfolgt. Die Aussagen von Regierungsrat Heinz Albicker aus dem Jahr 2007 seien unglücklich gewählt und deren Auslegung durch die Beschwerdeführerinnen treffe nicht zu. Es sei zwar richtig, dass die Kindergärtnerinnen heute frankenmässig besser fahren würden als früher. Daraus könne jedoch keine frühere Diskriminierung abgeleitet werden. Es sei bekannt, dass bei einer Budgetdebatte alle möglichen Themen aufgegriffen würden. Der Finanzdirektor habe alle möglichen Leistungen des Kantons an die Mitarbeitenden aufgezählt, bei denen der Kanton im Vergleich gut dastehe, darunter auch solche, die mit der damals aktuellen Lohnrunde nichts zu tun gehabt hätten, wie der Lohn der Kindergärtnerinnen. Es werde daher bestritten, dass die Kindergärtnerinnen früher unterbezahlt gewesen seien. Bei den Funktionsbewertungen nach neuem System sei es nie darum gegangen, Anpassungen irgendwelcher Art zu machen. Eine materielle Bewertung im Sinn einer Evaluation habe nie stattgefunden; frankenmässige Erhöhungen hätten indes auf formellen Mechanismen, die ausschliesslich systemisch bedingt gewesen seien, gefusst. Alle Funktionen seien durch ein von Regierungsrat und Stadtrat eingesetztes Bewertungsteam bzw. Gruppen daraus mit einem anderen Instrument bewertet worden, ohne Bezugnahme oder Rücksicht auf den Status quo. Der Bericht von A. sei sodann nicht relevant; denn wenn dieser ohne Auftrag und Grundlage von sich aus Fragen der Lohngleichheit anspreche, handle es sich um persönliche Gedankenspielerien ohne Relevanz und Bedeutung. Bewertung, Einreihung und Lohnentwicklung seien nach bekannten Mechanismen diskriminierungsfrei erfolgt.

Eine Überführung auf der Basis des Ist-Lohns sei zulässig, da keinerlei sachliche Hinweise auf Mängel im früheren System bestünden. Es gebe keinen rechtlichen Anspruch darauf, dass die überführten Löhne in einem bestimmten Verhältnis zu-

einander stünden. Es sei das Ziel der Revision gewesen, Automatismen abzuschaffen. Die Beschwerdeführerinnen vermischten Überführung und Neuanstellung und die sich anschliessende Lohnentwicklung. Die nutzbare Erfahrung werde bei der Festlegung von Einstiegsgehältern berücksichtigt. Die in Leistung umgesetzte Erfahrung fliessen in die Lohnentwicklung ein. Alter und Dienstalter seien nicht im beschriebenen Sinn massgebend für die Platzierung im Lohnband. Anwartschaften seien per Definition nicht garantiert. Die Beschwerdeführerinnen würden aber Jahr für Jahr profitieren, indem sie Lohnanpassungen erhielten, die für andere Personen nicht und auch für sie selber früher nicht möglich gewesen wären. Der Aufholerbeitrag sei ausschliesslich eine am 1. November 2005 einmalig ausbezahlte Summe gewesen zum Zweck, die Differenz vom bisherigen zum neuen Lohn bis zur formellen Überführung auszugleichen. Die von den Beschwerdeführerinnen festgestellte Lohndifferenz ergebe sich hingegen aus einem völlig anderen Grund. Es gebe weder feste Sollpositionen als Referenzpunkte noch einen Anspruch der Mitarbeitenden darauf, dass ihre Gehälter innerhalb des Lohnbands in einem bestimmten Verhältnis zueinander stünden. Im neuen System gebe es keinen Raster, auf dem sich die Mitarbeitenden je nach den Verhältnissen schön parallel in einem bestimmten Abstand zueinander bewegten. Je nach Steuerung der Lohnentwicklung durch den Regierungsrat in Absprache mit der Personalkommission seien sehr unterschiedliche Entwicklungen denkbar. Insbesondere seien Annäherungen möglich. Wenn die Beschwerdeführerinnen davon ausgehen würden, Alter und Erfahrung müssten in den neuen Lohnbändern voll zum Tragen kommen, würden sie von völlig unzutreffenden Voraussetzungen ausgehen, indem sie praktisch die alten Strukturen über die neuen Lohnbänder legen würden. Die aktuellen Positionen der Mitarbeitenden seien eine Folge von Einreihungen und Entwicklungen in verschiedenen Systemen, welche jeweils nach sachlichen Kriterien und diskriminierungsfrei erfolgt seien. Unterschiede gebe es in allen Systemen. Der von den Beschwerdeführerinnen angestrebte Zweck würde bedeuten, dass sie so gestellt werden müssten, als wären sie schon immer im jeweils aktuellen System eingereiht gewesen und hätten sich darin entwickelt. In vielen Funktionen gebe es Mitarbeitende in den Bandpositionen a und b. Diese Funktionen stammten aus den unterschiedlichsten Bereichen und Hierarchiestufen, von der Hilfsfunktion bis zu leitenden oder akademischen Funktionen. Über die zukünftige positive oder auch negative Lohnentwicklung liessen sich keine gesicherten Aussagen machen, weil nicht systeminhärente Faktoren die Lohnentwicklung beeinflussen würden. Dazu gehörten auch die finanzielle Situation des Kantons und damit indirekt der Umfang der vom Kantonsrat jeweils zur Verfügung gestellten Mittel. Wenn die Mittel weiterhin so verteilt werden könnten wie in den letzten Jahren, würden die Beschwerdeführerinnen auch weiterhin grössere Lohnerhöhungen erhalten. Wenn genügend Mittel vorhanden seien und die Lohnmatrix entsprechend ausgestaltet sei, könnte von

jeder der Beschwerdeführerinnen im Laufe eines Berufslebens ein Lohnband durchschritten werden. Garantien gebe es in einem bewusst flexibleren System aber nicht mehr. Es könne aber nicht gesagt werden, dass es den Beschwerdeführerinnen unmöglich sei, nur schon die nächste Bandposition zu erreichen.

Die von den Beschwerdeführerinnen verlangte „parallele“ Erhöhung sei gesetzeswidrig. Die Breite der Lohnbänder habe sodann keinerlei Zusammenhang mit einer irgendwie gearteten Gewichtung von Kriterien wie Alter und Erfahrung. Diese könnten unter anderem von Bedeutung sein bei der Einreihung von Mitarbeitenden. Die Lohnbänder seien auch deshalb so breit ausgestaltet worden, um Spielraum zu schaffen und damit weniger Mitarbeitende als früher im Maximum stehen. Dieses Ziel sei erreicht worden. Auch im aktuellen System würden im Lauf der Zeit Löhne mit steigender Erfahrung bzw. Leistung tendenziell ansteigen. Die Bandpositionen würden aber keine Lohnentwicklung darstellen, sondern dienen einzig und allein dem Zweck, ein Lohnband in Bereiche zu unterteilen, für welche differenzierte Lohnentwicklungen gesteuert werden könnten. Es sei absurd, wenn die Beschwerdeführerinnen aus dem Verlauf der Bandpositionen ein berechtigtes Vertrauen in eine bestimmte Lohnentwicklung ableiten würden. Es gebe generell keinen Anspruch, dass Mitarbeitende aufgrund von Alter, Erfahrung oder welchen Kriterien auch immer lohnässig in einem bestimmten Verhältnis zueinander stehen müssten. Es sei offensichtlich, dass sich aus den gesetzlichen Grundlagen kein entsprechender Anspruch darauf ableiten lasse, im Gegenteil seien Automatismen abgeschafft und Spielräume geschaffen worden. Die feste Art und Weise, wie die Beschwerdeführerinnen behandelt werden möchten, würde den flexibilisierten Grundlagen widersprechen. Aufgrund der gesetzlichen Grundlagen sei auch klar, dass der Regierungsrat grundsätzlich in der Gestaltung der Lohnbänder frei sei. Er könne deren Innenleben ausgestalten und anpassen. Die tatsächliche Lohnentwicklung könne auch schon deshalb nicht aus den Bandpositionen abgeleitet werden, weil sie von verschiedenen Faktoren abhängen, in erster Linie natürlich von den vom Kantonsrat bewilligten Mitteln. Bei der Verteilung kämen dem Regierungsrat grosse Freiheiten zu. Mit der Lohnentwicklungsmatrix könne in Absprache mit der Personalkommission jährlich festgelegt werden, ob und in welchem Ausmass Mittel nach Bandposition und Leistung differenziert verteilt würden. Die Beschwerdeführerinnen würden willkürlich einmal das frühere und einmal das aktuelle System als das allein Richtige bezeichnen, was sich natürlich ausschliesse.

5.1. Eine nach Frankenbetrag und Dienstalter erfolgende Überführung in ein neues Lohnsystem ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung allgemein üblich und grundsätzlich zulässig, solange sie innerhalb eines Systems angewendet wird, welches als solches diskriminierungsfrei ist; denn ist schon der frühere Lohn

nicht diskriminierend gewesen, so kann in einer frankenmässigen Überführungsregelung keine Diskriminierung liegen (BGE 131 II 393 E. 8.2 S. 411). Anders verhält es sich, wenn der frühere Lohn (vor der Neueinreihung) diskriminierend gewesen ist: In diesem Fall folgt aus dem Lohngleichheitsgebot, dass – allerdings im Rahmen der Verjährung – bereits dieser frühere Lohn sofort auf eine diskriminierungsfreie Höhe gehoben werden muss. Dabei ist die jeweils anwendbare Lohnregelung daraufhin zu überprüfen, ob sie diskriminierend ist, also nicht nur die aktuell geltende, sondern auch eine allenfalls früher noch massgebende, inzwischen aufgehobene Regelung. Eine frankenmässige Überführung aus einer diskriminierenden altrechtlichen Einreihung in eine diskriminierungsfreie neurechtliche würde die Diskriminierung weiterführen, insofern sie den diskriminierenden altrechtlichen Lohn als Ausgangspunkt und begrenzenden Faktor für die Neueinstufung heranzieht (BGE 131 II 393 E. 8.3 S. 411 f.).

5.2. Wie erwähnt, wurden die Kindergärtnerinnen per 1. November 2005 dem Lohnband 8 zugeordnet. Die Löhne der Kindergärtnerinnen wurden dabei mindestens auf das Minimum des neuen Lohnbands 8 angehoben. Löhne von Kindergärtnerinnen, die sich bereits im neuen Lohnband befunden haben, wurden bis zur mittleren Bandposition mitangehoben. Dies führte dazu, dass die jüngeren Kindergärtnerinnen eine Anhebung des Monatslohns von rund Fr. 1'000.– erfuhren, die beschwerdeführenden älteren Kindergärtnerinnen dagegen nur eine solche von knapp Fr. 400.–. Aufgrund der neuen Zuordnung zum Lohnband 8 und der damit verbundenen – teilweise massiven – Anhebung der Löhne war die Funktion der Kindergärtnerinnen zweifellos eine sogenannte Aufholerfunktion (vgl. auch Bericht von A. vom 17. Oktober 2011, Ziff. 2.1.1 und Ziff. 3.1, S. 4 und S. 7). Dieser Umstand spricht als Indiz bereits für einen möglicherweise diskriminierenden Lohn der Beschwerdeführerinnen vor der Überführung ins neue Lohnsystem per 1. November 2005. Auch in anderen Kantonen waren die Kindergärtnerinnen oft unterbezahlt, wohl vor allem deshalb, weil es sich bei diesem Beruf um einen typischen Frauenberuf handelt (vgl. BGE 125 II 530 ff. [Kanton Zürich]; BGE 124 II 436 ff. [Kanton Solothurn] und BGer 2A_79/2007 vom 15. Juni 2007 [Kanton Aargau]). Hinzu kommt, dass früher dem pädagogischen Auftrag der Kindergärtnerinnen wohl zu wenig Rechnung getragen wurde. Dass die Beschwerdeführerinnen vor dem neuen Lohnsystem lohnmässig diskriminiert worden sein könnten, wird denn auch durch verschiedene Äusserungen der für das neue Lohnsystem Verantwortlichen bestätigt. So führte Regierungsrat Heinz Albicker, der damals für die Finanzen und das Personal zuständig war, im Rahmen der Budgetdebatte im November 2007, als über die Lohnsituation diskutiert wurde, und bei der Beantwortung einer Interpellation zum Thema Gleichstellung aus, „unsere Kindergärtnerinnen haben seit Jahren zu wenig verdient“ bzw. „es ist ein typischer Frauenberuf, der unterbezahlt war. Wir haben massiv erhöht. Heute haben wir die höchsten Ansätze in der

Schweiz, was die Anfangslöhne der Kindergärtnerinnen und der Primarlehrkräfte betrifft" (KR Prot. 2007, S. 966). Auch der Autor des neuen Lohnsystems, A., führte in einem Bericht vom 17. Oktober 2011 zu den von den Beschwerdeführerinnen aufgeworfenen Fragen aus, es handle sich "um befristete Effekte, die aufgrund der Beseitigung von Lohndiskriminierung (Funktionsbewertung) entstanden". Damit sprechen verschiedene Indizien für die von den Beschwerdeführerinnen geltend gemachte Diskriminierung bei der Entlöhnung vor der Lohnrevision. Zwar fehlt es letztlich an einem strikten Beweis, jedoch spricht insgesamt mehr für als gegen die in Frage stehende Diskriminierung. In dieser Situation erscheint die von den Beschwerdeführerinnen geltend gemachte Diskriminierung jedenfalls glaubhaft dargelegt (vgl. zum Beweisgrad der Glaubhaftmachung BGE 130 III 321 E. 3.3 S. 325). Gestützt auf Art. 6 GIG ist die Lohndiskriminierung demzufolge zu vermuten und es obliegt den Beschwerdegegnern nachzuweisen, dass die geringere Entlöhnung in Wirklichkeit nicht geschlechtsdiskriminierend, sondern durch sachliche Gründe gerechtfertigt war. Misslingt ihnen dies, gilt die geschlechtsspezifische Benachteiligung als erstellt (BGE 142 II 49 E. 6.3 S. 58 f.; BGE 136 II 393 E. 11.3 S. 397).

5.3. Die von den Beschwerdeführerinnen glaubhaft dargelegte und daher zu vermutende Diskriminierung bei der Entlöhnung vor der Lohnrevision vermögen die Beschwerdegegner durch ihre in E. 4.3.2 dargelegten Ausführungen in ihrer Beschwerdeantwort vom 18. Dezember 2012 nicht zu widerlegen, zumal die Ausführungen des damals verantwortlichen Finanz- und Personaldirektors und des Autors des neuen Lohnsystems nicht einfach als unverbindliche Meinungsäusserungen bzw. als blosses Gedankenspiel abgetan werden können. Auch die vom Obergericht in Absprache mit den Parteien eingeholten Sachverständigengutachten konnten einen entsprechenden Gegenbeweis nicht erbringen. Prof. X. konnte in ihrem Bericht vom 2. September 2014 die ihr gestellte Frage nach einer Lohndiskriminierung in dem bis Oktober 2005 bzw. in dem danach geltenden Lohnsystem nicht beantworten, wies jedoch darauf hin, dass die von den Beschwerdeführerinnen erreichten Bandpositionen eindeutig tiefer liegen als bei anderen Aufholerfunktionen (Krankenpflege, Polizei). Dr. Y. hielt zwar in seinem Gutachten vom 14. Dezember 2015 zunächst fest, dass die Kindergärtnerinnen im früheren Lohnsystem des Kantons Schaffhausen nicht geschlechtsbedingt diskriminierend entlöhnt gewesen seien. Mit Eingabe vom 7. März 2016 kam er jedoch in Ergänzung seines Gutachtens vom 14. Dezember 2015 zum Schluss, dass die Frage, ob die Kindergärtnerinnen im früheren Lohnsystem des Kantons Schaffhausen geschlechtsbedingt diskriminierend entlöhnt gewesen seien, nicht eindeutig mit Ja oder Nein beantwortet werden könne, zumal die im ursprünglichen Gutachten angenommene durchschnittliche Jahresarbeitszeit der übrigen kantonalen Angestellten auf einem Missverständnis beruht habe (vgl. Gutachten vom 7. März 2016, S. 6 f.). Eine ge-

schlechtsbedingte Diskriminierung sei denkbar und könne jedenfalls nicht ausgeschlossen werden. Damit ist es den Beschwerdegegnern auch gestützt auf die in Absprache mit den Parteien in Auftrag gegebenen Gutachten nicht gelungen, die zu vermutende Lohndiskriminierung zu widerlegen. Der Regierungsrat verlangt zwar mit Eingabe vom 19. April 2016 eine erneute Ergänzung des Gutachtens, weil er die vom Gutachter angenommene effektive Jahresarbeitszeit der Funktion der Kindergärtnerinnen als zu hoch erachtet. Für eine solche besteht jedoch kein Anlass. Die Ausführungen des Gutachters zur effektiven Arbeitszeit der Schaffhauser Kindergärtnerinnen im Jahr 2005 sind eingehend und nachvollziehbar begründet. Dabei stützte er sich im Wesentlichen auf die Erhebungen des Dachverbands Lehrerinnen und Lehrer Schweiz (LCH), welche für die Funktion der Kindergärtnerin 1811 Arbeitsstunden im Jahr 2005 ergaben, und stellte diese den Angaben des Erziehungsdepartements (1370,5 Stunden) gegenüber. Dies ergab einen gemittelten Wert von 1591 Stunden pro Jahr (vgl. Gutachten vom 14. Dezember 2015, S. 7 ff., und Gutachten vom 7. März 2016, S. 5 ff.). Sodann überzeugt auch die Aussage des über einschlägige Expertisenerfahrungen verfügenden Gutachters, dass die effektive Arbeitszeit der Kindergärtnerinnen sich retrospektiv und arbeitswissenschaftlich nicht völlig präzise ermitteln lasse und teilweise geschätzt werden müsse (vgl. Gutachten vom 7. März 2016, S. 7). Angesichts des Umstands, dass die Beschwerdegegner trotz den zwei in Absprache mit den Parteien bei ausgewiesenen Experten in Auftrag gegebenen Gutachten den ihnen obliegenden Nachweis, dass die glaubhaft gemachte und zu vermutende geschlechtsspezifische Benachteiligung nicht bestanden habe, nicht erbringen konnten, gibt es keinen Anlass, weitere gutachterliche Abklärungen durchführen zu lassen. Dies umso weniger, als den im Gutachten erwähnten Erhebungen des Dachverbands Lehrerinnen und Lehrer Schweiz (LCH), auf welche der Gutachter zu Recht massgebend – wenn auch zugunsten der Beschwerdegegner nicht ausschliesslich – abgestellt hat, als allgemein anerkannter, objektiver und schweizweiter Untersuchung grosses Gewicht zukommen muss.

In dieser Situation ist davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerinnen im früheren Lohnsystem des Kantons Schaffhausen geschlechtsbedingt diskriminierend entlohnt waren.

6.1. Bei einer bestehenden Lohndiskriminierung sind bei einer Überführung in ein neues Lohnsystem die dargelegten Leitlinien des Bundesgerichts für die Überführung bisher diskriminierter Berufe zu beachten. Dabei vermag die vorgenommene frankenmässige Überführung mit nur leichter Anpassung bei den Beschwerdeführerinnen (knapp Fr. 400.–) den vom Bundesgericht gestellten Anforderungen nicht zu genügen, zumal bei den jüngeren Kindergärtnerinnen eine deutlich höhere Anhebung des Monatslohns (rund Fr. 1'000.– pro Monat) erfolgte. Eine weitere Folge

dieser Überführung bestand darin, dass sich damit bei den Kindergärtnerinnen eine Massierung in den Bandpositionen „b“ und „c“ ergab, wobei die älteren Kindergärtnerinnen und namentlich auch die Beschwerdeführerinnen zwar alle in der Bandposition „c“, aber grundsätzlich nicht höher zu finden sind (nur eine Kindergärtnerin ist in der Bandposition „d“, vgl. Antwort des Regierungsrats auf Kleine Anfrage 7/2009 Tanner, S. 7). Eine solche Massierung ergab sich nur in den sogenannten Aufholerfunktionen und in besonderem Mass bei den Kindergärtnerinnen, währenddessen bei anderen Funktionen, die nicht angehoben werden mussten, eine regelmässige Verteilung über alle Bandpositionen resultierte. Zwar mag dieser Effekt nicht das Ziel der Lohnrevision gewesen sein. Da im Kanton Schaffhausen aber seit der Revision des Lohnsystems weniger Geld für Lohnerhöhungen zur Verfügung steht, als ursprünglich angenommen, dauert der genannte Effekt jedoch an (vgl. dazu auch den Bericht von A. vom 17. Oktober 2011, Ziff. 3.3, S. 7). Es wird für die Beschwerdeführerinnen daher kaum mehr möglich sein, in die Bandposition „d“ zu gelangen, wovon sie ursprünglich wohl ausgegangen sind. Die Beschwerdegegner machen zwar geltend, es könne nicht gesagt werden, dass es den Beschwerdeführerinnen unmöglich sei, in die nächste Bandposition oder höher zu gelangen. Sie räumen jedoch selbst ein, dass dies nur unter der Voraussetzung möglich sei, dass vom Kantonsrat die nötigen Mittel bewilligt würden und die Lohnentwicklungsmatrix entsprechend ausgestaltet sei. Auch wenn allenfalls die Kindergärtnerinnen-Einsteigerlöhne aus Gründen der Marktkonformität über das aus Lohngleichheitsgründen notwendige Mass angehoben wurden, wie das die Beschwerdegegner sinngemäss geltend machen, ergibt sich doch für die Funktion der Kindergärtnerinnen als Gesamtbild, dass die frühere Lohndiskriminierung bei den älteren Kindergärtnerinnen und damit auch namentlich bei den Beschwerdeführerinnen durch die vorgenommene Überführung und die anschliessende Lohnentwicklung nicht ganz beseitigt worden ist (vgl. dazu im Übrigen auch die ausdrücklichen Anforderungen von Art. 47 Abs. 8 PG: angemessene Lohnrelation innerhalb der Funktion, keine Bevorzugung neuer Mitarbeiterinnen).

6.2. Es ist somit dem Grundsatz nach offensichtlich, dass für die älteren Kindergärtnerinnen die frühere Lohndiskriminierung teilweise weiter besteht. Etwas anderes ergibt sich denn auch nicht aus den zwei eingeholten Gutachten. So führte X. in ihrem Bericht vom 2. September 2014 unter anderem aus, da keine Aussagen zu einer Diskriminierung der Kindergärtnerinnen im bis 2005 geltenden Lohnsystem möglich seien (Frage 1), könne sie auch nicht beantworten, ob eine vorher bestehende Diskriminierung durch das neue Lohnsystem beseitigt worden sei. Im Hinblick auf diese zweite Frage komme erschwerend hinzu, dass sie keinen differenzierten Einblick in die Funktionsbewertungen im neuen Lohnsystem erhalten habe, mit dem Hinweis, dass die Einordnung der Kindergärtnerinnen in das Lohnband 8 nicht umstritten und somit nicht Gegenstand des Verfahrens sei. Somit

habe sie auch keinen Vergleich zwischen Funktionsbewertungen verschiedener Berufsgruppen vornehmen können, um möglicherweise im jetzigen Lohnsystem bestehende geschlechtsspezifische Diskriminierungen zu identifizieren (vgl. Bericht vom 2. September 2014, Antwort auf Frage 2). Auch Dr. Y. sah sich ausserstande, die Frage der korrekten Überführung zu begutachten, da diese Frage nicht aus arbeitswissenschaftlicher Sicht beurteilt werden könne, sondern allenfalls statistische Erhebungen nötig wären (vgl. Gutachten vom 7. März 2016, zu Ziff. 14). Diese Ausführungen sind nachvollziehbar und überzeugen.

6.3. Bei dieser Sachlage (offensichtlich teilweise fortbestehende Lohndiskriminierung bei den Beschwerdeführerinnen; Unklarheit über das genaue Ausmass derselben) erscheint es angebracht, zunächst gestützt auf Art. 5 Abs. 1 lit. c GIG festzustellen, dass die den Beschwerdeführerinnen seit 1. November 2005 ausbezahlten Löhne die Lohngleichheit verletzen. Überdies sind sowohl der angefochtene Beschluss des Regierungsrats vom 11. September 2012 als auch die Verfügung des Erziehungsdepartements vom 17. November 2011 aufzuheben. Da das genaue Ausmass der Lohndiskriminierung noch unklar ist und verschiedene Möglichkeiten bestehen, wie die festgestellte Lohndiskriminierung behoben werden kann, ist die Sache zur weiteren Abklärung und zur Festlegung eines diskriminierungsfreien Lohns an den Regierungsrat als für die Lohnfestlegung zuständige Behörde (Art. 19 Abs. 4 PG) zurückzuweisen (vgl. dazu auch BGE 124 II 436 E. 11 S. 456 ff. mit weiteren Hinweisen).

6.4. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist demnach im Grundsatz gutzuheissen.