

# BGer 8C 339/2020 vom 12. November 2020

Bundesgericht, 2020-11-12, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_8C\\_339\\_2020](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_8C_339_2020)

FR: TF 8C 339/2020 du 12 novembre 2020

IT: TF 8C 339/2020 del 12 novembre 2020

## Regeste

Öffentliches Personalrecht (Besoldung) | Öffentliches Dienstverhältnis

## Erwägungen

### E. 1

Der angefochtene Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts betrifft ein öffentlich-rechtliches Arbeitsverhältnis, d.h. eine öffentlich-rechtliche Angelegenheit ( Art. 82 lit. a BGG ). Die Beschwerdeführerin legt dar, dass ihr durch die von der Vorinstanz bestätigte Verfügung des EDA für die verbleibenden acht Jahre bis zur ordentlichen Pensionierung bezogen auf ihr Altersguthaben bei einem versicherten Verdienst von Fr. 123'473.60 und einem Arbeitgeberbeitrag von 21.75 % für die Lohnklassen 1-23 bzw. von 24.30 % ab Lohnklasse 24 ein Defizit von Fr. 25'188.80 entsteht (Art. 3 Abs. 1 und Art. 24 Abs. 2 des Vorsorgereglements vom 15. Juni 2007 für die Angestellten und die Rentenbeziehenden des Vorsorgewerks Bund [VRAB; SR 172.220.141.1]). Daher handelt es sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit und es liegt kein Ausschlussgrund vor ( Art. 83 lit. g BGG ). Der erwähnte Betrag übersteigt die Streitwertgrenze von Fr. 15'000.- (Art. 51 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 85 Abs. 1 lit. b BGG ). Zudem ist die Beschwerdeführerin als Adressatin des angefochtenen Entscheids besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung ( Art. 89 Abs. 1 BGG ). Die Beschwerde ist somit zulässig.

### E. 2

Das Bundesgericht prüft die Anwendung des Bundesrechts ( Art. 95 lit. a BGG ) mit freier Kognition. Es legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat; es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz auf entsprechende Rüge oder von Amtes wegen berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Artikel 95 beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1, Art. 105 Abs. 1 und 2 BGG ). Offensichtlich unrichtig bedeutet dabei willkürlich ( BGE 133 II 249 E. 1.2.2 S. 252). Sachverhaltsrügen unterliegen deshalb dem qualifizierten Rügeprinzip ( Art. 106 Abs. 2 BGG ). Es genügt nicht, einen von den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz abweichenden Sachverhalt zu behaupten. Vielmehr ist in der Beschwerdeschrift darzulegen, inwiefern diese Feststellungen willkürlich bzw. unter Verletzung einer verfahrensrechtlichen Verfassungsvorschrift zustande gekommen sind ( BGE 133 II 249 E. 1.4.3 S. 255; Urteil 8C\_460/2020 vom 4. September 2020 E. 2 mit Hinweis).

### E. 3.1

Aufgrund der arbeitsvertraglichen Anpassung mit der Einstufung in die Lohnklasse 22 ist die Beschwerdeführerin seit 1. Januar 2019 nicht mehr im Kaderplan, sondern im Standardplan der PUBLICA versichert, da im Kaderplan nur Mitarbeitende ab Lohnklasse

24 versichert sein können (vgl. Art. 3 Abs. 1 und Art. 24 Abs. 2 VRAB ). Streitig ist, ob die in Art. 161d Abs. 3 VBPV-EDA geregelte Lohnbesitzstandsgarantie auch die Sparbeiträge des Arbeitgebers an die PUBLICA bzw. die Einreihung in die Lohnklasse 24 (Sparbeiträge im Kaderplan PUBLICA) umfasst.

### **E. 3.2**

Art. 161d Abs. 3 erster Satz VBPV-EDA lautet in den drei Sprachversionen wie folgt: "Der Lohn der Angestellten der Karrieredienste nach Artikel 2 Absatz 2 des bisherigen Rechts, die vor dem 1. Januar 2019 ihr 55. Altersjahr zurückgelegt haben, bleibt unverändert, sofern er den Höchstbetrag der Lohnklasse der Funktion übersteigt, die sie am 1. Januar 2019 ausüben." "Le salaire des employés des services de carrière au sens de l'art. 2, al. 2, de l'ancien droit qui ont 55 ans révolus le 1er janvier 2019 reste inchangé lorsqu'il dépasse le montant maximal de la classe de salaire de la fonction qu'ils exercent au 1er janvier 2019." "Lo stipendio degli impiegati dei servizi di carriera secondo l'articolo 2 capoverso 2 del diritto anteriore che prima del 1° gennaio 2019 hanno compiuto 55 anni rimane invariato se supera l'importo massimo della classe di stipendio della funzione che svolgono il 1° gennaio 2019."

### **E. 3.3**

Das Gesetz ist in erster Linie nach seinem Wortlaut auszulegen (grammatikalische Auslegung). Ist der Text nicht ganz klar und sind verschiedene Auslegungen möglich, so muss der Richter unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente nach der wahren Tragweite der Norm suchen. Dabei hat er insbesondere den Willen des Gesetzgebers zu berücksichtigen, wie er sich namentlich aus den Gesetzesmaterialien ergibt (historische Auslegung). Weiter hat der Richter nach dem Zweck, dem Sinn und den dem Text zu Grunde liegenden Wertungen zu forschen, namentlich nach dem durch die Norm geschützten Interesse (teleologische Auslegung). Wichtig ist auch der Sinn, der einer Norm im Kontext zukommt, und das Verhältnis, in welchem sie zu anderen Gesetzesvorschriften steht (systematische Auslegung). Das Bundesgericht befolgt bei der Auslegung von Gesetzesnormen einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es ab, die einzelnen Auslegungselemente einer Prioritätsordnung zu unterstellen ( BGE 146 V 51 E. 8.1 S. 63 mit Hinweisen).

### **E. 3.4**

Die Vorinstanz hat sich mit den Auslegungselementen eingehend auseinandergesetzt. Sie gelangte im Wesentlichen zum Schluss, dass weder die grammatikalische noch die teleologische Auslegung eine konkrete Antwort darauf gäben, ob die Lohnbesitzstandsgarantie auch die Vorsorgeleistungen des Arbeitgebers umfasse. In systematischer Hinsicht zeigte sie auf, dass Art. 35 Abs. 2 VBPV-EDA , der den Lohn bei Versetzungen regle, zwischen Lohn und Lohnklasse unterscheide. Dabei beziehe sich die Lohnbesitzstandsgarantie nur auf den Lohn, nicht aber auf die Lohnklasse. Weiter bestimme Art. 35 Abs. 4 VBPV-EDA wie Art. 161d Abs. 5 VBPV-EDA , dass eine leistungsbezogene Lohnerhöhung sowie Teuerungs- oder Reallohnmassnahmen ausgeschlossen seien, solange der Lohn der betroffenen Mitarbeitenden den Höchstbetrag der vertraglichen Lohnklasse übersteige. Das Eidgenössische Personalamt (EPA) weise in seiner Stellungnahme vom 20. August 2019 darauf hin, dass sich Art. 161d Abs. 3 VBPV-EDA an die Lohnbesitzstandsgarantie von Art. 52a Abs. 2 der Bundespersonalverordnung vom 3. Juli 2001 (BPV; SR 172.220.111.3) anlehne, weshalb

betreffend deren Definition und Umfang auf die Auslegung und die langjährige Praxis zu Art. 52a Abs. 2 BPV zurückgegriffen werden könne. Der Vergleich zwischen Art. 35 Abs. 2 VBPV-EDA und Art. 52a Abs. 2 BPV zeige, dass die Lohnbesitzstandsgarantie bei beiden Bestimmungen übereinstimmend derart ausgestaltet sei, dass die Lohnklasse nicht von der Lohnbesitzstandsgarantie erfasst werde, sondern bei einer Tieferbewertung der ausgeübten Funktion im Arbeitsvertrag angepasst werden müsse. Gemäss Art. 3 Abs. 1 VRAB seien angestellte Personen bis und mit Lohnklasse 23 im Standardplan versichert (lit. a), wohingegen Personen ab Lohnklasse 24 im Kaderplan versichert seien (lit. b). Angesichts dieser Verknüpfung von Vorsorgeplan und Lohnklasse scheine die seitens der EPA getroffene Schlussfolgerung, dass sich die Lohnbesitzstandsgarantie nicht auf die Vorsorgebeiträge des Arbeitgebers erstrecke, folgerichtig. Hinsichtlich des historischen Auslegungselements sei den Erläuterungen zu Art. 161d VBPV-EDA zu entnehmen, dass sich die Lohnbesitzstandsgarantie auf den bisherigen Lohn vor dem Stichtag des Systemwechsels am 1. Januar 2019 beziehe und die Lohnklasse nicht umfasse. Damit stehe die entstehungsgeschichtliche Betrachtungsweise im Einklang mit der systematischen Auslegung. Mit Bezug auf das teleologische Auslegungselement hielt das Bundesverwaltungsgericht im Wesentlichen fest, die Lohnbesitzstandsgarantie bezwecke, den Lohn der bisherigen Lohnklasse zumindest solange beizubehalten, bis die betroffenen Angestellten im Rahmen einer nächsten Versetzung die Möglichkeit hätten, sich im Wissen um die Lohnklasse der ausgeschriebenen Stellen zu bewerben oder allenfalls von einer Bewerbung abzusehen, um mögliche Lohneinbussen zu vermeiden. Einerseits verschaffe der Verordnungsgeber mittels Lohnbesitzstandsgarantie dem Grundsatz von Treu und Glauben ( Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV ) Nachachtung, indem er die finanziellen Folgen abmildere, die mit dem Systemwechsel und der per 1. Januar 2019 neu vorgenommenen Stellenbeurteilungen verbunden seien, und beuge so zusätzlich möglicherweise unerwarteten Lohneinbussen des versetzungspflichtigen Personals vor. Andererseits bestünden Sinn und Zweck der Lohnbesitzstandsgarantie gerade auch darin, die Arbeitgeberattraktivität des EDA bei der Stellenbesetzung von Funktionen der Karrieredienste im Ausland zu fördern. Konkrete Schlussfolgerungen bezüglich des Umfangs der Vorsorgeleistungen des Arbeitgebers liessen sich daraus allerdings nicht ableiten.

#### **E. 4.1.1**

Die Beschwerdeführerin wendet sich nicht grundsätzlich gegen die grammatikalische und systematische Auslegung der Bestimmung von Art. 161d Abs. 3 erster Satz VBPV-EDA. Mit Bezug auf das historische Auslegungselement macht sie geltend, in den einschlägigen Materialien werde keine Äusserung zur vorliegend interessierenden Frage, nämlich den Folgen eines allfälligen Vorsorgeplanwechsels wegen Lohnklassenrückstufungen, gemacht. Daran vermöge auch die Feststellung in der Stellungnahme des EPA vom 20. August 2019, wonach die Garantie der Zugehörigkeit zum bisherigen Vorsorgeplan nicht beabsichtigt gewesen sei, nichts zu ändern. Es sei nicht ersichtlich, weshalb im Unterschied zur Lohngarantie ihr Vorsorgekapital keines Schutzes bedürfe. Wäre sich der Verordnungsgeber der Risiken für die betroffenen Arbeitnehmenden bewusst gewesen, so wäre es ihm offen gestanden, unter Heranziehung sachlicher Gründe darzulegen, weshalb die Lohnbesitzstandsgarantie die Vorsorgeleistungen des Arbeitgebers nicht umfassen solle. Die Vorinstanz hätte analog den Erwägungen zur teleologischen Auslegung zum Schluss gelangen müssen, dass sich aus der historischen Auslegung nichts Konkretes ableiten lasse. Vielmehr sei davon auszugehen, dass der Verordnungsgeber sich dieser Problematik gar

nicht bewusst gewesen sei.

#### **E. 4.1.2**

Entgegen diesen Ausführungen gelangte die Vorinstanz zu Recht zum Schluss, dass die entstehungsgeschichtliche Betrachtungsweise im Einklang mit der systematischen Auslegung steht. In den Erläuterungen zur Teilrevision der VBPV-EDA vom 2. Mai 2018 wird ausdrücklich festgehalten, dass die Besitzstandsgarantie auf dem bisherigen Lohn vor dem Stichtag des Systemwechsels und nicht auf der Lohnklasse bestehe (Erläuterungen S. 9). Das EPA wies in seiner Stellungnahme vom 20. August 2019 darauf hin, dass gemäss den Erläuterungen vom 2. Mai 2018 zur Teilrevision der VBPV-EDA sich Art. 161d Abs. 3 VBPV-EDA an die Lohngarantie von Art. 52a Abs. 2 BPV anlehne. Ein Vergleich des Wortlauts der beiden Bestimmungen lasse den Schluss zu, dass mit Art. 161d Abs. 3 VBPV-EDA das gleiche Ziel verfolgt werde, wie mit Art. 52a Abs. 2 BPV, nämlich eine unbefristete Lohngarantie für Angestellte, die bei einer Rückstufung der Funktion mindestens 55 Jahre alt seien. Aus diesem Grund könne auch betreffend die Definition des Umfangs der Lohngarantie die Auslegung von Art. 52a Abs. 2 BPV und die langjährige Praxis dazu herangezogen werden. Gemäss Wortlaut von Art. 52a Abs. 2 BPV umfasse die Lohngarantie lediglich den Lohn, nicht aber Zulagen oder weitere Leistungen des Arbeitgebers. Diese Sichtweise werde in den Erläuterungen des EPA zu Art. 52a Abs. 2 BPV bestätigt. Danach werde bei einer Rückstufung in eine tiefere Lohnklasse der Lohn gemäss bisheriger Lohnklasse quasi eingefroren. Bisheriger Lohn im Sinne dieser Bestimmung sei lediglich der Lohn gemäss Lohnklasse ohne allfällige Zulagen. Zulagen wie VAZ-Zulage, Arbeitsmarktzulage oder Zulagen für bisherige Nacht- oder Sonntagsarbeit würden von der Lohngarantie nach Art. 52a BPV nicht erfasst, da sie jeweils an bestimmte Voraussetzungen gebunden seien (z.B. Arbeitszeitmodell, Situation am Arbeitsmarkt, effektive Nacht- oder Sonntagsarbeit). Auch der Ortszuschlag sei von der Lohngarantie nach Art. 52a BPV ausgenommen. Somit umfasse die Lohngarantie lediglich den zum Zeitpunkt der Rückstufung geltenden vertraglichen Bruttolohn ohne Zulagen und weitere Leistungen des Arbeitgebers. Darin enthalten seien sämtliche Sozialversicherungsbeiträge des Arbeitnehmers inkl. Sparbeiträge an die Vorsorgeeinrichtung (gemäss dem entsprechend der neuen Lohnklasse geltenden Vorsorgeplan) basierend auf dem garantierten Lohn. Diese Praxis gelte seit der Einführung der zitierten Bestimmung (1. Januar 2005) und sei stets unbestritten gewesen. Art. 52a Abs. 2 BPV besage im Weiteren, dass die Lohnklasse im Arbeitsvertrag angepasst werde, sofern eine Funktion tiefer bewertet oder eine tiefer bewertete Funktion zugewiesen werde. Somit werde die bestehende Lohnklasse explizit von der Lohngarantie ausgenommen, was in Anbetracht der Rückstufung der Stelle auch als logisch erscheine. Daraus folge, dass sämtliche Leistungen, die sich an der vertraglichen Lohnklasse orientierten, nach der neuen tieferen Lohnklasse bemessen würden. Auf die vorliegende Streitsache bezogen bedeute dies, dass für die Beschwerdeführerin infolge der Rückstufung ihrer Stelle in die Lohnklasse 22 in der beruflichen Vorsorge neu der Standardplan anstelle des Kaderplans zur Anwendung gelange mit der entsprechenden Konsequenz für die Höhe der Sparbeiträge. Es habe zu keinem Zeitpunkt die Absicht bestanden, die Zugehörigkeit zum bisherigen Vorsorgeplan zu garantieren. Aus diesem Grund sei auf die Schaffung einer diesbezüglichen expliziten gesetzlichen Grundlage, welche für ein solches Vorgehen notwendig wäre, bewusst verzichtet worden (Stellungnahme des EPA vom 20. August 2019).

### **E. 4.1.3**

Aus diesen Ausführungen des EPA ergibt sich klar, dass sich die Besitzstandsgarantie nur auf den Lohn und nicht auf die Lohnklasse bezieht. Dem Ordnungsgeber war bewusst, dass bei einer Rückstufung unterhalb der Lohnklasse 24 die Möglichkeit entfallen würde, die bisherigen Sparbeiträge gemäss dem Kaderplan der PUBLICA einzuzahlen. Die Vorinstanz hat sich diese nachvollziehbaren und systematisch überzeugenden Überlegungen zu Recht zu eigen gemacht. Es ist denn auch nicht ersichtlich, inwiefern es noch möglich wäre, die neue Lohnklasse als grundsätzlich verbindlich anzusehen - was auch von der Beschwerdeführerin nicht bestritten wird -, wenn sämtliche mit dem Lohn in Zusammenhang stehenden Leistungen des Arbeitgebers (wie etwa Teuerungszulagen oder die hier strittigen Beiträge im Rahmen der beruflichen Vorsorge) von der Lohnbestandsgarantie erfasst würden. Wäre dies das Ziel des Ordnungsgebers gewesen, hätte er nicht eine Lohnbestandsgarantie statuieren, sondern sämtliche durch die nunmehr geltende Lohnbestandsgarantie privilegierten Personen schlichtweg von der Unterstellung unter das neue System ausnehmen müssen. Dies hat er aber nicht getan. Folglich ist die gestützt auf Art. 161d Abs. 3 VBPV-EDA privilegierte Stellung auf die blosse Höhe des Bruttolohnes beschränkt. Dies steht auch in Einklang mit Art. 15 Abs. 1 BPG, der den einmal vereinbarten Lohn nicht garantiert; letzterer ist vielmehr - unter Beachtung des Willkürverbots und Einhaltung des Gebots der Rechtsgleichheit - der Entwicklung der Gesetzgebung unterworfen, so dass es auch zu Lohnreduktionen kommen kann (Jasmin Malla, in: Bundespersonalgesetz [BPG], 2013, N. 12 zu Art. 15 BPG). Die zeitgemässe Anwendung der in Art. 15 Abs. 1 BPG vorgeschriebenen Lohnfestsetzungskriterien erfordert sowohl auf Grund der rechtsgleichen Behandlung aller Arbeitnehmer wie auch der Anwendung des Legalitätsprinzips eine Abänderung der zwischenzeitlich fehlerhaft gewordenen vertraglichen Lohnregelung durch Neueinreihung einer Funktion in eine (tiefere) Lohnklasse (Malla, a.a.O., N. 97 zu Art. 15 BPG). Dies ist in rechtlicher Hinsicht hinzunehmen, sofern - wie hier - die Ausführungsbestimmungen (z.B. Art. 52a BPV) das Vorgehen, die Voraussetzungen und Zuständigkeiten zu Lohnänderungen infolge Tieferbewertung einer Funktion enthalten (Malla, a.a.O., N. 99 zu Art. 15 BPG).

### **E. 4.2.1**

Zur teleologischen Auslegung bringt die Beschwerdeführerin vor, weshalb hinsichtlich des Lohnbegriffs nach Art. 161d Abs. 3 erster Satz VBPV-EDA nur vom Bruttolohn gemäss Lohnklasse ohne die Arbeitgeberbeiträge an die Vorsorgeeinrichtung ausgegangen werden soll, sei inhaltlich schwer nachvollziehbar, zumal es der mit der Lohnbesitzstandsgarantie bezweckten Abfederung finanzieller Folgen bei den betroffenen Personen zuwiderlaufe. Durch die Senkung der Arbeitgeberbeiträge schmälere sich das Altersguthaben für Arbeitnehmende, auf welches im Zeitpunkt des Risikoeintritts zur Berechnung der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenleistungen aus der obligatorischen beruflichen Vorsorge abgestellt werde. Die dadurch verursachte Beitragslücke stelle eine unverschuldete finanzielle Schlechterstellung dar, welche nicht mit Sinn und Zweck der Lohnbesitzstandsgarantie vereinbar sei.

### **E. 4.2.2**

Diese Ausführungen lassen die vorinstanzlichen Ausführungen zur teleologischen Auslegung nicht als unzutreffend erscheinen. Aus den Erläuterungen zur Teilrevision der VBPV-EDA geht hervor, dass mit dem Besitzstand dem Umstand Rechnung getragen werden soll, dass sich die Angestellten der Karrieredienste bis zum Systemwechsel im

Rahmen von Versetzungen auf Stellen in Funktionsbändern bewarben, ohne dass sie dabei die konkrete Lohnklasse der Stelle innerhalb des Funktionsbandes kannten. Dies kann beim Systemwechsel dazu führen, dass sie im Vergleich zu ihrer persönlichen Lohnklasse in einer tiefer eingereichten Stelle tätig sind. Deshalb soll der Lohn (gemäss bisheriger Lohnklasse) zumindest solange massgeblich bleiben, bis die betreffenden Angestellten im Rahmen einer nächsten Versetzung die Möglichkeit haben, sich im Wissen um die Lohnklasse der ausgeschriebenen Stellen zu bewerben (Erläuterungen S. 9). Im Weiteren hält die Vorinstanz in diesem Zusammenhang zutreffend fest, dass aufgrund der mit der Versetzungspflicht verbundenen Unsicherheit ein erhöhtes Bedürfnis nach finanzieller Planungssicherheit bestehe. Während das nicht versetzungspflichtige Bundespersonal nur mit geringer Wahrscheinlichkeit eine niedriger eingestufte Stelle zugewiesen erhalte, sei das versetzungspflichtige Personal diesem Risiko in der Regel alle vier Jahre ausgesetzt ( Art. 132 Abs. 2 VBPV-EDA ). Aus Sicht des EDA müssten jährlich alle Stellen besetzt werden können, dies auch an allenfalls unattraktiven und schwierigen Einsatzorten. Wenn zusätzlich dazu noch das Risiko einer tiefer bewerteten Stelle einseitig vom versetzungspflichtigen Personal getragen werden müsste, würde es noch schwieriger, motivierte Mitarbeitende für diese Stellen zu rekrutieren (Erläuterungen VBPV-EDA S. 5). Diesen Ausführungen ist beizupflichten. Zudem ist hervorzuheben, dass - entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin - Sinn und Zweck der Lohnbestandsgarantie nicht die Verhinderung jeglicher Schlechterstellung der Arbeitnehmenden ist. Vielmehr geht es darum, dass ältere Angestellte, und dabei gerade solche mit einer Versetzungspflicht, die im Rahmen einer notwendigen Neuordnung des Lohngefüges (vgl. dazu oben E. 4.1.3) verursachten Folgen einer allfälligen Rückstufung nicht einseitig zu tragen haben. Diese Privilegierung bezweckt aber nicht, sie von allen Folgen einer allfälligen Rückstufung auszunehmen. Insofern ist es naheliegend, dass die Lohnbestandsgarantie nur die Lohnhöhe, nicht aber auch sämtliche daran anknüpfende Leistungen des Arbeitgebers erfasst.

#### **E. 4.3**

Zusammenfassend versties die Vorinstanz nicht gegen Bundesrecht, indem sie aufgrund der Auslegung von Art. 161d Abs. 3 erster Satz VBPV-EDA zum Schluss gelangte, dass sich die Besitzstandsgarantie nur auf die Lohnhöhe und nicht auch auf die Lohnklasse beziehe. Da die höheren Sparbeiträge des Arbeitgebers für den Kaderplan gemäss Art. 3 Abs. 1 und Art. 24 Abs. 2 VRAB von der Lohnklasse abhängig sind und erst ab Lohnklasse 24 zum Tragen kommen, müssen diese bei einer Lohnklassenrückstufung angepasst werden und es kann mangels einer entsprechenden Regelung nicht gestützt auf die Lohnbesitzstandsgarantie nach Art. 161d Abs. 3 erster Satz VBPV-EDA deren Beibehaltung geltend gemacht werden.

#### **E. 5.1**

Die Beschwerdeführerin vertritt wie bereits vor Vorinstanz den Eventualstandpunkt, dass hinsichtlich der hier strittigen Frage eine echte Gesetzeslücke vorliege. Ein versetzungspflichtiger Mitarbeiter des EDA könne während vielen Jahren in der Lohnklasse 24 eingereiht sein, verliere aufgrund der Versetzungspflicht die Lohnklasse 24 und werde wenige Jahre vor dem Ruhestand vom Kaderplan mit erheblichen Auswirkungen auf die Leistung im Alter, Todesfall oder Invalidität ausgeschlossen. Dieses Beispiel belege, dass der Verordnungsgeber an diesen Sachverhalt gar nicht gedacht habe. Folglich könne kein qualifiziertes Schweigen vorliegen, sondern es sei eine Rechtslücke gegeben. Sinn und

Zweck des Umfangs der Besitzstandsgarantie könne nur sein, sämtliche vermögensrechtliche Ansprüche auf der Höhe des Bruttolohnes zu schützen und damit auch den Erhalt des vorsorgerechtlichen Schutzes des versetzungspflichtigen Personals. Habe das Personal die Versetzungspflicht zu befolgen, müsse im Gegenzug der Arbeitgeber nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr dem berechtigten Vertrauen seiner Angestellten so nachleben, dass nicht nur die Lohnhöhe an sich, sondern auch die bisherige Vorsorgelösung durch die Besitzstandsgarantie garantiert sei.

### **E. 5.2**

Eine Lücke im Gesetz besteht, wenn sich eine Regelung als unvollständig erweist, weil sie jede Antwort auf die sich stellende Rechtsfrage schuldig bleibt. Hat der Gesetzgeber eine Rechtsfrage nicht übersehen, sondern stillschweigend - im negativen Sinn - mitentschieden (qualifiziertes Schweigen), bleibt kein Raum für richterliche Lückenfüllung. Eine Gesetzeslücke, die vom Gericht zu füllen ist, liegt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts vor, wenn der Gesetzgeber etwas zu regeln unterlassen hat, was er hätte regeln sollen, und dem Gesetz diesbezüglich weder nach seinem Wortlaut noch nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Inhalt eine Vorschrift entnommen werden kann. Von einer unechten oder rechtspolitischen Lücke ist demgegenüber die Rede, wenn dem Gesetz zwar eine Antwort, aber keine befriedigende zu entnehmen ist. Echte Lücken zu füllen, ist dem Gericht aufgegeben, unechte zu korrigieren, ist ihm nach traditioneller Auffassung grundsätzlich verwehrt. Ob eine zu füllende Lücke oder ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers vorliegt, ist durch Auslegung zu ermitteln. Ist ein lückenhaftes Gesetz zu ergänzen, gelten als Massstab die dem Gesetz selbst zugrunde liegenden Zielsetzungen und Werte ( BGE 145 IV 252 E. 1.6.1 S. 256 mit Hinweisen).

### **E. 5.3**

Wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat, liegt keine echte Lücke vor. Aufgrund der Auslegung von Art. 161d Abs. 3 erster Satz VBPV-EDA ergibt sich, dass die Lohnbesitzstandsgarantie nur den Lohn und nicht auch die für die vorsorgerechtlichen Belange massgebende Lohnklasse umfasst. Somit hat der Verordnungsgeber die Frage nach dem Umfang der Lohnbesitzstandsgarantie im Sinne eines qualifizierten Schweigens entschieden. Daher fällt die Annahme einer echten Lücke, deren Schliessung durch die Rechtsprechung an sich zulässig wäre, ausser Betracht. Es kann dazu auch auf den bereits erwähnten Bericht des EPA vom 20. August 2019 verwiesen werden. Inwiefern das vorinstanzliche Auslegungsergebnis eine rechtsungleiche Behandlung von Angestellten bewirkt, ist nicht ersichtlich und wird von der Beschwerdeführerin nicht rechtsgenügend dargetan. Das Bundesverwaltungsgericht weist zu Recht darauf hin, dass es der Beschwerdeführerin bei einem nächsten Stellenwechsel unbenommen bleibt, sich auf eine höher eingestufte Stelle zu bewerben, um so wieder im Kaderplan der PUBLICA versichert zu sein.

### **E. 6**

Das Verfahren ist kostenpflichtig ( Art. 65 BGG ). Die unterliegende Beschwerdeführerin trägt die Gerichtskosten ( Art. 66 Abs. 1 BGG ).