

Art. 3 GIG, Verbot der Diskriminierung. Bietet ein Betrieb nur spezifische Frauen-Berufe an (und werden die Mitarbeitenden gleicher Funktion gleich entlohnt), liegt eine Diskriminierung nach dem Geschlecht nicht vor (Erw. 3.1).

Art. 28 ZGB, Art. 328 OR, (kein) Anspruch auf Gleichbehandlung. Der Eingriff in die Vertragsfreiheit ist nur ganz ausnahmsweise gerechtfertigt (Erw. 3.2).

Art. 2 ZGB, Art. 1, 2 und 319 OR, Bestimmung des Vertragsinhaltes. Tragweite einer vertraglichen Verweisung auf das kantonale Besoldungsrecht, Auswirkungen eines Grundsatzurteils des Verwaltungsgerichtes auf den privatrechtlichen Arbeitsvertrag (Erw. 3.3).

Sachverhalt:

Der Beklagte als privater Verein erbringt gemäss Vereinbarung mit der politischen Gemeinde die Dienstleistungen der spital-externen Krankenpflege in X. Die Klägerin arbeitete vom 2. Juli 1996 bis zum 31. März 2001 als Gemeindefrankenschwester beim Beklagten. Nachdem bekannt geworden war, dass das Zürcher Verwaltungsgericht einer Klage von Zürcher Krankenschwestern entsprochen und deren höhere Lohn-Einstufung angeordnet hatte, ersuchte die Klägerin den Beklagten mit Schreiben vom 28. November 2001 um entsprechende rückwirkende Lohn-Nachzahlungen. Der Beklagte lehnte das ab.

Der von der Klägerin angerufene Einzelrichter hiess die Klage teilweise gut. Dagegen richtet sich die Berufung des Beklagten.

aus den Erwägungen des Obergerichtes:

"3.1 Das verfassungsmässige Recht von Frauen und Männern auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit gilt vorweg innerhalb des nämlichen Betriebes. Im Rahmen der Rechtsanwendung von Amtes wegen wäre es zu berücksichtigen, wenn der Klägerin ein entsprechender Anspruch zustände. Ihre tatsächlichen Ausführungen geben dafür allerdings keine Grundlage, und die Akten drängen keine andere Beurteilung auf. Gegenteils scheint es, dass der Beklagte aus-

schliesslich Personal aus spezifischen Frauen-Berufen beschäftigt, was nach seiner Zielsetzung ja auch nahe liegt: Haushelferinnen und Hauspflegerinnen, Krankenpflegerinnen, Sarnerschwestern und Gemeindecrankenschwestern. Damit fällt eine geschlechtsspezifische Diskriminierung innerhalb des Betriebes ausser Betracht. Der Punkt ist nicht weiter zu verfolgen.

3.2 Der Einzelrichter hat sich auf den Grundsatz der Gleichbehandlung gestützt. Der Beklagte habe durchaus dem Entscheid des Verwaltungsgerichtes folgend Nachzahlungen geleistet, jedoch nur an Mitarbeiterinnen, welche weiterhin bei ihm tätig sind. Es bestehe aber kein sachlich vertretbarer Grund, die Klägerin als ehemalige Mitarbeiterin schlechter zu behandeln; diese habe vielmehr Anspruch auf Gleichbehandlung und damit auf die entsprechende Nachzahlung.

Der Beklagte lässt das in der Berufung nicht gelten. Nach seiner Auffassung erfolgten die Zahlungen an die weiterhin beschäftigten Frauen freiwillig und im Hinblick auf die prekäre Situation auf dem Arbeitsmarkt für Pflegepersonal; die Klägerin werde auch nicht als Einzelne oder mit wenigen Anderen anders behandelt als die noch im Dienst stehenden Personen; es gehe um fünf ehemalige Mitarbeiterinnen, welche zusammen einen Fünftel der Stellenprozente der weiterhin Beschäftigten inne hatten, also keine kleine Gruppe. Die Klägerin folgt demgegenüber der Argumentation des Einzelrichters. Das Verhältnis von 25 Begünstigten zu fünf Ausgeschlossenen gebiete zahlenmässig die Annahme einer die Persönlichkeit verletzenden Ungleichbehandlung. Sie legt ferner Wert darauf, dass die Zahlungen an die Weiterbeschäftigten aus der Sicht des Beklagten selbst nicht freiwillig waren, sondern als verbindlich verstandene Nachzahlungen für geleistete Arbeit.

In einem jüngsten Entscheid hat das Bundesgericht Tragweite und Grenzen des sogenannten Gleichbehandlungsgrundsatzes grundlegend (und restriktiv) abgesteckt: Soweit eine vertragliche Regelung vorliegt, ist vom Grundsatz der Vertragsfreiheit auszugehen, und es sind nach Art. 19 OR beliebige Differenzierungen zwischen einzelnen Arbeitnehmerinnen erlaubt. Das Bundesgericht formuliert pointiert, wer schlechter verhandle als seine Kollegen, müsse die sich daraus ergebenden schlechteren Bedingungen hinnehmen. Bei freiwilligen Leistungen und

Zulagen gebe es in Lehre und (teilweise) Praxis Vorbehalte gegenüber einer Ungleichbehandlung. Diese liessen sich aber immer nur punktuell rechtfertigen. Namentlich bedeute das Argument, der Arbeitgeber lasse sich von sachfremden Motiven leiten, nicht ohne weiteres eine rechtswidrige Ungleichbehandlung. Es gehöre zum Wesen der privatautonomen Vertragsfreiheit [zu ergänzen: der Parteien], selber zu bestimmen, welche Motive "sachfremd" sein sollen - wobei Spezialnormen vorbehalten seien wie das Gleichstellungs- oder das Heimarbeitsgesetz. Entgegen einem Teil der Lehre schliesst das Bundesgericht aus der Pflicht des Arbeitgebers, die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu schützen (Art. 328 OR, Art. 28 ZGB), nicht auf einen allgemeinen Grundsatz der Gleichbehandlung. Vielmehr bedürfe es auch bei einer unsachlichen und willkürlichen Entscheidung des Arbeitgebers zusätzlich des Umstandes, dass darin eine den Arbeitnehmer verletzende Geringschätzung seiner Persönlichkeit zum Ausdruck komme. Und diese letztere könne von vorneherein nur gegeben sein, wenn ein Arbeitnehmer gegenüber einer Vielzahl Anderer deutlich ungünstiger gestellt werde, nicht aber, wenn der Arbeitgeber bloss einzelne Arbeitnehmer besser stelle. Das Bundesgericht behält vor, dass die Besserstellung auch nur Einzelner für Andere nach dem Vertrauensprinzip als konkludente (generelle) Vertragsänderung erscheinen und so eine entsprechende Leistungspflicht auslösen kann (BGE 129 III 281 ff.).

Die Klägerin behauptet, der Beklagte habe sich aufgrund des Urteils des Verwaltungsgerichtes zur generellen Nachzahlung verpflichtet gefühlt, während der Beklagte darauf beharrt, auch die Zahlungen an die weiterhin Angestellten seien freiwillig gewesen. Das kann offen bleiben. Auch wenn die Klägerin den entsprechenden Presse-Berichten (welche nicht direkt vom Beklagten stammen) in guten Treuen entnehmen durfte, und selbst wenn es tatsächlich so war, dass sich der Beklagte zu den geleisteten Nachzahlungen verpflichtet fühlte (was er bestreitet), konnte und durfte die Klägerin dies nach dem Vertrauensprinzip nicht als konkludentes Angebot einer Vertragsänderung auffassen. Entscheidend ist, dass sie nicht mehr im Dienste des Beklagten stand und dass auch die anderen ehemaligen Mitarbeitenden effektiv von den Nachzahlungen ausgenommen waren; das entspricht dem zitierten Leitentscheid des Bundesgerichtes, welcher jenem Kläger die Berufung auf eine stillschweigende Vertragsänderung darum ver-

weigerte, weil ausser ihm eine grosse Zahl anderer ehemaliger Mitarbeiter ebenfalls von der nachträglichen Zahlung einer Gratifikation ausgeschlossen worden war.

Das Bundesgericht behält den Anspruch auf Gleichbehandlung vor, wenn "ein einzelner Arbeitnehmer" in persönlichkeitsverletzender Weise schlechter behandelt wird (BGE 129 III 283). Die gewählte Einzahl "*ein* Arbeitnehmer" ist wohl nicht wörtlich zu verstehen; auch die vom Bundesgericht angeführten Literaturstellen gehen davon aus, auch eine ganze (wenn auch kleine) Gruppe von Arbeitnehmern könne rechtswidrig schlechter gestellt sein. Die hier zu beurteilende Konstellation ist ein Grenzfall. Ein Sechstel der Mitarbeitenden resp. der Stellenprozentage ist an sich bereits ein relativ erheblicher Teil der ganzen Belegschaft. Andererseits kann es stossend sein, eine klare persönlichkeitsverletzende Schlechterstellung (nur) aufgrund dieses zahlenmässigen Verhältnisses als unangreifbar zu behandeln. Es ist mehr als auf das Verhältnis der Begünstigten zu den Schlechtergestellten auf die konkreten Umstände abzustellen.

Die Klägerin beanstandet, dass ihr mitgeteilt wurde, aus Geldmangel könne sie für die Nachzahlungen nicht berücksichtigt werden. Der Beklagte hat aber in dieser von der Klägerin angerufenen Mitteilung erläutert, er habe sich entschieden, die zur Verfügung stehenden Mittel nicht nur für Nachzahlungen an die Krankenschwestern, sondern auch für Hauspflegerinnen und Mitarbeiterinnen der Haus(halt)hilfe zu verwenden. Je nach Situation werden das die Betroffenen unterschiedlich bewerten: die Hauspflegerinnen (welche vom Urteil des Verwaltungsgerichtes eigentlich nicht betroffen sind) als grosszügig, die wie die Klägerin aus dem Dienst der Beklagten ausgeschiedenen Krankenschwestern als kleinlich. Es ist nicht völlig von der Hand zu weisen, wie der Beklagte argumentiert, dass die ausgeschiedenen Mitarbeiterinnen nicht weiter zur Arbeit des Vereins beitragen, währenddem er alles Interesse hat, die aktuellen Gemeindegliedern positiv zu motivieren und an sich zu binden. Der Punkt ist allerdings doch auch zu relativieren. Wenn die weiter im Dienst Stehenden die Nachzahlung nicht erhalten hätten, wären sie mit einem Wechsel zum Kanton als Arbeitgeber nicht besser gefahren: Für die Zukunft wären sie wohl in Lohnklasse 14 bezahlt worden, aber

für eine rückwirkende Zahlung des Kantons hätten die Voraussetzungen gefehlt, da sie in jenem Zeitraum ja gerade nicht beim Kanton unter Vertrag standen. Die Nachzahlungen an die nach wie vor beim Beklagten Angestellten, mag sie der Beklagte auch als freiwillig bezeichnen, sind wirtschaftlich nachträgliche Zusatzvergütungen für geleistete Arbeit. Unter diesem Aspekt drängt sich eine Zahlung an alle Personen auf, welche in der fraglichen Zeit für den Beklagten tätig waren; umgekehrt erscheint eine Differenzierung danach, wer im Zahlungszeitpunkt noch im Dienst der Spitex X. steht, nicht angebracht und objektiv nicht zu rechtfertigen.

Am schwierigsten zu beurteilen ist das letzte Element der referierten Konzeption des Bundesgerichtes: dass in der Schlechterstellung der Klägerin und ihrer Kolleginnen eine persönlichkeitsverletzende Geringschätzung zum Ausdruck kommen muss. Dem reinen Wortlaut nach ist das bei einer rein finanziellen Zurücksetzung schwer zu sehen. Das Element darf aber nicht allzu eng verstanden werden, sonst verliert der Grundsatz der Gleichbehandlung, den das Bundesgericht an sich anerkennt, und der ja praktisch immer auf Geldzahlungen hinausläuft, seinen Sinn. Unter den im Fall der Klägerin gegebenen Umständen erscheint es auch bei einem strengen Massstab gerechtfertigt, die Zurücksetzung der aus dem Arbeitsverhältnis ausgeschiedenen Mitarbeiterinnen als so stossend und ungerecht zu bewerten, dass das einer Persönlichkeitsverletzung gleichkommt.

Unter dem Titel des sogenannten Gleichbehandlungsgrundsatzes ist ein Anspruch der Klägerin demnach im Grundsatz zu bejahen.

3.3 Es bleibt der vertragliche Anspruch der Klägerin zu prüfen. Dabei geht es um die Tragweite des Verweises im privatrechtlichen Arbeitsvertrag auf das kantonale Besoldungssystem und um die Frage der Anwendung einer rückwirkenden Änderung dieses Systems.

a) Der Vertrag der Parteien bestimmte: "Die Festsetzung der Besoldung richtet sich nach den kantonalen Empfehlungen für Spitex-Tätige. Die Ausrichtung von Teuerungs- und Sozialzulagen erfolgt wie bei den kantonalen Angestellten".

Für die Bestimmung der Normal-Arbeitszeit wird verwiesen auf "die für das kantonale Personal gültigen Wochen-Arbeitszeiten". Am Ende bestimmte der Vertrag: "Wo die Bestimmungen dieses Vertrages nicht genügen, gelten sinngemäss die Bestimmungen des Reglementes für die Angestellten des Kantons Zürich". Ein "Personalreglement" des Beklagten ist nach seinem Wortlaut für alle Mitarbeitenden verbindlich (im schriftlichen Vertrag wird darauf freilich nicht hingewiesen, doch wurde es der Klägerin spätestens am 19. Dezember 1997 zugestellt, und mangels Widerspruch muss sie es nun gegen sich gelten lassen). Es enthält unter dem Titel "Lohn" den Unterabschnitt "Lohnkonzept" und bestimmt dabei was folgt: "Der Lohn basiert auf der Besoldungsverordnung des Kantons Zürich. Mitarbeiterinnen werden aufgrund ihrer Ausbildung und Berufserfahrung nach den Regeln des Spitex-Verbandes des Kantons Zürich eingestuft. - Die Einteilung in die Besoldungsklassen erfolgt auf Antrag der Spitex-Leitung an die Betriebskommission. Der Aufstieg in den Erfahrungsstufen erfolgt in der Regel per Ende des Kalenderjahres. - Eine Beförderung erfolgt gestützt auf systematische und kontinuierliche Leistungsbeurteilung". Entsprechend den Empfehlungen des Spitex-Verbandes wurde die Klägerin als diplomierte Krankenschwester für ihre Tätigkeit als Gemeindeschwester in Lohnklasse 12, Erfahrungsstufe 5 eingereiht.

Der Beklagte verweist darauf, dass die Regelung des Spitex-Verbandes für die einzelnen Gemeinde-Spitexdienste nicht verbindlich sei, sondern nur Empfehlungen enthalte. Das trifft zu. Wenn aber die kantonalen Besoldungsregeln für die Klägerin gelten, dann nicht, weil es der Spitex-Verband so anordnen würde (das tut er nicht), sondern weil der Beklagte diese Regeln freiwillig (und entsprechend der Empfehlung des Verbandes) zum Bestandteil des Arbeitsvertrages mit seinen Mitarbeiterinnen gemacht hat. Es ist wichtig, diesen Punkt klarzustellen: Im Verhältnis der Parteien besteht ein privatrechtlicher Anstellungsvertrag, welcher durch beidseitiges Unterschreiben einer Vertragsurkunde zustande gekommen ist. Der Inhalt dieses Vertrages bestimmt sich nach dem sogenannten Vertrauensprinzip danach, was die Parteien unter seinem Wortlaut als loyale und vernünftige Vertragsschliessende in guten Treuen verstehen durften und mussten.

Entgegen der Auffassung des Beklagten durfte und musste die Klägerin die Bestimmungen im Arbeitsvertrag nach Treu und Glauben so verstehen, dass für sie generell das kantonale Besoldungsrecht gelte. Wenn auch im (allgemeinen) Personalreglement der Titel (nur) "Lohn*konzept*" heisst, wurde im (speziellen) individuellen Arbeitsvertrag der Klägerin dann eben ohne weitere Vorbehalte bestimmt, dass sich "die Festsetzung der Besoldung" nach den kantonalen Empfehlungen (zu verstehen als: "... des Spitex-Verbandes") richte, welche ihrerseits die Übernahme des kantonalen Rechtes empfehlen. Dass der Vertrag ausdrücklich nur die "Teuerungs- und Sozialzulagen" nennt, konnte und musste die Klägerin nicht als Einschränkung verstehen. Das Personalreglement soll nach Auffassung des Beklagten weiter die Einteilung in die Besoldungsklassen, Stufenaufstiege und Beförderungen vorbehalten, was die Annahme einer verbindlichen Übernahme des kantonalen Rechtes verbiete. Die Argumentation des Beklagten ist nicht überzeugend. Tatsächlich stufte er die Klägerin entsprechend der Empfehlung des Verbandes ein, nämlich in die 12. Besoldungsklasse. Er zitiert das Reglement sodann unpräzis, denn den Aufstieg in den Erfahrungsstufen behält es nicht dem freien Ermessen des Arbeitgebers vor, sondern dieser erfolgt "in der Regel per Ende des Kalenderjahres". Das entspricht präzis der Konzeption der kantonalen Regelung, welche zwar aus fiskalischen Gründen in den letzten Jahren zum Teil ausgesetzt, zum Teil abgeschwächt wurde, dem ganzen Besoldungssystem aber immer noch als Prinzip zugrunde liegt. Eigentliche Beförderungen, nämlich Aufstieg in eine sogenannte Leistungsstufe oder in eine höhere Besoldungsklasse, erfolgen auch nach kantonalen Regelung nie nur zufolge Zeitablaufes, sondern nur aufgrund einer Leistungsbeurteilung (zu allem Personalverordnung LS 177.11 und VO zum Personalgesetz LS 177.111). Ein Widerspruch oder ein genereller Vorbehalt gegenüber dem kantonalen Recht war also aus dem Arbeitsvertrag der Klägerin nach Treu und Glauben nicht herauszulesen. Vielmehr durfte die vernünftige und korrekte Adressatin davon ausgehen, das kantonale Besoldungsrecht finde auf sie Anwendung.

Wie die Parteien in der Folge die Besoldung handhabten, ist nicht von primärer Bedeutung, es wäre denn, es könnte daraus klar abgeleitet werden, dass beide Seiten unter dem Wortlaut des Vertrages schon ursprünglich etwas anderes

verstanden oder dass man den Vertragsinhalt später (stillschweigend) änderte. Das ist nicht der Fall. Ende 1996 schrieb der Beklagte seinen Mitarbeiterinnen, der Kanton werde im folgenden Jahr die Löhne um 3% reduzieren. Zwar seien die Löhne "an die kantonalen Besoldungstabellen gekoppelt", man habe aber eine Lösung gefunden, die Lohnreduktion zu vermeiden. Auch Ende 1997 teilte der Beklagte seinen Mitarbeiterinnen "die Lohnansätze (...) basierend auf den kantonalen Lohntabellen" mit. Anfangs 1999 schrieb er ihnen: "Der Zürcher Regierungsrat verfolgt nach wie vor eine rigorose Sparpolitik. Da wir an die kantonalen Besoldungsrichtlinien gebunden sind, ist es uns leider nicht möglich, davon abzuweichen". Per 1. Juli 1999 reihte der Beklagte die Klägerin neu in der Erfahrungsstufe 6 ein; dabei nahm er nicht Bezug auf die kantonale Regelung. Im Dezember 1999 beschloss der Beklagte, seinen Mitarbeiterinnen eine (offenbar einmalige) Zulage auszurichten, gemäss "dem Vorschlag der Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich". Auf Anfang Januar 2000 gewährte der Beklagte seinen Mitarbeiterinnen einen generellen Stufenaufstieg, unter Bezugnahme auf einen "Vorschlag der Gesundheitsdirektion". Diesen unter sich nicht ganz einheitlichen Mitteilungen musste die Klägerin keinesfalls entnehmen, ihr Arbeitsverhältnis solle (künftig) nicht mehr an die Regelung des Kantons gebunden sein. Im Gegenteil durfte sie daraus schliessen, dass ihr vertraglicher Lohn sich nach oben und unten grundsätzlich entsprechend den kantonalen Vorgaben verändere und dass der Beklagte als besonderes Entgegenkommen in der Zeit der generellen Lohnreduktion für das Staatspersonal zu ihren Gunsten davon abgewichen war.

Damit ist bereits gesagt, dass die Verweisung auf die kantonale Regelung nicht eine "starre", auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses fixierte sein kann, sondern nach Treu und Glauben die Entwicklungen der kantonalen Besoldungen miteinbezieht. In einem anderen Zusammenhang, nämlich was die massgebende Fassung der Empfehlungen des Spitex-Verbandes betrifft, redet der Beklagte ausdrücklich einer "flexiblen" Verweisung auf die jeweils gültige Fassung der Empfehlungen das Wort. Es geht aber nicht an, die Tragweite einer Verweisung danach zu beurteilen, ob sie dem Beklagten nützt oder schadet. Vernünftigerweise durfte und musste die Klägerin die vertragliche Verweisung auf die kantonalen Lohnregelungen flexibel verstehen, und wie vorstehend anhand der Äusserungen

des Beklagten aufgezeigt, musste sie sich im Laufe des Arbeitsverhältnisses in dieser Annahme bestätigt fühlen.

Nun geht es zwischen den Parteien allerdings nicht (nur) darum, ob die kantonale Besoldungsverordnung gelten soll. Der Streit entzündete sich an dem Entscheid des Verwaltungsgerichtes vom 22. Januar 2001, welcher auf Klage von verschiedenen Berufsverbänden aus dem Pflegebereich festgestellt hatte, die Einreihung der Krankenschwestern im kantonalen Lohngefüge sei verfassungswidrig und den zwanzig Individual-Klägerinnen stehe eine Besoldungsnachzahlung zu. Der Beklagte legt nun Wert darauf, dass sein Arbeitsvertrag mit der Klägerin, wenn überhaupt, auf einen Rechtserlass verweise (auf die kantonale Besoldungsordnung), aber nicht auf die Rechtsprechung zu dessen Anwendung. "Kein Buchstabe und keine Zahl" der kantonalen Besoldungsverordnung seien durch das Urteil des Verwaltungsgerichtes ausser Kraft gesetzt worden. Die Parteien des vorliegenden Verfahrens seien vor Verwaltungsgericht nicht Partei gewesen, und das zitierte Urteil habe daher keine Rechtskraft für sie. Der Kanton (gegen welchen das Verfahren vor Verwaltungsgericht geführt wurde) sei ein öffentlich-rechtlicher Arbeitgeber und als solcher weit mehr als der privatrechtlich organisierte Beklagte an den Grundsatz der Gleichbehandlung gebunden. Im Betrieb des Beklagten seien endlich keine Polizisten beschäftigt, gegenüber welchen das Verwaltungsgericht eine Diskriminierung der Krankenschwestern feststellte; jenes Urteil könne auch aus diesem Grund die Ansprüche der heutigen Klägerin nicht stützen. Die Überlegungen des Beklagten sind an sich zutreffend: Materielle Rechtskraft im Sinne einer bindenden Wirkung für Folgeprozesse (und etwa für den heute zu entscheidenden Streit) kommt dem Urteil des Verwaltungsgerichtes für das Verhältnis der heutigen Parteien nicht zu. Der Staat hat bezüglich willkürfreiem und verfassungsmässigem Handeln strengeren Ansprüchen zu genügen als ein Privater (wenn sich auch der privat Angestellte auf das Verbot der geschlechtsspezifischen Lohndiskriminierung berufen kann). Der Beklagte beschäftigt ausschliesslich Angestellte in spezifischen Frauenberufen, und daher kann ihn den Vorwurf der Diskriminierung direkt nicht treffen (so schon vorstehend, Erw. 3.1). Das alles hilft dem Beklagten aber nicht. Durch den Verweis auf die kantonale Besoldungsregelung hat er sich dieser Ordnung unterworfen und das Ar-

beitsverhältnis mit der Klägerin auf diese Basis gestellt; freiwillig zwar, aber nicht in dem Sinn, dass er einzelne Konsequenzen aus dieser Unterstellung frei akzeptieren oder ablehnen könnte. Wenn die kantonalen Besoldungsregeln ändern, wenn auch aus Gründen, welche mit dem Beklagten nichts zu tun haben mögen, sind auch die neuen Regeln auf die Arbeitsverhältnisse des Beklagten mit seinen Mitarbeiterinnen anzuwenden. Nun trifft es zwar zu, dass das Urteil des Verwaltungsgerichtes nicht unmittelbar die Besoldungsordnung änderte, sondern einstweilen nur feststellte, dass diese die Krankenschwestern in verfassungswidriger Weise diskriminiere und dass die Individualklägerinnen Anspruch auf Nachzahlung hätten. Das Verwaltungsgericht stellte fest, die Krankenschwestern seien insofern diskriminiert, als sie nicht *mindestens* in der Lohnklasse 14 eingereiht seien. Die konkreten Beträge der geschuldeten Nachzahlungen waren wegen teils fehlender Belege noch nicht spruchreif (dazu das im vollen Wortlaut im Internet veröffentlichte Urteil VK96.00011/12). Die Parteien gehen aber übereinstimmend davon aus, dass der Kanton nicht nur den zwanzig Individualklägerinnen des Verwaltungsgerichtsverfahrens, sondern allen Beschäftigten der entsprechenden Berufsgruppen Lohnnachzahlungen ausrichtete, welche sich nach der Differenz des effektiv ausbezahlten Lohnes zu dem bemessen, was sich bei einer Einstufung in der 14. Lohnklasse ergeben hätte. Da die Arbeitsverhältnisse mit dem Beklagten auf die kantonale Regelung verweisen, durften die Mitarbeiterinnen nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass sie lohnmässig gleich gestellt sind, wie wenn sie als vom Kanton Angestellte den entsprechenden Regeln unterstünden. Diesfalls wären sie in den Genuss der Lohnnachzahlungen gekommen.

Der Beklagte reicht in der Berufung neu einen Entscheid des Verwaltungsgerichtes ein, welcher sich zur Anwendung des kantonalen Rechtes auf Mitarbeiterinnen einer Gemeinde-Spitex ausspricht und sie verwirft. Novenrechtlich ist dagegen nichts einzuwenden, denn dass die eingereichte Kopie das Urteil richtig wiedergibt, ist nicht zu bezweifeln (§ 115 Ziff. 2 ZPO), und für die rechtliche Argumentation gibt es ohnehin keine Beschränkung (§ 57 ZPO gilt für alle Instanzen und für jedes Verfahrensstadium). Der neu vorgelegte Entscheid basiert insofern auf anderen Grundlagen, als die Spitex Z. offenbar von der Gemeinde selber betrieben wird und die Mitarbeiterinnen demnach in einem öffentlichen Anstellungs-

verhältnis stehen (daher war offenbar auch das Verwaltungsgericht zuständig, und nicht das Bezirksgericht Z.). Die Verweisung auf die kantonalen Regeln ist zudem anders formuliert als im Falle der Parteien des heute zu entscheidenden Verfahrens. Das Verwaltungsgericht nahm an, das bedeute eine Verweisung nicht *tel quel*, sondern nur mit Bezug auf die Zahlen der einzelnen Besoldungsklassen, die Mitarbeiterinnen blieben aber dem eigenen Personalrecht der Gemeinde unterworfen; jedenfalls bestehe keine "Gefolgschaftspraxis" der Gemeinde, auf welche die Mitarbeiterinnen hätten vertrauen dürfen. Das Obergericht hat das Urteil des Verwaltungsgerichtes nicht zu überprüfen. Es ist sehr wohl möglich, dass es im dem Verwaltungsgericht vorgelegten Fall zum selben Entscheid gekommen wäre. Letztlich bleibt die Entscheidung, ob die Verweisung auf das kantonale Recht im konkreten Fall bindend ist oder nur eine unverbindliche Anlehnung bedeutet, eine Ermessensfrage. Sie kann nur aufgrund der konkreten Umstände und in Würdigung aller Details erfolgen. Dass das Obergericht die Verweisung für die heutige Klägerin als verbindlich betrachtet, wurde ausgeführt. Dass das Verwaltungsgericht einen ähnlich gelagerten Fall, dessen Details nicht alle bekannt sind, anders entschieden hat, gibt dem Obergericht nicht Anlass, seine Beurteilung zu ändern.

Für die Klägerin gilt demnach, dass sie grundsätzlich einen vertraglichen Anspruch auf Besoldung nach den Ansätzen der Lohnklasse 14 hätte, wenn sie weiterhin beim Beklagten arbeitete.

b) Besonderer Erörterung bedarf allerdings die von der Klägerin verlangte Rückwirkung. Dass die vorerst auch nur faktische Änderung der Besoldungssituation der vom Kanton angestellten Krankenschwestern von der vertraglichen Verweisung erfasst ist, ist das Eine. Zunächst gilt dies für künftige Besoldungen. Ein Anderes ist es, ob daraus ein Anspruch auf nachträgliche Vergütung für bereits geleistete Arbeit entsteht. Mit der vertraglichen Verweisung haben die Parteien grundsätzlich die bestehenden kantonalen Besoldungsregeln übernommen, zudem die künftigen Änderungen. Eine rückwirkende Besserstellung der Arbeitnehmerinnen geht einen entscheidenden Schritt weiter. Die Auslegung des Vertrages gibt auf diese Frage keine Antwort. Vielmehr geht es um die Ergänzung des in

diesem Punkt lückenhaften Vertrages. Diese ist nach dem hypothetischen Willen der Parteien vorzunehmen: Das Gericht hat die Regelung zu treffen, welche die Parteien vermutlich vereinbart haben würden, wären sie sich des Problems bewusst gewesen (Gauch/Schluep/Schmid/Rey, schweizerisches Obligationenrecht allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2003, Bd. II Rz. 1257).

Der verfassungsmässige Anspruch auf gleichen Lohn für gleiche Arbeit war bereits in Kraft, als die Parteien den Vertrag schlossen (der Grundsatz wurde 1981 als Zusatz zum damaligen Art. 4 BV in die Bundesverfassung aufgenommen). Die Diskussionen um die Diskriminierung der Frauenberufe und namentlich der Krankenpflege waren bekannt. Der Entscheid des Verwaltungsgerichtes kam von da her nicht völlig überraschend. Aus der Sicht der Klägerin war wesentlich, dass sie sich durch den Vertrag mit dem Beklagten nicht schlechter stellte, als wenn sie eine Stelle beim Kanton angenommen hätte. Wären der Entscheid des Verwaltungsgerichtes und die darauf beruhende Nachzahlung an alle entsprechenden Arbeitnehmerinnen des Kantons damals absehbar gewesen, hätte es nahe gelegen, zu Gunsten der Klägerin einen entsprechenden Vorbehalt in den Vertrag aufzunehmen. Ob der Beklagte dem zugestimmt hätte, kann heute nicht mehr festgestellt werden. Er selbst argumentiert aber mit der angespannten Situation auf dem Arbeitsmarkt für Pflegepersonal und damit, dass er in Konkurrenz zum Kanton stehe. Dann wäre ihm allerdings wohl gar keine andere Wahl geblieben, als der Klägerin ausdrücklich eine Besoldung nach kantonalen Ansätzen (und namentlich bei einem entsprechenden Entscheid des Verwaltungsgerichtes und/oder des Kantons auch rückwirkend) zuzugestehen. Aus damaliger Sicht wäre die Differenz von der effektiven 12. zur vorbehaltenen 14. Lohnklasse zwar nicht unbedeutend gewesen. Gleichwohl muss angenommen werden, dass der Beklagte sich damit abgefunden hätte, unter dem Eindruck der Konkurrenz möglicher Arbeitgeber hätte abfinden müssen.

Unter diesen Umständen ist das Begehren der Klägerin um Nachzahlung der Lohndifferenz gegenüber einer Einstufung in der Lohnklasse 14 auch auf vertraglicher Basis begründet.

3.4 Der Einzelrichter hat eine konkrete Berechnung vorgenommen, welche im Einzelnen den tatsächlich ausbezahlten Lohn dem gegenüberstellt, was die Klägerin bei anfänglicher Einstufung in die Lohnklasse 14 bezogen hätte. Der Beklagte anerkennt diese Berechnung grundsätzlich, was die geleisteten Stunden und die Stunden-Ansätze nach den Lohnklassen 12 resp. 14 angeht. Er beanstandet aber, dass der Einzelrichter nicht durchgehend für die Zeit vom 1. Januar 1997 bis Ende Juni 2001 eine Lohnkürzung von 3% einrechnete. Die Klägerin betrachtet die Berechnung des Einzelrichters ohne weitere Ausführungen als richtig.

Unbestritten ist, dass den kantonalen Angestellten in Zeiten besonders angespannter Staatsfinanzen der Lohn real gekürzt wurde. Wie sich aus den Akten ergibt, verzichtete der Beklagte im Sinne eines freiwilligen Entgegenkommens darauf, diese Lohnkürzung seinem Personal weiterzugeben. Zu vergleichen sind die tatsächlichen Bezüge der Klägerin (welche unbestritten sind) mit dem, was sie bei einer Einreihung in der 14. Lohnklasse erhalten hätte, also unter Berücksichtigung der Lohnreduktion für das Staatspersonal. Der Einzelrichter hat erwogen, der Beklagte habe diese Abzüge nicht substantiiert, und er rechnet daher nur mit den Abzügen, welche die Klägerin selber anerkennt. Im sozialen Arbeitsprozess stellt das Gericht allerdings den Sachverhalt von Amtes wegen fest (Art. 343 OR; wenn diese Bestimmung nicht gälte, hätte der Einzelrichter den Beklagten im Sinne von § 55 ZPO zur Präzisierung anhalten sollen). Es kommt hinzu, dass die seinerzeitigen Lohnkürzungen sowohl allgemein bekannt sind als nun auch in der Berufung vom Beklagten ausdrücklich belegt werden: Die Lohnkürzungen galten vom 1. Januar 1997 bis zum 30. Juni 2000, und die vom Einzelrichter angesprochene Reduktion der Kürzungen begünstigte nur die Lohnklassen 9 und tiefer; ab Lohnklasse 10 galt der volle Kürzungssatz von 3%.

Für das Jahr 1996 bleibt es beim Anspruch der Klägerin von Fr. 1'241.75. In den Jahren 1997 - 1999 ist der Vergleichslohn (Lohnklasse 14) um 3% zu kürzen. Im Einzelnen ergibt sich:

Jahr	Lohn nach LK 14	reduziert um 3%	tatsächlicher Lohn	Differenz
1997	Fr. 23'438.45	Fr. 22'735.30	Fr. 21'052.70	<u>Fr. 1'682.60</u>

1998	Fr. 19'947.60	Fr. 19'349.20	Fr. 17'917.20	<u>Fr. 1'432.--</u>
1999	Fr. 26'591.80	Fr. 25'794.05	Fr. 23'882.10	<u>Fr. 1'911.95</u>

Im Jahr 2000 wurde die Lohnkürzung per 1. Juli aufgehoben. Von den 209 Stunden des ganzen Jahres entfallen 163 auf das erste Halbjahr, 46 auf das zweite. Die Klägerin hätte also beim Kanton eine Lohnreduktion von 163 (Stunden) mal Fr. 39.31 (Stundenansatz) mal 3% (Kürzungssatz) oder Fr. 192.20 hinnehmen müssen. Das reduziert den vom Einzelrichter errechneten Anspruch von Fr. 836.-- auf neu Fr. 643.80.

Für das Jahr 2001 bleibt es wieder bei der Berechnung des Einzelrichters und damit bei Fr. 134.--.

Zusammen hat die Klägerin somit Fr. 7'046.10 zu gut."

Obergericht, II. Zivilkammer
Beschluss vom 10. März 2004
NE030024