

*Eine gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten hat das Bundesgericht am 25.03.2015 abgewiesen (8C\_644/2014).*

**100.2012.395U**  
HER/BAM/RAP

## **Verwaltungsgericht des Kantons Bern**

Verwaltungsrechtliche Abteilung

**Urteil vom 30. Juni 2014**

Verwaltungsrichter Burkhard, Abteilungspräsident  
Verwaltungsrichterin Herzog, Verwaltungsrichter Keller  
Gerichtsschreiberin Baldegger



1. X. \_\_\_\_\_

2. Y. \_\_\_\_\_

beide vertreten durch Fürsprecher ...

Beschwerdeführerinnen

gegen

### **Kanton Bern**

handelnd durch die Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion, Münsterstrasse 2,  
3011 Bern, und die Geschäftsleitung des Obergerichts, Hochschulstrasse 17,  
3001 Bern

Beschwerdegegner

betreffend Personalrecht; ausserordentlicher Gehaltsaufstieg (Verfügung der Justiz-,  
Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern und des Obergerichts des Kantons  
Bern vom 1. Oktober 2012; 38.24-11.5)

## **Sachverhalt:**

### **A.**

Y.\_\_\_\_\_, geb. ... 1958, wurde am 26. März 2002 vom Grossen Rat des Kantons Bern per 1. Juli 2002 als Mitglied des Obergerichts des Kantons Bern gewählt und in die Gehaltsklasse 30 mit 28 Gehaltsstufen eingereiht. X.\_\_\_\_\_, geb. ... 1957, wurde am 10. September 2002 zur Oberrichterin gewählt; sie trat ihr Amt am 1. Januar 2003 an und wurde in die Gehaltsklasse 30 mit 32 Gehaltsstufen eingereiht. Im Zug der am 1. Januar 2005 in Kraft getretenen Teilrevision des Gesetzes vom 5. November 1992 über das öffentliche Dienstrecht und der damit einhergehenden neuen Gehaltsstufeneinteilung (neu maximal 80 Gehaltsstufen pro Gehaltsklasse zu je 0,75 % des Grundgehalts an Stelle der bisherigen 40 Gehaltsstufen pro Gehaltsklasse zu je 1,5 % des Grundgehalts) wurde Y.\_\_\_\_\_ in die Gehaltsstufe 56 überführt, X.\_\_\_\_\_ in die Gehaltsstufe 64. In der Folge entwickelte sich der individuelle Gehaltsaufstieg der beiden Oberrichterinnen entsprechend dem vom Regierungsrat des Kantons Bern für Richterinnen und Richter jährlich beschlossenen Aufstieg. Heute belaufen sich die Gehaltsstufen bei Y.\_\_\_\_\_ auf 70, bei X.\_\_\_\_\_ auf 78.

### **B.**

Seit Februar 2004 ersuchten Y.\_\_\_\_\_ und X.\_\_\_\_\_ direkt oder über die Leitung des Obergerichts wiederholt um Anpassung der gehaltsmässigen Einstufung. Die Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern (JGK) und das Obergericht unterbreiteten in dieser Angelegenheit der Finanzdirektion des Kantons Bern (FIN) bzw. dem Personalamt (PA) verschiedene Vorschläge und Anträge zur Korrektur der Einstufung der Antragstellerinnen, welche jedoch stets abschlägig beantwortet wurden (vgl. im Wesentlichen die Schreiben des PA vom 3.9.2004 und vom 16.1.2006 sowie der FIN vom 16.6.2006). Ende 2007 nahmen sich Vertretungen der FIN (PA), der JGK und der Justiz der Gehaltssituation unter anderem der Mitglieder der obersten Gerichte an mit dem Ziel, gewisse Probleme auf Ebene der Rechtsetzung zu lösen. Konkrete Ergebnisse dieses Projekts stehen bis heute aus.

### **C.**

Mit Eingabe vom 23. Dezember 2010 ersuchten X.\_\_\_\_\_, Y.\_\_\_\_\_ und ein weiteres Mitglied des Obergerichts die JGK um Erlass anfechtbarer Verfügungen

«betreffend Überprüfung der Gehaltsstufeneinreihung (insb. im Quervergleich)». Die JGK leitete dieses Gesuch mit Blick auf die am 1. Januar 2011 in Kraft getretene Justizreform an die neu geschaffene Justizleitung des Kantons Bern (JL) weiter, welche sich jedoch nicht als zuständig erachtete und mit Verfügung vom 2. September 2011 darauf nicht eintrat. Diese Verfügung erwuchs unangefochten in Rechtskraft. Das Verfahren wurde in der Folge von der JGK (Rechtsamt) an die Hand genommen. Auf Aufforderung hin präzisierten Y.\_\_\_\_\_ und X.\_\_\_\_\_ am 20. Dezember 2011 ihre Anträge. Sie verlangten (rückwirkend) die Einstufung in Gehaltsstufe 69 ab 1. Januar 2008 und in Gehaltsstufe 80 ab 1. Januar 2012 (Y.\_\_\_\_\_) bzw. in Gehaltsstufe 74 ab 1. November 2008 und in Gehaltsstufe 80 ab 1. Januar 2012 (X.\_\_\_\_\_). Mit Verfügung vom 1. Oktober 2012 wiesen die JGK und die Geschäftsleitung des Obergerichts die Gesuche ab.

#### D.

Dagegen haben X.\_\_\_\_\_ (als Beschwerdeführerin 1) und Y.\_\_\_\_\_ (als Beschwerdeführerin 2) am 2. November 2012 gemeinsam Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben mit folgenden Anträgen:

«1. Die Verfügung vom 01. Oktober 2012 sei aufzuheben.

2. Die Beschwerdegegnerinnen seien zu verurteilen, die Beschwerdeführerin 1 ab 01. November 2008 in die Gehaltsklasse 30, Gehaltsstufe 74 und ab 01. Januar 2012 in der Gehaltsklasse 30, Gehaltsstufe 80 einzureihen und ihr das zufolge der rückwirkenden höheren gehaltsmässigen Einreihung zustehende Mehrgehalt auszuzahlen zuzüglich Zins zu 5 % seit jeweiliger Fälligkeit der einzelnen Monatslöhne.

Eventualiter: Die Sache sei zur Neuurteilung an die Beschwerdegegnerinnen zurückzuweisen.

3. Die Beschwerdegegnerinnen seien zu verurteilen, die Beschwerdeführerin 2 ab 01. Januar 2008 in die Gehaltsklasse 30, Gehaltsstufe 69 und ab 01. Januar 2012 in der Gehaltsklasse 30, Gehaltsstufe 80 einzureihen und ihr das zufolge der rückwirkenden höheren gehaltsmässigen Einreihung zustehende Mehrgehalt auszuzahlen zuzüglich Zins zu 5 % seit jeweiliger Fälligkeit der einzelnen Monatslöhne.

Eventualiter: Die Sache sei zur Neuurteilung an die Beschwerdegegnerinnen zurückzuweisen.

– unter Kosten- und Entschädigungsfolge –»

Die JGK und die Geschäftsleitung des Obergerichts beantragen am 4. Dezember 2012 die Abweisung der Beschwerde. Ebenfalls mit Eingabe vom 4. Dezember 2012 hat die JL die ihr mit verfahrensleitender Verfügung eingeräumte Gelegenheit zur Stellungnahme wahrgenommen. Mit Replik vom 25. Januar 2013 bestätigen X.\_\_\_\_\_ und Y.\_\_\_\_\_ ihre Anträge. Die JGK und die Geschäftsleitung des Obergerichts halten mit Duplik vom 28. Februar 2013 ebenfalls an ihrem Antrag fest.

## **Erwägungen:**

### **1.**

**1.1** Das Verwaltungsgericht ist zur Beurteilung der Beschwerde als letzte kantonale Instanz gemäss Art. 74 Abs. 1 i.V.m. Art. 76 und 77 des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21) zuständig. Die Beschwerdeführerinnen sind durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und haben ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (Art. 79 Abs. 1 VRPG). Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten (vgl. auch E. 1.2 hiernach). Das Verwaltungsgericht überprüft die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen hin (Art. 80 VRPG). Gerügt werden können mithin die unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhalts sowie andere Rechtsverletzungen einschliesslich Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens (Art. 80 Bst. a und b VRPG).

**1.2** Die Beschwerdeführerinnen bringen vor, «das Verfahren des Gehaltsaufstiegs [sei] unrichtig durchgeführt, resp. nicht zu Ende geführt worden» bzw. die JGK und die Geschäftsleitung des Obergerichts hätten schon zu einem früheren Zeitpunkt zu ihren Gunsten «gültig Beschluss gefasst». Diesen hätten sie jedoch fälschlicherweise als «Antrag» an die FIN bezeichnet bzw. wegen deren Widerstands unzulässigerweise nicht vollzogen (Beschwerde, S. 10; vgl. auch vorne Bst. B). Sinngemäss machen sie damit unter anderem geltend, es seien ihnen bereits (rechtskräftig) zusätzliche Gehaltsstufen zugesprochen worden. – Wäre den Beschwerdeführerinnen zu folgen, läge eine bereits beurteilte Sache (res iudicata) vor und könnte auf die Beschwerde daher nicht eingetreten werden (vgl. BVR 2004 S. 508 E. 3.2, S. 502 E. 3, 2002 S. 464 E. 2b; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 56 N. 1). So verhält es sich aber nicht: Gemäss Art. 51 Abs. 2 der Personalverordnung vom 18. Mai 2005 (PV; BSG 153.011.1) kann die zuständige Behörde einer Einzelperson «im Einvernehmen mit dem Personalamt» einen ausserordentlichen Gehaltsaufstieg gewähren. Die damals zusammen mit der JGK zuständige Geschäftsleitung des Obergerichts (vgl. E. 2.1) konnte demnach eine entsprechende Verfügung nur unter Mitwirkung des PA erlassen, wobei hier dahingestellt bleiben kann, welche Bedeutung dieser Mitwirkung zukam. Gemäss den Akten haben JGK und Obergericht das PA bzw. die FIN in dieser Sache zwar wiederholt angegangen (vgl. die abschlägigen Antworten des PA bzw. der FIN vom 3.9.2004 [Akten JGK, pag. 4 ff.], vom 16.1.2006 [Akten JGK, pag. 17] sowie vom 16.6.2006 [Akten JGK, pag. 29 ff.]). Es wurde aber nie ein Verfahren förmlich durch eine verbindliche, an die

Beschwerdeführerinnen gerichtete Verfügung abgeschlossen, weder zu ihren Gunsten (entgegen der Ansichtsausserung des PA), noch zu ihren Ungunsten (im Einvernehmen mit dem PA). Letztlich scheinen die Beschwerdeführerinnen selbst nicht ernsthaft von einer Neuregelung ihrer Gehaltseinstufung auszugehen, hätten sie diesfalls doch bereits früher auf deren Vollzug bestanden und nicht im Dezember 2010 den Erlass anfechtbarer Verfügungen verlangt. Es liegt somit keine «res iudicata» vor.

**1.3** Beschwerdegegner im vorliegenden Verfahren ist der Kanton Bern, handelnd durch die JGK und die Geschäftsleitung des Obergerichts. Seit dem 1. Januar 2011 ist in Angelegenheiten wie der vorliegenden die JL zuständig zum Erlass von Verfügungen (vgl. E. 2 hiernach). Ihr wurde im Schriftenwechsel daher Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben (ihr ist auch dieses Urteil mitzuteilen). Parteistellung hat die JL deswegen im vorliegenden Verfahren nicht (vgl. Eingabe der Beschwerdeführerinnen vom 14.12.2012 [act. 7] sowie Replik, S. 2 f. [act. 9]).

## **2.**

**2.1** Dem vorliegenden Verfahren liegt ein Gesuch der Beschwerdeführerinnen um Gewährung eines ausserordentlichen Gehaltsaufstiegs im Sinn von Art. 72 Abs. 3 des Personalgesetzes vom 16. September 2004 (PG; BSG 153.01) zugrunde (Eingaben an die JGK vom 23.12.2010 und vom 20.12.2011 [Akten JGK, pag. 55 f. und 81 ff.]; vgl. auch verfahrensleitende Verfügung der JGK vom 17.11.2011, Dispositiv-Ziffer 1 [Akten JGK, pag. 77]). Gemäss Art. 51 Abs. 2 PV kann die nach Art. 38 PV für die Festlegung des Anfangsgehalts zuständige Behörde einer Einzelperson im Einvernehmen mit dem PA einen ausserordentlichen Gehaltsaufstieg gewähren, wenn es die besonderen Verhältnisse rechtfertigen. Bis zum 31. Dezember 2010 war für die Gehaltseinreihung und -einstufung von Mitgliedern des Obergerichts gemäss aArt. 38 Abs. 2 PV (BAG 05-42) die Geschäftsleitung des Obergerichts gemeinsam mit der JGK zuständig. Seit dem 1. Januar 2011 ist hierfür die JL zuständig (Art. 38 Abs. 2 PV in der seit Inkrafttreten der Justizreform geltenden Fassung [BAG 10-65]).

**2.2** Mit Einreichung des Gesuchs wird das Verwaltungsverfahren anhängig gemacht (vgl. Art. 16 Abs. 1 VRPG). Die angerufene Behörde hat ihre Zuständigkeit von Amtes wegen zu prüfen (Art. 3 Abs. 4 VRPG). Vorbehältlich spezialgesetzlicher Übergangsregelungen bleibt eine einmal gegebene Zuständigkeit im Allgemeinen erhalten, auch wenn sich die (Rechts-)Verhältnisse nachträglich ändern. Dieser Grundsatz gilt vorab im Rechtsmittelverfahren (sog. «perpetuatio fori»; vgl. z.B. BVR 2008 S. 481 E. 3.1.1 mit Hinweisen). Grundsätzlich bleibt aber auch im Verfahren auf Erlass einer Verfügung die Zuständigkeit im Zeitpunkt der Verfahrenseinleitung massgebend (vgl. Kölz/Häner/Bertschi, Verwaltungsverfahren und

Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl. 2013, S. 140; z.B. BVR 2013 S. 443 E. 2.2 betreffend Konzessionsgesuch). Im Verwaltungsverfahren können jedoch Sinn und Zweck der anzuwendenden Normen weitergehende Differenzierungen erfordern (Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 3 N. 16; Michel Daum, in Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum VwVG, 2008, Art. 7 N. 14; z.B. VGE 22740 vom 13.12.2007, E. 3).

**2.3** Ob in vorliegender Angelegenheit JGK und Obergericht ab dem 1. Januar 2011 tatsächlich noch Verfügungsbefugt waren, ist mit Blick auf die auf diesen Zeitpunkt hin mit der Justizreform geschaffenen neuen Führungsstrukturen und Zuständigkeiten zumindest diskutabel. Die Frage kann aber offen bleiben. Selbst wenn richtigerweise auf die Verfügungskompetenz der JL hätte geschlossen werden müssen, würde dieser Mangel folgenlos bleiben: Eine Aufhebung der (rechtzeitig angefochtenen) Verfügung verbunden mit einer Rückweisung des Gesuchs an die JL wäre bei vorliegender Ausgangslage nicht angezeigt. Die JL wurde in das Verfahren einbezogen (vorne E. 1.3), sie hat sich geäußert und der Auffassung ihrer Vorgängerbehörde in der Sache nicht widersprochen (vgl. Stellungnahme vom 4.12.2012 [act. 4]). Eine Rückweisung würde sich daher als prozessualer Leerlauf erweisen und das Verfahren unnötig verzögern (vgl. BVR 2012 S. 481 E. 2.5 mit Hinweisen). Ein allfälliger Zuständigkeitsmangel könnte demnach geheilt werden. Dem stünden auch keine Nichtigkeitsgründe entgegen, denn nach der Evidenztheorie sind Verfügungen unzuständiger Behörden nur dann nichtig, wenn der Mangel schwer wiegt und offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und zudem die Annahme der Nichtigkeit die Rechtssicherheit nicht ernsthaft gefährdet (vgl. BVR 2007 S. 395 E. 6, 2005 S. 321 E. 2.4, S. 372 E. 2.5 f.). Dies ist hier nicht der Fall: JGK und Obergericht waren namentlich mit Blick auf die im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung unstrittig gegebene Verfügungszuständigkeit auch nach dem 31. Dezember 2010 jedenfalls nicht offensichtlich unzuständig und ein entsprechender Mangel nicht derart schwerwiegend, dass auf Nichtigkeit geschlossen werden müsste.

### **3.**

In der Sache ist umstritten, ob den Beschwerdeführerinnen zusätzliche Gehaltsstufen zu gewähren sind. Folgende Rechtsgrundlagen sind massgeblich:

#### **3.1 Anwendbarkeit der Personalgesetzgebung**

Seit dem 1. Juli 2005 sind das PG und die PV in Kraft. Gemäss Art. 111 Abs. 2 PG werden bei Inkrafttreten bereits bestehende unbefristete Arbeitsverhältnisse nach neuem Recht weitergeführt, sodass für die per 1. Juli 2002 bzw. per 1. Januar 2003

ans Obergericht gewählten Beschwerdeführerinnen die Vorschriften des PG und der PV anwendbar sind. Soweit hier von Interesse stimmen diese Regelungen allerdings weitgehend mit jenen überein, die im Zeitpunkt der Wahl der Beschwerdeführerinnen gegolten haben (vgl. das Dekret vom 8. November 1995 über Gehalt und Zulagen des Personals der bernischen Kantonsverwaltung [GehD; BAG 96-7] sowie die Gehaltsverordnung vom 16. Juni 1996 [GehV; BAG 96-57], beide in Kraft getreten am 1.1.1997; vgl. ferner das Gesetz vom 5. November 1992 über das öffentliche Dienstrecht [aPG; GS 1993 S. 64 ff.] in seiner Fassung vom 28.11.2004 [BAG 04-102], namentlich Art. 23 ff.).

### **3.2 Gehaltsbestandteile**

Das Gehalt setzt sich zusammen aus dem Grundgehalt und einem individuell festgelegten Gehaltsbestandteil. Das Grundgehalt bemisst sich nach der für die Funktion massgebenden Gehaltsklasse; der individuelle Gehaltsbestandteil beträgt höchstens 60 Prozent des Grundgehalts (Art. 68 PG; Art. 23b Abs. 1 aPG; Art. 5 Abs. 1 GehD). Der Aufstieg vom Grundgehalt zum maximalen Gehalt erfolgt mittels Gehaltsstufen (Art. 72 Abs. 1 PG; vgl. auch Art. 23c Abs. 1 aPG sowie Art. 6 Abs. 1 GehD). Für jede Gehaltsklasse bestehen seit dem 1. Januar 2005 80 Gehaltsstufen von je 0,75 % des Grundgehalts (Art. 33 Abs. 2 PV sowie Art. 23b Abs. 2 aPG in der Fassung vom 28.11.2004). Bis zu diesem Zeitpunkt bestanden pro Gehaltsklasse 40 Gehaltsstufen von je 1,5 % des Grundgehalts (Art. 4 Abs. 1 GehD); anlässlich dieses Rechtswechsels blieben die bereits erworbenen Gehaltsstufen erhalten durch Umwandlung (Verdoppelung) in die wertmässig halbierten Stufen gemäss dem neuen Stufensystem (Ziff. 1 der Übergangsbestimmungen der Änderung des aPG vom 28.11.2004, BAG 04-102; vgl. auch vorne Bst. A).

### **3.3 Rechtslage bis 31. Dezember 1996**

Bis zum 31. Dezember 1996 entsprach das Gehalt u.a. der Mitglieder des Obergerichts bei Amtsantritt dem Maximum der obersten Gehaltsklasse (vgl. Art. 2 Abs. 1 des Dekrets vom 10. Mai 1972 über die Besoldung der Behördenmitglieder und des Personals der bernischen Staatsverwaltung [Besoldungsdekret, nachfolgend: BesD; GS 1972 S. 148; in Kraft bis 31.12.1996]). Im Rahmen der am 1. Januar 1997 in Kraft gesetzten Besoldungsrevision Kanton Bern (BEREBE) wurde diese Regelung abgeschafft. Seither sind die Mitglieder des Obergerichts zwar weiterhin in der obersten Gehaltsklasse eingereiht, jedoch nicht mehr ab Amtsantritt im Gehaltsmaximum. Auch für diese Funktion ist nunmehr ein individuelles Anfangsgehalt festzulegen und durchlaufen die Funktionsinhaberinnen und -inhaber einen Gehaltsaufstieg (Art. 71, 81 Abs. 1 und Art. 82 Abs. 1 PG sowie Art. 39 f. PV bzw. Art. 10 und 18 Abs. 1 GehD sowie Art. 5 GehV). Jene Oberrichterinnen und

Oberrichter, die vor dieser Revision gewählt worden sind, wurden unter Beibehaltung des bisherigen Lohns in die höchste Gehaltsstufe und -klasse überführt (Art. 32 GehD; vgl. zum Ganzen auch die zutreffenden Ausführungen in der angefochtenen Verfügung, E. 4.2). Eine (Übergangs-)Regelung, welche die daraus resultierende Lohnungleichheit zeitlich und / oder umfangmässig beschränkt, erliess der Gesetzgeber nicht.

### **3.4 Anfangsgehalt**

Gemäss Art. 63 PG legen die zuständigen Behörden das Gehalt nach objektiven Kriterien fest. Sie berücksichtigen dabei die an die Funktion gestellten Anforderungen und Belastungen (Bst. a), die persönlichen Voraussetzungen zur Ausübung der Funktion (Bst. b), die berufliche und ausserberufliche Erfahrung, die Leistung und das Verhalten (Bst. c), die Verhältnisse auf dem Arbeitsmarkt (Bst. d), die Teuerungsentwicklung (Bst. e), die Finanzlage des Kantons (Bst. f) sowie die Gehälter der bereits beschäftigten Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter (Bst. g). Diese allgemeinen Grundsätze gelten sowohl für die Ausgestaltung des Gehaltssystems als auch für die Festlegung der individuellen Löhne der Mitarbeitenden (BVR 2011 S. 481 E. 3.1 einleitend; Vortrag des Regierungsrats zum Personalgesetz, in Tagblatt des Grossen Rates 2004, Beilage 20 [nachfolgend: Vortrag PG], S. 18). Das Anfangsgehalt entspricht grundsätzlich dem Grundgehalt der für die betreffende Funktion vorgesehenen Gehaltsklasse, wenn die Stelleninhaberin oder der Stelleninhaber die wesentlichen Anforderungen der Stelle erfüllt (vgl. Art. 71 Abs. 1-3 PG). Zur Bestimmung des individuellen Gehaltsbestandteils sind die zur Ausübung der Funktion dienlichen Erfahrungen und Fähigkeiten, die Gehälter der bereits beschäftigten Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter und die Lage auf dem Arbeitsmarkt angemessen zu berücksichtigen (Art. 71 Abs. 1 PG). Direkt dienliche Praxisjahre können mit bis zu vier Gehaltsstufen angerechnet werden (Art. 40 Abs. 3 Satz 1 PV). Berufliche oder ausserberufliche Tätigkeiten wie die Betreuungsarbeit oder die Ausübung eines öffentlichen Amtes, die für die Ausübung der Funktion indirekt dienlich sind, können mit einer Gehaltsstufe für ein volles Jahr, höchstens aber mit 15 Gehaltsstufen angerechnet werden (Art. 40 Abs. 4 PV).

### **3.5 Gehaltsaufstieg**

Der individuelle Gehaltsaufstieg des Kantonspersonals stützt sich im Allgemeinen auf eine Leistungs- und Verhaltensbeurteilung (Art. 72 Abs. 2 i.V.m. Art. 48 PG; Art. 23c Abs. 2 aPG; Art. 6 Abs. 2 GehD). Davon ausgenommen sind Funktionen, deren Tätigkeit eine gehaltsrelevante Leistungs- und Verhaltensbeurteilung als unzweckmässig erscheinen lässt (sog. «Automatisten»), was unter anderem für die Mitglieder des Obergerichts der Fall ist (Art. 34 des Gesetzes vom 11. Juni 2009 über

die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1] i.V.m. Art. 73 PG und Art. 47 Abs. 1 Bst. f PV; Art. 23c Abs. 5 aPG i.V.m. Art. 8 Abs. 1 GehV). Der Regierungsrat legt für diese Funktionen den Gehaltsaufstieg oder die Anzahl Gehaltsstufen jährlich fest. Er berücksichtigt dabei die Vorgaben, die für den individuellen Gehaltsaufstieg des Personals mit Leistungs- und Verhaltensbeurteilung festgelegt werden in der Absicht, den von der Leistungs- und Verhaltensbeurteilung ausgenommenen Funktionen mittelfristig eine mit dem übrigen Personal vergleichbare Gehaltsentwicklung zu ermöglichen (Art. 47 Abs. 2 PV). Vor dem Inkrafttreten des PG (1.7.2005; vorne E. 3.1) richtete sich der leistungs- und verhaltensunabhängige Gehaltsaufstieg nach Art. 8 Abs. 2 i.V.m. Art. 9 GehV; danach konnten bis zur Gehaltsstufe 24 eine oder zwei Stufen pro Jahr gewährt werden, davon mindestens eine garantiert (Bst. a), ab Gehaltsstufe 25 maximal eine Stufe [Bst. b]).

In Anwendung dieser Bestimmungen erhielten die Beschwerdeführerinnen, welche die (altrechtliche) Gehaltsstufe 24 bereits überschritten hatten, in den Jahren 2003 bis 2005 keine zusätzlichen Gehaltsstufen. Seit 2006 verlief der Gehaltsaufstieg für beide gestützt auf regierungsrätliche Beschlüsse wie folgt: Per 1. Januar 2006 eine Stufe (RRB 3615 vom 23.11.2005, Ziff. 3); per 2007 zwei Stufen (RRB 2136 vom 6.12.2006, Ziff. 3); per 2008 zwei Stufen (RRB 2003 vom 28.11.2007, Ziff. 3); per 2009 keine Stufe (RRB 2016 vom 3.12.2008); per 2010 eine Stufe (RRB 2051 vom 2.12.2009, Ziff. 3); per 2011 zwei Stufen (RRB 1790 vom 8.12.2010, Ziff. 4); per 2012 zwei Stufen (RRB 2069 vom 7.12.2011, Ziff. 3); per 2013 eine Stufe (RRB 1749 vom 5.12.2012, Ziff. 3) und per 2014 drei Stufen (RRB 1624 vom 4.12.2013, Ziff. 4).

#### 4.

Die Beschwerdeführerinnen sehen sich gegenüber anderen Oberrichterinnen und Oberrichtern lohnmässig in zweifacher Hinsicht benachteiligt:

(1) Zum einen im Vergleich zu *Oberrichterinnen und Oberrichtern*, die *vor dem 1. Januar 1997 gewählt* worden sind und deren Gehalt seit Amtsantritt unabhängig von Lebensalter, Dienstalter oder bisheriger Praxiserfahrung frankenmässig dem Maximum der Gehaltsklasse 30 entspricht und von der Besoldungsrevision 1997 unberührt geblieben ist (vorne E. 3.3). Insoweit bestünden Lohndifferenzen in nicht hinzunehmendem Ausmass (Vergleich 1: Ungleichbehandlung gegenüber Überführten). (2) Zum andern sind die Beschwerdeführerinnen der Auffassung, dass auch unter den *nach dem 1. Januar 1997 gewählten Oberrichterinnen und Oberrichtern* sachlich nicht gerechtfertigte Lohnunterschiede bestünden. Diese seien dadurch bedingt, dass neu gewählten Mitgliedern bei der Festsetzung des Anfangsgehalts für die bisherige Praxiserfahrung mehr Gehaltsstufen zugesprochen würden als den

bisherigen Oberrichterinnen und Oberrichtern für den gleichen Zeitraum im Rahmen des Gehaltsaufstiegs. Personen, die wie sie bei ihrer Wahl vergleichsweise jung waren, seien dadurch trotz gleichem Pflichtenheft, gleicher Belastung und Erfahrung in der spezifischen Funktion (als Oberrichterinnen) lohnmässig benachteiligt gegenüber Kolleginnen und Kollegen, die erst im späteren Verlauf ihrer beruflichen Karriere gewählt worden sind (Vergleich 2: Ungleichbehandlung gegenüber Amtsjüngeren).

Diese Lohnunterschiede stellen nach Auffassung der Beschwerdeführerinnen besondere Verhältnisse dar, welche es rechtfertigten, ihnen im Rahmen eines ausserordentlichen Gehaltsaufstiegs zusätzliche Gehaltsstufen zuzusprechen.

## **5.**

**5.1** Nach Art. 72 Abs. 3 PG kann einzelnen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern oder einer Berufsgruppe ausnahmsweise ein ausserordentlicher Gehaltsaufstieg gewährt werden, wenn es die besonderen Verhältnisse erfordern (vgl. auch Art. 51 PV). Gemäss der angefochtenen Verfügung (E. 3.3) kann Sinn und Zweck des ausserordentlichen Gehaltsaufstiegs im Fall von Einzelpersonen (im Unterschied zu Berufsgruppen) nur sein, stossende Lohnungleichheiten im internen Quervergleich zu beheben. Massstab müsse dabei das Rechtsgleichheitsgebot bilden (Art. 8 Abs. 1 der Bundesverfassung [BV; SR 101] bzw. Art. 10 Abs. 1 der Verfassung des Kantons Bern [KV; BSG 101.1]). Darin erblicken die Beschwerdeführerinnen eine pflichtwidrige Handhabung des Ermessens in Gestalt einer Ermessensunterschreitung sowie ein rechtsfehlerhaftes (zu enges) Verständnis des Begriffs der «besonderen Verhältnisse». Vielmehr gehe es darum, Verzerrungen zu beheben, die sich zwar sachlich durchaus begründen liessen, im konkreten Einzelfall jedoch trotzdem unbillig seien (Beschwerde, S. 11).

**5.2** Der Entscheid über die Gewährung eines ausserordentlichen Gehaltsaufstiegs liegt im Ermessen der zuständigen Behörden («Kann-Bestimmung»). Diese haben davon pflichtgemäss, d.h. im Rahmen von Verfassung und Gesetz nach sachlichen Grundsätzen, namentlich unter Beachtung von Sinn und Zweck der gesetzlichen Ordnung und der dort angelegten öffentlichen Interessen sowie des Gebots der rechtsgleichen Behandlung, des Handelns nach dem Grundsatz von Treu und Glauben und des Willkürverbots Gebrauch zu machen (vgl. allgemein BVR 2012 S. 121 E. 4.2.2, S. 529 E. 3.3.3). In Organisations- und Besoldungsfragen besteht ein besonders grosser Ermessensspielraum der kantonalen Behörden (vgl. BVR 2012 S. 294 E. 3.2, 2010 S. 495 E. 4.3, 2006 S. 58 E. 5.1). Die Offenheit der gesetzlichen Begrifflichkeit («besondere Verhältnisse») vermittelt der zuständigen Behörde im Übrigen offenkundig einen Beurteilungsspielraum, der zu respektieren ist. Das Gericht

aufgelegt sich daher bei der Überprüfung eine gewisse Zurückhaltung, zumal eine umfassende verwaltungsgerichtliche Rechtskontrolle vorab am fehlenden Überblick über die gesamte relevante Behördenpraxis scheitern kann (vgl. auch BVR 2012 S. 193 E. 3.2, S. 529 E. 3.3.1).

**5.3** JGK und Obergericht halten zu Recht fest, dass der Wortlaut von Art. 72 Abs. 3 PG eine restriktive Anwendung der Vorschrift nahelegt; die Verwendung von Begriffen wie «ausnahmsweise», «besondere Verhältnisse» und «ausserordentlich» macht dies deutlich. Gemäss den Materialien ist der ausserordentliche Gehaltsaufstieg ein Instrument, um veränderten Verhältnissen auf dem Arbeitsmarkt Rechnung zu tragen, insbesondere um die Konkurrenzfähigkeit des Kantons im Vergleich zu anderen Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern zu erhalten (Vortrag PG, S. 19). Zwar erscheint es entgegen der Ansicht von JGK und Obergericht nicht von vornherein ausgeschlossen, dass solche Überlegungen auch einen ausserordentlichen Gehaltsaufstieg zu Gunsten einzelner Personen rechtfertigen können (z.B. Erhaltung einzelner hochspezialisierter Fachkräfte im Staatsdienst oder Korrektur einer offenkundigen Fehleinstufung). Das Instrument des ausserordentlichen Gehaltsaufstiegs mag daher in besonderen Fällen auch hinsichtlich Einzelpersonen Handlungs- oder Ermessensspielräume öffnen, die nicht oder nicht in erster Linie auf die Behebung von verfassungswidrigen Lohnungleichheiten zielen. Insoweit greift die verallgemeinernde Aussage der Vorinstanz möglicherweise zu kurz, wonach Sinn und Zweck des ausserordentlichen Gehaltsaufstiegs im Fall von Einzelpersonen *ausschliesslich* die Behebung von stossenden Lohnungleichheiten im internen Quervergleich sein könne. Wie es sich damit verhält, braucht vorliegend aber nicht abschliessend geklärt werden. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen lässt sich aus Art. 72 Abs. 3 PG jedenfalls nicht ableiten, dass dem ausserordentlichen Gehaltsaufstieg *stets* eine weitergehende Tragweite zukommen *muss*, als dies das Rechtsgleichheitsgebot gebieten würde. Mit Blick auf den beachtlichen Ermessensspielraum, welcher den Behörden in Organisations- und Besoldungsfragen im Allgemeinen und bei Anwendung des Instruments des ausserordentlichen Gehaltsaufstiegs im Besonderen zusteht, kann sich in bestimmten Konstellationen geradezu gebieten, die Rechtsgleichheit als sachlichen Massstab dieser Ermessensausübung heranzuziehen für den Entscheid, ob eine Gehaltskorrektur in Form der Anerkennung zusätzlicher Gehaltsstufen vorzunehmen ist. Dies trifft namentlich für systembedingte Unzulänglichkeiten zu, die eine Vielzahl von Personen innerhalb derselben Berufsgruppe betreffen, da es in solchen Fällen regelmässig an einzelfallspezifischen, personen- oder funktionsbezogenen besonderen Verhältnissen fehlt, denen nach anderen Kriterien als jenen, welche sich aus der Rechtsgleichheit ableiten, Rechnung getragen werden müsste. Es erscheint daher sachlich ohne weiteres vertretbar, in solchen Fällen die Rechtsgleichheit zum Massstab zu nehmen, zumal allfälligem Korrekturbedarf gegebenenfalls in erster Linie

durch den Gesetzgeber Rechnung zu tragen ist. – Bei den hier gerügten Unzulänglichkeiten in der Besoldung handelt es sich um eben solche Anliegen: Die Gehaltsunterschiede hinsichtlich der Vergleichsgruppe 1 (Überführte, vgl. E. 4) sind auf eine Änderung der Besoldung der von Art. 2 Abs. 1 BesD erfassten Behördenmitglieder per 1. Januar 1997 zurückzuführen (vorne E. 3.3) und betreffen alle nach diesem Zeitpunkt Gewählten; die Beschwerdeführerinnen sind davon nicht spezifisch betroffen. Auch die im Vergleich mit den Angehörigen der Vergleichsgruppe 2 (Amtsjüngere, vgl. E. 4) gerügte Lohnsituation ist weitgehend systembedingt. Während die externe Berufserfahrung (u.a. die Tätigkeit als Richter/in erster Instanz der Zivil- oder Strafrechtspflege) bei Neugewählten nach eigenen Regeln anzurechnen ist, wird Berufserfahrung im Obergericht selbst im Rahmen der jährlichen Beschlüsse zum Gehaltsaufstieg honoriert (vgl. dazu hinten E. 8.2). Dies betrifft ebenfalls nicht nur die Beschwerdeführerinnen, sondern alle Richterinnen und Richter, die sich in einer vergleichbaren Situation befinden. Weil die vorgebrachten Lohnvergleiche somit keine einzelfallspezifischen, individuellen «besonderen Umstände» betreffen, ist es nicht rechtsfehlerhaft, wenn JGK und Obergericht für die Beurteilung der Haltbarkeit der gerügten Lohndifferenzen auf Art. 8 Abs. 1 BV abgestellt haben (vgl. E. 3.4 und 4 f. der Verfügung). Eine andere Betrachtungsweise wäre notgedrungen mit der Gefahr der Schaffung zusätzlicher Verzerrungen im Lohngefüge der betroffenen Berufsgruppe verbunden. Auch ist weder dargetan noch ersichtlich, nach welchen alternativen («Billigkeits-»)Kriterien die Einstufung der Beschwerdeführerinnen zu korrigieren wäre.

**5.4** Es ergibt sich nach dem Gesagten, dass dessen ungeachtet, ob Art. 72 Abs. 3 PG auf die vorliegend gerügten Lohndifferenzen anwendbar ist oder nicht, kein Rechtsfehler (Ermessensunterschreitung) darin liegt, dass die Vorinstanz nach Art. 8 Abs. 1 BV bzw. Art. 10 Abs. 1 KV beurteilt hat, ob die Differenzen eine Korrektur des Gehalts der Beschwerdeführerinnen erfordern. Da allemal ein durchsetzbarer verfassungsrechtlicher Anspruch auf rechtsgleiche Entlohnung besteht, der grundsätzlich jederzeit geltend gemacht werden kann (vgl. z.B. BGer 8C\_943/2011 vom 26.11.2012, E. 5.3), ist ohne Belang, ob eine entsprechende Lohnkorrektur ausserordentlicher Gehaltsaufstieg im Sinn dieser Bestimmung ist oder nicht. Insbesondere braucht nicht geklärt zu werden, ob es sich beim ausserordentlichen Gehaltsaufstieg um einen «Rechtsbehelf» handelt, der einzelne Mitarbeitende, deren Gehaltsstufen oberhalb der Bandbreite nach Anhang II der PV liegen, nicht dazu berechtigt, ein Verfahren zu beantragen (so das PA gemäss Wissensdatenbank Personalrecht zu Art. 51 PV [Stand 13.5.2014], abrufbar unter <<http://www.fin.be.ch>>, Rubriken «Personal», «Personalrecht», «Wissensdatenbank»).

## 6.

**6.1** Das Gebot der rechtsgleichen Behandlung (Art. 8 Abs. 1 BV und Art. 10 Abs. 1 KV) ist verletzt, wenn Gleiches nicht nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nicht nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird. Im öffentlichen Dienstrecht verlangt das Rechtsgleichheitsgebot, dass gleichwertige Arbeit gleich entlohnt wird. Eine Regelung verletzt den Grundsatz der Rechtsgleichheit, wenn sie 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. In Besoldungsfragen besteht ein besonders grosser Ermessensspielraum der kantonalen Behörden. Innerhalb der Grenzen des Willkürverbots und des Rechtsgleichheitsgebots sind die Behörden befugt, aus der Vielzahl denkbarer Anknüpfungspunkte diejenigen Kriterien auszuwählen, die für die Besoldung massgebend sein sollen. Von Verfassung wegen ist nicht verlangt, dass die Besoldung allein nach der Qualität der geleisteten Arbeit bzw. den tatsächlich gestellten Anforderungen bestimmt wird; vielmehr ist lediglich erforderlich, dass allfällige Besoldungsunterschiede auf objektive Motive zurückzuführen sind bzw. auf sachlich haltbaren Gründen beruhen (vgl. BGE 139 I 161 E. 5.3.1, 138 I 321 E. 3.2 f., 131 I 105 E. 3.1, 129 I 161 E. 3.2; BVR 2010 S. 495 E. 4.3, 2006 S. 58 E. 5.1; zuletzt VGE 2012/125 vom 9.7.2013, E. 4.1). Es gibt keinen absoluten verfassungsmässigen Anspruch der oder des einzelnen öffentlich Bediensteten, gleich viel zu verdienen wie gleichaltrige Bedienstete, die eine gleiche Tätigkeit versehen. Änderungen im Besoldungssystem oder in der Besoldungspraxis können somit zur Folge haben, dass Mitarbeitende je nach Anstellungszeitpunkt für die gleiche Arbeit unterschiedlich entlohnt werden. Dies ist zulässig, solange die Unterschiede in der Besoldung kein unvertretbares Mass annehmen (vgl. BVR 2006 S. 58 E. 5.1 und 5.2.3; BGer 2P.222/2003 vom 6.2.2004, E. 4.3 mit zahlreichen Praxishinweisen [Regeste in ZBI 2004 S. 679]).

**6.2** Aus der bundesgerichtlichen Kasuistik lassen sich drei Fallgruppen herauschälen (vgl. BVR 2006 S. 58 E. 5.2):

**6.2.1** In einer *ersten Fallgruppe* sind Ungleichbehandlungen grosszügig zulässig, wenn sie eine ganze Kategorie von Bediensteten mit *unterschiedlichen Aufgaben* betreffen. Die gehaltsmässige Einreihung der verschiedenen Kategorien ist stark von Wertungsfragen geprägt, weshalb das Bundesgericht kaum in den Ermessensspielraum der Kantone eingreift (vgl. BVR 2006 S. 58 E. 5.2.1 mit Hinweisen).

**6.2.2** In einer *zweiten Fallgruppe* lässt das Bundesgericht auch bei verwandten, aber leicht unterschiedlichen Funktionen noch erhebliche Unterschiede zu:

- Besoldungsunterschiede von 20-26 % zwischen Lehrkräften, die sich in der Ausbildung unterscheiden, aber teilweise an der gleichen Schule unterrichten. Das Gericht wertete diesen Unterschied als sehr gross, hielt ihn aber gerade noch an der Grenze des Zulässigen, weil es sich bei der Orientierungsstufe («classes d'orientation», «année de transition») um eine einmalige Institution besonderer Natur im neuenburgischen Erziehungswesen handle (BGer 2P.77/1996 vom 27.9.1996, E. 2c [Kanton Neuenburg]).
- Besoldungsunterschied von 18 % zwischen Lehrkräften der Berufsschule und solchen der Mittelschule trotz gleichen Ausbildungsanforderungen und Wählbarkeitsvoraussetzungen, weil die Anforderungen an die Mittelschullehrkräfte grösser sind (BGer 1P.413/1999 vom 6.10.1999, in Pra 89/2000 Nr. 1 E. 3 [Kanton Solothurn]).
- Besoldungsunterschied von 6,7 % und Pensenunterschied von 7,4 % zwischen kaufmännischen Hauptlehrkräften I und Gewerbelehrkräften I mit Blick auf die quantitativen und qualitativen Ausbildungsunterschiede. Das Gericht wertete diese Besoldungs- und Pensenunterschiede als nicht unerheblich, aber noch haltbar, und hielt fest, dass sich die Frage eines richterlichen Eingriffs erneut stelle, wenn eine von den kantonalen Behörden in Aussicht gestellte Überprüfung der Ungleichbehandlung der beiden Lehrerkategorien nicht zu einer Neukonzeption führe (BGer 2P.249/1997 vom 10.8.1998, E. 4c und e [Kanton Luzern]).
- Besoldungsunterschied von 13 % (zwei Gehaltsklassen) zwischen Mitgliedern des Sozialversicherungsgerichts und Mitgliedern des Ober- und des Verwaltungsgerichts, weil die Sozialversicherungsrichter/innen als Mitglieder eines erstinstanzlichen Gerichts amten, während letztere Gerichte zur Hauptsache als zweite oder dritte Instanz zuständig sind (BGE 138 I 321 [Kanton Zürich]).
- Besoldungsunterschied von rund Fr. 13'500.-- pro Jahr zwischen Kreisrichtern/innen, welche mangels juristischer Ausbildung lediglich noch aufgrund einer Übergangsbestimmung als fest angestellte Mitglieder eines Kreisgerichts mit auf das Familienrecht beschränktem Tätigkeitsbereich amten können, und Kreisrichtern/innen, welche die Anforderungen einer juristischen Ausbildung erfüllen (BGE 139 I 161 ohne Angabe zur Besoldungsdifferenz [Kanton St. Gallen]; gemäss dem angefochtenen Urteil VGer SG K 2011/3 vom 29.8.2011 war der Betrag von rund Fr. 13'500.-- brutto pro Jahr eingeklagt).

**6.2.3** Eine *dritte Fallgruppe* betrifft Konstellationen wie die hier vorliegende, in welchen Angehörige ein und derselben Bedienstetenkategorie *trotz gleicher Aufgabe* gegenüber anderen Angehörigen der gleichen Kategorie unterschiedlich behandelt werden. In solchen Fällen wird ein vergleichsweise strenger Massstab angelegt;

gewisse Besoldungsunterschiede sind aber auch hier zulässig (BVR 2006 S. 58 E. 5.2.3). Aus der Kasuistik:

- Wegen *unterschiedlicher Aus- bzw. Vorbildungen* (einerseits Matura, andererseits Lehrerinnenpatent) Besoldungsdifferenz von ca. 10 % zwischen Lehrkräften, welche über die gleiche Logopädinnenausbildung verfügten (BGE 123 I 1 [Kanton Bern]).
- Wegen *unterschiedlichem Status* Besoldungsunterschied von 12 % zwischen Lehrbeauftragten und Hauptlehrerinnen und -lehrern (sogar 19,5 % bei Berücksichtigung der Altersentlastung) unter dem Vorbehalt, dass ein Lehrauftragsverhältnis besonders lange dauert, ggf. 15 Jahre (BGer 2P.325/1992 vom 10.12.1993, E. 3 und 5 [Kanton Zürich]); Besoldungsunterschied von 30 % zwischen einer Kindergarten-Stellvertreterin und festangestellten Kindergarten-Lehrkräften unter dem Vorbehalt, dass die Stellvertretung nicht länger als ein Semester dauert (BGE 129 I 161 E. 3 [Kanton Graubünden]).
- Im Zusammenhang mit der *Schlechterstellung neu Eingestellter* infolge *Besitzstandswahrung bzw. frankenmässiger Überführung bisheriger öffentlich Bediensteter*:
  - (1) Zulässigkeit des Besoldungsunterschieds von 7-15 % (je nach Anzahl Dienstjahren im Zeitpunkt des Rechtswechsels) innerhalb der Berufsfeuerwehr, weil er auf rund 5 Jahre befristet war (BGer 2P.222/2003 vom 6.2.2004, E. 4.6 und 4.7 [Kanton Basel-Stadt]); im gleichen Zusammenhang erachtete das Bundesgericht einen weiteren lohnmassigen Aufstieg der Besitzständer als zulässig, weil die dadurch erzielte Lohndifferenz ab dem dritten Dienstjahr wiederum abnahm (E. 4.8).
  - (2) Unzulässigkeit der Lohndifferenz von ca. Fr. 3'300.-- pro Jahr (bis zu vier Gehaltsstufen) und zusätzlich einer weiteren Erhöhung der Differenz um Fr. 2'300.-- pro Jahr infolge Einbaus einer Zulage bei alters- und dienstaltersmässig vergleichbaren Kategorien von Angehörigen des Polizeikorps. Das Gericht erwog, eine solche Erhöhung der Besoldungsdifferenz lasse sich nicht mehr mit der Besitzstandsgarantie und der Eliminierung einer sachlich nicht mehr gerechtfertigten Zulagenordnung rechtfertigen. Vielmehr hätten die während einer Übergangsfrist allenfalls in Kauf zu nehmenden Besoldungsungleichheiten nicht mehr ausmachen dürfen, als dies dem grundsätzlich zulässigen Anliegen der Besitzstandswahrung entsprochen hätte (BGer 2P.463/1996 vom 16.3.1998, E. 4 [Kanton St. Gallen]).
  - (3) Zulässigkeit der Lohndifferenzen von 8,2 % bzw. 21,9 % infolge TieferEinstufung der Assistenzarzt- und Oberarztfunktion gegenüber der bisherigen Regelung (BGer 2P.369/1998 vom 21.3.2000, in ZBI 2001 S. 265 ff. [Kanton Basel-Stadt]). Dabei spielte für das Gericht u.a. in zeitlicher Hinsicht eine Rolle, dass Assistenzverhältnisse Ausbildungscharakter haben und die Oberarztstellen nach der einschlägigen Regelung keine Dauerstellen, sondern in der Regel auf sechs Jahre, ausnahmsweise auf acht Jahre, beschränkte Durchgangspositionen waren (E. 2h).

– Im Zusammenhang mit der *Besserbehandlung neu eingestellter öffentlich Bediensteter*:

(1) Zulässigkeit einer Besoldungsregelung, mit der neu eintretende Angestellte (potenziell) bevorzugt werden. Das Gericht erwog, Gründe der Praktikabilität oder finanzpolitische Überlegungen könnten nahelegen, dass bestimmte Verbesserungen vorerst nur für einzelne Kategorien von Bediensteten eingeführt werden. Es könne allerdings nicht ausgeschlossen werden, dass sich die unterschiedliche Behandlung der alt- und der neurechtlich Eingestellten als verfassungswidrig herausstelle, sofern sie dem Umfang nach und allenfalls zeitlich ein bestimmtes Ausmass überschreite. Mangels entsprechender Rügen hatte das Bundesgericht sich in diesem Fall zur Frage des Ausmasses nicht zu äussern (BGer 2P.426/1997 vom 20.1.1999, E. 3a und c [Kanton Basel-Stadt], rekapituliert in BGer 1C\_58/2008 vom 7.5.2009, E. 6.3).

(2) Zulässigkeit einer Praxisänderung, die zur Folge hatte, dass bisherige Universitätsassistentinnen und -assistenten um eine Erfahrungsstufe tiefer besoldet wurden als Neuangestellte; die Bisherigen verdienten in der Folge zwar nicht weniger als die Neuen, trotz grösserer Erfahrung aber (nur) etwa gleich viel. Das Gericht erwog u.a., es liege im Rahmen der Gestaltungsfreiheit, welche dem Staat als Arbeitgeber zustehe, wenn er veränderten Marktverhältnissen durch eine günstigere Besoldungsregelung Rechnung tragen wolle und diese Vorteile vor allem dem neu einzustellenden Personal zukommen lassen wolle. Voraussetzung sei jedoch, dass die Ungleichheiten gegenüber den vor der Anpassung angestellten Bediensteten ein vertretbares Mass nicht überschritten. Bis zu welchem Umfang sachlich begründete Ungleichheiten zulässig seien, lasse sich nicht abstrakt bestimmen. Es sei grundsätzlich anhand der konkreten Umstände zu prüfen, ob sich die beanstandeten Besoldungsunterschiede in einem vertretbaren Rahmen hielten. Im konkreten Fall könne dies bejaht werden, weil die von der Beschwerdeführerin verlangte Beförderung um eine weitere Erfahrungsstufe nur gerade gut Fr. 100.-- pro Monat ausmache (BGer 2P.10/2003 vom 7.7.2003, E. 3, insb. E. 3.4 [Kanton Zürich]).

(3) Unzulässigkeit der Lohndifferenzen bei bisherigen Universitätsprofessoren im Umfang von 6,2-15 % (Fr. 1'042.-- und Fr. 2'781.-- pro Monat) im Vergleich mit jüngeren und gleichzeitig dienstjüngeren Kollegen ohne zeitliche Befristung und die Möglichkeit, innerhalb eines gewissen Zeitraums den neu Eingestellten angenähert zu werden (VGer BE 13.6.2005, in BVR 2006 S. 58 ff.).

**6.3** Bis zu welchem Umfang bei gleicher Aufgabe (Fallgruppe 3) sachlich begründete Ungleichheiten zulässig sind, lässt sich nicht abstrakt bestimmen, sondern ist im Einzelfall anhand der konkreten Umstände zu beurteilen. Massgeblich sind sowohl das quantitative als auch das zeitliche Ausmass einer Besoldungsdifferenz: In *quantitativer* Hinsicht wurden Besoldungsunterschiede wegen unterschiedlicher Aus-

bzw. Vorbildung von ca. 10 % und wegen unterschiedlichem Status von 12-19,5 % (30 % bei sehr kurzer Befristung) als zulässig beurteilt. Im Zusammenhang mit der Besitzstandswahrung für Bisherige wurden Differenzen von ca. 7-15 % als haltbar erachtet, im Fall von Funktionen, deren Ausübung nicht auf Dauer angelegt ist, solche von ca. 8-22 %. Im Zusammenhang mit der Besserstellung neu eintretender Funktionsinhaberinnen und -inhaber wurden Lohndifferenzen von ca. 6-15 % als haltbar erachtet. Einer rein quantitativ beträchtlichen, rechtlich aber noch gerade haltbaren Besoldungsdifferenz muss (erst) dann der Schutz versagt werden, wenn sie zeitlich ein bestimmtes Ausmass überschreitet. Als mögliche *zeitliche Grenze* zog das Bundesgericht je nach Fallkonstellation fünf, sechs bis acht und 15 Jahre in Betracht. Das Verwaltungsgericht hat im Fall der Universitätsprofessoren eine Angleichung an die bessere Besoldung der Neueingestellten in zwei Etappen hergestellt in der Weise, dass die Betroffenen den gleichaltrigen Neuernannten nach gut sechs Jahren gleichgestellt waren. Der Regierungsrat hat in dem in der angefochtenen Verfügung angeführten Entscheid eine durch die Änderung des Lohnsystems bedingte Lohndifferenz von anfänglich 14,5 bzw. 12 % noch als zulässig erachtet, da sich die Differenz innerhalb von sechs Jahren auf 5,5 % verringert hatte (RRB 1913/08 vom 19.11.2008). Entscheidend ist letztlich, dass die Besoldungsunterschiede nicht zeitlich unverändert andauern, sondern sich innert vernünftiger Frist angleichen bzw. ausgleichen (vgl. BVR 2006 S. 58 E. 5.2.3, 5.3 und 6).

## 7.

**7.1** Umstritten ist zunächst die Ungleichbehandlung der Beschwerdeführerinnen im Vergleich mit jenen Mitgliedern des Obergerichts, welche im Zeitpunkt der Besoldungsrevision per 1. Januar 1997 bereits im Amt waren und deren Lohn (Maximum) frankenmässig ins neue Gehaltssystem (Maximum) überführt wurde (vgl. E. 4). Nach der Rechtsprechung stellt die Änderung des Besoldungssystems unter gleichzeitiger Beibehaltung des bisherigen Lohns für altrechtlich gewählte Richterinnen und Richter grundsätzlich einen sachlichen Grund für die kritisierten Lohndifferenzen dar (vorne E. 6.2.3). Die Beschwerdeführerinnen bestreiten dies nicht. Die Gehaltsunterschiede sind demnach hinzunehmen, sofern sie kein unvertretbares Mass annehmen und sich zeitlich nicht uneingeschränkt auswirken.

**7.2** Die Besoldungsunterschiede zwischen den Beschwerdeführerinnen und den vor der Besoldungsrevision gewählten Oberrichterinnen und -richtern stellen sich im Zeitstrahl wie folgt dar (Differenz in altrechtlichen Gehaltsstufen [GS] der Jahre 2002-2004 in Klammer):

*[Tabelle 1; kann beim Verwaltungsgericht einverlangt werden]*

Im Fall der Beschwerdeführerin 1 betragen die Differenzen in Franken pro Jahr zwischen Fr. 16'853.85 (Spitze im Jahr 2005) und Fr. 2'251.60 (2014); dies entspricht einer Differenz zwischen 7,5 % und 0,9 %, im Durchschnitt über sechs Amtsjahre (Ende 2008) 6,8 %, über zwölf Amtsjahre (Ende 2014) 5,0 %. Im Fall der Beschwerdeführerin 2 betragen die Differenzen in Franken pro Jahr zwischen Fr. 25'280.45 (Spitze im Jahr 2005) und Fr. 11'258.65; dies entspricht einer Differenz zwischen 11,3 % und 4,7 %, im Durchschnitt über sechs Amtsjahre (Mitte 2008) 10,8 %, über 12,5 Amtsjahre (Ende 2014) 8,9 %.

**7.3** Handelte es sich um einen Sachverhalt der beiden ersten, in Erwägung 6 dargestellten Fallgruppen, würde allein das Ausmass dieser Besoldungsunterschiede kaum zu ernsthaften Bedenken Anlass geben. Auch in der hier interessierenden dritten Fallgruppe wurden im Zusammenhang mit der Besitzstandswahrung für Bisherige Differenzen von ca. 7-22 % als haltbar erachtet, wobei das Bundesgericht klar zu verstehen gegeben hat, dass solche Besoldungsdifferenzen einer je nach Fallkonstellation zu bemessenden zeitlichen Befristung unterliegen müssen (vgl. vorne E. 6.2.3 und 6.3). Die Beschwerdeführerinnen verlangen in diesem Licht zu Recht keinen auf den Zeitpunkt ihres Amtsantritts rückwirkenden vollen Ausgleich der Besoldungsdifferenzen (vorne Bst. D). Die Beschwerdeführerin 1 beantragt einen Ausgleich in zwei Etappen, konkret die Angleichung per 1. November 2008 (knapp 6-jährige Amtstätigkeit) auf die Differenz von 6 Stufen (statt 11), was einer Differenz von 2,8 % (Fr. 6'479.85 / Jahr) gegenüber der Vergleichsgruppe entspricht, und einen vollständigen Ausgleich nach 9-jähriger Amtstätigkeit (1.1.2012). Die Beschwerdeführerin 2 beantragt ebenfalls die Verminderung der Lohndifferenz in zwei Etappen, per 1. Januar 2008 (5 ½-jährige Amtsausübung) auf 11 Stufen (statt 19), was einer Differenz von 5,2 % (Fr. 11'878.75 / Jahr) zur Vergleichsgruppe entspricht, und einen vollständigen Ausgleich nach 9 ½-jähriger Amtsausübung (1.1.2012). – JGK und Obergericht halten die über viele Jahre andauernden, jedenfalls im Fall der Beschwerdeführerin 2 beträchtlichen Lohndifferenzen in den vorliegenden Fällen deshalb für haltbar, weil sich die Differenzen im Verlauf der Jahre kontinuierlich verringert hätten und auch im Fall der deutlich kritischeren Lohnsituation der Beschwerdeführerin 2 davon ausgegangen werden könne, dass diese bis zu ihrer ordentlichen Pensionierung die höchste Gehaltsstufe und damit das Gehalt der Vergleichsgruppe erreichen könne (Verfügung, E. 4.4).

Das Verwaltungsgericht muss bei einem Verstoss gegen das Rechtsgleichheitsgebot im Rahmen der konkreten Normenkontrolle die verfassungsrechtlich vertretbaren maximalen Lohndifferenzen (Höhe und Zeitdauer) selbst festlegen, da sich eine allfällige Ungleichbehandlung in den hier zu beurteilenden Fällen mit der Aufhebung des angefochtenen Einzelakts noch nicht beheben lässt (vgl. BVR 2006 S. 58 E. 5.3 und 6; siehe auch BVR 2010 S. 495 E. 4.2). Die Beschwerdeführerinnen erhalten

dadurch gegebenenfalls einen gerichtlich durchsetzbaren Anspruch auf Lohnnachzahlung, soweit die Differenzen das zulässige Mass übersteigen. Dies schliesst nicht aus, dass der Gesetzgeber für die Zukunft eine andere verfassungskonforme Lösung trifft. Er kann namentlich die Löhne der betroffenen Vergleichsgruppe senken. Mit anderen Worten gilt eine vom Verwaltungsgericht vorgegebene, gerichtlich durchsetzbare Lohnkorrektur für die Obergerichtinnen und Obergerichter lediglich subsidiär und solange, als der Gesetzgeber nicht durch die Änderung der massgebenden Vorschriften eine verfassungskonforme Regelung erlässt (vgl. z.B. BGE 124 II 436 E. 11c).

**7.4** Zur Notwendigkeit einer individuellen Lohnkorrektur ist Folgendes zu erwägen:

**7.4.1** Nicht gefolgt werden kann JGK und Obergericht darin, dass die Lohndifferenz kontinuierlich abgenommen habe: Bei beiden Beschwerdeführerinnen verharrte die prozentuale Lohndifferenz während den ersten drei Jahren ihrer Amtstätigkeit auf dem gleichen Stand (2003, 2004, 2005: je 7,5 % bzw. 11,3 %). Diese Stagnation bedeutete in beiden Fällen eine leichte Zunahme der Differenz in absoluten Zahlen. Auch in den folgenden drei Jahren stagnierten die Lohndifferenzen in Prozent zunächst erneut (2009: 5,2 % bzw. 8,9 %). Während der ersten sechs Jahre in ihrer Funktion senkte sich die prozentuale Lohndifferenz bei beiden Beschwerdeführerinnen daher nur um bescheidene 2,3 % (Beschwerdeführerin 1) bzw. 2,4 % (Beschwerdeführerin 2). In den weiteren Jahren reduzierte sich die Lohndifferenz bei der Beschwerdeführerin 1 um 4,3 % und bei der Beschwerdeführerin 2 um 4,2 %. Per Anfang 2014, d.h. über die Dauer von bald weiteren sechs Jahren (insgesamt 11 bzw. 11 ½ Jahre Amtstätigkeit), hat sich der Lohn der Beschwerdeführerin 1 von ursprünglich 7,5 % Differenz nahezu vollständig an jenen der Vergleichsgruppe angeglichen. Bei der Beschwerdeführerin 2 hat sich die Differenz trotz deren durchschnittlich hohen Ausmasses von 9,4 % und des Ausbleibens einer kontinuierlichen Abnahme um etwas mehr als die Hälfte von ursprünglich 11,3 % auf 4,7 % verringert.

**7.4.2** Zur Beurteilung der Verfassungsmässigkeit der strittigen Lohndifferenzen drängt es sich auf, an die vom Gesetzgeber vorgesehene 6-jährige Amtsdauer der Obergerichtinnen und Obergerichter anzuknüpfen (Art. 24 Abs. 1 GSOG; bis zum 31.12.2010 Art. 4 Abs. 1 des Gesetzes vom 14. März 1995 über die Organisation der Gerichtsbehörden in Zivil- und Strafsachen [GOG; BAG 95-64]).

**7.4.2.1** Während der *Dauer*, welche einer *ersten vollen Amtsperiode* entspricht, erscheinen auch beträchtliche Lohnunterschiede wie jene in den zwei zu beurteilenden Fällen mit dem Rechtsgleichheitsgebot vereinbar. Dies ergibt sich mit Blick auf die vom Gesetzgeber gewollte Änderung der gehaltsmässigen Behandlung der interessierenden Funktion: Kein Gehaltsstufenmaximum ab Aufnahme der Funktion;

Bestimmung eines individuellen Anfangsgehalts sowie Erfahrungsaufstieg; damit verbundene Einsparung (vgl. vorne E. 3.3 f. sowie Tagblatt des Grossen Rates 1995 S. 1106 f.). Darin liegt wie gesagt (vorne E. 7.1) ein sachlicher Grund für Lohndifferenzen. Dass diese Differenzen in den ersten sechs Jahren der Amtstätigkeit je nach individueller Konstellation, wie vorliegende Fälle zeigen, ein sehr erhebliches Ausmass annehmen können (Gehaltseinbusse gegenüber der Vergleichsgruppe während sechs Jahren von insgesamt rund Fr. 92'000.-- bzw. Fr. 136'000.--), erscheint mit Blick auf das angeführte Regelungsziel noch haltbar, da vorliegend Löhne der höchsten Gehaltsklasse zur Diskussion stehen. Dies lässt die fraglichen Lohndifferenzen im Rahmen der Verfassungskontrolle im Einzelfall noch als zumutbar erscheinen, auch wenn bei rechtssatzmässiger Lösung des Problems gegebenenfalls einer anderen Lösung der Vorzug zu geben wäre. Vorausgesetzt ist bei dieser Betrachtungsweise allerdings, dass sich die Differenzen in den Folgejahren signifikant reduzieren. Das heisst zugleich, dass das Rechtsgleichheitsgebot in der vorliegenden Fallkonstellation geringfügige Differenzen im Lohn für die gleiche Arbeit selbst über weitere Jahre nicht kategorisch ausschliesst. – Diese Betrachtungsweise widerspricht derjenigen in BVR 2006 S. 58 nicht, wo eine Angleichung an die Gleichaltrigen der Vergleichsgruppe innert gut sechs Jahren angeordnet wurde (vgl. vorne E. 6.2.3 und 6.3). Jener Fall betraf eine andere Konstellation, welche aufgrund anderer rechtlicher Grundlagen zu lösen war. Eingefordert war dort eine gleiche Anfangseinstufung, welche der aktuellen Besoldungsregelung und -praxis entsprach.

**7.4.2.2** Für die Frage, ob und wie verbleibende Lohndifferenzen für die *weiteren Amtsjahre* in ihrer Höhe und weiteren Dauer zu begrenzen sind, sind folgende Gesichtspunkte von Belang: Einzubeziehen ist zunächst der Umstand, dass die Beschwerdeführerinnen während der ersten sechs Amtsjahre konkret beträchtliche Unterschiede im Lohn für gleiche Arbeit hinzunehmen haben. Weiter ist beachtlich, dass sich von einem für die Ausübung der Funktion nennenswerten Erfahrungsrückstand der Beschwerdeführerinnen gegenüber den früher Gewählten nach 6-jähriger Amtsausübung nicht mehr sprechen lässt. Es kommen schliesslich Besonderheiten in der Funktion hinzu: Das Amt der Oberrichterin stellt sich grundsätzlich als Lebensstelle dar, welche sowohl sachlich als auch örtlich nicht wie andere Funktionen mehr oder weniger leicht gewechselt werden kann. Es wird zudem an einem Gericht ausgeübt, welches im Regelfall als Kollegialgericht mit Gleichwertigkeit der Stimme urteilt (Art. 45 GSOG bzw. Art. 11 GOG), was Lohndifferenzen grundsätzlich als nicht ganz unbedenklich erscheinen lässt (vgl. Regina Kiener, Richterliche Unabhängigkeit, Bern 2001, S. 220, 289 ff., 339); es liesse sich daher ohne weiteres auch rechtfertigen, im Fall der Mitglieder von Obergerichten unabhängig von Faktoren wie Berufserfahrung, Lebensalter o.dgl. ab Amtsantritt gleiche Löhne vorzusehen (so denn auch bis 1.1.1997 die Lösung im Kanton Bern,

vorne E. 3.3). Vor diesem Hintergrund müssen bei gegebener Ausgangslage – erhebliche Differenzen während der ersten sechs Jahre der Amtsausübung (vgl. vorne E. 7.2) – Lohnunterschiede der nach 1997 gewählten Beschwerdeführerinnen gegenüber den zuvor gewählten, lohnmässig bessergestellten Amtskolleginnen und -kollegen verfassungsrechtlich spätestens nach Vollendung von 12 Amtsjahren, d.h. der Dauer, welche zwei vollen Amtsperioden entspricht, annähernd beseitigt sein. Darüber hinaus andauernde, nicht bloss marginale Lohndifferenzen verstossen gegen das Rechtsgleichheitsgebot. Ob und auf welche Weise nach 6-jähriger Amtstätigkeit verbleibende Differenzen zu beseitigen sind, hängt einerseits von deren Umfang ab. Fortbestehende markante Differenzen in diesem Zeitpunkt bedürfen eher der Angleichung durch eine Korrektur als geringere, weil diese durch den ordentlichen Stufenanstieg in den zweiten sechs Amtsjahren gemindert werden. Andererseits muss das geltende Lohnsystem (vgl. Art. 72 PG, Art. 47 PV; vgl. vorne E. 3.5) wegleitend sein, welches einen relativ steten, schrittweisen Lohnzuwachs vorzeichnet; beträchtliche Lohndifferenzen erst nach vollendeter 12-jähriger Amtstätigkeit in einem Schritt auszugleichen, fällt daher ausser Betracht.

**7.4.3** Das Gesagte heisst für die *Beschwerdeführerin 1*, dass die Lohnunterschiede gegenüber den vor dem 1. Januar 1997 gewählten Richterkolleginnen und -kollegen im Licht der vorgenannten Grundsätze vor dem Rechtsgleichheitsgebot standhalten: In den ersten sechs Jahren ihrer Amtstätigkeit ist auch die nicht unerhebliche Lohndifferenz von jährlich zwischen maximal Fr. 16'853.85 und Fr. 11'878.75 (7,5-5,2 %) hinzunehmen. Der am Ende dieser Periode verbleibende Lohnunterschied von 11 Gehaltsstufen gegenüber der Vergleichsgruppe hat sich im Verlauf der weiteren sechs Jahre aufgrund des vom Regierungsrat beschlossenen Gehaltsaufstiegs stetig und insgesamt markant verringert. Per 1. Januar 2014 ist die Beschwerdeführerin 1 nur noch marginale zwei Gehaltsstufen vom Vergleichslohn entfernt. Im Übrigen ist es durchaus realistisch, dass diese Lohndifferenz nach vollendeter 12-jähriger Amtstätigkeit (1.1.2015) mittels des regulären Stufenanstiegs vollständig ausgeglichen wird. Die Lohnunterschiede der Beschwerdeführerin 1 gegenüber den überführten Richterkolleginnen und -kollegen halten somit vor dem Gleichheitsgebot stand, sodass sich in ihrem Fall Gehaltsstufenkorrekturen auch in der Periode ab 1. Januar 2009 verfassungsrechtlich nicht begründen lassen. Dass mit Blick auf die Pensionskassenansprüche Differenzen gegenüber der Vergleichsgruppe verbleiben, gerade auch angesichts des Wechsels vom Leistungs- zum Beitragsprimat aufgrund des neuen Pensionskassengesetzes und dessen Übergangsbestimmungen, ist Folge des hiervor (E. 7.4.2) dargelegten Lohnkorrekturregimes und damit hinzunehmen.

**7.4.4** Für die *Beschwerdeführerin 2* bedeuten die in E. 7.4.2 dargelegten Grundsätze Folgendes: Die hohe Lohndifferenz von zwischen maximal Fr. 25'280.45 und Fr. 20'517.90 (11,3-8,9 %) während ihren ersten sechs Amtsjahren hält vor dem

Gleichheitssatz stand. Per 1. Januar 2009, Anfang des Jahres, das auf die Vollendung von sechs Amtsjahren folgt, verbleibt eine Lohndifferenz von 8,9 %, d.h. ein Minus von 19 Gehaltsstufen gegenüber den Überführten. Diese Differenz ist als beträchtlich zu beurteilen, was sich nicht zuletzt daran zeigt, dass sie in der zweiten Periode mittels der regulär zugesprochenen Gehaltsstufen nicht annähernd beseitigt werden konnte. Die Beschwerdeführerin 2 weist am 1. Januar 2014 immer noch ein Minus von 10 Gehaltsstufen (4,7 %) gegenüber dem Vergleichslohn der Überführten auf. Es ist ausgeschlossen, dass diese Lohndifferenz auf den Zeitpunkt hin, in dem die Beschwerdeführerin 2 weitere 6 Amtsjahre vollendet haben wird (1.1.2015), mittels des regulären Stufenanstiegs annähernd ausgeglichen wird. Unter diesen Umständen ist in ihrem Fall eine Lohnkorrektur nötig, welche mit Blick auf das erhebliche Ausmass der bei ihr per 1. Januar 2009 zu verzeichnenden Lohndifferenz wie folgt vorzunehmen ist: Ihr sind auf den Beginn des Jahres, das der Vollendung von sechs Amtsjahren folgt (1.1.2009), und nach weiteren drei Amtsjahren (1.1.2012) je vier zusätzliche Gehaltsstufen zuzusprechen. Unter Berücksichtigung der regulär gesprochenen Gehaltsstufen erreicht sie so am 1. Januar 2014 Gehaltsstufe 78 und ist damit verfassungsrechtlich nur noch in einem unbeachtlichen Mass vom Vergleichslohn entfernt. Im Übrigen erscheint die Beseitigung der verbleibenden Gehaltsdifferenz von zwei Stufen mittels des regulären Stufenanstiegs nach 12-jähriger Ausübung ihres Amtes (1.1.2015) durchaus realistisch.

Die im Sinn des Ausgeführten verfassungskonforme Gehaltsentwicklung sieht folgendermassen aus:

*[Tabelle 2; kann beim Verwaltungsgericht einverlangt werden]*

**7.5** Zusammenfassend hat sich Folgendes ergeben: Die Lohndifferenz der Beschwerdeführerin 1 gegenüber den per 1. Januar 1997 frankenmässig überführten Obergerichtinnen und Obergerichtern hält vom quantitativen und zeitlichen Ausmass her dem Gleichbehandlungsgebot von Art. 8 Abs. 1 BV stand. Dagegen überschreitet die Lohndifferenz gegenüber dieser Vergleichsgruppe im Fall der Beschwerdeführerin 2 das gemäss Gleichheitssatz maximal zulässige Mass, weshalb ihr rückwirkend auf den 1. Januar 2009 und auf den 1. Januar 2012 je vier zusätzliche Gehaltsstufen zuzusprechen sind und ihr Gehalt ab dem 1. Januar 2009 unter Berücksichtigung des regulär vom Regierungsrat gewährten Gehaltsaufstiegs entsprechend anzupassen ist.

## 8.

**8.1** Die Beschwerdeführerinnen rügen weiter eine Ungleichbehandlung im Quervergleich mit gewissen Berufskolleginnen und Berufskollegen, die nach dem 1. Januar 1997 ans Obergericht gewählt worden sind (vgl. E. 4). Sie führen in diesem Zusammenhang verschiedene Vergleichsbeispiele an (Beschwerde, S. 14 f.): Die Beschwerdeführerin 2 verweist auf zwei gleichaltrige, aber dienstjüngere Berufskollegen (Oberrichter A. und B.), deren Anfangsgehälter trotz fehlender Berufserfahrung als Oberrichter eine Stufe über ihrem eigenen damaligen Gehalt lagen (Beschwerdebeilage [BB] 6 und 8); weiter nennt sie einen um ein Jahr jüngeren Berufskollegen (Oberrichter C.), der 2012 an das Obergericht gewählt wurde und dessen Anfangsgehalt ihrem damaligen Gehalt nach gut zehn Jahren Obergerichtserfahrung entsprach (BB 9). Schliesslich verweist sie auf einen zwei Jahre nach ihr gewählten, sieben Jahre älteren Kollegen (Oberrichter D.), dem bei Amtsantritt elf Gehaltsstufen mehr angerechnet wurden (BB 5). Die Beschwerdeführerin 1 bezeichnet sich «als etwas weniger schlecht gestellt» als ihre Mitbeschwerdeführerin: Ihr Gehaltsvorsprung auf die je um ein Jahr jüngeren Kollegen A. und B. von sieben bzw. sechs (richtig: je sieben) Gehaltsstufen trage ihrem Erfahrungsvorsprung als Oberrichterin jedoch zu wenig Rechnung. Gleiches gelte im Vergleich mit dem um zwei Jahre jüngeren, aber fast zehn Jahre später gewählten Kollegen C., gegenüber welchem sie lediglich einen Gehaltsvorsprung von acht Stufen habe. – Nicht weiter einzugehen ist nachfolgend auf zwei weitere in der Replik (S. 11) genannte Vergleichspersonen: Die Beschwerdeführerinnen legen nicht substantiiert dar, inwieweit sie gegenüber diesen lohnmässig benachteiligt sein sollen und setzen sich namentlich nicht mit den massgeblichen Erwägungen der Vorinstanz auseinander (Verfügung, E. 5.2).

**8.2** In der angefochtenen Verfügung wird zutreffend dargelegt, dass aufgrund der geltenden gesetzlichen Bestimmungen und der darauf gestützten Praxis der individuellen Berufserfahrung lohnmässig unterschiedliches Gewicht zukommen kann, je nach dem, ob diese als sog. «externe» Erfahrung (z.B. als erstinstanzliche/r Richter/in der Zivil- oder Strafrechtspflege, Untersuchungsrichter/in bzw. Staatsanwalt/Staatsanwältin) ein Faktor bei der Festsetzung des Anfangsgehalts ist, oder ob sie als «intern erworbene» Praxiserfahrung, d.h. Erfahrung in der Funktion selbst, ein Faktor bei der Gehaltsentwicklung im Rahmen des individuellen Gehaltsaufstiegs ist. Weil in den vergangenen Jahren aus finanzpolitischen Gründen ein Gehaltsaufstieg in nur bescheidenem Umfang gewährt wurde, führte dies in der Regel dazu, dass die Praxiserfahrung in der Funktion selbst grundsätzlich lohnmässig schwächer honoriert wurde als sog. externe Berufserfahrung bei der Festsetzung des Anfangsgehalts der neu übernommenen Funktion. Zwar kann die Finanzlage des Kantons, anders als JGK und Obergericht offenbar meinen (vgl. angefochtene Verfügung, E. 5.3.1), auch bei der Festsetzung der Anfangsgehälter eine Rolle spielen. Art. 63 Bst. f PG hält die

zuständigen Behörden ausdrücklich dazu an, auch diesem Faktor Rechnung zu tragen (vgl. vorne E. 3.4). Die in Art. 63 PG verankerten übergeordneten Grundsätze gelten ohne weiteres auch in Fällen, in denen eine erstmalige Gehaltseinstufung nach Massgabe von Art. 40 PV vorzunehmen ist. So räumen namentlich die Absätze 3 und 4 von Art. 40 PV den Behörden bei der Gewichtung der für die Funktion dienlichen Erfahrungen einen Ermessensspielraum ein, den sie unter Berücksichtigung objektiver Faktoren, wie sie Art. 63 PG nennt, zu konkretisieren haben (VGE 2010/499 vom 6.7.2012, E. 3.4.1). Finanzpolitische Überlegungen können (und sollen) damit auch bei der Festsetzung des Anfangsgehalts durchaus eine Rolle spielen. Anfangsgehalt einerseits und Gehaltsentwicklung andererseits beruhen aber gleichwohl auf unterschiedlichen gesetzlichen Grundlagen und sind daher grundsätzlich unabhängig voneinander festzulegen (vgl. auch BVR 2010 S. 495 E. 4.4; VGE 2010/502 vom 6.7.2012, E. 3.4.6). Es ist daher, auch mit Blick auf den grossen Ermessensspielraum der Behörden in Besoldungsfragen (vgl. vorne E. 6.1) nicht zwingend, bei der Festsetzung des Anfangsgehalts den finanziellen Rahmenbedingungen in genau gleichem Umfang Rechnung zu tragen wie beim individuellen Gehaltsaufstieg. In der angefochtenen Verfügung wird denn auch zu Recht darauf hingewiesen, dass der Kanton auch in finanzschwachen Zeiten auf dem Arbeitsmarkt konkurrenzfähig bleiben muss, was unter anderem voraussetzt, dass er konkurrenzfähige Anfangslöhne bieten kann (angefochtene Verfügung, E. 5.3.3). Dass es für die unterschiedliche Berücksichtigung der kantonalen Finanzlage bei der Festsetzung des Anfangsgehalts einerseits und beim individuellen Gehaltsaufstieg andererseits verschiedene sachlich vertretbare Gründe gibt, haben JGK und Obergericht in E. 5.3.3 der angefochtenen Verfügung im Übrigen ausführlich dargelegt. Darauf kann verwiesen werden. Namentlich lässt sich auch nicht aus Art. 40 Abs. 2 PV ableiten, dass jüngere, aber dienstältere Oberrichterinnen und Oberrichter zwingend besser entlohnt werden müssen als amtsjüngere bzw. bei gleichem Alter die dienstälteren besser als die dienstjüngeren (vgl. Replik, S. 7). Diese Bestimmung verlangt, dass bei der Einstufung von neu anzustellendem Personal auf die Einstufung der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, die eine vergleichbare Funktion unter ähnlichen beruflichen und persönlichen Voraussetzungen erfüllen, Rücksicht zu nehmen ist. Das kann Unterschiedliches bedeuten: Etwa, dass Neugewählte nicht besser entlohnt werden als Dienstältere oder dass der Lohnvorsprung von dienstjüngeren gegenüber den dienstälteren Richterkolleginnen und -kollegen ein bestimmtes Mass nicht überschreitet. Eine zwingende Besserstellung der dienstälteren Richterinnen und Richter schreibt die Norm jedenfalls nicht vor, zumal die Rücksichtnahme auf die Löhne der bisherigen Mitarbeitenden lediglich ein Kriterium für die Festsetzung der Anfangsgehälter von neuem Personal ist und daneben namentlich auch die Erfahrung und die Fähigkeiten ausschlaggebend sind (Art. 40 Abs. 1 PV).

**8.3** Das Ausmass der gerügten Gehaltsunterschiede gegenüber den Vergleichspersonen stellt sich bei deren Amtsantritt (Vergleichsjahr), im Fall der Beschwerdeführerin 2 unter Einbezug der aufgrund des Vergleichs 1 erforderlichen Korrektur (vorne E. 7.4.4), wie folgt dar (Differenzen in altrechtlichen GS in Klammer):

*[Tabelle 3; kann beim Verwaltungsgericht einverlangt werden]*

Die *Beschwerdeführerin 1* weist zu den praktisch gleichaltrigen Vergleichspersonen A., B. und C. in den jeweils massgeblichen Vergleichsjahren einen jährlichen Gehaltsvorsprung zwischen Fr. 7'794.80 und Fr. 9'006.40 auf. Gegenüber dem um sechs Jahre älteren Oberrichter D. hatte sie bei dessen Amtsantritt 2004 dagegen einen jährlichen Gehaltsrückstand von Fr. 14'673.75 (minus [7] bzw. 14 GS) oder 6,6 %. Anfangs 2009 (nach sechs Amtsjahren) betrug er noch Fr. 12'212.85 (minus 11 GS) oder 5,2 % und anfangs 2014 (nach elf Jahren im Amt) noch marginale Fr. 2'251.60 (minus 2 GS) oder 0,9 % (vgl. die Tabelle vorne E. 7.2).

Die *Beschwerdeführerin 2* weist nach Korrektur gegenüber den gleichaltrigen Kollegen A. und B. im jeweils massgeblichen Vergleichsjahr einen Gehaltsvorsprung von drei Gehaltsstufen auf, gegenüber dem um ein Jahr jüngeren Kollegen C. ist sie um acht Stufen bessergestellt. Gegenüber dem sieben Jahre älteren Kollegen D. beträgt ihr Gehaltsrückstand im Vergleichsjahr 2004 Fr. 23'058.10 (minus [11 bzw.] 22 GS), ausmachend gut 10,4 %. Seit 2007 hat die Lohndifferenz gegenüber Oberrichter D. abgenommen, da dieser damals die höchste Gehaltsstufe (80) erreicht und seither anders als die Beschwerdeführerinnen keine zusätzlichen Gehaltsstufen erhalten hat. Der Lohnrückstand der Beschwerdeführerin 2 gegenüber Kollege D. beträgt anfangs 2009 (nach über sechs Jahren im Amt) unter Einbezug der aufgrund des Vergleichs 1 erforderlichen Korrektur noch Fr. 16'653.65 (minus 15 GS) oder 7,0 % und seit anfangs 2014, nach über neun Jahren im Amt, noch Fr. 2'251.60 (minus 2 GS) oder 0,9 %.

**8.4** Die Lohnrückstände der Beschwerdeführerinnen gegenüber Oberrichter D. sind im Umfang und der zeitlichen Dimension angesichts dessen insgesamt längeren Berufserfahrung vertretbar. Im Quervergleich mit den dienstjüngeren Kollegen A., B. und C. weisen die Beschwerdeführerinnen im jeweils massgeblichen Vergleichsjahr einen Gehaltsvorsprung zwischen drei bis acht Gehaltsstufen auf. Sie vermissen aber eine ihrer Ansicht nach gebotene sachliche Differenzierung, stört sie doch der Umstand, dass ihre (teilweise deutlich) längere Erfahrung im Amt im Vergleich zur ausserhalb des Obergerichts erworbenen Berufserfahrung der betreffenden Kollegen lohnässig nicht stärker gewichtet wird. Sie verlangen mit anderen Worten, dass hinsichtlich der Berufskollegen A., B. und C. die Gehaltsunterschiede zu ihren Gunsten *vergrössert* werden müssen. Solches lässt sich indessen aus dem

Gleichbehandlungsgebot nicht ableiten: Im Rahmen ihres besoldungsrechtlichen Spielraums sind die kantonalen Behörden grundsätzlich befugt, aus einer Vielzahl denkbarer Anknüpfungspunkte diejenigen Kriterien auszuwählen, die für die Anfangsgehälter massgeblich sein sollen (vgl. vorne E. 6.1). Es verstösst daher nicht gegen das Rechtsgleichheitsgebot, wenn die Behörde bei der konkreten Festlegung der Anfangslöhne externe Berufserfahrung und Weiterbildungen relativ stark gewichtet, solange dies im internen Quervergleich nicht unvertretbare Besoldungsdifferenzen zeitigt. Führt dies wie vorliegend im Ergebnis dazu, dass dienstjüngeren, gleichaltrigen Richterkolleginnen und -kollegen für die Zukunft in etwa die gleichen Gehaltsperspektiven eröffnet werden wie bisherigen Amtsinhaberinnen und -inhabern, lässt sich dies, gerade auch im internen Quervergleich, sachlich vertreten (vgl. vorne E. 8.2). – Eine verfassungswidrige Lohndiskriminierung ist nach dem Gesagten in den hier angerufenen Vergleichssituationen nicht erkennbar, auch wenn trotz teilweise wesentlich längerer Erfahrung der Beschwerdeführerinnen im Amt entweder Gehaltssprünge wenig ausgeprägt oder befristete Lohnrückstände zu verzeichnen sind. Eine gewisse Schematisierung ist im Besoldungswesen kaum vermeidbar. Selbst wenn daher Einzelfälle denkbar sind, in denen eine Einstufungspraxis zu möglicherweise nicht ganz adäquaten Ergebnissen führt, bedeutet dies nicht, dass die Regelung geradezu als rechtsungleich bzw. verfassungswidrig zu betrachten wäre, zumal mit jeder beseitigten «Ungleichheit» innerhalb eines bestehenden Gehaltssystems wieder «andere Ungleichheiten» geschaffen würden (vgl. BGE 129 I 161 E. 3.3; jüngst auch BGE 139 I 161 E. 5.3.1 am Schluss; BGer 8C\_572/2012 vom 11.1.2013, E. 3.4.1). Es besteht somit insoweit für das Verwaltungsgericht keine Veranlassung, korrigierend einzugreifen.

## 9.

Zusammengefasst erweist sich die Beschwerde soweit die Beschwerdeführerin 1 betreffend als unbegründet. Soweit die Beschwerdeführerin 2 betreffend ist die Beschwerde insofern teilweise begründet, als ihr rückwirkend auf den 1. Januar 2009 und den 1. Januar 2012 je vier zusätzliche Gehaltsstufen zuzusprechen sind. Die Akten sind an den Kanton Bern (JGK und Obergericht) zurückzuweisen. Dieser wird das Gehalt der Beschwerdeführerin 2 ab 1. Januar 2009 und für die bis heute verstrichenen Folgejahre unter Berücksichtigung der weiteren Gehaltsstufenentwicklung im Sinn der Erwägung 7.4.4 neu zu berechnen und der Beschwerdeführerin 2 die sich daraus ergebenden Lohndifferenzen nachzuzahlen haben. Auf den jeweils geschuldeten Beträgen ist ab Fälligkeit – Tag der Auszahlung der betreffenden Monatslöhne – ein Verzugszins von 5 % zu entrichten (vgl. BVR 2006

S. 58 [VGE 21669-21676 vom 13.6.2005] nicht publ. E. 7 mit Hinweisen). Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen.

## **10.**

Die Kosten werden nach Massgabe des Unterliegens bzw. Obsiegens auferlegt (Art. 108 Abs. 1 und 3 VRPG). Die Beschwerdeführerinnen dringen mit ihrer Beschwerde teilweise durch. Es rechtfertigt sich, das Obsiegen auf einen Viertel festzulegen.

Die Verfahrenskosten sind den Beschwerdeführerinnen zu drei Vierteln aufzuerlegen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Sie haften für die ihnen auferlegten Kosten solidarisch (Art. 106 VRPG). Die verbleibenden Kosten werden nicht erhoben (Art. 108 Abs. 2 VRPG).

Der Beschwerdegegner hat den Beschwerdeführerinnen einen Viertel der Parteikosten zu ersetzen (Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 VRPG). Der Rechtsvertreter macht ein Honorar von Fr. 11'800.-- zuzüglich Auslagen und MWSt geltend, was dem maximal zulässigen Honorar gemäss Art. 41 Abs. 3 des Kantonalen Anwaltsgesetzes vom 28. März 2006 (KAG; BSG 168.11) i.V.m. Art. 11 Abs. 1 der Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes (Parteikostenverordnung, PKV; BSG 168.811) entspricht. Besondere Umstände gemäss Art. 11 Abs. 2 PKV, welche ausnahmsweise das Überschreiten dieser Höchstgrenze rechtfertigen können, werden nicht geltend gemacht. Das beantragte Honorar erscheint im Licht der massgebenden Kriterien (Art. 41 Abs. 3 KAG) angesichts des überschaubaren Sachverhalts als übersetzt und ist pauschal auf Fr. 9'500.-- festzusetzen, zuzüglich Auslagen und MWSt, ausmachend Fr. 10'449.95. Beim Beschwerdegegner sind keine ersatzfähigen Parteikosten angefallen (Art. 104 Abs. 3 VRPG).

Die vorinstanzliche Kostenverlegung bedarf keiner Korrektur (Art. 67 Abs. 1 Bst. b des Gesetzes vom 26. März 2002 über die Steuerung von Finanzen und Leistungen [FLG; BSG 620.0] und Art. 107 Abs. 3 VRPG).

### **Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:**

1. Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen und Ziff. 1 der Verfügung der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern und des Obergerichts des

Kantons Bern vom 1. Oktober 2012 wird soweit die Beschwerdeführerin 2 betreffend aufgehoben.

2. Der Beschwerdeführerin 2 werden per 1. Januar 2009 und per 1. Januar 2012 je vier zusätzliche Gehaltsstufen zugesprochen und der Kanton Bern (JGK und Obergericht) wird angewiesen, ihr die sich daraus ergebenden Besoldungsdifferenzen im Sinn der Erwägungen zuzüglich Verzugszins zu 5 % auf den jeweils geschuldeten Beträgen seit Fälligkeit nachzuzahlen.
3. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.
4. Die Kosten des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht, bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 5'000.--, werden den Beschwerdeführerinnen zu drei Vierteln, ausmachend Fr. 3'750.--, auferlegt. Die verbleibenden Kosten werden nicht erhoben.
5. Der Kanton Bern (JGK und Obergericht) hat den Beschwerdeführerinnen für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht die Parteikosten, festgesetzt auf Fr. 10'449.95 (inkl. Auslagen und MWSt), zu einem Viertel, ausmachend Fr. 2'612.50, zu ersetzen.
6. Zu eröffnen:
  - den Beschwerdeführerinnen
  - dem Beschwerdegegner (Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion und Geschäftsleitung des Obergerichts)und mitzuteilen:
  - der Justizleitung des Kantons Bern

Der Abteilungspräsident:

Die Gerichtsschreiberin:

#### **Rechtsmittelbelehrung**

Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit Zustellung der schriftlichen Begründung beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 39 ff., 82 ff. und 90 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) geführt werden. Der Streitwert im Sinn von Art. 51 ff. BGG erreicht Fr. 15'000.--.