

Daniel Kettiger

Zur Gehaltseinreihung von Richterinnen und Richtern: Anmerkungen zu BGE 138 I 321

In BGE 138 I 321 (Urteil 8C_63/2012 vom 30. August 2012) hat die I. Sozialrechtliche Abteilung des Bundesgerichts festgestellt, die Schlechterstellung der Mitglieder des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich gegenüber den Mitgliedern der anderen obersten kantonalen Gerichte bezüglich der Gehaltseinreihung sei zulässig. Der nachstehende Beitrag bespricht das Urteil und untersucht die Frage, wie überzeugend die Begründung des Urteils ausgefallen ist.

Zitiervorschlag: Daniel Kettiger, Zur Gehaltseinreihung von Richterinnen und Richtern: Anmerkungen zum BGE 138 I 321 in: «Justice - Justiz - Giustizia» 2013/1

Inhaltsübersicht

1. Einleitung
 - 1.1. Zur Problematik der Gehaltseinreihung von Richterinnen und Richtern allgemein
 - 1.2. Vorgeschichte des beurteilten Falls
2. Auszug aus den Erwägungen des Bundesgerichts
3. Anmerkungen aus fachlicher Sicht
 - 3.1. Art. 74 der Zürcher Kantonsverfassung als Ausgangspunkt
 - 3.2. Betrachtung aus Sicht allgemeiner Grundsätze der Gehaltseinreihung
 - 3.3. Schluss (oder: es gibt noch viel zu tun)

1. Einleitung

1.1. Zur Problematik der Gehaltseinreihung von Richterinnen und Richtern allgemein

[Rz 1] Die Besoldung der Richterinnen und Richter war in der Schweiz bisher kaum ein Thema, das in genereller Weise diskutiert wurde. In der einschlägigen Literatur zur Justizverwaltung findet sich diesbezüglich wenig, und die entsprechenden Ausführungen stehen meistens im Zusammenhang mit der richterlichen Unabhängigkeit.¹ Noch weniger thematisiert wurde in der Lehre und Rechtsprechung die Frage der Gehaltseinreihung von Richterinnen und Richtern. Dass sich Gerichte mit der Gehaltseinreihung von Richterkolleginnen und Richterkollegen befassen müssen, ist für die Schweiz ebenfalls bemerkenswert. Dementsprechend erscheint eine kritische Würdigung des Urteils 8C_63/2012 vom 30. August 2012 als angezeigt.

1.2. Vorgeschichte des beurteilten Falls

[Rz 2] Der Fall hat eine fast 20-jährige Vorgeschichte². Im Rahmen der Schaffung des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich legte der Kantonsrat im Beschluss über die Festsetzung der Besoldungen der Mitglieder des Sozialversicherungsgerichts vom 3. Januar 1994³ die jährliche Besoldung vollamtlicher Mitglieder im ersten Dienstjahr im ersten Maximum der Besoldungsklasse 27 der Beamtenverordnung fest. Die Besoldung der Richterinnen und Richter am Ober- und am Verwaltungsgericht richtete sich demgegenüber für das erste Dienstjahr nach dem ersten Maximum der Besoldungsklasse 29 der Beamtenverordnung. Nach

dem Inkrafttreten des Personalgesetzes vom 27. September 1998⁴ stellte das Plenum des Sozialversicherungsgerichts dem Kantonsrat Antrag, die Richterinnen und Richter am Sozialversicherungsgericht ebenfalls in die Lohnklasse 29 einzureihen. Der Kantonsrat lehnte diesen Antrag am 24. September 2001 mit 7 zu 65 Stimmen ab.⁵

[Rz 3] Im Zuge der Anpassung der Beschlüsse betreffend die Besoldung der Richterinnen und Richter an den obersten kantonalen Gerichten an eine Revision des kantonalen Personalrechts stellten die Mitglieder des Sozialversicherungsgerichts am 6. September 2010 den Antrag, wie die Mitglieder des Ober- und des Verwaltungsgerichts in Lohnklasse 29 eingereiht zu werden. Mit Beschluss vom 28. Februar 2011⁶ setzte der Kantonsrat des Kantons Zürich die Anfangsbesoldung der Richterinnen und Richter am Sozialversicherungsgericht rückwirkend per 1. Januar 2011 fest. In Ziff. I.I. Abs. 1 traf er folgende Anordnung: «Die jährliche Besoldung der vollamtlichen Mitglieder des Sozialversicherungsgerichts entspricht im ersten Dienstjahr Lohnstufe 17 der Lohnklasse 27 gemäss Anhang 2 zur Vollzugsverordnung zum Personalgesetz vom 19. Mai 1999».

[Rz 4] Sämtliche zu jenem Zeitpunkt am Sozialversicherungsgericht tätigen ordentlichen Richterinnen und Richter liessen am 15. April 2011 beim Verwaltungsgericht des Kantons Zürich Beschwerde gegen Ziff. I.I. Abs. 1 des am 18. März 2011 im Amtsblatt des Kantons Zürich publizierten Beschlusses⁷ führen. Auf den in der Beschwerdeantwort vom Kantonsrat gestellten verfahrensrechtlichen Antrag, das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich habe gesamthaft in den Ausstand zu treten, trat der Präsident der 4. Abteilung des Verwaltungsgerichts mit Verfügung vom 15. Juli 2011 nicht ein. Mit Urteil des Bundesgerichts 8C_712/2011 vom 18. Oktober 2011 wies das Bundesgericht die vom Kantonsrat dagegen eingereichte Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ab, soweit es darauf eintrat. Mit Entscheidung vom 6. Dezember 2011 wies das Verwaltungsgericht die Beschwerde vom 15. April 2011 ab.

[Rz 5] Die 13 betroffenen Richterinnen und Richter führen Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten mit dem Antrag, es sei Ziff. I.I. Abs. 1 des Beschlusses des Kantonsrats vom 28. Februar 2011 über die Festsetzung der Besoldungen der Mitglieder des Sozialversicherungsgerichts aufzuheben und es seien diese rückwirkend auf den 1. Januar 2011 in der Lohnklasse 29 gemäss Anhang 2 zur

¹ Vgl. z.B., Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, Bern 1960, S. 242 ff.; Die Stellung des Richters im neuen Personalgesetz, in: Aspekte der richterlichen Unabhängigkeit und Richter(aus)wahl, Liestal 2000, S. 79 ff.; Richterliche Unabhängigkeit, Bern 2001, S. 289 ff.

² Die Vorgeschichte wurde modifiziert dem im Internet publizierten BGE 8C_63/2012 entnommen und mit dem Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 6. Dezember 2011 abgeglichen.

³ Beschluss des Kantonsrates über die Festsetzung der Besoldungen der Mitglieder des Sozialversicherungsgerichts vom 3. Januar 1994, LS 212.83.

⁴ Die Vorgeschichte wurde modifiziert dem im Internet publizierten BGE 8C_63/2012 entnommen und mit dem Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 6. Dezember 2011 abgeglichen.

⁵ Die Vorgeschichte wurde modifiziert dem im Internet publizierten BGE 8C_63/2012 entnommen und mit dem Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 6. Dezember 2011 abgeglichen.

⁶ KR-Nr. 285a/2010, 208. Sitzung, Montag, 28. Februar 2011, 14.30 Uhr, Prot. KR 2007-2011, S. 13739 ff.

⁷ ABI 729 2011.

Vollzugsverordnung vom 19. Mai 1999 zum Personalgesetz des Kantons Zürich einzureihen, entsprechend dem Antrag der Minderheit der Justizkommission des Kantonsrats vom 30. November 2010. Eventualiter sei der Kantonsrat anzuweisen, die entsprechende Einreihung vorzunehmen. Subeventualiter sei die Sache zu neuem Beschluss an den Kantonsrat zurückzuweisen. Der Kantonsrat beantragte die Abweisung der Beschwerde.⁸

[Rz 6] Die I. Sozialrechtliche Abteilung wies die Beschwerde mit dem vorliegend besprochenen Urteil vom 30. August 2012 ab.⁹

2. Auszug aus den Erwägungen des Bundesgerichts

2. Bei der Prüfung der Verfassungsmässigkeit eines kantonalen Erlasses im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts massgebend, ob der betreffenden Norm nach anerkannten Auslegungsregeln ein Sinn beigemessen werden kann, der sie mit den angerufenen Verfassungsgarantien vereinbar erscheinen lässt. Das Bundesgericht hebt eine kantonale Norm nur auf, wenn sie sich jeder verfassungskonformen (bzw. mit dem höherstufigen Bundesrecht vereinbaren) Auslegung entzieht, nicht jedoch, wenn sie einer solchen in vertretbarer Weise zugänglich bleibt (BGE 137 I 77 E. 2 S. 82 mit Hinweisen).

3. 3.1 Die Beschwerdeführer rügen eine Verletzung des Rechtsgleichheitsgebots (Art. 8 Abs. 1 und Art. 11 Abs. 1 der Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005 (KV/ZH;), indem den Mitgliedern des Sozialversicherungsgerichts aufgrund des angefochtenen Besoldungsbeschlusses eine gegenüber den Mitgliedern des Ober- und des Verwaltungsgerichts um zwei Lohnklassen tiefere Einstufung zugestanden werde. Sie machen zudem geltend, die besoldungsmässige Ungleichbehandlung verstosse gegen das Willkürverbot (Art. 9 BV), da sie offensichtlich unhaltbar sei und dem Gerechtigkeitsgedanken in stossender Weise zuwiderlaufe.

3.2 Das Gebot der rechtsgleichen Behandlung (Art. 8 Abs. 1 BV) – und der mit diesem eng verbundene Grundsatz des Willkürverbots (Art. 9 BV) – ist verletzt, wenn ein Erlass hinsichtlich einer entscheidungswesentlichen Tatsache rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder wenn er Unterscheidungen unterlässt, die sich auf Grund der Verhältnisse aufdrängen. Die Rechtsgleichheit ist verletzt, wenn Gleiches nicht nach Massgabe seiner Gleichheit gleich oder Ungleiches nicht nach Massgabe seiner Ungleichheit

ungleich behandelt wird. Die Frage, ob für eine rechtliche Unterscheidung ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen ersichtlich ist, kann zu verschiedenen Zeiten unterschiedlich beantwortet werden, je nach den herrschenden Anschauungen und Zeitverhältnissen. Dem Gesetzgeber bleibt im Rahmen dieser Grundsätze und des Willkürverbots ein weiter Spielraum der Gestaltung, den das Bundesgericht nicht durch eigene Gestaltungsvorstellungen schmälert (BGE 137 V 121 E. 5.3 S. 125 mit Hinweisen).

3.3 Dies gilt insbesondere auch in Besoldungsfragen im öffentlich-rechtlichen Dienstrecht. Den politischen Behörden steht bei der Ausgestaltung der Besoldungsordnung ein grosser Spielraum zu. Innerhalb der Grenzen des Willkürverbots und des Rechtsgleichheitsgebots sind sie befugt, aus der Vielzahl denkbarer Anknüpfungspunkte die Tatbestandsmerkmale auszuwählen, die für die Einteilung und Besoldung massgebend sein sollen, und damit festzulegen, welche Kriterien eine Gleich- bzw. eine Ungleichbehandlung rechtfertigen. Verfassungsrechtlich wird verlangt, dass sich die für die Besoldungshöhe relevanten Anknüpfungspunkte vernünftig begründen lassen. In der Gerichtspraxis werden Motive wie Alter, Dienstalter, Erfahrung, Leistung, Aufgabenbereich oder übernommene Verantwortung als sachliche Kriterien zur Festlegung der Besoldungsordnung erachtet (BGE 131 I 105 E. 3.1 S. 107; 129 I 161 E. 3.2 S. 165; 123 I 1 E. 6b S. 8; 121 I 102 E. 4c S. 105; 121 I 49 E. 3b S. 51; Urteil des Bundesgerichts vom 28. Juni 2011 E. 5.3; vom 23. März 2011 E. 6.2).

4. 4.1 Gemäss Art. 73 Abs. 3 KV/ZH verwalten sich die Gerichte unter der Leitung der obersten kantonalen Gerichte selbst. Art. 74 Abs. 2 KV/ZH bezeichnet Ober-, Verwaltungs- und Sozialversicherungsgericht als oberste kantonale Gerichte. Damit erlangen diese verfassungsmässigen Bestand. Nach den zutreffenden Erwägungen des kantonalen Gerichts kann allein daraus jedoch kein Grundsatz der völligen Gleichstellung der erwähnten Instanzen (vgl. NIKLAUS SCHMID, in: Kommentar zur Zürcher Kantonsverfassung, 2007, N. 1 ff. zu Art. 74 KV/ZH) und somit auch keine Pflicht zur Gleichstellung ihrer Mitglieder im Hinblick auf die Besoldung abgeleitet werden.

4.2 4.2.1 Die Vorinstanz legt im angefochtenen Entscheid zutreffend dar, dass das Obergericht in erster Linie als Rechtsmittelinstanz in zivil- und strafrechtlichen Angelegenheiten zuständig ist (§ 48 ff. des Gesetzes des Kantons Zürich vom 10. Mai 2010 über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess (GOG; LS 211.1), für welche gemäss Kantonsverfassung zwei gerichtliche Instanzen vorgesehen sind (Art. 76 KV/ZH). Als Rechtsmittelinstanz in verwaltungsrechtlichen Angelegenheiten ist das Verwaltungsgericht zuständig (Art. 41 ff. VRG/ZH). Für verwaltungsrechtliche Anordnungen gewährleistet das Gesetz die wirksame Überprüfung durch eine Rekursinstanz sowie den Weiterzug an ein Gericht (Art. 77 Abs. 1 KV/ZH). Aufgrund einer statistischen Würdigung der Tätigkeitsgebiete der beiden Gerichte hat die Vorinstanz für das Bundesgericht verbindlich

⁸ Die Beschwerdeschrift liegt dem Kommentator in Kopie vor.

⁹ BGE 8C_63/2012 der I. Sozialrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom 30. August 2012, nun in der amtlichen Sammlung unter BGE 138 I 321 als Leitentscheid publiziert.

festgestellt (Art. 97 Abs. 1), dass Ober- und Verwaltungsgericht in über 90 Prozent der Fälle nicht als einzige, sondern als Behörde urteilen, welche erstinstanzliche Entscheide unterer kantonalen Gerichte überprüft. Dies wird von den Beschwerdeführern nicht in Frage gestellt.

4.2.2 Eine entsprechende Bestimmung für das Sozialversicherungsgericht fehlt in der Kantonsverfassung. Dieses beurteilt als einzige kantonale Instanz Beschwerden und Klagen auf dem Gebiet des Sozialversicherungsrechts (§§ 2 und 3 GSVGer; ZÜND/PFIFFNER RAUBER, Gesetz über das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, 2. Aufl. 2009, S. 17 ff.; vgl. auch Art. 57 ATSG [], welcher für das von diesem Gesetz erfasste Bundessozialversicherungsrecht eine einzige kantonale Instanz vorschreibt; dazu: UELI KIESER, ATSG-Kommentar, 2. Aufl. 2009, N. 6 zu Art. 57 ATSG).

4.2.3 Das Verwaltungsgericht führt im angefochtenen Entschcheid aus, das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich urteile zwar als höchste, jedoch— im Gegensatz zum zur Hauptsache als zweite oder dritte kantonale Instanz zuständigen Ober- und Verwaltungsgericht— als einzige kantonale Gerichts- bzw. Rechtsmittelinstanz. Dem Sozialversicherungsgericht sei keine gerichtliche Behörde vorgelagert. Die vorinstanzlichen Erwägungen, wonach das in Art. 52 Abs. 1 ATSG vorgesehene Einspracheverfahren daran nichts ändern, sind zutreffend. Das sozialversicherungsrechtliche Einspracheverfahren ist zwar ein rechtsmittelmässiger Prozess, der jedoch Teil des erstinstanzlichen Verwaltungsverfahrens bildet (BGE 133 V 50 E. 4.2.2 S. 55; KIESER, a.a.O., N. 2 zu Art. 52 ATSG). Es lässt sich daher nicht mit dem im Verwaltungsrecht teilweise vorgesehenen verwaltungsinternen Rekursverfahren vergleichen (ISABELLE HÄNER, in: Kommentar zur Zürcher Kantonsverfassung, 2007, N. 7 ff. zu Art. 77 KV/ZH). In der Invalidenversicherung als dem weitaus grössten Sachgebiet der Bundessozialversicherung entfällt zudem die Einsprachemöglichkeit (Art. 57a IVG; KIESER, a.a.O., N. 48 zu Art. 52 ATSG).

5. 5.1 Nach den Feststellungen der Vorinstanz liegt bei einer Einreihung der Mitglieder des Sozialversicherungsgerichts in die Lohnklasse 27 deren Besoldung tiefer als jene der Mitglieder von Ober- und Verwaltungsgericht, aber höher als die übliche Besoldung der Mitglieder der Bezirksgerichte. Aus der Tatsache, dass Verwaltungs- und Obergericht zur Hauptsache als zweite oder dritte kantonale Instanz tätig sind, während das Sozialversicherungsgericht als einzige Gerichts- bzw. Rechtsmittelinstanz waltet, folgert die Vorinstanz, es bestehe in funktionaler Hinsicht ein gewichtiger Unterschied zwischen den drei obersten kantonalen Gerichten, welcher erheblich genug sei, um eine lohnmässig tiefere Einstufung der Mitglieder des Sozialversicherungsgerichts gegenüber jenen des Ober- und des Verwaltungsgerichts sachlich zu rechtfertigen.

5.2 Die Beschwerdeführer sind allerdings der Auffassung, der Status des Sozialversicherungsgerichts als einzige

kantonale Rechtsmittelinstanz vermöge keine unterschiedliche Besoldung zu begründen. Auch wenn dessen Mitglieder als einzige Instanz urteilten, ändere dies nichts daran, dass es sich wie bei Ober- und Verwaltungsgericht nicht nur um ein oberstes kantonales Gericht im Sinne von Art. 74 Abs. 2 KV/ZH, sondern auch um ein oberes Gericht und damit um eine Vorinstanz zum Bundesgericht gemäss Art. 75 Abs. 2, 80 Abs. 2 und 86 Abs. 2 BGG handle. Da das Sozialversicherungsgericht den beiden anderen kantonalen Gerichten verfassungs- und gesetzmässig hinsichtlich Status und Funktion gleichgestellt sei, verbiete sich eine besoldungsmässige Ungleichbehandlung.

5.3 5.3.1 Es ist nicht zu bezweifeln, dass die Mitglieder des kantonalen Sozialversicherungsgerichts eine anspruchsvolle Aufgabe mit hoher Verantwortung zu erfüllen haben. Die an eine richterliche Tätigkeit zu stellenden Grundanforderungen treffen jedoch für alle Gerichtsinstanzen zu, unabhängig davon, ob sie erstinstanzlich für die richtige und vollständige Sachverhaltsfeststellung und die richtige Rechtsanwendung verantwortlich sind oder als Rechtsmittelinstanz den Entscheid der Vorinstanz überprüfen. Bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung der gerügten Ungleichbehandlung darf jedoch berücksichtigt werden, dass das Sozialversicherungsgericht in erster Linie Verwaltungsverfügungen bzw. Einspracheentscheide zu beurteilen hat und somit erstinstanzlich tätig wird, während Ober- und Verwaltungsgericht in der überwiegenden Anzahl der Fälle gerichtliche Entscheidungen auf ihre Rechtmässigkeit hin überprüfen. Auch wenn Bundesgerichtsgesetz und Kantonsverfassung den oberen bzw. obersten kantonalen Gerichten diesbezüglich keine besondere Funktion zuweisen (vgl. allerdings Art. 76 KV/ZH), handelt es sich bei der Frage, ob ein Gericht erstinstanzlich oder als Rechtsmittelbehörde tätig ist, um ein prägendes Merkmal der Gerichtsbarkeit. Die Stellung eines Gerichts im Instanzenzug bzw. dessen rechtsprecherische Tätigkeit stellt daher ein sachliches Kriterium dar. Sie betrifft eine rechtliche Unterscheidung, die als vernünftiger Grund für die Lohndifferenz gelten kann (vgl. E. 3.2 f. hievor). Dass die funktional verschiedenen Zuständigkeiten eines Gerichts in diesem Zusammenhang nicht ohne Einfluss sind, zeigt sich nicht zuletzt auch mit Blick auf die Bezirksgerichte, deren Mitglieder (noch) tiefer besoldet werden, als jene des Sozialversicherungsgerichts.

5.3.2 Den Beschwerdeführern ist durchaus zuzugestehen, dass auch vertretbare Gründe vorliegen mögen, welche gegen eine ungleiche Entlohnung sprechen können. Dies zeigt insbesondere auch ein Blick auf die von diesen erwähnte Diskussion der Vorlage im Kantonsrat, wo das System gleich hoher Löhne für die obersten kantonalen Gerichte relativ knapp verworfen wurde (Protokoll des Zürcher Kantonsrats 2007-2011, S. 13739-13758, Sitzung vom 28. Februar 2011). Insofern sich der beanstandete Besoldungsunterschied zwischen den Mitgliedern des Sozialversicherungsgerichts und jenen des Ober- und des Verwaltungsgerichts jedoch auf

objektive Motive stützen kann und mit sachlich haltbaren Argumenten begründen lässt, verstösst er als solcher weder gegen das Willkürverbot noch gegen die Rechtsgleichheit.

5.3.3 Soweit die Beschwerdeführer geltend machen, die Vorinstanz begründe nicht, inwiefern der funktionale Unterschied (einzige Instanz statt vorwiegend zweite kantonale Instanz) für die Frage der Besoldung relevant sein sollte, kann ihnen nicht gefolgt werden. Die Gesichtspunkte, welche als sachlicher Grund für die Unterscheidung sprechen, werden im angefochtenen Entscheid in ausreichender Weise zur Sprache gebracht, weshalb die Begründungspflicht gewahrt ist.

5.3.4 Den Beschwerdeführern ist darin beizupflichten, dass dem kantonalen Sozialversicherungsgericht, gemeinsam mit Ober- und Verwaltungsgericht, die Funktion einer Vorinstanz zum Bundesgericht und damit eines oberen Gerichts im Sinne der genannten Bestimmungen des BGG zukommt. Diese bundesrechtliche wie auch die ins Feld geführten kantonalrechtlichen Gemeinsamkeiten der drei verfassungsmässig obersten kantonalen Gerichte (gemeinsame Justizverwaltung, Prüfung von Beschwerden gegen Erlasse, Gleichbehandlung des Gerichtspersonals, Wählbarkeitsvoraussetzungen [Art. 40 KV/ZH], Wahl durch den Kantonsrat, Wahlorgan und Vorgesetzte des Generalsekretärs sowie des juristischen und administrativen Personals) vermögen nichts daran zu ändern, dass eine wesentliche Ungleichheit und damit ein sachlicher Grund für die unterschiedliche Besoldung der Mitglieder des Sozialversicherungsgerichts ausschlaggebend ist. Wie die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat, ist nicht massgebend, ob auch andere Kriterien eine Lohn Differenz zu rechtfertigen vermöchten oder ob das Nichtabstellen auf weitere Kriterien die Rechtsgleichheit verletzt, sondern ob das konkret gewählte Kriterium des funktionalen Unterschiedes zwischen den obersten kantonalen Gerichten sachlich begründet ist und verfassungsmässig standhält. Wie bereits dargelegt, besitzen die kantonalen Behörden bei der Ausgestaltung ihrer Besoldungsordnung einen erheblichen Spielraum (E. 3.2 hievor). Das Bundesgericht greift von Verfassungs wegen bloss ein, wenn der Kanton mit den Unterscheidungen, die er trifft, eine Grenze zieht, die sich nicht vernünftig begründen lässt, die unhaltbar und damit in den meisten Fällen auch geradezu willkürlich ist (BGE 131 I 105 E. 3.1 S. 107; 129 I 161 E. 3.2 S.165; Urteil des Bundesgerichts vom 2. April 2008 E. 5). Dies trifft vorliegend nach dem Gesagten (E. 5.3.1) nicht zu.

5.3.5 Das Bundesrecht schreibt dem Kanton keine bestimmte Wahl der Bemessungskriterien vor. Ein Vergleich mit der zum Bildungsbereich ergangenen Rechtsprechung des Bundesgerichts führt insofern nicht weiter, als sich die richterliche Tätigkeit durchaus an anderen Massstäben orientieren kann. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer ergeben sich auch aus dem kantonalen Personalgesetz keine verbindlichen Vorgaben. Gemäss § 1 Abs. 3 des Gesetzes des Kantons Zürich vom 27. September 1998 über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals (Personalgesetz; LS 177.10)

findet dieses auf die Mitglieder der obersten Gerichte keine Anwendung. Folglich verstösst es nicht gegen das Willkürverbot, wenn die Besoldungseinreihung der Mitglieder des Sozialversicherungsgerichts nicht gemäss den personalrechtlich relevanten Kriterien von § 8 Abs. 2 der kantonalen Personalverordnung vom 16. Dezember 1998 (LS 177.11) begründet wurde. Die Einwendungen der Beschwerdeführer erweisen sich daher als unbehelflich. Es liegt im Ermessen der kantonalen Behörde und entzieht sich damit der Bewertung des Bundesgerichts, wenn sie die funktionale Stellung im Instanzenzug als massgeblich betrachten will.

5.3.6 Wenn der Kanton Zürich, anders als andere Kantone – in denen sozialversicherungsrechtliche Streitigkeiten teilweise durch das Verwaltungsgericht beurteilt werden – für die obersten kantonalen Gerichte keine einheitliche Einstufung der Richterinnen und Richter vorgesehen hat und auch die Besoldung am Bundesgericht nicht vom Rechtsgebiet abhängt, stellt dies keine Verletzung der Rechtsgleichheit dar. Die Rechtsgleichheit bezieht sich nur auf den Zuständigkeitsbereich ein und derselben Behörde (BGE 133 I 249 E. 3.4 S. 255; 125 I 173 E. 6c S. 179). Aufgrund der föderalistischen Grundordnung der Schweiz ist die Organisation der kantonalen Gerichtsbehörden unterschiedlich geregelt. Die Kantone sind nicht verpflichtet, ein einheitliches oberes Gericht für sämtliche öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zu schaffen (ESTHER TOPHINKE, in: Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl. 2011, N. 14 zu Art. 86 BGG) und müssen von daher auch keine einheitliche Besoldung vorsehen.

5.3.7 Da überdies kein Anspruch auf rechtsgleiche Behandlung durch unterschiedliche kantonale Behörden besteht, welche zudem nicht der gleichen Aufsicht unterstehen (Urteil des Bundesgerichts vom 25. Februar 2002 E. 5.1.1), hat die Vorinstanz das Argument der Beschwerdeführer bezüglich einer gleichen Einreihung der Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreiber an Ober-, Verwaltungs- und Sozialversicherungsgericht zu Recht verworfen. Aus demselben Grund hat es mit Blick auf die in die Kompetenz des Regierungsrates bzw. der obersten Gerichte fallende Zuständigkeit auch hinsichtlich der lohnmassigen Einstufung des Generalsekretärs in Lohnklasse 28 eine Verletzung des Rechtsgleichheitsgebots verneint. Dies ist mit Blick auf das in E. 3.3 Gesagte nicht zu beanstanden.

6. Die Zulässigkeit der Lohnunterschiede ist auch eine Frage des Ausmasses (vgl. bereits erwähntes Urteil des Bundesgerichts vom 28. Juni 2011 E. 5.5). Nach den Darlegungen der Vorinstanz liegt die Differenz der Jahresbesoldungen zwischen den Mitgliedern des Sozialversicherungsgerichts und jenen des Ober- und des Verwaltungsgerichts bei rund 13 Prozent. Es ist mit Blick auf den dem Kanton in Besoldungsfragen zukommenden Spielraum (E. 3) nicht zu beanstanden, wenn das kantonale Verwaltungsgericht zum Schluss gelangt, dies sei zwar nicht unerheblich, im Hinblick auf den funktionellen Unterschied jedoch verfassungsmässig

vertretbar. Die Beschwerdeführer machen im Übrigen nicht geltend, der beanstandete Besoldungsunterschied halte sich nicht in einem vernünftigen Rahmen. Dieser erscheint jedenfalls nicht unvertretbar.»

3. Anmerkungen aus fachlicher Sicht

3.1. Art. 74 der Zürcher Kantonsverfassung als Ausgangspunkt

[Rz 7] Art. 74 Abs. 2 der Verfassung des Kantons Zürich (KV)¹⁰ bezeichnet Ober-, Verwaltungs- und Sozialversicherungsgericht als oberste kantonale Gerichte. Damit erlangen diese drei Gerichtsbehörden verfassungsmässigen Bestand. Rätselhaft ist, wie das Bundesgericht zum Schluss kommt, dass «allein daraus jedoch kein Grundsatz der völligen Gleichstellung der erwähnten Instanzen [...] und somit auch keine Pflicht zur Gleichstellung ihrer Mitglieder im Hinblick auf die Besoldung abgeleitet werden»¹¹ könne. Die gesamten Materialien zur KV¹² sowie die einschlägige Kommentierung¹³ geben - entgegen der Auffassung des Bundesgerichts und anders als man in der zitierten Kommentarstelle erwarten könnte - keinen Hinweis darauf, dass die (damals vier, heute drei) genannten obersten Gerichte im Grundsatz nicht gleichgestellt sein sollten. Die historische Auslegung spricht damit zumindest nicht gegen eine Gleichbehandlung. Zieht man die Entstehungsgeschichte des Sozialversicherungsgerichts in die historische Betrachtung mit ein, indem mit der neuen KV die jüngere Entwicklung in der Justizorganisation zumindest hinsichtlich der oberen Gerichte festgeschrieben werden soll, so spricht dies für die Gleichwertigkeit des Sozialversicherungsgerichts. Dieses entstand nämlich durch Zusammenführung des vormaligen Versicherungsgerichts mit verschiedenen Rekurskommissionen unter gleichzeitiger Erhebung in den selben Status wie das Verwaltungsgericht.¹⁴ Eine grammatikalische Auslegung spricht klar für eine Gleichstellung der Gerichte. Die Tatsache, dass Art. 73 Abs. 3 KV den drei obersten Gerichten gemeinsam die Leitung der Selbstverwaltung der Gerichte überträgt, spricht ebenfalls klar dafür, dass der Verfassungsgeber von einer weitestgehenden Gleichstellung der obersten vier Gerichte ausging - dies im Sinne einer systematischen Auslegung. Auch aus einer teleologischen Sicht lässt sich nicht erkennen, weshalb die obersten Gerichte nicht in jeder Hinsicht gleich gestellt sein sollen. Auch eine Betrachtung des zürcherischen

Gesetzesrechts zeigt, dass abgesehen von der Besoldung die Rechtsstellung der obersten Gerichtsbehörden gleich ist.¹⁵

[Rz 8] Folgt man dem methodischen Vorgehen, das das Bundesgericht üblicherweise anwendet, wenn es nicht auf Präjudizien seiner eigenen Rechtsprechung zurückgreifen kann,¹⁶ so kommt man somit zwangsläufig zu einem anderen Ergebnis als das Bundesgericht im kommentierten Urteil. Die Oberflächlichkeit, mit der hier die I. Sozialrechtliche Abteilung des Bundesgerichts bei der Auslegung der massgeblichen Normen der Kantonsverfassung umgeht, befremdet, ist doch das Bundesgericht auch oberster Hüter des kantonalen Verfassungsrechts (Art. 95 Bst. c BGG).

[Rz 9] Die - entgegen der Auffassung des Bundesgerichts - vom Verfassungsgeber offensichtlich gewollte Gleichstellung der obersten Zürcher Gerichte führt zwar nicht direkt und zwingend zu einer Gleichbehandlung der Mitglieder dieser Gerichte bei der Gehaltseinreihung. Eine Abweichung bei der Gehaltsreihung bedarf aber einer qualifizierten Begründung. Letztere fehlt.

3.2. Betrachtung aus Sicht allgemeiner Grundsätze der Gehaltseinreihung

[Rz 10] Das Bundesgericht bezieht sich in seinen Erwägungen auf objektive Kriterien für die Gehaltseinreihung: «In der Gerichtspraxis werden Motive wie Alter, Dienstalter, Erfahrung, Leistung, Aufgabenbereich oder übernommene Verantwortung als sachliche Kriterien zur Festlegung der Besoldungsordnung erachtet (BGE 131 I 105 E. 3.1 S. 107; 129 I 161 E. 3.2 S.165; 123 I 1 E. 6b S. 8; 121 I 102 E. 4c S. 105; 121 I 49 E. 3b S.51; Urteile des Bundesgerichts 8C_991/2010 vom 28. Juni 2011 E. 5.3; 8C_199/2010 vom 23. März 2011 E. 6.2).»¹⁷; es geht in der Urteilsbegründung auf diese Kriterien aber kaum weiter ein. Eine sachgerechte Gehaltseinreihung muss sich auf eine auf die Funktion bezogene analytische Arbeitsbewertung¹⁸ abstützen. Eine solche analytische Arbeitsbewertung beruht auf der Analyse der Funktion anhand von vorbestimmten so genannten Anforderungsarten. Oft wird dabei vom so genannten «Genfer Schema»¹⁹ ausgegangen, welches folgende Anforderungsarten in eine Arbeitsbewertung einbezieht: Fachkenntnisse (Ausbildung, Erfahrung, etc.), Geschicklichkeit (Handfertigkeit, Körpergewandtheit, Redegewandtheit, etc.), Verantwortung (für die eigene Arbeit, für die Arbeit anderer, Führungsverantwortung, etc.), Geistige

¹⁰ LS 101.

¹¹ BGE 8C_63/2012 vom 30. August 2012, E. 4.1.

¹² Siehe insbesondere die Protokolle des Verfassungsrats.

¹³ Vgl., Kommentar zur Zürcher Kantonsverfassung, Vorb. zu Art. 73-79; Kommentar zur Zürcher Kantonsverfassung, Art. 74.

¹⁴ Vgl., Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Zürich, 4. Aufl., Zürich 2012, Rz. 2131.

¹⁵ Vgl. dazu auch, (Fn. 15), Rz. 2131 und 2133.

¹⁶ Vgl., Praktische Rechtsanwendung, Bern 2009, S. 4 ff.

¹⁷ BGE 8C_63/2012 vom 30. August 2012, E. 3.3.

¹⁸ Vgl. dazu beispielsweise, Arbeit bewerten - Personal beurteilen, Lohnsystem Abakaba, Zürich 2006; Personalmanagement, Berlin 1998.

¹⁹ Vgl. Gabler Wirtschaftslexikon, <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Archiv/57346/anforderungsarten-v8.html>; (Fn. 19), S. 169 f.

Belastung (Aufmerksamkeit, Denktätigkeit, etc.), körperliche Belastung, Umgebungseinflüsse (Gefahrenbelastung, etc.). Die in der bundesgerichtlichen Praxis genannten Kriterien finden sich auch in den anerkannten Katalogen der Anforderungsarten zur analytischen Arbeitsbewertung wieder.

[Rz 11] Gemäss Auffassung des Bundesgerichts stellt die Stellung eines Gerichts im Instanzenzug bzw. dessen rechtssprecherische Tätigkeit ein sachliches Kriterium für die Gehaltseinreihung der Richterinnen und Richter dar (E. 5.3.1). Bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung der gerügten Ungleichbehandlung dürfe somit berücksichtigt werden, dass das Sozialversicherungsgericht in erster Linie Verfügungen bzw. Einspracheentscheide zu beurteilen habe und somit erstinstanzlich tätig sei, während Ober- und Verwaltungsgericht in der überwiegenden Anzahl der Fälle gerichtliche Entscheidungen auf ihre Rechtmässigkeit hin überprüfen (E. 5.3.1). Geht man von der Richtigkeit dieser Feststellungen aus, dann muss sich die tiefere Gehaltseinreihung der Richterinnen und Richter des Sozialversicherungsgerichts aus der vergleichenden analytischen Bewertung zwischen der Funktion eines erstinstanzlichen Gerichts und der Rechtsmittelfunktion ergeben.

[Rz 12] Bezüglich der notwendigen *rechtlichen Kenntnisse* unterscheiden sich die Funktionen der erstinstanzlichen und der oberinstanzlichen Tätigkeit von Richterinnen und Richtern auf den ersten Blick kaum. Allerdings gehen die Prozessordnungen davon aus und entspricht es einer Tatsache, dass die Beweiserhebung weitestgehend im erstinstanzlichen Verfahren erfolgt. Mithin sind von Richterinnen und Richtern der ersten Instanzen zusätzlich zu fundierten Kenntnissen des jeweiligen materiellen Rechts vertiefte Kenntnisse des Prozessrechts, namentlich der zahlreichen Vorschriften bezüglich der Beweiserhebung zu verlangen. Im Unterschied zur rechtlichen Subsumtion erfordert die erfolgreiche Durchführung von Beweisverfahren auch erhebliche Erfahrungen.²⁰ Weiter erfordert der gleiche Umstand von Richterinnen und Richtern der ersten Instanz erheblich mehr *Geschicklichkeit in der Verhandlungsführung*. Unterschiede bestehen auch hinsichtlich der *geistigen Beanspruchung*: Während die Richterinnen und Richter der oberen Instanzen «nur» die Überprüfung bereits bestehender und begründeter Urteile vorzunehmen haben, obliegt es den Richterinnen und Richtern der ersten Instanz, die erste Beurteilung des Falles von Grund auf vorzunehmen und den Fall umfassend rechtlich zu würdigen. Fehler, die in der Arbeit der ersten Instanz entstehen, werden oft von oberen Instanzen nicht bemerkt und überleben den Instanzenzug.²¹ Zudem ist die Kognition

aberer Gerichte im Instanzenzug oft eingeschränkt (z.B. Ausschluss der Ermessensüberprüfung) und die Rechtsmittelinstanzen legen sich in der Überprüfung von Entscheidungen der Vorinstanzen Zurückhaltung auf.²²

[Rz 13] Die *Verantwortung* der ersten Instanz für ihre Urteile ist mindestens so gross wie jene der oberen Instanzen; dabei ist zu berücksichtigen, dass erstinstanzliche Urteile oft nicht angefochten werden und in Rechtskraft erwachsen. Bei unteren erstinstanzlichen Gerichten ist die Verantwortung für das Urteil bei der einzelnen RichterIn bzw. beim einzelnen Richter auch deshalb oft sogar höher, weil diese im Gegensatz zu den oberen Gerichten als Einzelgericht urteilen und die Verantwortung für die Entscheidung nicht mit ihren Kolleginnen und Kollegen teilen können. Beim Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich ist diesbezüglich zu berücksichtigen, dass dieses als erste und einzige kantonale Instanz urteilt, ihr Urteil also nur noch vom Bundesgericht korrigiert werden kann.

[Rz 14] Letztlich kann festgehalten werden, dass die *körperliche Belastung* und die *Gefährdung* am Arbeitsplatz bei Richterinnen und Richtern der ersten Instanz grösser ist als bei oberinstanzlichen Gerichten. Einerseits finden im Rahmen der Beweiserhebung in erster Instanz öfters Augenscheine oder Tatrekonstruktionen statt. Andererseits bedeutet erstinstanzliche Richterarbeit häufiger Direktkontakt mit einer eher schwierigen Klientel.

[Rz 15] Diese - zugegebenermassen recht summarische - vergleichende analytische Arbeitsbewertung zeigt auf, dass die erstinstanzliche richterliche Funktion bei einer Gesamtbeurteilung wohl höher, sicher aber nicht tiefer zu bewerten ist, als die richterliche Funktion an einem oberen Gericht. Diese Feststellung ist nicht neu, so hat der damalige Bundesrichter Martin Schubarth bereits im Jahr 1998 folgendes festgehalten: «Der erstinstanzliche Richter ist die Visitenkarte der Justiz. Von ihm hängt es im Wesentlichen ab, ob ein Verfahren in angemessener Zeit zu einem vernünftigen Ergebnis führt.»²³

[Rz 16] Insgesamt muss mithin in Zweifel gezogen werden, ob das konkret gewählte Kriterium des funktionalen Unterschiedes zwischen den obersten kantonalen Gerichten im Fall des Zürcher Sozialversicherungsgerichts sachlich begründet ist, wie es das Bundesgericht behauptet (E. 5.3.4).

[Rz 17] Weiter kann im Bereich der *Führungsfunktionen* festgehalten werden, dass hinsichtlich der Leitung der gerichtlichen Selbstverwaltung kein Unterschied zwischen dem

übernimmt, stellt sein Urteil auf eine unhaltbare Auslegung der KV ab (vgl. oben Ziffer 3.1).

²⁰ Das der Gerichtsbarkeit nicht nur in der Schweiz inhärente System, Richterinnen und Richter mit zunehmendem Alter auf der Karriereleiter von erstinstanzlichen Gerichten zu Höchstgerichten aufsteigen zu lassen, ist aus dieser Sicht kaum sachgerecht.

²¹ Ein Beispiel stellt der besprochene Fall dar: Indem das Bundesgericht die Beurteilung des Verwaltungsgerichts hinsichtlich Art. 74 KV unreflektiert

²² Vgl., Richterliche Zurückhaltung in der Überprüfung von Entscheidungen von Vorinstanzen, in: Benjamin Schindler/Patrick Sutter (Hrsg.), Akteure der Gerichtsbarkeit, Zürich/St. Gallen 2007, S. 171 f.

²³ , zur Bedeutung des kantonalen Richters für eine sinnvolle Justiz, in: Aspekte der richterlichen Unabhängigkeit und Richter(aus)wahl, Liestal 2000, S. 29.

Sozialversicherungsgericht und den anderen oberen Gerichten besteht (vgl. Art. 73 Abs. 3 KV). Diesbezüglich gilt es ergänzend anzumerken, dass Kurt Eichenberger bereits 1960 gefordert hat, dass Richterinnen und Richter von obersten kantonalen Gerichten, die eine staatsrechtlich vergleichbare Funktion wie die Regierungen ausübten, auf die gleiche Gehaltsstufe zu stellen seien wie die Exekutivmitglieder.²⁴ Mindestens jene Mitglieder des Sozialversicherungsgerichts, die zusammen mit Kolleginnen und Kollegen der anderen obersten Gerichte die Leitung der gerichtlichen Selbstverwaltung wahrnehmen, sollten somit das gleiche Gehalt beziehen, wie die Mitglieder des Ober- oder des Verwaltungsgerichts.

3.3. Schluss (oder: es gibt noch viel zu tun)

[Rz 18] Das Bundesgerichtsurteil BGE 138 I 321 zeigt primär auf, dass es dringend notwendig ist, sich in der Schweiz in Wissenschaft und Praxis vertieft mit der Besoldung und insbesondere mit der Gehaltseinreihung von Richterinnen und Richtern zu befassen. Es geht darum, die verschiedenen richterlichen Funktionen im Instanzenzug von Grund auf und in ihrem Zusammenspiel zu analysieren und zu bewerten. Solche vertieften Analysen dienen nicht nur der Lohngerechtigkeit innerhalb der Justiz, sie sind vielmehr auch Grundlage für die Besetzung vakanter Richterinnen- und Richterstellen mit qualifizierten Kräften. Die Befassung mit der Frage im konkreten Einzelfall durch obere Gerichte, welche aus sicherer Warte über ihre Kolleginnen und Kollegen urteilen, sollte dadurch künftig vermieden werden, denn sie hinterlässt ein zwiespältiges Bild und ist geeignet, dem Ansehen der Justiz insgesamt zu schaden. Das Bundesgericht hätte angesichts der keineswegs gefestigten Praxis gut daran getan, das Urteil nicht als Leitentscheid zu veröffentlichen.

Mag. rer. publ. Daniel Kettiger ist Rechtsanwalt und Justizforscher in Bern.

* * *

²⁴ Vgl. (Fn. 1), S. 243 f.