



<b>Fall-Nr.:</b>	III/2-2017/2
<b>Stelle:</b>	Verwaltungsrekurskommission
<b>Rubrik:</b>	Arbeitnehmerschutz, Berufsbildung und Sozialhilfe
<b>Publikationsdatum:</b>	20.11.2019
<b>Entscheiddatum:</b>	09.05.2019

### **Entscheid Verwaltungsrekurskommission, 09.05.2019**

**Art. 8 Abs. 3 BV (SR 101); Art. 5 Abs. 1 lit. c, Art. 6, Art. 7 Abs. 1 GIG (SR 151.1); Art. 2 Abs. 1, Art. 64, Art. 86bis VSG (sGS 213.1); Art. 19 VPVL (sGS 213.14). Zulässigkeit der Verbands- und Feststellungsklage (E. 2 und 4). Passivlegitimation des Kantons (E. 3). Die kantonale Regelung über den Berufsauftrag für Lehrpersonen diskriminiert die Kindergartenlehrpersonen, weil sie keine differenzierte Regelung bzw. Entlöhnung der Pausenaufsicht vorsieht und der Beklagte den Beweis, dass die Regelung diskriminierungsfrei umgesetzt werden kann, nicht erbracht hat (Verwaltungsrekurskommission, Abteilung III/2, 9. Mai 2019, III/2-2017/2).**

Gegen diesen Entscheid wurde beim Verwaltungsgericht Beschwerde erhoben. Das Verwaltungsgericht hat die Beschwerde mit Entscheid vom 18. Mai 2020 abgewiesen (B 2019/112).

Präsident Urs Gmünder, Richter Rudolf Lippuner und Richterin Barbara Steinbacher, Gerichtsschreiberin Franziska Geser

KLV St. Gallen, Kantonaler Lehrerinnen- und Lehrerverband,  
Zürcherstrasse 204c, 9014 St. Gallen, Kläger,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr.iur. Severin Bischof, St. Leonhard-Strasse 20,  
Postfach 123, 9001 St. Gallen,

gegen



## St.Galler Gerichte

Kanton St. Gallen, Bildungsdepartement, vertreten durch Regierungsrat Stefan Kölliker,  
Davidstrasse 31, 9001 St. Gallen, Beklagter,

betreffend

Verbandsklage nach Gleichstellungsgesetz

### Rechtsbegehren des Klägers:

1. Es sei festzustellen, dass die kantonalen Arbeitszeitregelungen für Lehrpersonen –  
indem sie keine differenzierte Regelung bzw. Entlohnung der Pausenaufsicht  
vorsehen –  
die Kindergartenlehrpersonen diskriminieren im Sinne von Art. 3 des  
Bundesgesetzes  
über die Gleichstellung von Mann und Frau (GlG) sowie Art. 8 Abs. 3 der  
Bundesverfassung.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten.

### Rechtsbegehren des Beklagten:

Die Klage sei abzuweisen, soweit auf sie einzutreten ist.

Unter Kostenfolgen zu Lasten des Klägers.

### Sachverhalt:

A.- Der Kantonsrat beauftragte die Regierung in der Novembersession 2012, eine  
Gesetzesvorlage für einen grundlegend erneuerten Berufsauftrag für die Lehrpersonen  
der Volksschule vorzubereiten. Als Masseinheit des Berufsauftrags wurde nicht mehr



das wöchentliche Unterrichtspensum in Lektionen, sondern die Jahresarbeitszeit vorgegeben. Entsprechend sollte der Beschäftigungsgrad in Prozenten bemessen werden. Zusätzlich war vorgesehen, mit dem neuen Berufsauftrag eine schlüssige Lohnordnung zu verbinden. Der Auftrag wurde mit dem XVI. Nachtrag zum Volksschulgesetz vom 18. November 2014 (Vollzugsbeginn: 1. August 2015), der Verordnung zum Personalrecht der Volksschul-Lehrpersonen vom 23. Dezember 2014 (Vollzugsbeginn: 1. August 2015) sowie dem Gesetz über den Lohn der Volksschul-Lehrpersonen vom 16. September 2014 (Vollzugsbeginn: 1. August 2015) umgesetzt. Die Berufstätigkeit der Lehrperson gliedert sich seither in vier Arbeitsfelder: das Arbeitsfeld Unterricht (Kernauftrag) und die drei Arbeitsfelder Schülerinnen und Schüler, Schule sowie Lehrperson (erweiterter Auftrag). Die Arbeitsfelder werden in Prozenten der Jahresarbeitszeit gewichtet. Jede berufliche Tätigkeit der Lehrperson wird einem der vier Arbeitsfelder zugeordnet (ABI 2014, 127 ff.). Gestützt auf die Anpassung im Volksschulgesetz erliess der Erziehungsrat am 12. November 2014 ein Reglement über den Berufsauftrag der Volksschul-Lehrpersonen, worin die Arbeitsfelder beschrieben und deren Gewichtung und Bandbreiten festgelegt wurden (Vollzugsbeginn: 1. August 2015).

B.- Die Einführung des neuen Berufsauftrags führte hinsichtlich der Kindergartenlehrpersonen zu Unklarheiten bei der Einordnung der Pausenaufsicht bzw. deren Entschädigung. Im Anschluss an eine Aussprache zwischen dem Vorsteher des Bildungsdepartements sowie dem Präsidium des Kindergartenkonvents sowie des KLV kommunizierte das Bildungsdepartement im Hinblick auf die Anpassung der Arbeitsverträge der Lehrpersonen im April 2015 Folgendes: Eine standardmässige separate Anrechnung der Pausenaufsicht im Kindergarten sei nicht angezeigt. Diese sei im politischen Verfahren zum Erlass der Grundlagen des neuen Berufsauftrags ausführlich debattiert und mit klaren Mehrheitsverhältnissen verworfen worden. In besonders gelagerten Situationen, namentlich bei isolierten Einzel- oder Doppelkindergärten, könne situativ eine separate Anrechnung der Pausenaufsicht gerechtfertigt sein (act. 2/6 und 2/7). Eine Handreichung des Bildungsdepartements zum Berufsauftrag der Volksschul-Lehrpersonen datiert vom März 2017. Nachdem informelle Aussprachen zu keiner Lösung geführt hatten, fand am 30. August 2017 zwischen dem KLV St. Gallen und dem Kanton St. Gallen eine Verhandlung vor der



## St.Galler Gerichte

kantonalen Schlichtungsstelle in Personalsachen statt. Dabei konnte keine Einigung erzielt werden.

C.- Der KLV reichte am 4. Dezember 2017 Klage bei der Verwaltungsrekurskommission des Kantons St. Gallen (VRK) ein. Er begründete die Klage zusammengefasst damit, dass die individuell zu leistende Arbeitszeit der Pausenbeaufsichtigung im neuen Berufsauftrag für alle Lehrpersonen im Arbeitsfeld Schule eingereicht worden sei. Dabei sei keine Unterscheidung für die einzelnen Schulstufen und damit keine besondere Regelung für die Kindergartenlehrpersonen getroffen worden. Müsse eine Kindergartenlehrperson fünf Mal pro Woche Pausenaufsicht leisten, so würden im Arbeitsfeld Schule lediglich noch 20 Stunden der Jahresarbeitszeit verbleiben, was nicht einmal für die wöchentlichen Teamsitzungen ausreiche. Wenn bei den Kindergartenlehrpersonen aufgrund der für die Pausenaufsicht benötigten Arbeitszeit systematisch andere Aufgaben vertraglich nicht zugeteilt würden (z.B. Teilnahme an Sitzungen und Veranstaltungen, Mitwirkung bei Konzepten und Projekten) oder ihnen keine Zeit für Weiterbildungen oder das Studieren von Fachliteratur zugestanden werde, stelle dies ebenfalls eine Diskriminierung dar. Umfrageergebnisse aus dem Jahr 2015 hätten ergeben, dass 160 von 287 Kindergartenlehrpersonen fünfmal wöchentlich die Pausenaufsicht übernehmen müssten. Bei 181 dieser 287 Lehrpersonen werde die Arbeitszeit für die Pausenbetreuung weder angerechnet noch abgerechnet, sie werde also nicht bezahlt. Während Primar- oder Oberstufenlehrpersonen in der Regel einmal pro Woche oder weniger Pausenaufsicht leisten müssten, leiste die Mehrheit der Kindergartenlehrpersonen täglich Pausenaufsicht. Dennoch habe es der Gesetzgeber unterlassen, die Pausenaufsicht nach Art der Lehrpersonen differenziert zu regeln. Mehr als die Hälfte der Teilnehmer und Teilnehmerinnen einer zweiten Umfrage aus dem Jahre 2017 hätten bereits versucht, eine bessere Regelung für die Anrechnung der Pausenarbeitszeit einzufordern und das Gespräch mit dem Arbeitgeber – grösstenteils erfolglos – gesucht. Die Kindergartenlehrpersonen seien gezwungen, unbezahlte Arbeit zu leisten. Damit würden sie gegenüber Lehrpersonen der Primar- oder Oberstufe bzw. dem übrigen Staatspersonal indirekt diskriminiert, wofür der Kanton die Verantwortung trage.

Die Klageantwort des Beklagten datiert vom 19. Januar 2018. Er begründete seinen Antrag auf Klageabweisung zusammengefasst damit, dass die kommunalen



Schulträger die Arbeitgeber der Kindergartenlehrpersonen seien. Der Kanton sei nicht passivlegitimiert. Sodann seien die konkreten Umstände der Aufgabenerfüllung für Lehrpersonen und für das übrige Staatspersonal – bedingt durch die Besonderheiten des Schulbetriebs – sehr unterschiedlich. Die Frage, ob Kindergartenlehrpersonen hinsichtlich der Pausenaufsicht geschlechtsspezifisch diskriminiert würden, könne deshalb nicht durch einen Vergleich zwischen den Kindergartenlehrpersonen und dem Staatspersonal geklärt werden. Korrekt sei, dass es sich beim Beruf der Kindergartenlehrperson um einen frauenspezifischen Beruf handle. Der Kläger übersehe aber, dass das Bundesgericht im Jahr 2015 auch den Beruf der Primarlehrperson als frauenspezifisch qualifiziert habe. Eine allfällige Ungleichbehandlung könne dementsprechend nicht mit dem Geschlecht begründet werden. Primär sei eine Leistungsklage gegen kommunale Schulträger anzustrengen, die das kantonale Recht nicht korrekt umsetzen würden. Eine Feststellungsklage sei dementsprechend nicht zulässig. Der neue Berufsauftrag sehe auch für die Lehrperson des Kindergartens eine Entlastung vor, wenn sie eine Klasse führe. Bei unveränderter Unterrichtsverpflichtung sei dafür der in Prozenten bemessene Beschäftigungsgrad erhöht worden. Dadurch hätten die Lehrpersonen des Kindergartens als einzige Lehrpersonen mit dem neuen Berufsauftrag eine Lohnerhöhung erfahren. Eine weitere Privilegierung der Kindergartenlehrpersonen hinsichtlich der Pausenaufsicht sei auch vor diesem Hintergrund nicht angezeigt. Die Beaufsichtigung gehöre grundsätzlich zum Berufsauftrag jeder Lehrperson und sei entsprechend in der Regel nicht speziell zu entschädigen. Eine Anrechnung im Arbeitsfeld Schule sei deshalb nur dann angezeigt, wenn eine Lehrperson überdurchschnittlich oft Pausenaufsicht zu leisten habe. Wie die Verteilung der Arbeitszeit im konkreten Einzelfall erfolge, sei vom Schulträger mit der Lehrperson zu vereinbaren und im Arbeitsvertrag festzuhalten. Das Bildungsdepartement habe die kommunalen Schulträger wiederholt darauf hingewiesen, dass bei einer überdurchschnittlichen Belastung eine Anrechnung aufgrund der konkreten Umstände möglich und gerechtfertigt sei.

Der Kläger reichte am 6. Februar 2018 eine Replik ein, worin er an seinem Rechtsbegehren und den früheren Ausführungen festhielt. Auch der Beklagte wich mit der Duplik vom 23. Februar 2018 nicht von seinem Standpunkt ab.



D.- Am 7. November 2018 informierte der Präsident die Parteien darüber, dass das Gericht zuerst über das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen entscheiden müsse. Falls diese gegeben seien, sei im Sinne einer vorläufigen Beurteilung möglich, dass der Kläger im Zusammenhang mit der Ausübung der Pausenaufsicht eine Diskriminierung der Kindergartenlehrpersonen glaubhaft gemacht habe. Es könne deshalb im vorliegenden Verfahren zu einer Beweislastumkehr kommen. In diesem Fall habe der Beklagte den vollen Beweis zu erbringen, dass mit den zur Verfügung stehenden und gewichteten Arbeitsfeldern die Pausenaufsicht durch die Kindergartenlehrpersonen diskriminierungsfrei umgesetzt werden könne. Konkret stelle sich die Frage, inwiefern mit Abstrichen innerhalb des Arbeitsfeldes Schule oder durch Flexibilisierung (Abstriche in den übrigen Arbeitsfeldern) erreicht werden könne, dass die Pausenaufsicht der Kindergartenlehrpersonen in der Jahresarbeitszeit Platz habe, ohne dass die Kindergartenlehrpersonen aufgrund der vorgenommenen Abstriche im Arbeitsfeld Schule oder in anderen Arbeitsfeldern benachteiligt würden. Dementsprechend wurde der Beklagte aufgefordert, bis am 31. Januar 2019 den Nachweis zu erbringen, dass die Regelung der Pausenaufsicht der Kindergartenlehrpersonen diskriminierungsfrei umgesetzt werden kann. Der Beklagte nahm dazu am 14. Januar 2019 Stellung. Der Kläger reichte am 4. Februar 2019 eine weitere Eingabe ein.

Auf die Ausführungen der Parteien wird, soweit erforderlich, in den Erwägungen eingegangen.

### **Erwägungen:**

1.- Die Eintretensvoraussetzungen sind von Amtes wegen zu prüfen. Die VRK ist zum Sachentscheid zuständig (Art. 86<sup>bis</sup> des Volksschulgesetzes, sGS 213.1, abgekürzt: VSG, i.V.m. Art. 78 ff. des Personalgesetzes, sGS 143.1, abgekürzt: PersG, i.V.m. Art. 71e Abs. 1 lit. a des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, sGS 951.1, abgekürzt: VRP). Die Klagebewilligung liegt vor und die Klage wurde innert Frist erhoben.

2.- Die Klage vor der VRK richtet sich sachgemäss nach den Vorschriften über den Rekurs, soweit in Art. 71e ff. VRP nichts anderes vorgesehen ist (Art. 71f Abs. 1 VRP). Im Klageverfahren ist die Frage der Sachlegitimation eines Klägers allerdings nicht dem



Verfahrensrecht, sondern der materiellen Rechtsanwendung zuzuordnen. Dementsprechend findet auch die Rechtsprechung zur "egoistischen Verbandsbeschwerde" vorliegend keine Anwendung. Eine Rechtsgrundlage für eine Verbandsklage existiert im kantonalen Recht nicht (ausführlich dazu GVP 2002 Nr. 75 E. 3).

Die kantonalen Verfahrensvorschriften werden jedoch von Bundesrechts wegen ergänzt und erweitert durch die Vorschriften des Gleichstellungsgesetzes (Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann, SR 151.1, abgekürzt: GIG). Art. 7 Abs. 1 GIG sieht vor, dass Organisationen, die nach ihren Statuten die Gleichstellung von Frau und Mann fördern oder die Interessen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer wahren und seit mindestens zwei Jahren bestehen, im eigenen Namen feststellen lassen können, dass eine Diskriminierung vorliegt, wenn der Ausgang des Verfahrens sich voraussichtlich auf eine grössere Zahl von Arbeitsverhältnissen auswirken wird. Sie müssen der betroffenen Arbeitgeberin oder dem betroffenen Arbeitgeber Gelegenheit zur Stellungnahme geben, bevor sie eine Schlichtungsstelle anrufen oder eine Klage einreichen.

Der KLV St. Gallen wahrt die ideellen und materiellen Interessen seiner Mitglieder (Art. 2 lit. b der Statuten des KLV St. Gallen vom 12. September 2017). Unter die Mitglieder fallen unter anderem Lehrpersonen aller Schulstufen des Kantons (Art. 4 lit. a der Statuten). Die Wahrung der Interessen der Lehrpersonen des Kindergartens gehört somit zu seinen statutarischen Aufgaben. Der Verband besteht schon seit über zwei Jahren und hat als Verein eine eigene Rechtspersönlichkeit. Die aufgeworfene Frage betrifft die Pausenregelung beziehungsweise die Entlöhnung der Pausenaufsicht von Kindergartenlehrpersonen, die sich nach kantonalem Recht bestimmt. Gemäss Umfrageergebnissen wird eine Mehrheit der im Kanton St. Gallen angestellten Kindergartenlehrpersonen für die Pausenaufsicht nicht oder nur teilweise entschädigt (vgl. Auswertung der Umfrage zur Pausenregelung vom 23. September 2017, act. 2/9). Damit ist jedenfalls eine grosse Zahl der Mitglieder des KLV St. Gallen betroffen. Der Ausgang des Verfahrens wird sich dementsprechend auf viele Arbeitsverhältnisse auswirken. Im Übrigen hatte sich das Bildungsdepartement des Kantons bereits vor Durchführung der Schlichtungsverhandlung zur Frage der Entschädigung der Pausen der Kindergartenlehrpersonen geäußert und ein entsprechendes Entgegenkommen



abgelehnt. Auch die Schlichtungsverhandlung führte zu keiner Einigung. Der KLV St. Gallen ist dementsprechend berechtigt, in eigenem Namen eine Feststellungsklage gemäss Art. 7 GIG anzustrengen.

3.- Weiter stellt sich die Frage, ob der Kanton passivlegitimiert ist. So bestehen die Arbeitsverhältnisse nicht zwischen dem Kanton und den Lehrpersonen des Kindergartens, sondern zwischen den Schulgemeinden und den Lehrpersonen (Art. 64 VSG). Lohnschuldner sind ebenfalls die Schulgemeinden. Die Lohnhöhe kann jedoch nicht durch die Schulgemeinde bestimmt werden, sondern richtet sich nach dem kantonalen Gesetz über den Lohn der Volksschul-Lehrpersonen (sGS 213.51, abgekürzt: LLG). Das Raster der Lohnklassen ist starr und überlässt den Schulgemeinden bei der Einordnung der Lehrpersonen kaum Handlungsspielraum. Auch die übrigen gesetzlichen Grundlagen, insbesondere das Reglement über den Berufsauftrag der Volksschul-Lehrpersonen vom 12. November 2014 (Amtliches Schulblatt veröffentlicht am 15. Dezember 2014, Nr. 12), stellen kantonales Recht dar. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann sich ein Leistungsbegehren nur gegen diejenige Person richten, welche die Leistung schuldet. Dahingegen ist der Kanton im Rahmen eines Feststellungsbegehrens passivlegitimiert, wenn die von ihm erlassenen Regelungen als solche angefochten sind (BGE 131 II 393 E. 3; Elisabeth Freivogel, in Kaufmann/Steiger-Sackmann [Hrsg.], Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2. Aufl., Basel 2009, N 22 und 26 zu Art. 7 GIG). Vorliegend handelt es sich um ein Feststellungsbegehren, das sich auf die kantonalen Arbeitszeitregelungen für Lehrpersonen bezieht. Im Übrigen gibt das kantonale Bildungsdepartement den Schulgemeinden für den Einsatz der Lehrpersonen einen Personalpool vor. Die Gemeinden verfügen demnach auch hinsichtlich der Summe der Stellenprozente und der Lohnkosten kaum über einen wesentlichen Spielraum (Art. 91<sup>quinquies</sup> VSG; Amtsblatt 2014 S. 129). Dementsprechend ist die Passivlegitimation des Kantons zu bejahen.

4.- Weiter muss geklärt werden, ob ein Feststellungsinteresse gegeben ist. Die Feststellungsklage gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. c GIG bezweckt die gerichtliche Feststellung, dass ein bestimmtes, in der Vergangenheit liegendes Verhalten der beklagten Partei, das sich weiterhin störend auswirkt und anders nicht beseitigt werden kann, die Persönlichkeitsrechte der klagenden Partei – bzw. vorliegend der



Verbandsmitglieder, in deren Interessenwahrung der Kläger prozessiert – widerrechtlich verletzt. Die Frage der Subsidiarität der Feststellungsklage ist im Bereich der Persönlichkeitsverletzungen umstritten. Die Feststellung einer Diskriminierung durch ein Gericht kann jedoch im Einzelfall das geeignete Mittel zur Störungsbeseitigung sein. Deshalb ist die Subsidiarität bereits grundsätzlich zu verneinen (vgl. Gabriela Riemer-Kafka/Jakob Ueberschlag, in Kaufmann/Steiger-Sackmann [Hrsg.], Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2. Aufl. Basel 2009, N 17 zu Art. 5 GIG). Überdies steht dem Verband eine Leistungsklage nicht zur Verfügung, sondern er kann sich lediglich mit einer Feststellungsklage zur Wehr setzen. Die durch den Kanton erlassenen Arbeitszeitregelungen, worauf sich die vorliegende Klage bezieht, sind nach wie vor in Kraft und gelten für eine Vielzahl von Mitgliedern des KLV St. Gallen. Sind sie tatsächlich diskriminierend, so werden dadurch die Persönlichkeitsrechte dieser Mitglieder fortlaufend widerrechtlich verletzt. Ein Feststellungsinteresse ist damit gegeben.

5.- Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer dürfen aufgrund ihres Geschlechts weder direkt noch indirekt benachteiligt werden, namentlich nicht unter Berufung auf den Zivilstand, auf die familiäre Situation oder, bei Arbeitnehmerinnen, auf eine Schwangerschaft (Art. 3 Abs. 1 GIG). Das Verbot gilt insbesondere für die Anstellung, Aufgabenzuteilung, Gestaltung der Arbeitsbedingungen, Entlohnung, Aus- und Weiterbildung, Beförderung und Entlassung (Art. 3 Abs. 2 GIG). Eine indirekte Diskriminierung liegt bei einer formal geschlechtsneutralen Regelung vor, die im Ergebnis wesentlich mehr bzw. überwiegend Angehörige des einen Geschlechts gegenüber denjenigen des anderen benachteiligt, ohne dass dies sachlich begründet wäre. Demgemäss liegt nach Lehre und Rechtsprechung eine besoldungsmässige Geschlechtsdiskriminierung vor, wenn zum Nachteil einer geschlechtsspezifisch identifizierten Arbeit sachlich unbegründete Lohnunterschiede bestehen. Die geschlechtsspezifische Identifizierung der benachteiligten Funktion ist Tatbestandsvoraussetzung, damit eine indirekte Geschlechtsdiskriminierung in Frage kommt. Sie grenzt den Anwendungsbereich von Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV bzw. Art. 3 GIG von demjenigen des allgemeinen Rechtsgleichheitsgebots gemäss Art. 8 Abs. 1 BV ab. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts gilt eine Funktion in der Regel als typisch weiblich, wenn der Frauenanteil eindeutig höher als 70% liegt, wobei die geschichtliche Dimension bzw. die historische Prägung berücksichtigt werden können.



Dabei ist nicht die Sachlage im Urteilszeitpunkt, sondern jene im Moment der Bewertungsvorgänge beim Arbeitgeber, die der angefochtenen Besoldungsordnung zugrunde liegen, massgeblich (BGE 141 II 411 E. 6). Das Bundesgericht hat im Jahr 2015 in einem den Kanton Aargau betreffenden Fall festgestellt, dass der Frauenanteil bei den Primarlehrpersonen konstant zugenommen habe. Sei sowohl im massgeblichen Kanton als auch landesweit der Frauenanteil am Primarlehrpersonal deutlich höher als 70%, so müsse diese Funktion heute als nicht mehr geschlechtsneutral, sondern frauenspezifisch betrachtet werden, wobei die historische Prägung seine Massgeblichkeit verliere. Im Kanton Aargau betrage der Frauenanteil zurzeit 87,2% und gesamtschweizerisch 81,5% (BGE 141 II 411 E. 8 und 9).

Das Reglement über den Berufsauftrag der Volksschul-Lehrpersonen wurde am 12. November 2014 vom Erziehungsrat des Kantons St. Gallen erlassen und findet seit 1. August 2015 Anwendung. Die Bewertungsvorgänge liegen nur wenige Jahre zurück. Im Schuljahr 2016/2017 waren 98,5% der Kindergartenlehrpersonen mit der früheren Ausbildung sowie 97,6% der Primarlehrpersonen A (Kindergarten bis 3. Klasse) Frauen. Primarlehrpersonen mit der früheren Ausbildung waren zu 79,9% und Primarlehrpersonen B (1. bis 6. Klasse) zu 86,8% Frauen (act. 5/1). Folglich ist der Beruf der Primarlehrperson im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch im Kanton St. Gallen als frauentypischer Beruf einzuordnen.

Ein Lohnleichheitsanspruch kann geltend gemacht werden, wenn frauentypische Berufe schlechter entlohnt werden als männertypische Berufe oder Berufe, die nicht geschlechtsspezifisch geprägt sind, die verglichenen Arbeiten aber gleichwertig sind (Elisabeth Freivogel, in Kaufmann/Steiger-Sackmann [Hrsg.], Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2. Aufl., Basel 2009, N 100 zu Art. 3 GlG). Da im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung inzwischen auch im Kanton St. Gallen der Beruf der Primarlehrperson als frauentypisch gelten muss, fällt die Möglichkeit eines Vergleichs des Berufs der Kindergartenlehrperson mit dem der Primarlehrperson unter diskriminierungsrechtlichen Gesichtspunkten von vornherein ausser Betracht. Allenfalls wäre ein Vergleich unter Heranziehung anderer Grundrechte, wie dem allgemeinen Rechtsgleichheitsgebot, möglich. Da die st. gallische Verwaltungsrechtspflege jedoch grundsätzlich kein Verbandsklagerecht vorsieht, sind die Voraussetzungen für eine



entsprechende Überprüfung im vorliegenden Verfahren nicht gegeben (vgl. voranstehende Ausführungen unter Ziffer 2).

Im Gegensatz zum Beruf der Primarlehrperson ist der Beruf der Oberstufenlehrperson nicht geschlechtsspezifisch geprägt (vgl. act. 5/1). Grundsätzlich gelten auch für diesen Beruf die gleichen gesetzlichen Grundlagen wie für die Kindergartenlehrperson. Ein Vergleich mit diesem Beruf kann dementsprechend grundsätzlich stattfinden.

6.- Das Gleichstellungsgesetz sieht für die Prüfung einer direkten oder indirekten Diskriminierung aufgrund des Geschlechts eine Beweislast erleichterung vor. Demnach wird eine Diskriminierung bezüglich Aufgabenzuteilung, Gestaltung der Arbeitsbedingungen, Entlohnung, Aus- und Weiterbildung sowie Beförderung und Entlassung vermutet, wenn diese von der betroffenen Person glaubhaft gemacht wird (Art. 6 GIG). Die Beweisbestimmung enthält zwei Stufen: die Glaubhaftmachung der geschlechtsbezogenen Diskriminierung durch die klagende Partei sowie den Beweis der Nichtdiskriminierung aufgrund des Geschlechts beziehungsweise den Beweis einer Rechtfertigung durch die beklagte Partei. Für die Glaubhaftmachung einer Diskriminierung ist vorausgesetzt, dass objektive Anhaltspunkte vorhanden sind, die mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit auf eine tatsächliche Diskriminierung schliessen lassen. Die Möglichkeit, dass es sich dennoch anders verhält, muss dabei nicht ausgeschlossen sein. Die Glaubhaftmachung einer Geschlechterdiskriminierung erfordert nicht nur, dass Vergleichsberufe genannt werden, sondern es muss auch dargelegt werden, weshalb es sich dabei um vergleichbare Funktionen handelt (Gleichwertigkeit; vgl. Sabine Steiger-Sackmann, in Kaufmann/Steiger-Sackmann [Hrsg.], Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2. Aufl. Basel 2009, N 120 ff. zu Art. 6 GIG; Christina Nydegger, Gleichstellungsprozesse in der Schweiz, Zürich/St. Gallen 2019, S. 48 ff.; BGE 144 II 65 E. 7).

a) Der Kläger führte aus, dass mit dem neuen Berufsauftrag nicht mehr von "Kindergärtnerinnen" gesprochen werde, sondern ausschliesslich von Lehrpersonen für den Kindergarten und/oder die Schule. Wer im Kindergarten arbeite, habe grundsätzlich die gleichen Rechte und Pflichten wie eine Lehrperson, die auf der Oberstufe arbeite (act. 1 Ziff. 8 ff.). In der Tat hatte die Einführung des neuen Berufsauftrags klar zum Ziel, grundsätzlich alle "Lehrpersonen der Volksschule" gleich



zu behandeln. Der Kindergarten gehört gleichermassen wie die Oberstufe zur Volksschule (Art. 2 Abs. 1 VSG). Die gesetzlichen Grundlagen und insbesondere der Berufsauftrag sind grundsätzlich für alle Lehrpersonen dieselben. Damit ist erstellt, dass es sich bei der Kindergartenlehrperson sowie der Oberstufenlehrperson um vergleichbare Funktionen handelt.

b) Der Kläger legte weiter dar, dass die Pausenbeaufsichtigung im Arbeitsfeld "Schule" eingereicht worden sei. Zu diesem Arbeitsfeld gehöre auch die Teilnahme an Teamsitzungen, die Teilnahme an Sitzungen und Veranstaltungen mit Behörden, die Mitwirkung bei der Team- und Qualitätsentwicklung im Rahmen des lokalen Führungs- und Qualitätskonzepts, die Mitwirkung an Schulentwicklungsprojekten und Unterrichtsentwicklung, die Teilnahme an den Stufenkonventen, die Mitarbeit bei der schulbezogenen Elterninformation und Elternmitwirkung, die Erledigung von administrativen Aufgaben, die Koordination mit anderen Lehrpersonen und bei Stufenübertritten, die Teilnahme an schulinternen Weiterbildungen, die Mitarbeit bei der internen und externen Evaluation sowie die Festsetzung gemeinsamer pädagogischer Grundsätze (z.B. bei der Hausaufgaben-Praxis, Notengebung u.a.; vgl. Anhang I des Reglements über den Berufsauftrag). Für das Arbeitsfeld "Schule" seien 5% der Gesamtarbeitszeit vorgesehen (Art. 9 lit. c des Reglements). Die Jahresarbeitszeit einer Kindergartenlehrperson, die 24 Wochenlektionen unterrichte, betrage 1701.78 Stunden. Für das Arbeitsfeld "Schule" stünden der Kindergartenlehrperson somit rund 85 Arbeitsstunden zur Verfügung. Habe eine Kindergartenlehrperson dreimal pro Woche die Pausenaufsicht (je 20 Minuten) zu übernehmen, ergebe dies einen Aufwand von 39 Stunden, womit noch 46 Stunden für die übrigen Tätigkeiten im Arbeitsfeld "Schule" verbleiben würden. Bei wöchentlich fünf Pausenaufsichten betrage der Aufwand gar 65 Stunden, wobei lediglich noch 20 Stunden für die übrigen Arbeiten im Bereich "Schule" verbleiben würden. Dies reiche nicht einmal mehr für die wöchentlichen Teamsitzungen und bei Weitem nicht, um die übrigen voranstehend erwähnten Tätigkeiten in diesem Arbeitsfeld zu bewältigen. Art. 7 des Reglements sehe beispielsweise vor, dass die Lehrpersonen (maximal) 30 Stunden für die (obligatorische) schulinterne Weiterbildung verwenden würden.

Diese Ausführungen des Klägers stützen sich auf die gesetzlichen Grundlagen sowie die entsprechenden Empfehlungen, die der Kanton vorgibt (vgl. Reglement über den



Berufsauftrag; Handreichung des Amtes für Volksschule, act. 2/11). Sie lassen sich anhand von diesen nachvollziehen und zeigen auf, dass bereits dann zu wenig Arbeitsstunden für die übrigen Teilbereiche des Arbeitsfelds Schule zur Verfügung stehen, wenn eine Lehrperson drei Pausenaufsichten pro Woche ausübt. Ins Arbeitsfeld Schule sind diverse andere (teils ebenfalls aufwändige) Tätigkeiten eingereicht. Davon erwähnte der Kläger in seinem Rechenbeispiel lediglich die wöchentlichen Teamsitzungen sowie die schulinternen Weiterbildungen. Rechnet man zu 30 Stunden für die wöchentlichen Teamsitzungen und 25 Stunden für die schulinterne Weiterbildung einen Aufwand von 39 Stunden für Pausenaufsicht hinzu, so kommt man auf 94 Stunden. Der Rahmen von 85 Stunden ist dabei schon weit überschritten, obwohl das Arbeitsfeld "Schule" noch viele andere Tätigkeiten umfasst. Es ist dementsprechend nicht realistisch, dass das Arbeitsfeld "Schule" mit einem Aufwand von 5% an der jährlichen Gesamtarbeitszeit neben den anderen Tätigkeiten die gesamte Pausenaufsichtstätigkeit annähernd abdecken kann. Bei fünfmaliger Pausenaufsicht ist die Diskrepanz noch viel grösser. Ginge man wiederum von minimalen übrigen Tätigkeiten im Bereich "Schule" von 30 Stunden für Teamsitzungen und 25 Stunden für die schulinterne Weiterbildung aus, so kommt man bei einer Pausenaufsichtstätigkeit von 65 Stunden auf ein Total von 120 Stunden. 35 Stunden, das heisst, mehr als die Hälfte der gesamten Pausenaufsichtstätigkeit, findet bei dieser Rechnung keinen Platz im Arbeitsfeld "Schule".

c) Weiter erklärte der Kläger, das Reglement sehe vor, dass das Arbeitsfeld "Schule" durch Flexibilisierung bis auf 17% ausgeweitet werden könne (Art. 10 Abs. 1 lit. c). Die Summe der Prozentanteile der Arbeitszeit in allen Arbeitsfeldern habe jedoch unabhängig vom Beschäftigungsgrad 100 zu betragen (Art. 10 Abs. 4). Das heisse, dass bei einer Vergrösserung des Arbeitsfeldes "Schule" – nachdem eine Kürzung des Unterrichts im Allgemeinen nicht in Betracht falle und die verbleibenden Arbeitsfelder lediglich wenige Prozentanteile umfassen würden – das Arbeitspensum aufgestockt werden müsste. Eine solche Aufstockung würden die Schulgemeinden jedoch in der Regel mit Hinweis auf die kantonalen Bestimmungen nicht gewähren.



Auch diese Ausführungen stützen sich auf die kantonale Regelung und sind nachvollziehbar. In Art. 10 Abs. 2 des Reglements über den Berufsauftrag wird festgehalten, dass eine abweichende Bemessung im Arbeitsfeld "Unterricht" durch Anpassung der Anzahl Unterrichtslektionen erfolge. Im Kindergarten sind 24 Wochenlektionen vorgegeben. Wie sich eine Reduktion des Prozentsatzes im Arbeitsfeld "Unterricht" erzielen liesse, ist dementsprechend nicht ersichtlich. Die übrigen beiden Arbeitsfelder "Lehrperson" und "Schülerinnen und Schüler" werden gemäss Berufsauftrag grundsätzlich mit 3 und 4 Prozenten an der Jahresarbeitszeit gewichtet. Inwieweit diese Felder, die einerseits insbesondere die individuelle Weiterbildung der Lehrperson und andererseits die Beratung und Unterstützung der Schülerinnen und Schüler betrifft, wesentlich gekürzt werden könnten, ist nicht ersichtlich.

d) Dementsprechend hat der Kläger nachgewiesen, dass der Aufwand für die Pausenaufsicht spätestens ab drei Pausenaufsichten wöchentlich im mit 5% gewichteten Arbeitsfeld "Schule" jedenfalls nicht mehr vollständig Platz findet und somit in jenem Feld mindestens teilweise nicht angerechnet wird. Gleichzeitig hat er nachvollziehbar ausgeführt, dass auch eine Flexibilisierung, d.h. eine Ausdehnung des Arbeitsfelds "Schule" zu Lasten eines anderen Arbeitsfelds, aufgrund des in diesen Bereichen ebenfalls eingeschränkten Spielraums kaum möglich ist. Weiter hat er erklärt, dass in den Gemeinden lediglich in Einzelfällen eine Aufstockung des Pensums oder eine andere Form der Entschädigung der Pausenaufsicht stattfinde. In der Mehrheit der Fälle finde eine vollständige Anrechnung bzw. Entschädigung der Pausenaufsicht nicht statt. Eine indirekte Diskriminierung gegenüber der Oberstufenlehrperson – die wohl durchschnittlich maximal einmal pro Woche Pausenaufsicht leisten muss – ist für den beschriebenen Fall glaubhaft gemacht worden.

e) Der Kläger führte weiter aus, dass anlässlich der Hauptversammlung der Kantonalen Kindergartenkonferenz vom 12. September 2015 eine Umfrage durchgeführt worden sei. Von 287 Kindergartenlehrpersonen, die den Fragebogen abgegeben hätten, müssten 39 bzw. 36 Personen die Pausenaufsicht drei- bzw. viermal pro Woche übernehmen. Ganze 160 Personen würden fünfmal wöchentlich Pausenaufsicht leisten, obwohl lediglich 71 der Umfrageteilnehmenden in Einzelkindergärten arbeiten würden.



Dies werde dadurch erklärbar, dass die Kindergartenkinder eine umfassendere und intensivere Betreuung benötigen würden als Schulkinder. Der Znüni sei zudem integrierter Bestandteil des Unterrichts. Kinder im Alter von vier bis sechs Jahren müssten in jedem Fall dauernd unter Aufsicht sein. Im Vergleich zu älteren Kindern seien für die gleiche Anzahl Kinder mehr Aufsichtspersonen nötig. Bei 181 der 287 Kindergartenlehrpersonen, die an der Umfrage teilgenommen haben, werde die Arbeitszeit für die Pausenbetreuung weder angerechnet noch abgerechnet, sie werde also nicht bezahlt. Bei denjenigen Personen, die täglich Pausenaufsicht leisten würden, ergebe dies jährlich 65 Stunden unbezahlte Arbeitszeit. Eine weitere Umfrage im Jahr 2017 habe ein ähnliches Bild ergeben. 121 von 243 Kindergartenlehrpersonen würden demnach fünf Pausenaufsichten pro Woche leisten. 232 der Lehrpersonen, also mehr als 95%, hätten angegeben, dass ihnen nicht die vollständige für die Pausenaufsicht erforderliche Arbeitszeit vergütet werde. Lediglich zwei Personen, die täglich Pausenaufsicht leisten würden, würden dafür voll entschädigt werden.

Während die Mehrheit der Kindergartenlehrpersonen täglich Pausenaufsicht leiste, sei dies bei Oberstufenlehrpersonen in der Regel einmal pro Woche oder weniger der Fall. Trotz dieser offensichtlichen Unterschiede habe es der Gesetzgeber unterlassen, die Pausenaufsicht nach Art der Lehrpersonen differenziert zu regeln.

139 Umfrageteilnehmerinnen hätten bereits versucht, eine bessere Regelung für die Anrechnung der Pausenaufsicht einzufordern und das Gespräch mit dem Arbeitgeber gesucht. Nur ganz vereinzelt seien diese Bemühungen von Erfolg gekrönt gewesen. Würden die Kindergartenlehrpersonen beispielsweise von den Teamsitzungen entlastet, so müssten sie sich die notwendigen Informationen auf anderem Weg einholen. Gleichzeitig wirke sich dies desintegrierend aus, was wiederum diskriminierend wäre. Häufig würden sich die kommunalen Schulträger auf entsprechende Fragen nach der Entschädigung der Pausenaufsicht auf die kantonalen Richtlinien berufen und erklären, dass sie nicht verpflichtet seien, die Pausenarbeit zu entschädigen oder sie würden erklären, dass sie dafür keine finanziellen Mittel hätten.

Diese zahlenmässigen Ausführungen des Klägers lassen sich anhand der Umfrageergebnisse aus den Jahren 2015 und 2017 nachvollziehen (act. 2/8 und 2/9). Daraus geht hervor, dass nach wie vor eine Vielzahl – d.h. rund die Hälfte – der



Lehrpersonen des Kindergartens fünf Pausenaufsichten pro Woche leistet. Ein weiterer grosser Anteil nimmt drei bis vier Pausenaufsichten pro Woche wahr. Gleichzeitig lassen die Umfrageergebnisse darauf schliessen, dass auch auf Nachhaken der Lehrpersonen des Kindergartens gegenüber ihren Arbeitgebern kaum Pensumsaufstockungen oder andere Entschädigungen der Pausenaufsicht vorgenommen worden sind. Der Beklagte hat denn auch wiederholt klar kommuniziert, dass dies lediglich in Ausnahmefällen gemacht werden könne. Damit übereinstimmend sieht auch Art. 19 der Verordnung zum Personalrecht der Volksschul-Lehrpersonen (sGS 213.14, abgekürzt: VPVL) vor, dass zusätzliche Arbeit in den Arbeitsfeldern Schülerinnen und Schüler, Schule oder Lehrperson, die "ausnahmsweise" nicht durch Gewichtung der Arbeitsfelder im Arbeitsvertrag ausgeglichen werden könne, entschädigt werde. Damit wurde auch glaubhaft dargelegt, dass die Lehrpersonen des Kindergartens von der fehlenden (oder lediglich teilweisen) Entschädigung der Pausenaufsicht nicht nur einzelfallweise betroffen sind. Vielmehr handelt es sich dabei um die Mehrzahl der Lehrpersonen des Kindergartens, bzw. gar um den eigentlichen Regelfall.

f) Der Vollständigkeit halber ist an dieser Stelle noch festzuhalten, dass im Reglement zum Berufsauftrag ausdrücklich festgesetzt wurde, dass die Beaufsichtigung in Pausen Inhalt des Berufsauftrags der Lehrpersonen mit Klassenunterricht darstellt (Anhang I des Reglements). Damit handelt es sich um eine Tätigkeit, die den Lehrpersonen gemäss der geltenden kantonalen Regelung im Rahmen ihrer Jahresarbeitszeit vorgeschrieben wurde, und die damit selbstverständlich entschädigungspflichtig ist. Damit ist die zu leistende Pausenaufsicht zwingend – unabhängig von allfälligen politischen Diskussionen – vollumfänglich als Arbeitszeit anzurechnen. In diesem Zusammenhang sei auch noch erwähnt, dass vorliegend nicht relevant sein kann, dass die Kindergartenlehrpersonen betreffend Klassenlehrpersonenfunktion mit dem neuen Berufsauftrag den anderen Lehrpersonen gleichgestellt worden sind. Jedenfalls vermag dies keine Diskriminierung bei der Pausenaufsicht zu rechtfertigen.

Hinsichtlich des Vorbringens des Klägers, dass Kindergartenlehrpersonen Anspruch auf eine persönliche, arbeitsfreie Pause im Verlaufe des Vormittags hätten, machte der Kläger keine gesetzliche Grundlage geltend. Eine solche ist denn auch nicht ersichtlich. Dementsprechend erübrigen sich weitere Ausführungen dazu. Ferner kann



offengelassen werden, inwieweit der Beruf der Kindergartenlehrperson vergleichbar mit demjenigen des übrigen Staatspersonals ist.

g) Eine indirekte Diskriminierung der Lehrpersonen des Kindergartens hinsichtlich der Anrechnung bzw. der Entschädigung der Pausenaufsicht ist damit glaubhaft gemacht worden. Dabei muss aufgrund der Beweislastleichterung nicht gänzlich ausgeschlossen werden können, dass sich eine diskriminierungsfreie Lösung doch noch auf dem Weg über einen Ausgleich innerhalb des Arbeitsfelds "Schule" oder eine Flexibilisierung mit den anderen Arbeitsfeldern erzielen lässt. Aufgrund der Ausführungen des Klägers ist eine hohe Wahrscheinlichkeit gegeben, dass tatsächlich eine indirekte Diskriminierung vorliegt, was für das reduzierte Beweismass der Glaubhaftmachung ausreicht.

7.- Nachdem die Diskriminierung glaubhaft gemacht ist, wird sie von Gesetzes wegen vermutet (Art. 6 GIG). In der zweiten Phase findet eine Beweislastumkehr statt. Der Beklagte hat jetzt den vollen Beweis dafür zu erbringen, dass die von ihm angeordnete bzw. unterlassene Massnahme die Arbeitnehmerin oder den Arbeitnehmer nicht aufgrund des Geschlechts benachteiligt (Entlastungsbeweis) beziehungsweise, dass diese objektiv gerechtfertigt ist (Rechtfertigungsbeweis). Der Beweis negativer Tatsachen ist schwierig zu erbringen. Der Beweis der Nichtdiskriminierung kann aber positiv erbracht werden, indem die beklagte Partei darlegt, dass keine Benachteiligung vorliegt, dass sich die Ungleichbehandlung nicht auf ein Geschlecht nachteilig auswirkt und dass sachliche Gründe für die Massnahme vorliegen (Sabine Steiger-Sackmann, a.a.O., N 143 ff. zu Art. 6 GIG).

Vorliegend ist mit den Kindergartenlehrpersonen ein Beruf betroffen, der unbestrittenermassen frauenspezifisch ist. Es bleibt also zu prüfen, ob der Beklagte den Beweis dafür erbracht hat, dass entweder keine Benachteiligung vorliegt oder andernfalls sachliche Gründe vorliegen, aufgrund derer die Ungleichbehandlung gerechtfertigt ist. Sachliche Gründe dafür, dass ein Teil der Arbeit nicht entschädigt wird, existieren jedoch nicht. Sachlich gerechtfertigt könnte allenfalls sein, dass eine gewisse Tätigkeit zum Auftrag einer Kindergartenlehrperson gehört, die aufgrund der höheren Selbständigkeit von Schülern auf der Oberstufe im Auftrag einer Oberstufenlehrperson nicht enthalten ist. Dass ein Teil der durch eine Lehrperson



geleisteten Arbeit nicht entschädigt wird, lässt sich hingegen von vornherein nicht sachlich rechtfertigen, was der Beklagte denn auch nicht behauptet. Sinn und Zweck des neuen Berufsauftrages ist es gerade, sämtliche durch die Lehrpersonen pflichtgemäss geleisteten Tätigkeiten mit einer Jahresarbeitszeit und entsprechend gewichteten Arbeitsfeldern zu erfassen.

Es verbleibt also noch die Möglichkeit des Beweises, dass die aktuelle Regelung ohne Benachteiligung für die Lehrpersonen des Kindergartens umsetzbar ist. Im Fokus steht dabei die konkrete Entlastung der Berufsgruppe innerhalb des Arbeitsfelds "Schule", eine Flexibilisierung (d.h. Ausdehnung des Arbeitsfelds "Schule" und gleichzeitige Reduktion eines anderen Arbeitsfelds) oder eine zusätzliche Entschädigung der Pausenaufsicht (durch Pensumsaufstockung oder separate Entschädigung). Allenfalls wäre auch eine Abspaltung der Pausenaufsicht zu prüfen. Aus der Entlastung darf jedenfalls nicht erneut eine Benachteiligung in anderen Bereichen resultieren. Der Verfahrensleiter setzte dem Beklagten mit Schreiben vom 7. November 2018 Frist bis 31. Januar 2019 an, um den Nachweis zu erbringen, dass die Regelung der Pausenaufsicht der Kindergartenlehrpersonen diskriminierungsfrei umgesetzt werden könne. Der Beklagte liess sich dazu mit Eingabe vom 14. Januar 2019 vernehmen.

a) Der Beklagte brachte nicht vor, wie eine konkrete Entlastung der Kindergartenlehrpersonen (im eigentlichen Regelfall) innerhalb des Arbeitsfelds "Schule" diskriminierungsfrei umsetzbar wäre. Er erklärte lediglich, dass eine Entlastung innerhalb des Arbeitsfelds möglich sei. Dies sei individuell mit der Schulgemeinde zu vereinbaren. Insbesondere führte er nicht aus, in welchen anderen Tätigkeitsbereichen im Arbeitsfeld "Schule" diskriminierungsfrei Abstriche gemacht werden könnten. Gleichermassen legte er auch nicht dar, wie im eigentlichen Regelfall der Kindergartenlehrperson andere Arbeitsfelder zugunsten des Arbeitsfelds "Schule" diskriminierungsfrei reduziert werden könnten. Er erklärte lediglich pauschal, dass dies möglich sei. Eine konkrete Lösung für eine diskriminierungsfreie Umsetzung des Berufsauftrags für die Lehrpersonen des Kindergartens (bzw. den eigentlichen Regelfall der Kindergartenlehrperson) durch einen Ausgleich innerhalb des Arbeitsfelds oder eine Flexibilisierung mit den anderen Arbeitsfeldern ist damit nach wie vor nicht ersichtlich (vgl. dazu die Ausführungen unter Ziff. 6). Der Beklagte ist seiner Beweispflicht nicht nachgekommen.



In seiner Eingabe vom 14. Januar 2019 erklärte er allerdings selbst, dass tatsächlich eine übermässige Belastung vorliege, wenn die Pausenaufsicht an allen fünf Wochentagen derselben Lehrperson "übertragen" werde. Dabei geht es allerdings – wie die voranstehenden Ausführungen aufzeigen – nicht um eine "Übertragung" einer zusätzlichen Tätigkeit, sondern um eine Tätigkeit, die bereits im Auftrag der Kindergartenlehrperson, das heisst in ihrem Berufsauftrag, begründet liegt. Es handelt sich – wie sich sowohl aus den Umfrageergebnissen als auch den Rechtsgrundlagen ergibt – nicht um einen Ausnahmefall, sondern um den eigentlichen Regelfall. Der Beklagte führte aus, dass, falls im konkreten Fall tatsächlich eine derartige übermässige Belastung vorliege, auch eine Flexibilisierung in Form einer Pensumserhöhung der Kindergartenlehrperson bis 100% denkbar sei. Dabei geht er aber davon aus, dass es sich nur um einen Ausnahmefall und nicht um den Regelfall schlichtweg handelt (vgl. auch art. 4 Ziff. 6 Abs. 2). Der Regelfall kann nicht über diese Ausnahmeregelung gelöst werden. Der Beklagte selbst betonte gegenüber den Gemeinden stets, dass eine derartige Lösung nur im Ausnahmefall getroffen werden könne.

Der Beklagte hielt sich in allgemeinen Ausführungen. Er reichte keine Unterlagen ein, die belegen könnten, dass eine diskriminierungsfreie Umsetzung des Berufsauftrags für die Kindergartenlehrpersonen möglich ist. Weiter stellte er auch keine Beweisanträge, insbesondere auch keinen Gutachtensantrag. Er vermochte den Beweis nicht zu erbringen. Vielmehr bestätigten seine Ausführungen (oder Unterlassungen) gerade, dass es hinsichtlich der Gewichtung der Tätigkeiten und Arbeitsfelder keine konkrete Lösung für eine diskriminierungsfreie Umsetzung des Berufsauftrags für den eigentlichen Regelfall der Kindergartenlehrpersonen gibt, sofern der Arbeitsaufwand für die Pausenaufsicht korrekt angerechnet wird.

b) Hinsichtlich der Organisation der Pausenaufsicht brachte der Beklagte vor, dass selbst in einem Einzelkindergarten in der Regel nicht nur eine Lehrperson unterrichte. Vielmehr finde auch der Unterricht in solchen Kindergärten im sogenannten Teamteaching statt, sodass bei entsprechender Organisation die Pausenaufsicht zumindest auf zwei Personen aufgeteilt werden könne. Unterrichte in einem Kindergarten beispielsweise auch noch eine Lehrperson Kinder in "Deutsch als Zweitsprache (DAZ)" oder eine schulische Heilpädagogin oder ein schulischer



Heilpädagogie oder sei gar eine Klassenassistentin organisiert, so lasse sich die Pausenaufsicht auch in einem Einzelkindergarten sogar auf drei oder mehr Personen verteilen. Weiter seien auch keine Gründe ersichtlich, weshalb im Kindergarten die Pausenaufsicht – bei der es um eine Aufsichtstätigkeit und nicht um pädagogische Arbeit im engeren Sinne gehe – zwingend durch die Kindergartenlehrperson wahrgenommen werden müsse. Die erforderliche Aufsicht könne auch durch eine andere "geeignete" Person erfolgen. Daraus ergebe sich, dass es auch in Einzelkindergärten bei entsprechender Organisation nicht zwingend sei, dass eine Lehrperson an fünf Tagen pro Woche die Pausenaufsicht wahrnehme.

Diese Erklärungen des Beklagten zur Organisation einer Verteilung der Pausenaufsicht auf verschiedene Personen sind allgemeiner Natur. Im Berufsauftrag ist die Pausenaufsicht bei der Lehrperson mit Klassenunterricht im Arbeitsfeld "Schule" eingeordnet (Reglement über den Berufsauftrag, Anhang I Ziffer 1). Sie befindet sich hingegen weder im Berufsauftrag der Lehrpersonen für integrierte schulische Förderung (Anhang I Ziffer 2) noch der Therapeutinnen und Therapeuten (Anhang I Ziffer 3). Der Beklagte unterliess es zudem, zu erklären, welche weiteren Personen er als "geeignet" für die Pausenaufsicht erachten würde. Für eine entsprechende Auslagerung der Pausenaufsicht machte er weder gesetzliche Grundlagen noch eine durch ihn herausgegebene Empfehlung geltend; solche sind denn auch nicht ersichtlich. Vielmehr wurde gerade auch in der vom Beklagten herausgegebenen Handreichung zum Berufsauftrag der Volksschul-Lehrpersonen vom März 2017 festgehalten, dass die Aufsichtspflicht bei der "zuständigen" Lehrperson liege. Diese Verantwortung könne weder delegiert noch ausgeschlossen werden (act. 2/11 Ziff. 4.1.4). Bei der "zuständigen" Lehrperson kann es sich gemäss den voranstehenden Ausführungen lediglich um eine Lehrperson mit Klassenunterricht handeln. Es besteht also kein Spielraum der Gemeinden, die Pausenaufsicht auch auf Fachkräfte mit einem anderen Auftrag oder andere "geeignete Personen" zu verteilen. Die Pausenaufsicht ist gemäss kantonalem Reglement durch Lehrpersonen mit Klassenunterricht wahrzunehmen. Im Übrigen müssten auch andere Personen, die mit der Pausenaufsicht betraut würden, gleichermassen dafür entschädigt werden. Damit wäre ferner auch das Problem der kostenneutralen Umsetzung, welches der Beklagte offenbar verfolgt, nicht gelöst.



c) Sodann machte der Beklagte keine Ausführungen dazu, welche quantitativen und qualitativen Anforderungen an die Pausenaufsicht im Kindergarten zu stellen sind. Er erklärte lediglich, dass dies nicht im vorliegenden Verfahren, sondern allenfalls im Dialog mit den Anspruchsgruppen (insbesondere Schulbehörden, Schulleitungen und Lehrpersonen) zu klären wäre. Dies ist jedoch gerade Teil seiner Beweispflicht einer diskriminierungsfreien Umsetzbarkeit des Berufsauftrags. Es stellt sich insbesondere die Frage, ob beispielsweise eine einzige Kindergartenlehrperson zwei Klassen gleichzeitig in der Pause beaufsichtigen könnte. Rein logisch wäre dies die einfachste Möglichkeit, den Aufwand für die Pausenaufsichtigung zu reduzieren. Die Umfragen bei den Kindergartenlehrpersonen haben allerdings ergeben, dass die Problematik des hohen Aufwands für die Pausenaufsicht generell und nicht nur beschränkt auf Einzelkindergärten besteht (vgl. die voranstehenden Ausführungen in Ziffer 6e). Dies lässt jedenfalls darauf schliessen, dass es nicht gängig ist, eine Kindergartenlehrperson gleichzeitig mit der Pausenaufsicht für zwei Klassen zu beauftragen. Der Beklagte ist seiner diesbezüglichen Beweispflicht nicht nachgekommen. Er stellte auch keine Beweisanträge, insbesondere keinen Gutachtensantrag.

8.- Festzuhalten ist an dieser Stelle, dass der Kläger eine Diskriminierung der Kindergartenlehrpersonen glaubhaft gemacht hat. Damit trat eine Beweislastumkehr ein. Demnach oblag es dem Beklagten, den vollen Beweis dafür zu erbringen, dass die aktuelle Regelung diskriminierungsfrei umsetzbar ist. Dies ist ihm nicht gelungen. Grundsätzlich wäre die Klage damit gutzuheissen. Es stellt sich allerdings die Frage, ob das Gericht von Amtes wegen weitere Sachverhaltsabklärungen zu tätigen und allenfalls ein Gutachten einzuholen hat.

a) Es braucht keine pädagogischen oder psychologischen Sachverständigen, um feststellen zu können, dass es undenkbar ist, dass eine Kindergartenlehrperson regelmässig alleine rund 40 Kinder im Alter von vier bis sechs Jahren beaufsichtigt. Gleichermassen ist es nicht möglich, dass ein Primarlehrer oder eine Primarlehrerin neben mehreren Primarschulklassen gleichzeitig auch noch Kindergartenkinder beaufsichtigt. Die Lehrperson könnte ihrer Aufsichtspflicht damit nicht gerecht werden. Juristisch sind Kindergartenkinder wegen ihres jungen Alters als nicht urteilsfähig zu betrachten. Sie sind grundsätzlich noch nicht in der Lage, die Tragweite ihrer Handlungen zu erkennen und sich stets vernünftig und selbstverantwortlich zu



verhalten (vgl. BSK ZGB I-Fankhauser, Art. 16 N 6 ff.). Sie sind auch noch nicht straffähig (vgl. Art. 3 des Bundesgesetzes über das Jugendstrafrecht, SR 311.1). Die gesamte Verantwortung liegt bei der (Kindergarten-)Lehrperson. Daraus ergibt sich auch das Erfordernis, dass Kindergartenkinder der ständigen Aufsicht bedürfen. Bei rund 40 Kindern, die auf einem Pausenhof oder Spielplatz spielen, dürfte es annähernd unmöglich sein, alle Kinder ständig gleichzeitig zu überblicken. Kommt es dann beispielsweise zu einem Streit zwischen zwei Kindern oder muss ein kleines Kind getröstet werden, nachdem es gestürzt ist – wobei es sich notorisch um ganz alltägliche Situationen und keineswegs um Ausnahme- oder Notfälle handelt – so ist die Lehrperson definitiv nicht mehr in der Lage, gleichzeitig auch noch sämtliche anderen Kinder zu beaufsichtigen. Es kommt hinzu, dass die Kinder in diesem Alter beispielsweise auch noch Hilfe benötigen, ihre Zwischenmahlzeit auspacken oder eine Frucht zu schälen. Der Betreuungsaufwand bei dieser Altersgruppe ist entsprechend hoch.

Ein Merkblatt der Fachstelle Kindergarten des Kantons Zürich hält fest, dass eine Kindergartenlehrperson bei einem Ausflug in den Wald alleine ohne Begleitperson nicht in der Lage sei, sicherzustellen, dass die Kinder nie unbeaufsichtigt seien. Eine Kindergarten-

lehrperson müsse einem entlaufenen Kind sofort folgen. Tue sie dies nicht, begehe sie eine grobe Pflichtverletzung. Fehle eine Begleitperson, gerate die Kindergartenlehrperson in ein Dilemma, denn sie könne dem entlaufenen Kind nur sofort folgen, wenn sie die übrige Gruppe pflichtwidrig verlasse, was wiederum eine schwere Pflichtverletzung darstellen könne (Merkblatt Haftung im Kindergarten [illustriert am Beispiel Waldkindergarten], im Internet abrufbar unter [www.stopper.ch](http://www.stopper.ch)). Dementsprechend muss bei einem Ausflug einer Kindergartenklasse in den Wald ein Betreuungsverhältnis von rund 1:10 gegeben sein. Dies dürfte im Kanton St. Gallen kaum abweichend vom Kanton Zürich praktiziert werden. Ein Betreuungsverhältnis von 1:40 auf dem Pausenplatz wäre auch verglichen damit auf jeden Fall ungenügend, selbst wenn ein Ausflug in den Wald in der Regel einen etwas grösseren Beaufsichtigungsaufwand nach sich ziehen dürfte als der Aufenthalt auf dem Pausenplatz. Es ist offenkundig, dass der vorgeschriebenen Sorgfaltspflicht bei der Beaufsichtigung von Kindergartenkindern damit nicht nachgekommen werden könnte.



b) Weitere Hinweise darauf, dass die Regelung dennoch diskriminierungsfrei umsetzbar wäre, ergeben sich nicht. Insbesondere besteht weder innerhalb der vier Arbeitsfelder noch bei einer Flexibilisierung mit den anderen Arbeitsfeldern ein wesentlicher Spielraum. Sodann sind die Schulträger ohne eine Änderung der kantonalen Regelung nicht in der Lage, mit den Kindergartenlehrpersonen generelle Pensumsaufstockungen zu vereinbaren. Dafür fehlt einerseits die gesetzliche Grundlage für den Regelfall, andererseits dürften den

(Schul-)Gemeinden auch die dafür nötigen Mittel fehlen (vgl. Art. 91<sup>quinquies</sup> VSG). Bei der gegebenen Sach- und Beweislage ist nicht damit zu rechnen, dass ein Gutachten noch entscheidende neue Sachverhaltsumstände aufdecken könnte. Abklärungen des Gerichts haben im Übrigen ergeben, dass es kaum möglich ist, überhaupt eine Sachverständige oder einen Sachverständigen zu finden, der bereit ist und sich selbst in der Lage sieht, die Bewertung der Arbeitsfelder im Berufsauftrag im Detail zu klären. Wäre die Regelung tatsächlich diskriminierungsfrei umsetzbar, so wäre es der Beklagte selbst, der dies gestützt auf das noch nicht lange zurückliegende Bewertungsverfahren vor Erlass des neuen Berufsauftrags am besten hätte aufzeigen können müssen. An ihm wäre es gelegen, darzulegen, wie man – unter Einbezug des notwendigen Fachwissens – zur Gewichtung der vier Arbeitsfelder sowie deren Flexibilisierungs-Bandbreiten gelangte und wie man dabei den je nach Schulstufe notorisch doch sehr unterschiedlichen Tätigkeits-Schwerpunkten Rechnung getragen hat. Entsprechende Unterlagen reichte er jedoch nicht ein und der Beweis gelang ihm nicht. Unter diesen Umständen ist nicht damit zu rechnen, dass ein Gutachter oder eine Gutachterin Anhaltspunkte für eine diskriminierungsfreie Umsetzbarkeit der kantonalen Regelung liefern könnte.

c) Nachdem auch für das Gericht keine Hinweise darauf ersichtlich sind, dass die kantonale Regelung diskriminierungsfrei umgesetzt werden könnte, sind keine weiteren Abklärungen mehr angezeigt.

9.- Insgesamt kann festgehalten werden, dass dem Kläger die Glaubhaftmachung der Diskriminierung der Kindergartenlehrpersonen durch die kantonale Regelung des Berufsauftrags gelungen ist. Der Beklagte vermochte den Beweis, dass die Regelung diskriminierungsfrei umsetzbar ist, nicht zu erbringen. Hinweise darauf, dass eine



diskriminierungsfreie Umsetzung dennoch möglich sein könnte, bestehen nicht. Damit erübrigen sich weitere Abklärungen. Die Klage ist somit gutzuheissen. Es ist festzustellen, dass die kantonale Regelung über den Berufsauftrag für Lehrpersonen, indem sie keine differenzierte Regelung bzw. Entlohnung der Pausenaufsicht vorsieht, die Kindergartenlehrpersonen im Sinne von Art. 3 GlG sowie Art. 8 Abs. 3 BV diskriminiert.

10.- Das Verfahren ist kostenlos (Art. 13 Abs. 5 GlG). Beim vorliegenden Verfahrensausgang hat der Kläger Anspruch auf Entschädigung der ausseramtlichen Kosten (Art. 98 VRP). Die Rechtsvertretung des Klägers reichte mit Eingabe vom 14. Februar 2019 eine Kostennote über den Betrag von Fr. 11'901.60 (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) ein. Sie machte einen Zeitaufwand von rund 45 Stunden geltend.

Vor der VRK beträgt das Honorar als Pauschale zwischen Fr. 1'500.– und Fr. 15'000.– (Art. 22 Abs. 1 lit. b der Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten, sGS 963.75, abgekürzt: HonO). Innerhalb dieses Rahmens wird das Honorar nach den besonderen Umständen, namentlich nach Art und Umfang der Bemühungen, der Schwierigkeit des Falles und den wirtschaftlichen Verhältnissen der Beteiligten bemessen (Art. 19 HonO).

Vorliegend handelt es sich um einen Fall mit einem knapp unterdurchschnittlichen Aktenumfang. Allerdings waren bereits die Aktiv- und Passivlegitimation sowie die Zulässigkeit der Feststellungsklage umstritten. Es stellten sich diverse nicht ganz alltägliche tatsächliche und rechtliche Fragen. Auf der anderen Seite mussten keine komplizierten Forderungen gestellt werden. Die Beweislast erleichterung zugunsten des Klägers gemäss Art. 6 GlG wirkte sich zudem aufwandmindernd aus. Die damalige Rechtsvertreterin verfasste am 4. Dezember 2017 eine Klage mit 14 Seiten, am 6. Februar 2018 eine Replik mit vier Seiten und am 4. Februar 2019 eine weitere kurze Eingabe. Eine mündliche Verhandlung fand nicht statt, allerdings war dem Verfahren vor der VRK ein Schlichtungsverfahren vorausgegangen. Ein Honorar von Fr. 15'000.–, was dem Höchstbetrag der ordentlichen Pauschale entspricht, ist nur in sehr aufwändigen Fällen zuzusprechen. Ein solcher liegt hier nicht vor. Der Schwierigkeitsgrad und der sich daraus ergebende notwendige anwaltliche Aufwand liegt knapp über dem Durchschnitt, weshalb eine Honorarpauschale von Fr. 8'500.– als



angemessen erscheint. Hinzuzuzählen sind die Barauslagen von Fr. 340.– (4% von Fr. 8'500.–; Art. 28<sup>bis</sup> Abs. 1 HonO). Die damalige Rechtsvertreterin hat die nach dem Wechsel des Mehrwertsteuersatzes von 8% auf 7,7% per 1. Januar 2018 erbrachten Leistungen separat in Rechnung gestellt. Sie war zudem erst ab 1. Januar 2018 mehrwertsteuerpflichtig. Gemäss Honorarnote beträgt der Anteil der nach dem 1. Januar 2018 erbrachten Leistungen rund 24% (10,59 h von 44,96 h). Dieser Verteilschlüssel ist auch bei dem neu festzusetzenden Honorar anzuwenden, weshalb die Mehrwertsteuer von 7,7% auf dem Betrag von Fr. 2'122.– (24% von 8'840.–) abzurechnen ist; dementsprechend sind Fr. 163.40 hinzuzuzählen (Art. 29 HonO), weshalb die ausseramtliche Entschädigung insgesamt Fr. 9'003.40 beträgt.

### Entscheid:

1. Die Klage wird gutgeheissen. Es wird festgestellt, dass die kantonale Regelung über den Berufsauftrag für Lehrpersonen, indem sie keine differenzierte Regelung bzw. Entlöhnung der Pausenaufsicht vorsieht, die Kindergartenlehrpersonen im Sinne von Art. 3 GIG sowie Art. 8 Abs. 3 BV diskriminiert.
2. Die amtlichen Kosten trägt der Staat.
3. Der Beklagte hat den Kläger für die ausseramtlichen Kosten mit Fr. 9'003.40 zu entschädigen.