



Urteil vom 20. April 2020

Besetzung

Richterin Kathrin Dietrich (Vorsitz),
Richterin Claudia Pasqualetto Péquignot,
Richter Maurizio Greppi,
Gerichtsschreiber Basil Cupa.

Parteien

A. _____,
[...],
vertreten durch
Markus Fischer, Rechtsanwalt, Fischer & Sievi,
[...],
Beschwerdeführerin,

gegen

**Eidgenössisches Departement für
auswärtige Angelegenheiten,**
Direktion für Ressourcen (DR),
[...],
Vorinstanz.

Gegenstand

Lohnbesitzstandsgarantie per 1. Januar 2019.

Sachverhalt:**A.**

Im Eidgenössischen Departement für auswärtige Angelegenheiten (EDA) waren die konsularischen und diplomatischen Arbeitsstellen bis Ende 2018 in Funktionsbändern mit einer jeweiligen Spannbreite von Lohnklassen abgebildet. Am 12. April 2017 beauftragte der Bundesrat das EDA, für alle der Versetzungsdisziplin unterstehenden Personalkategorien den Wechsel hin zu einem harmonisierten funktionalen Lohnsystem mit einem an Kompetenzen orientierten Versetzungsmodell einzuführen und die bisherigen Beförderungskommissionen per 1. Januar 2019 abzuschaffen. Diesen Auftrag setzte es im Rahmen des Projekts "Berufliche Entwicklung im EDA" um und unterzog die Verordnung des EDA vom 20. September 2002 zur Bundespersonalverordnung (VBPV-EDA, SR 172.220.111.343.3) mit den entsprechenden Anpassungen am 3. Mai 2018 einer Teilrevision (AS 2018 1867 ff.). Vor dieser Teilrevision gab es für viele Stellen keine spezifische Stellenbeschreibung, weil eine solche für die Zuordnung in ein Funktionsband nicht zwingend nötig war. Infolge des per 1. Januar 2019 in Kraft getretenen Regimewechsels führte die Direktion für Ressourcen (DR) des EDA die neu nötig gewordenen Stellenbewertungen durch.

B.

B.a A. _____, geboren am [...], wurde 1995 als Anwärtlerin des damaligen Sekretariats- und Fachdienstes zugelassen und ist seit dem 1. Juni 1995 für das EDA tätig. Im Jahr 2000 wechselte sie in den konsularischen Dienst. Seit dem 22. Juli 2018 übt sie infolge eines entsprechenden Versetzungsentscheids, der ihr am [...] eröffnet wurde, die Funktion als [...] in der schweizerischen Botschaft in [...] aus. Ihre aktuelle Stelle war bis zum 31. Dezember 2018 im Funktionsband 2 des konsularischen Dienstes eingereiht (vgl. Anhang 2 Teil B, insb. B2.3, VBPV-EDA in der Fassung vom 20. September 2002; AS 2002 2917 ff., 2977). Aufgrund ihrer bisherigen Beförderungen war A. _____ vor Inkrafttreten der genannten Teilrevision der VBPV-EDA in der Lohnklasse 24 eingereiht, wobei der Wechsel von der Lohnklasse 22 hin zur Lohnklasse 24 im Zuge ihrer letzten Beförderung per 1. Januar 2015 erfolgt war.

B.b Am 18. April 2018 teilte die DR gestützt auf die Stellenbeschreibungen und ein entsprechendes Gutachten der Funktionsbewertungsstelle des EDA den zuständigen Vorgesetzten die neu vorgenommene Lohnklasseneinstufung der rund 800 diplomatischen und konsularischen Funktionen

mit. Zugleich erhielten die jeweiligen Stelleninhaberinnen und Stelleninhaber eine Kopie dieser Mitteilung. A. _____ wurde eröffnet, dass ihre Stelle per 1. Januar 2019 neu der Lohnklasse 22 zugewiesen werde.

B.c Am 5. Juni 2018 übermittelte A. _____ dem damaligen Direktor der DR, B. _____, ein von verschiedenen konsularischen Mitarbeitenden mitunterzeichnetes Schreiben, in welchem sie ihn darauf hinwies, dass für Mitarbeitende des Funktionsbandes 2 des konsularischen Dienstes mit bisheriger Einstufung in die Lohnklasse 24 mit der neu tieferen Lohnklasseneinstufung die Teilnahme am Kaderplan der Pensionskasse des Bundes (PUBLICA) wegfalle. Sie ersuchte den Direktor der DR deshalb Stellung zu nehmen, auf welche gesetzliche Grundlage sich das EDA bei seinem Vorgehen abstütze, wenn es der Meinung sei, die Arbeitgeberbeiträge gemäss dem Kaderplan der PUBLICA bildeten nicht Bestandteil des Lohnes und fielen mit anderen Worten nicht unter die Garantie des Lohnbesitzstands gemäss den dafür einschlägigen Regeln.

B.d Der Direktor der DR antwortete A. _____ mit E-Mail vom 13. Juni 2018 und nahm dahingehend Stellung, das Ausscheiden aus dem Kaderplan bei einem Wechsel in eine tiefere Lohnklasse sei in den vorsorgerechtlichen Regelungen begründet. Der Wortlaut von Art. 161d VBPV-EDA und die dazugehörigen Erläuterungen stellten klar, dass sich die Besitzstandsgarantie nur auf den Lohn beziehe, der den Mitarbeitenden bisher ausbezahlt worden sei. Der "Lohn" umfasse mit anderen Worten nicht auch die (höheren) Sparbeiträge des Arbeitgebers an die PUBLICA. Dies gelte nicht nur für das vom Systemwechsel betroffene EDA-Personal, sondern auch für das übrige Bundespersonal, das gestützt auf Art. 52a der Bundespersonalverordnung vom 3. Juli 2001 (BPV; SR 172.220.111.3) in den Genuss einer Lohngarantie komme. Es bestehe damit für das EDA keine Rechtsgrundlage, um bei einer Einreihung der Funktion unterhalb der Lohnklasse 24 weiterhin die bisherigen Sparbeiträge gemäss dem Kaderplan der PUBLICA einzubezahlen. Natürlich sei aber der Betrag des Lohnbesitzstands für alle Betroffenen vollumfänglich bei der PUBLICA versichert, allerdings mit den Prozentsätzen gemäss dem Standardplan.

B.e Im Juli 2018 stellte das EDA A. _____ einen neuen, seitens der DR am 15. Juni 2018 unterzeichneten, unbefristeten Arbeitsvertrag mit Wirkung ab 1. Januar 2019 zu. Da ihr bisheriger Lohn aufgrund ihrer persönlichen Lohnklasse bereits über dem Höchstbetrag der neuen Lohnklasseneinstufung ihrer Stelle lag, wurde in ihrem Arbeitsvertrag altersbedingt ein

zeitlich unbefristeter Lohnbesitzstand ausgewiesen. Diesen unterzeichnete sie am 8. August 2018, nahm jedoch handschriftlich angebrachte Änderungen vor. In der Folge wurde ihr derselbe Vertrag erneut mit der Bitte zugestellt, allfällige Bemerkungen in einem Begleitschreiben und nicht im Arbeitsvertrag selbst anzubringen. Am 20. November 2018 reichte sie den erneut unterzeichneten Arbeitsvertrag bei der DR zusammen mit folgendem Begleitschreiben ein:

Ich stelle fest, dass die vertraglich zugesicherte Besitzstandsregelung lediglich eine Lohngarantie ist, von welcher meine bisherige Vorsorgelösung bei der PUBLICA (LK [Lohnklasse] 24; Kaderplan) verbunden mit den höheren Beiträgen in die PK [Pensionskasse] nach meiner lediglich formellen Rückstufung in die LK 22 ausgenommen sein soll. Der Kaderplan als Vorsorgelösung ist nach Auffassung der PUBLICA direkt an die Lohnklasse und nicht an die Lohnhöhe gekoppelt. Rechtlich und tatsächlich werde ich aber mit dieser Lösung – im Hinblick auf meine Pensionierung – finanziell schlechter gestellt, weil damit durch den Arbeitgeber weniger Vorsorgebeiträge einbezahlt werden. Ich bin der Auffassung, dass dieses Vorgehen des EDA eine Verletzung der Besitzstandsgarantie darstellt. Ich unterzeichne daher den vorliegenden Arbeitsvertrag mit dem Vorbehalt, dass ich mir eine Prüfung der Besitzstandsgarantie bezüglich der durch den Arbeitgeber zu bezahlenden Vorsorgebeiträge – sei es in die II. sei es als gebundene Vorsorge in die III. Säule – auf dem Rechtsweg ausdrücklich vorbehalte.

B.f Mit Eingabe vom 3. Mai 2019 ersuchte A. _____ sodann um den Erlass einer Feststellungsverfügung, wonach die rechtlich verankerte Besitzstandsgarantie nur den Lohn der Lohnklasse 24 an sich, nicht aber die vorsorgerechtlichen Ansprüche der II. Säule gemäss Lohnklasse 24 umfasse.

C.

Am 29. Mai 2019 erliess die DR die nachgesuchte Verfügung und stellte darin fest, dass sich die Besitzstandsgarantie, auf die A. _____ gestützt auf Art. 161d Abs. 3 erster Satz VBPV-EDA und den Arbeitsvertrag vom 3. Oktober 2018 bzw. 20. November 2018 seit dem 1. Januar 2019 Anspruch habe, nur auf den Lohn i.S.v. Art. 15 Abs. 1 des Bundespersonalgesetzes vom 24. März 2000 (BPG, SR 172.220.1) und Art. 36 ff. BPV erstrecke. Es handle sich dabei um den Lohn, auf den sie gemäss der bis am 31. Dezember 2018 geltenden Lohnklasse Anspruch gehabt habe, ohne die vorsorgerechtlichen Leistungen aufgrund der ehemaligen Einreihung in die Lohnklasse 24 (Sparbeiträge im Kaderplan der PUBLICA).

D.

Dagegen erhebt A. _____ (nachfolgend: Beschwerdeführerin) mit Eingabe vom 2. Juli 2019 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragt, die vom 29. Mai 2019 datierende Verfügung der DR (nachfolgend: Vorinstanz) sei unter Kosten- und Entschädigungsfolgen aufzuheben und es sei festzustellen, dass die Lohnbesitzstandsgarantie, auf die sie gestützt auf Art. 161d Abs. 3 erster Satz VBPV-EDA seit dem 1. Januar 2019 Anspruch habe, auch die vorsorgerechtlichen Leistungen des Arbeitgebers im Sinn einer Einreihung in die Lohnklasse 24 (Sparbeiträge im Kaderplan der PUBLICA) umfasse. Zur Begründung führt sie u.a. aus, die Auslegung des Begriffs Lohn zeige, dass die arbeitnehmerischen Vorsorgeansprüche eine Art "Lohn im Alter" darstellen würden und sich die Lohnbesitzstandsgarantie auf den Bruttolohn beziehe.

E.

In der Vernehmlassung vom 9. August 2019 wiederholt die Vorinstanz im Wesentlichen die bereits dargelegte Argumentation des damaligen Direktors der DR (siehe dazu vorne Bst. B.d) und schliesst auf Abweisung der Beschwerde. Darüber hinaus stellt sie den Antrag, dass über die Beschwerde in Fünferbesetzung zu entscheiden und der Spruchkörper entsprechend um zwei zusätzliche Richterinnen oder Richter zu erweitern sei.

F.

Das Eidgenössische Personalamt (EPA) reichte am 20. August 2019 einen die Auslegung von Art. 52a Abs. 2 BPV betreffenden Fachbericht ein.

G.

Mit Replik vom 9. Oktober 2019 und Schlussbemerkungen vom 11. November 2019 hält die Beschwerdeführerin an ihren anfangs gestellten Anträgen fest, ebenso die Vorinstanz mit Duplik vom 21. Oktober 2019 und Schlussbemerkungen vom 15. November 2019.

H.

Auf die weiteren Vorbringen der Parteien sowie die sich bei den Akten befindlichen Schriftstücke wird – soweit entscheidrelevant – im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), sofern diese von einer Vorinstanz nach Art. 33 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) stammen und keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt (vgl. Art. 31 VGG).

1.2 Nach Art. 4 Bst. b VBPV-EDA ist die DR grundsätzlich zuständig für die Begründung, Änderung und Beendigung des Arbeitsverhältnisses für die Angestellten in den Lohnklassen 1–31. Hinsichtlich der höherrangigen versetzungspflichtigen Angestellten sieht Art. 6 VBPV-EDA teils davon abweichende Regeln vor, welche vorliegend jedoch nicht einschlägig sind (siehe dazu Bst. e der genannten Bestimmung). Im zu beurteilenden Fall ist keine Begründung, Änderung und Beendigung des Arbeitsverhältnisses strittig, sondern eine aus dem Arbeitsverhältnis resultierende vermögensrechtliche Forderung. Gemäss Art. 9 Bst. b VBPV-EDA ist die DR des Weiteren zuständig für die nicht in den Art. 4–8 genannten Arbeitgeberentscheide, sofern es sich dabei nicht um Personal i.S.v. Art. 2 Abs. 1 und 1^{bis} BPV (z.B. Staatssekretäre oder Missionschefs) handelt, was vorliegend nicht der Fall ist. Die vorliegende Streitigkeit betrifft demnach einen Arbeitgeberentscheid i.S.v. Art. 9 Bst. b VBPV-EDA. Beim EDA handelt es sich um eine Vorinstanz i.S.v. Art. 33 Bst. d VGG, wobei die DR eine dem Departement untergeordnete Verwaltungseinheit darstellt (siehe dazu Anhang 1 Bst. B Ziff. I 1.7 der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. November 1998 [RVOV, SR 172.010.1]). Die Verfügung vom 29. Mai 2019 ist ein zulässiges Anfechtungsobjekt und kann direkt beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden (vgl. Art. 36 Abs. 1 BPG; ferner Urteil des Bundesverwaltungsgerichts [BVGer] A-5530/2016 vom 31. Mai 2017 E. 1.1). Die Ausnahme der leistungsabhängigen Lohnanteile nach Art. 32 Abs. 1 Bst. c VGG i.V.m. Art. 36a BPG ist nicht einschlägig (vgl. Urteil des BVGer A-7939/2015 vom 30. Januar 2017 E. 1.1). Das Bundesverwaltungsgericht ist somit zur Beurteilung der Beschwerde zuständig.

1.3 Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt

ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c).

Die Beschwerdeführerin hat sich am vorinstanzlichen Verfahren beteiligt und ist als Adressatin der angefochtenen Verfügung vom 29. Mai 2019, mit welcher die DR feststellte, dass sich die Besitzstandsgarantie nicht auf die vorsorgerechlichen Leistungen aufgrund der ehemaligen Einreihung in die Lohnklasse 24 (Sparbeiträge im Kaderplan der PUBLICA) erstrecke, sowohl formell als auch materiell beschwert, weshalb sie zur Erhebung der vorliegenden Beschwerde legitimiert ist.

1.4 Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (vgl. Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 VwVG) ist demnach einzutreten.

2.

Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet grundsätzlich mit uneingeschränkter Kognition. Es überprüft die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen – einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsfehler bei der Ermessensausübung – sowie auf Angemessenheit hin (Art. 49 VwVG).

3.

Der Hauptantrag der Beschwerdeführerin lautet auf Aufhebung der angefochtenen Verfügung und auf Feststellung, dass die Lohnbesitzstandsgarantie auch die vorsorgerechlichen Leistungen des Arbeitgebers umfasse. Nicht strittig ist, dass die Beschwerdeführerin mit Blick auf ihre bisherige Einstufung in die Lohnklasse 24 und ihr Alter in den Genuss einer zeitlich unbefristeten Lohnbesitzstandsgarantie kommt, was in Ziff. 4 des Arbeitsvertrags, den die Beschwerdeführerin am 20. November 2018 unterzeichnete, entsprechend festgehalten und ausgewiesen wurde. Nachfolgend ist darum hinsichtlich des Streitgegenstands einzig zu prüfen, ob sich die in Art. 161*d* Abs. 3 erster Satz VBPV-EDA niedergelegte Lohnbesitzstandsgarantie darüber hinaus auch auf vorsorgerechliche Leistungen des Arbeitgebers (in die II. Säule entsprechend den Sparbeiträgen des Kaderplans der PUBLICA) erstreckt.

3.1 Laut Art. 161*d* Abs. 3 erster Satz VBPV-EDA bleibt der Lohn der Angestellten der Karrieredienste nach Art. 2 Abs. 2 des bisherigen Rechts, die vor dem 1. Januar 2019 ihr 55. Altersjahr zurückgelegt haben, unverändert, sofern er den Höchstbetrag der Lohnklasse der Funktion übersteigt, die sie

am 1. Januar 2019 ausüben. Die Parteien sind uneins, was unter dem Begriff "Lohn" zu verstehen ist bzw. wie weit der Umfang der vom Verordnungsgeber vorgesehenen Lohnbesitzstandsgarantie reicht.

3.2 Die Rechtsnorm muss in erster Linie aus sich selbst heraus, d.h. nach dem Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihr zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden. Die Rechtsauslegung hat sich vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst die an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Rechtsnorm. Dabei ist gemäss dem Bundesgericht nach einem pragmatischen Methodenpluralismus vorzugehen, wonach die einzelnen Auslegungselemente nicht einer hierarchischen Prioritätsordnung unterstellt werden, sondern die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge zu ermitteln ist (siehe statt vieler: BGE 145 III 63 E. 2.1 m.w.H.). Sind mehrere Auslegungen möglich, ist zudem jene zu wählen, die der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101) am besten entspricht (vgl. BGE 143 III 600 E. 2.7 m.w.H.).

3.2.1 Die grammatikalische Auslegung der im Streit liegenden Rechtsnorm zeigt, dass der bisherige Lohn bei Vorliegen weiterer Voraussetzungen unverändert bleibt. Mit anderen Worten wird eine Lohnbesitzstandsgarantie statuiert. Ob sich diese auch auf vorsorgerechtliche Leistungen des Arbeitgebers erstreckt, ist dem Wortlaut von Art. 161d Abs. 3 erster Satz VBPV-EDA in keiner der drei Sprachfassungen zu entnehmen, da sich weder aus dem Begriff "Lohn" noch aus der französischen Terminologie "salaire" oder dem italienischen Pendant "stipendio" Genaueres dazu ableiten lässt. Die von der Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang vorgebrachte Unterscheidung zwischen Brutto- und Nettolohn sowie die umgangssprachliche Verwendung des Lohnbegriffs, welche sich üblicherweise auf den Bruttolohn (d.h. den Nettolohn samt Versicherungsprämien) beziehe, widerspiegelt sich vorliegend nicht in der strittigen Rechtsnorm. Die Vorinstanz wirft zudem die Frage auf, ob in Bezug auf das versetzungspflichtige Personal des EDA allenfalls eine echte Rechtslücke vorliegt, was jedoch vom Ergebnis der Rechtsauslegung abhängig sei. Die Antwort darauf, ob der Begriff "Lohn" auch die Vorsorgeleistungen des Arbeitgebers umfasst, ist darum durch Bezug der weiteren Auslegungselemente zu ermitteln.

3.2.2

3.2.2.1 In systematischer Hinsicht weist die Vorinstanz darauf hin, dass der Begriff "Lohn" im 1. Abschnitt des 4. Kapitels der BPV (Art. 36 ff.) näher

umschrieben werde und auch Gültigkeit für das Personal des EDA besitze. Bereits aus der Systematik der BPV ergebe sich, dass der Lohn weder die Zulagen zum Lohn noch Leistungen des Arbeitgebers im Zusammenhang mit der beruflichen Vorsorge beinhalten könne, würden diese doch im 2. Abschnitt des 4. Kapitels bzw. im 2. Abschnitt des 4a. Kapitels der BPV geregelt. Noch klarer werde dies gestützt auf die der BPV übergeordneten Bestimmungen im BPG, da der Arbeitgeber den Angestellten laut Art. 15 Abs. 1 BPG einen Lohn ausrichte, der sich nach Funktion, Erfahrung und Leistung bemesse. Nicht zum Lohn gehörten vorsorgerechtliche Leistungen des Arbeitgebers, auf die in Art. 32a ff. BPG eingegangen werde und die nicht von einer spezifischen Funktion, der Erfahrung und der Arbeitsleistung der Angestellten abhängig seien, sondern sich nach dem anwendbaren Vorsorgeplan (Standardplan bis Lohnklasse 23 oder Kaderplan ab Lohnklasse 24) richten würden und nach dem Alter der Versicherten gestaffelt seien.

Die Beschwerdeführerin hält dem u.a. entgegen, Angestellte erhielten mit den während der Anstellungsdauer einbezahlten Arbeitgeberbeiträgen in die Pensionskasse eine Art „Lohn im Alter“. Der Schutzgedanke der Altersvorsorge sei dem BPV nicht fremd. Ihm werde bspw. in Art. 88d^{bis} Abs. 1 BPV Rechnung getragen, indem dort eine Weiterführungsmöglichkeit der Vorsorge nach erfolgter Lohnreduktion nach dem 58. Altersjahr vorgesehen sei. Dies gelte es auch bei der Auslegung des Lohnbegriffs zu berücksichtigen und die Vorsorgebeiträge des Arbeitgebers sollten dementsprechend als Teil des Lohns des Arbeitnehmenden gelten.

3.2.2.2 Die strittige Bestimmung ist im 3. Abschnitt (Übergangsbestimmungen) des 13. Kapitels (Schlussbestimmungen) der VBPV-EDA eingeordnet und trägt die Sachüberschrift "Lohnbesitzstand". Im Erlass selbst finden sich in Art. 123–125 VBPV-EDA zwar Regeln zur beruflichen Vorsorge, diese bilden jedoch Teil des 9. Kapitel (Begleitpersonen) und betreffen nur die Begleitpersonen des versetzungspflichtigen Personals des EDA. Innerhalb des 4. Kapitels (Lohn und Sozialleistungen) der VBPV-EDA finden sich sodann im 2. Abschnitt weitere Regeln zum Lohn bei Versetzungen (Art. 34 f.) und im 4. Abschnitt Regeln betreffend Sozialleistungen an im Ausland eingesetzte Angestellte, darunter solche betreffend Leistungen bei Berufsunfall (Art. 37 ff.). Dabei sticht Art. 35 VBPV-EDA (Versetzungsbedingte Zuweisung tiefer bewerteter Funktionen) besonders hervor, worauf im Folgenden näher einzugehen ist.

Für den Fall, dass versetzungspflichtigen Angestellten versetzungsbedingt eine tiefer bewertete Funktion zugewiesen wird, sieht Art. 35 Abs. 2 erster und zweiter Satz VBPV-EDA vor, dass die Lohnklasse im Arbeitsvertrag angepasst wird. Übersteigt der bisherige Lohn den Höchstbetrag der neuen Lohnklasse, so bleibt er bis zur nächsten Versetzung, höchstens aber während vier Jahren unverändert. Im Gegensatz zu Art. 161*d* Abs. 3 erster Satz VBPV-EDA ist das Erreichen einer bestimmten Altersgrenze nicht Tatbestandsvoraussetzung für den Eintritt der von der Norm vorgesehenen Rechtsfolgen. Für versetzungspflichtige Angestellte, die bereits das 55. Altersjahr zurückgelegt haben, gilt demnach bei versetzungsbedingten Funktionsänderungen kein unbefristeter, sondern – wie bei allen anderen versetzungspflichtigen Angestellten – grundsätzlich nur eine vierjährige Lohnbesitzstandsgarantie. Zudem unterscheidet Art. 35 Abs. 2 VBPV-EDA zwischen dem Lohn und der Lohnklasse. Die Lohnbesitzstandsgarantie bezieht sich dabei lediglich auf den Lohn, nicht aber auf die Lohnklasse. Weiter bestimmt Art. 35 Abs. 4 VBPV-EDA, ebenso wie Art. 161*d* Abs. 5 VBPV-EDA, dass eine leistungsbezogene Lohnerhöhung sowie Teuerungs- oder Reallohnmassnahmen ausgeschlossen sind, solange der Lohn der betroffenen Mitarbeitenden den Höchstbetrag der vertraglichen Lohnklasse übersteigt. Die Lohnbesitzstandsgarantie gilt in Anlehnung an Art. 52*a* Abs. 2 BPV mit anderen Worten nicht absolut (vgl. Erläuterungen zur Teilrevision der VBPV-EDA vom 3. Mai 2018 [nachfolgend: Erläuterungen VBPV-EDA], S. 6).

Zwar gelangt diese Bestimmung mit Blick auf das einschlägige Übergangsrecht vorliegend nicht direkt zur Anwendung, weil Art. 161*d* Abs. 3 erster Satz VBPV-EDA dort greift, wo die angestellte Person vor dem 1. Januar 2019 ihr 55. Altersjahr zurückgelegt hat und der Höchstbetrag der bisherigen Lohnklasse denjenigen der Funktion übersteigt, die sie am 1. Januar 2019 ausübt. Diese Voraussetzungen sind mit Blick auf die Beschwerdeführerin unbestritten erfüllt, was die gleichzeitige Anwendung von Art. 35 Abs. 2 und Art. 161*d* Abs. 3 erster Satz VBPV-EDA ausschliesst (vgl. Erläuterungen VBPV-EDA, S. 5 f., 10). Der Vergleich mit Art. 35 VBPV-EDA ist dennoch von Interesse, weil dort u.a. ausdrücklich festgehalten ist, dass die Lohnklasse trotz Lohnbesitzstandsgarantie im Arbeitsvertrag angepasst wird und die Lohnklasse demnach nicht Teil der Lohnbesitzstandsgarantie bildet.

3.2.2.3 Bei der systematischen Betrachtungsweise ist nicht nur die innere Gliederung des Erlasses, in dem die auszulegende Rechtsnorm festge-

schrieben ist, sondern auch das äussere Rechtssystem mit Blick auf allenfalls weitere einschlägige Erlasse zu berücksichtigen (vgl. ERNST A. KRAMER, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl. 2019, S. 105 ff.). Die BPV gelangt vorliegend insoweit zur Anwendung, als dass die VBPV-EDA nicht abweichende Regelungen vorsieht (vgl. Art. 114 Abs. 2 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 Bst. a BPV und Art. 1 f. VBPV-EDA; siehe ferner Art. 2 Abs. 1 Bst. a BPG) oder nicht versetzbares Hilfspersonal des EDA (z.B. Chauffeure, Hausangestellte, Sekretariatsangestellte usw.) im Ausland privatrechtlich angestellt ist (vgl. Art. 2 Abs. 2 Bst. c BPG i.V.m. Art. 1 Abs. 2 Bst. b BPV; siehe ferner die Botschaft zu einer Änderung des BPG vom 31. August 2011, BBl 2011 6703 ff., 6711). Das EPA weist in seinem Fachbericht vom 20. August 2019 darauf hin, dass sich Art. 161d Abs. 3 VBPV-EDA an die Lohnbesitzstandsgarantie von Art. 52a Abs. 2 BPV anlehne, weshalb betreffend deren Definition und Umfang auf die Auslegung und die langjährige Praxis zu Art. 52a Abs. 2 BPV zurückgegriffen werden könne.

Art. 52a Abs. 2 BPV ist wie folgt gefasst: Muss aus Gründen, die nicht bei der angestellten Person liegen, die Funktion einer Person, die das 55. Altersjahr zurückgelegt hat, tiefer bewertet oder eine tiefer bewertete Funktion zugewiesen werden, so wird die Lohnklasse im Arbeitsvertrag angepasst. Der Lohn bleibt unverändert und wird vom Teuerungsausgleich und von einer Lohnerhöhung nach Art. 39 BPV ausgenommen, bis er den Betrag nicht mehr übersteigt, der aufgrund der Funktionsbewertung gerechtfertigt ist. Es handelt sich hierbei um eine eigentliche Parallelbestimmung zu Art. 35 VBPV-EDA, in welcher der Verordnungsgeber ebenfalls eine Lohnbesitzstandsgarantie festschreibt, gleichzeitig aber festhält, dass die Lohnklasse selbst nicht Gegenstand derselben bildet und darüber hinaus weder Lohnerhöhungen noch ein Teuerungsausgleich gestattet sind. Den einschlägigen Erläuterungen des EPA zum Bundespersonalrecht vom Februar 2019, die den Charakter einer Verwaltungsverordnung aufweisen (vgl. Urteil des BVGer A-1754/2017 vom 12. Dezember 2018 E. 4.4), ist zu entnehmen, dass bei einer Rückstufung in eine tiefere Lohnklasse der Lohn gemäss bisheriger Lohnklasse quasi eingefroren werde. Bisheriger Lohn im Sinn dieser Bestimmung sei lediglich der Lohn gemäss Lohnklasse ohne allfällige Zulagen. Zulagen wie die Vertrauensarbeitszeit-Zulage, die 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. das Arbeitszeitmodell, die Situation am Arbeitsmarkt oder effektive Nacht- oder Sonntagsarbeit). Das EPA schliesst in seinem Fachbericht vom 20. August 2019

daraus, dass sämtliche Leistungen, die sich an der vertraglichen Lohnklasse orientieren, nach der neuen tieferen Lohnklasse zu bemessen sind. Im Fall der beruflichen Vorsorge gelange bei der Rückstufung von der Lohnklasse 24 zu neu 22 der Standardplan anstelle des Kaderplans – mit der entsprechenden Konsequenz für die Höhe der Sparbeiträge – zur Anwendung. Es habe seitens des Ordnungsgebers zu keinem Zeitpunkt die Absicht bestanden, die Zugehörigkeit zum bisherigen Vorsorgeplan zu garantieren. Diese Auslegung entspreche der gefestigten Praxis des EPA zu Art. 52a BPV seit Inkrafttreten der Bestimmung am 1. Januar 2005.

3.2.2.4 Der Vergleich von Art. 35 Abs. 2 VBPV-EDA und Art. 52a Abs. 2 BPV zeigt, dass die Lohnbesitzstandsgarantie bei beiden Bestimmungen übereinstimmend derart ausgestaltet ist, dass die Lohnklasse nicht von der Lohnbesitzstandsgarantie erfasst wird, sondern bei einer Tieferbewertung der ausgeübten Funktion im Arbeitsvertrag angepasst werden muss. Der anwendbare Vorsorgeplan ist abhängig von der Lohnklasse: Gemäss Art. 3 Abs. 1 des Vorsorgereglements für die Angestellten und die Rentenbeziehenden des Vorsorgewerks Bund vom 15. Juni 2007 (VRAB; SR 172.220.141.1) sind angestellte Personen bis und mit Lohnklasse 23 im Standardplan versichert (Bst. a), wohingegen Personen ab Lohnklasse 24 im Kaderplan versichert sind (Bst. b). Angesichts dieser Verknüpfung von Vorsorgeplan und Lohnklasse scheint die seitens des EPA getroffene Schlussfolgerung, dass sich die Lohnbesitzstandsgarantie nicht auf die Vorsorgebeiträge des Arbeitgebers erstrecke, folgerichtig. Gründe, die eine hiervon abweichende Auslegung von Art. 161d Abs. 3 erster Satz VBPV-EDA nahelegen oder zu rechtfertigen vermögen würden, werden von der Beschwerdeführerin weder substantiiert vorgebracht noch scheint ihr Vorhandensein in systematischer Hinsicht ersichtlich, zumal die allgemeinen Regeln in der BPV hinsichtlich des Lohns in Art. 36 ff. BPV und diejenigen betreffend die berufliche Vorsorge in Art. 88a ff. BPV jeweils separat geregelt sind. Angesichts der systematischen Auslegung ist deshalb davon auszugehen, dass der Ordnungsgeber auch hinsichtlich Art. 161d VBPV-EDA nicht die Absicht besass, die Lohnklasse der Lohnbesitzstandsgarantie unterstellen zu wollen, wobei auf den geschichtlichen Erlasskontext im Folgenden näher eingegangen wird.

3.2.3 Das historische Auslegungselement fragt nach der Entstehungsgeschichte der im Streit liegenden Rechtsnorm. Den Verordnungserläuterungen zu Art. 161d VBPV-EDA ist zu entnehmen, dass sich die Lohnbesitzstandsgarantie auf den bisherigen Lohn vor dem Stichtag des Systemwechsels am 1. Januar 2019 beziehe und nicht die Lohnklasse umfasse

(vgl. Erläuterungen VBPV-EDA, S. 9). Weiter greife der unbefristete Besitzstand nach Art. 161*d* Abs. 3 VBPV-EDA im Übrigen nur, wenn und solange der Lohn der betreffenden Person den Höchstbetrag der Lohnklasse der ausgeübten Funktion übersteige. Sei dies nicht mehr der Fall, weil die betreffende Person nach dem 1. Januar 2019 in eine Funktion wechsele, die im Vergleich zur Lohnklasse vor dem 1. Januar 2019 gleich oder höher bewertet worden sei, entfalle der übergangsrechtliche Lohnbesitzstand und es kämen die allgemeinen Regeln (insbesondere Art. 35 VBPV-EDA) zur Anwendung (vgl. Erläuterungen VBPV-EDA, S. 11). Der Verordnungsgeber stellte also klar, dass die Lohnbesitzstandsgarantie weder in sachlicher Hinsicht – bspw. mit Blick auf die Lohnklasse – noch in zeitlicher Hinsicht – d.h. nach Ablauf des Stichdatums – absolut gilt. Damit steht die entstehungsgeschichtliche Betrachtungsweise im Einklang mit der bereits erläuterten systematischen Auslegung (siehe dazu vorne E. 3.2.2).

3.2.4 In teleologischer Hinsicht wird mit der in Art. 161*d* VBPV-EDA übergangsrechtlich vorgeschriebenen Lohnbesitzstandsgarantie dem Umstand Rechnung getragen, 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, wie im Fall der Beschwerdeführerin, beim Systemwechsel dazu führen, dass sie im Vergleich zu ihrer persönlichen Lohnklasse in einer neu tiefer eingereichten Stelle tätig sind. Die Lohnbesitzstandsgarantie bezweckt, den Lohn der bisherigen Lohnklasse zumindest solange beizubehalten, bis die betreffenden Angestellten im Rahmen einer nächsten Versetzung die Möglichkeit haben, sich im Wissen um die Lohnklasse der ausgeschriebenen Stellen zu bewerben oder allenfalls von einer Bewerbung abzusehen, um mögliche Lohneinbussen zu vermeiden (vgl. Erläuterungen VBPV-EDA, S. 9). Aufgrund der mit der Versetzungspflicht verbundenen Unsicherheit und wiederkehrenden Veränderung besteht zudem ein erhöhtes Bedürfnis nach finanzieller Planungssicherheit. Während das nicht versetzungspflichtige Bundespersonal nur mit geringer Wahrscheinlichkeit jemals eine niedriger eingestufte Stelle zugewiesen erhält, ist das versetzungspflichtige Personal diesem Risiko in der Regel alle vier Jahre ausgesetzt (vgl. Art. 132 Abs. 2 VBPV-EDA). Aus Arbeitgebersicht des EDA müssen 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 (vgl. Erläuterungen VBPV-EDA, S. 5 f.). Einerseits verschafft der Ordnungsgeber mittels Lohnbesitzstandsgarantie dem Grundsatz von Treu und Glauben (vgl. Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV) Nachachtung, indem er die finanziellen Flogen abmildert, die mit dem Systemwechsel und der per 1. Januar 2019 neu vorgenommenen Stellenbeurteilungen verbunden sind, und beugt so zusätzlich möglicherweise unerwarteten Lohneinbussen des versetzungspflichtigen Personals vor. Andererseits bestehen 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 lassen sich daraus allerdings nicht ableiten.

3.2.5 Als Ergebnis der Auslegung von Art. 161d Abs. 3 erster Satz VBPV-EDA kann zusammenfassend festgehalten werden, dass weder die grammatikalische noch die teleologische Auslegung eine konkrete Antwort darauf geben, ob die Lohnbesitzstandsgarantie auch die Vorsorgeleistungen des Arbeitgebers umfasst. Hingegen zeigen sowohl die systematische als auch die historische Auslegung, dass die vom Ordnungsgeber gewährte Lohnbesitzstandsgarantie nicht absolut gilt. So wird bspw. die Lohnklasse nicht von der Lohnbesitzstandsgarantie erfasst, sondern muss bei einer Tieferbewertung der ausgeübten Funktion im Arbeitsvertrag in Übereinstimmung mit der langjährigen Praxis des EPA angepasst werden. Weil der anwendbare Vorsorgeplan zudem von der Lohnklasse abhängig ist (vgl. Art. 3 Abs. 1 Bst. a und b VRAB), ist der Umfang der Lohnbesitzstandsgarantie dahingehend auszulegen, dass sie nur den Lohn umfasst, sich darüber hinaus aber nicht auf Vorsorgeleistungen des Arbeitgebers erstreckt. An diesem Ergebnis vermag im Übrigen auch der Verweis der Beschwerdeführerin auf Art. 88d^{bis} Abs. 1 BPV nichts zu ändern, wonach der bisherige Versicherungsschutz des versicherbaren Lohns auf Verlangen einer angestellten Person nach dem 58. Altersjahr bei einer Lohnreduktion um höchstens die Hälfte aufrechterhalten werden kann, indem sie neben den eigenen Sparbeiträgen auch diejenigen des Arbeitgebers bezahlt, da es sich hierbei um eine bundespersonalrechtliche Konkretisierung von Art. 33a Abs. 1 des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 25. Juni 1982 (BVG; SR 831.40) handelt, die nicht in direktem Zusammenhang mit der im Streit liegenden Bestimmung – insbesondere nicht mit der Lohnbesitzstandsgarantie – steht.

3.3 Die Beschwerdeführerin vertritt den Eventualstandpunkt, im Falle einer versetzungsbedingten Zuweisung einer tiefer bewerteten Funktion liege

mit Blick auf Art. 161*d* Abs. 3 i.V.m. Art. 35 Abs. 2 VBPV-EDA eine echte Rechtslücke vor, ebenso schliesst die Vorinstanz das Vorliegen einer solchen Lücke – abhängig vom Ergebnis der Rechtsauslegung – nicht vollends aus.

3.3.1 Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist von einer Rechtslücke auszugehen, wenn sich die strittige Regelung als unvollständig erweist, weil sie jede Antwort auf die sich stellende Rechtsfrage schuldig bleibt. Hat der Gesetz- bzw. Verordnungsgeber eine Rechtsfrage nicht übersehen, sondern stillschweigend – im negativen Sinn – mitentschieden (sog. qualifiziertes Schweigen), bleibt kein Raum für richterliche Lückenfüllung. Eine Rechtslücke, die vom Gericht zu füllen ist, liegt erst dann vor, wenn der Gesetz- bzw. Verordnungsgeber etwas zu regeln unterlassen hat, was er hätte regeln sollen, und der strittigen Bestimmung diesbezüglich weder nach ihrem Wortlaut noch nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Inhalt eine Vorschrift entnommen werden kann. Ob eine zu füllende Lücke oder ein qualifiziertes Schweigen vorliegt, ist stets durch Auslegung zu ermitteln (siehe statt vieler: BGE 141 IV 298 E. 1.3.1 f. m.w.H.).

3.3.2 Das Ergebnis der Auslegung von Art. 161*d* Abs. 3 erster Satz VBPV-EDA hat gezeigt, dass die übergangrechtlich festgeschriebene Lohnbesitzstandsgarantie nur den Lohn umfasst, sich darüber hinaus aber nicht auf Vorsorgeleistungen des Arbeitgebers erstreckt (siehe dazu vorne E. 3.2.5). Der Verordnungsgeber hat die Frage nach dem Umfang der Lohnbesitzstandsgarantie somit im Sinn eines qualifizierten Schweigens entschieden, das keinen Raum für eine rechtschöpfende Lückenfüllung seitens des Gerichts offen lässt. Vor diesem Hintergrund erübrigen sich weitere Ausführungen zum abzuweisenden beschwerdeführerischen Eventualvorbringen. An dieser Stelle sei jedoch darauf hingewiesen, dass es der Beschwerdeführerin bei einem nächsten Stellenwechsel unbenommen bleibt, sich erneut auf eine höher eingestufte Stelle zu bewerben, um so allenfalls wieder im Kaderplan der PUBLICA versichert zu sein.

3.4 Soweit die Vorinstanz mit Eingaben vom 9. August 2019 und 21. Oktober 2019 beantragt, die Beschwerde sei wegen ihrer grundsätzlichen Bedeutung in Fünferbesetzung zu entscheiden, sehen das Verwaltungsgerichtsgesetz und das Geschäftsreglement für das Bundesverwaltungsgericht vom 17. April 2008 (VGR, SR 173.320.1) vor, dass materielle Urteile des Bundesverwaltungsgerichts in der Regel durch drei Richtende zu fällen sind. Die Abteilungen entscheiden einzig in Fünferbesetzung, wenn der Präsident bzw. die Präsidentin dies im Interesse der Rechtsfortbildung oder

der Einheit der Rechtsprechung anordnet (vgl. Art. 21 VGG i.V.m. Art. 32 Abs. 2 VGR). Weder Aspekte der Rechtsfortbildung noch der einheitlichen Praxis sprechen vorliegend für eine erweiterte Besetzung und entgegen den Vorbringen der Vorinstanz sind keine Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung zu klären, welche die gewöhnliche Rechtsauslegung übersteigen. Auch besteht seitens der Parteien kein Anspruch auf eine erweiterte Besetzung. Diese Entscheidung ist dem Ermessen des Spruchkörpers gestützt auf die hierfür einschlägigen Regeln anheimgestellt (vgl. Urteil des BVerG B-3729/2015 vom 25. August 2017 E. 2.1). Von einer Fünferbesetzung ist demnach abzusehen und der Antrag der Vorinstanz abzuweisen.

3.5 Zusammenfassend erweist sich die seitens der Vorinstanz getroffene Feststellungsverfügung als rechtmässig. Demzufolge ist die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen und der vorinstanzliche Entscheid vom 29. Mai 2019 zu bestätigen.

4.

Es bleibt über die Kosten und Entschädigungen des Beschwerdeverfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht zu befinden.

4.1 Das Beschwerdeverfahren ist in personalrechtlichen Angelegenheiten unabhängig vom Ausgang des Verfahrens grundsätzlich kostenlos (Art. 34 Abs. 2 BPG). Davon ist vorliegend nicht abzuweichen. Es sind aus diesem Grund keine Verfahrenskosten zu erheben.

4.2 Der unterliegenden Beschwerdeführerin steht bei diesem Verfahrensausgang keine Parteientschädigung zu (vgl. Art. 64 VwVG i.V.m. Art. 7 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]); ebenso wenig hat die Vorinstanz einen Anspruch auf eine Parteientschädigung (vgl. Art. 7 Abs. 3 VGKE).

(Das Dispositiv befindet sich auf der nächsten Seite.)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

3.

Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz ([...]; Einschreiben)
- das Generalsekretariat des EDA (Gerichtsurkunde)
- das EPA z.K.

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Der Gerichtsschreiber:

Kathrin Dietrich

Basil Cupa

Rechtsmittelbelehrung:

Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts auf dem Gebiet der öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisse können beim Bundesgericht angefochten werden, sofern es um eine vermögensrechtliche Angelegenheit geht, bei welcher der Streitwert mindestens Fr. 15'000.– beträgt oder bei der sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (vgl. Art. 85 Abs. 1 Bst. b und Abs. 2 BGG). Bei einer nicht vermögensrechtlichen Angelegenheit ist die Beschwerde nur zulässig, wenn sie die Gleichstellung der Geschlechter betrifft (vgl. Art. 83 Bst. g BGG). Steht die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten offen, kann sie innert 30 Tagen nach Eröffnung dieses Entscheids beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, erhoben werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: