

Sulgeneckstrasse 70
3005 Bern
Telefon 031 633 84 31
Telefax 031 633 84 62
www.erz.be.ch

4800.600.500.12/17 (790224v2)

14. August 2018

Entscheid



■ Beschwerdeverfahren gegen die Verfügung vom 12. Juni 2017 (Teilabgangsentschädigung)

A____,
vertreten durch Rechtsanwalt

Beschwerdeführerin

gegen

Amt für zentrale Dienste,
Sulgeneckstrasse 70, 3005 Bern

Ausgangslage

1. A_____ war vom 1. August 2013 bis 31. Juli 2016 an der Volksschule X als Lehrkraft an einer Klasse zur besonderen Förderung (KbF) angestellt. Dieses Anstellungsverhältnis wurde von der Anstellungsbehörde infolge einer Reorganisation per 31. Juli 2016 gekündigt, endete auf Beschwerde hin gemäss dem Entscheid der Erziehungsdirektion vom 22. Februar 2017 im Verfahren 4800.600.500.13/16 jedoch erst Ende Januar 2017. A_____ trat am 12. Februar 2017 eine befristete Teilzeitanstellung als Lehrkraft an der Sekundarstufe I an der Schule Y (Kanton Aargau) an. Am 27. März 2017 erkannte die Erziehungsdirektion im Rahmen der vorsorgerechtlichen Verschuldensfeststellung mit Zustimmung der Finanzdirektion, dass die Entlassung an der Volksschule X unverschuldet erfolgt sei. Am 12. Juni 2017 verfügte das Amt für zentrale Dienste der Erziehungsdirektion (AZD ERZ) das Folgende:
 1. *Frau A_____ hat ab 1. Februar 2017 Anspruch auf eine Teilabgangsentschädigung im Umfang von 6 Monatsgehältern (...). Die Teilabgangsentschädigung beträgt für Februar 2017 4'176.00 Franken und für März bis Juli 2017 2'978.40 Franken brutto im Monat abzüglich Sozialversicherungsbeiträge (AHV/IV/EO/ALV; hingegen erfolgt kein Abzug für die Pensionskasse).*
 2. *Die Teilabgangsentschädigung wird Frau A_____ durch die Abteilung Personaldienstleistungen des Amtes für zentrale Dienste als einmaliger Betrag ausgerichtet.*
2. Gegen diese Verfügung erhob A_____, vertreten durch ihren Rechtsanwalt, am 6. Juli 2017 Beschwerde bei der Erziehungsdirektion und stellte die Rechtsbegehren, die Verfügung sei aufzuheben und ihr sei eine ungekürzte Abgangsentschädigung in der Höhe von 44'013.90 Franken brutto auszurichten.
3. Das AZD ERZ reichte am 5. September 2017 seine Stellungnahme sowie die Vorakten ein und beantragte, die Beschwerde sei abzuweisen.
4. Am 22. September 2018 reichte A_____, vertreten durch ihren Rechtsanwalt, Bemerkungen ein und hielt sinngemäss an den gestellten Rechtsbegehren fest.
5. Mit verfahrensleitender Verfügung vom 27. September 2017 wurde den Parteien der Entscheid der Erziehungsdirektion in Aussicht gestellt.

Rechtliche Prüfung und Begründung

1 Sachurteilsvoraussetzungen

1.1 Anfechtungsobjekt und Zuständigkeit

Anfechtungsobjekt bildet die Verfügung des AZD ERZ vom 12. Juni 2017. Lehrkräfte, die infolge einer Reorganisation unverschuldet entlassen worden sind, haben – sofern sie nicht die Voraussetzungen für eine Sonderrente erfüllen – Anspruch auf eine Abgangsentschädigung gemäss der Personalgesetzgebung (Art. 10c Abs. 1 und 4 des Gesetzes vom 20. Januar 1993 über die Anstellung der Lehrkräfte [LAG; BSG 430.250]). Dabei handelt es sich um einen vermögensrechtlichen Anspruch (BVR 2010 S. 337 E. 5.5). Gemäss Art. 26 LAG in Verbindung mit Art. 97 der Verordnung vom 28. März 2007 über die Anstellung der

Lehrkräfte (LAV; BSG 430.251.0) verfügt das AZD ERZ über vermögensrechtliche Ansprüche aus diesem Gesetz und seinen Ausführungserlassen nach Anhören der zuständigen Stelle der Finanzdirektion. Es war damit zum Erlass der angefochtenen Verfügung zuständig.

Nach Art. 25 Abs. 1 und 2 LAG in Verbindung mit Art. 108 Abs. 1 des Personalgesetzes vom 16. September 2004 (PG; BSG 153.01) und Art. 62 Abs. 1 Bst. a des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21) kann gegen Verfügungen über Anstellungsverhältnisse nach dem LAG bei der Erziehungsdirektion Beschwerde geführt werden. Die Erziehungsdirektion ist somit zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

1.2 Beschwerdebefugnis

Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, ist durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (Art. 65 Abs. 1 VRPG). Sie wird rechtmässig durch ihren Rechtsanwalt vertreten (Art. 15 Abs. 1 und 4 VRPG).

1.3 Form, Frist und Überprüfungsbefugnis

Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten (Art. 67 VRPG).

Die Überprüfungsbefugnis der Erziehungsdirektion ist umfassend und richtet sich nach Art. 66 VRPG.

2 Materielles

Umstritten ist, ob die der Beschwerdeführerin zustehende und als Einmalzahlung zu entrichtende Abgangsentschädigung im Umfang von sechs Monatsgehältern abzüglich Sozialversicherungsabzügen (ohne Pensionskassenabzug) – wie vom AZD ERZ verfügt – als Teilabgangsentschädigung mit 4'176.00 Franken (für Februar 2017) bzw. 2'978.40 Franken (für März bis Juli 2017) oder – wie von der Beschwerdeführerin verlangt – als ungekürzte Abgangsentschädigung mit 7'335.65 Franken pro Monat (total 44'013.90 Franken) zu bemessen ist.

Mit Blick auf den Antrag der Beschwerdeführerin ist festzuhalten, dass die volle Abgangsentschädigung gemäss dem in den Vorakten liegenden Berechnungsformular vom 7. März 2017 nicht 7'335.65 Franken pro Monat, sondern 7'115.03 Franken pro Monat betragen würde.

2.1 Argumente der Parteien

2.1.1 Argumente der Beschwerdeführerin

Die Beschwerdeführerin führt in der Beschwerde aus, die angefochtene Verfügung gewähre ihr eine Abgangsentschädigung, ziehe davon jedoch das bei der Anstellung an der Schule Y erzielte Gehalt ab. Gegen diesen letzten Punkt richte sich ihre Beschwerde. Sie habe Anspruch auf eine ungekürzte Abgangsentschädigung.

Bei der befristeten Anstellung an der Schule Y habe es sich um eine Anstellung gehandelt, die gemäss Art. 13 der Stellenvermittlungsverordnung vom 20. April 2005 (StvV; BSG 153.011.2) nicht zumutbar gewesen sei. Die Beschwerdeführerin hätte rechtlich nicht gezwungen werden können, diese anzunehmen. Die freiwillige Annahme werde nicht belohnt, wenn bei der Abgangsentschädigung das dort erzielte Gehalt angerechnet werde, obwohl die Stelle unzumutbar gewesen sei.

Besonders stossend sei, dass die befristete Anstellung unglücklicherweise genau in die Zeit gefallen sei, in welcher auch die Abgangsentschädigung ausgerichtet werde. Daran ändere im Übrigen Art. 17 StvV nichts, denn diese Bestimmung beziehe sich bloss auf die Frage, in welchem Zeitpunkt die Verschuldensfeststellung vorzunehmen sei. Zudem beziehe sich die Bestimmung nur auf zumutbare befristete Stellen.

Die Nichtanrechnung des an einer unzumutbaren Stelle erzielten Gehalts ergebe sich auch aus Art. 123 Abs. 6 der Personalverordnung vom 18. Mai 2005 (PV; BSG 153.011.1). Danach werde der Anspruch auf die Abgangsentschädigung wieder fällig, wenn das Arbeitsverhältnis während der Probezeit aufgelöst werde oder wenn sich die Anstellung beim Kanton oder bei einem anderen Arbeitgeber als nicht zumutbar erweise und die ehemalige Mitarbeiterin keine zumutbare neue Stelle gefunden habe. Wenn diese Voraussetzungen erfüllt seien, werde eine – ungekürzte – Abgangsentschädigung ausgerichtet. Demnach dürfe diese nur verweigert oder gekürzt werden, wenn die entlassene Person eine zumutbare Stelle gefunden habe. Die Stelle an der Schule Y sei unbestrittenermassen unzumutbar gewesen und demnach der dort erzielte Verdienst nicht anzurechnen und die Abgangsentschädigung nicht zu kürzen.

Soweit ersichtlich fehle im bernischen Personalrecht eine gesetzliche Grundlage für die Anrechnung eines anderweitig erzielten Einkommens an die Abgangsentschädigung. Die Ausnahme stelle Art. 123 Abs. 6 PV dar, welcher aber eine Anrechnung nur für den Fall vorsehe, dass eine zumutbare Stelle ausgeübt werde.

In ihren Bemerkungen ergänzt die Beschwerdeführerin, das AZD ERZ stütze sich bei der Anrechnung eines Verdienstes an die Abgangsentschädigung auf ein Merkblatt. Rechtsprechungsgemäss habe ein solches Merkblatt aber keinen normativen Gehalt.

Es sei wohl ein Teil der Zweckbestimmung der Abgangsentschädigung, soziale Härtefälle zu verhindern. Dass sie vom Alter und insbesondere auch vom Dienstalder abhängig sei, zeige jedoch auch, dass auch der Aspekt der Honorierung geleisteter Dienste eine Rolle spiele.

Nach dem Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern 200.17.427 vom 27. Juni 2017 gelte eine Abgangsentschädigung gemäss Art. 11a des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG; SR 837.0) als freiwillige Leistung des Arbeitgebers bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses. Somit könne auch nicht damit argumentiert werden, dass eine Überentschädigung generell ausgeschlossen werden solle. An diese freiwillige Leistung dürfe weder die Arbeitslosenentschädigung noch ein anderweitig erzielter Verdienst angerechnet werden.

Im bernischen Personalrecht fehle eine gesetzliche Grundlage zur Regelung der vom AZD ERZ geltend gemachten Überentschädigung. Dieses lege auch nicht dar, woher sich der allgemeine Grundsatz der Schadenminderungspflicht für das bernische Personalrecht ableiten liesse.

Die vom AZD ERZ verfolgte Praxis gemäss Merkblatt sei in ihrem Falle besonders stossend. Ausgerechnet während der Dauer der Abgangsentschädigung habe sie eine befristete Teilzeitstelle gehabt. Seit dem 1. August 2017 sei sie wieder ganz arbeitslos. Die Abgangsentschädigung biete ihr daher keinen Vorteil. Sie werde gegenüber einer Person benachteiligt, die zuerst arbeitslos sei und erst dann eine Stelle finde.

2.1.2 Argumente des AZD ERZ

In der angefochtenen Verfügung wird ausgeführt, da die Beschwerdeführerin eine Teilanstellung an der Schule Y habe antreten können, werde ihr eine Teilabgangsentschädigung ausgerichtet. Diese umfasse die Differenz zwischen dem letzten monatlichen Bruttogehalt (hochgerechnet auf den durchschnittlichen Beschäftigungsgrad der letzten Jahre) und dem neuen monatlichen Bruttogehalt.

In seiner Stellungnahme hält das ADZ ERZ fest, beim Instrument der Abgangsentschädigung nach einer Auflösung der Anstellung infolge Reorganisation handle es sich um ein "soziales unter-die-Arme-Greifen" der entlassenen Person. Es solle verhindert werden, dass die infolge Reorganisation entlassene Person in fortgeschrittenem Alter per sofort kein Gehalt mehr erhalte bzw. Arbeitslosenunterstützung beantragen müsse.

Im Merkblatt Abgangsentschädigung der Erziehungsdirektion, gültig ab 1. August 2017 (nachfolgend: MB Abgangsentschädigung ERZ; abrufbar unter www.erez.be.ch → Schnellzugriff: Anstellung Lehrkräfte → Auflösung des Anstellungsverhältnisses infolge einer Reorganisation → Merkblatt "Abgangsentschädigung bei Auflösung des Anstellungsverhältnisses in Folge einer Reorganisation"; zuletzt besucht am 16. Juli 2018), werde denn auch festgehalten, dass die Regelung betreffend Teilabgangsentschädigung in Art. 123 PV nicht explizit erwähnt werde. Sie ergebe sich jedoch aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen sowie dem Sinn und Zweck der Abgangsentschädigung. Letztere beständen darin, Lehrkräften ab dem 40. Altersjahr, welche ihre Anstellung unverschuldet verlieren und nicht weiterbeschäftigt werden könnten, finanziell unter die Arme zu greifen. Die Lehrpersonen sollten durch den Stellenabbau nicht finanziell in Bedrängnis geraten (Vortrag des Regierungsrates vom 5. Dezember 2012 an den Grossen Rat zur LAG-Teilrevision vom 9. September 2013, in Kraft getreten am 1. August 2014, S. 35 [im Folgenden: Vortrag 2012; www.erez.be.ch → Schnellzugriff: Anstellung Lehrkräfte → Rechtliche Grundlagen → LAG- und LAV-Änderungen → Vortrag zur LAG-Teilrevision per 1. August 2014; zuletzt besucht am 16. Juli 2018]; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern 100.2011.272 vom 29. Mai 2012, E. 2.3). Würde jedoch einer betroffenen Lehrkraft, welche eine neue Stelle antrete, zum "neuen" Gehalt eine volle Rate der Abgangsentschädigung ausgerichtet, führte dies dazu, dass sie mehr verdienen würde, als wenn die ursprüngliche Stelle nicht aufgehoben worden wäre. Dies würde letztlich zu einer Überentschädigung führen, welche nicht dem Sinn und Zweck einer Abgangsentschädigung entsprechen könne. Zudem seien die von einer Reorganisation betroffenen Personen aus dem allgemeinen Grundsatz der Schadenminderungspflicht verpflichtet, alles Zumutbare zu unternehmen, um die Folgekosten für den Kanton möglichst tief zu halten oder zu vermeiden.

Bei einer Teilabgangsentschädigung werde der Anspruch auf eine volle monatliche Rate durch den Anspruch auf die Differenzzahlung zum aktuellen Lohn ersetzt. Mit jeder monatlichen Differenzzahlung erlösche der Anspruch auf eine volle monatliche Rate. Diese Regelung folge Sinn und Zweck der Abgangsentschädigung sowie der allgemeinen Schadenminderungspflicht der Arbeitnehmerin und des Arbeitnehmers.

Ebenfalls heranzuziehen sei die Regelung gemäss Ziffer 16 des MB Abgangsentschädigung ERZ, wonach auch während einer befristeten Anstellung ein Anspruch auf eine Differenzzahlung zwischen dem monatlichen Bruttogehalt gemäss dem gewogenen mittleren Beschäftigungsgrad während der vorausgegangenen fünf Jahre und dem "neuen" Gehalt bestehe. Nach Beendigung des befristeten Arbeitsverhältnisses würden solange volle Raten ausbezahlt, wie der Anspruch auf Abgangsentschädigung andauere. In diesem Sinne sei die gleiche Regelung anzuwenden, wie wenn die betroffene Person zunächst eine unzumutbare Stelle antrete und dieses Anstellungsverhältnis dann aufgelöst werde.

Zusammengefasst handle es sich bei der Abgangsentschädigung gemäss Art. 32 Abs. 2 PG nicht um eine Abfindungssumme oder eine Art "Genugtuung" der Arbeitgeberin für die gekündigte Anstellung, sondern um eine soziale Massnahme nach der von der Lehrperson unverschuldeten Auflösung eines Anstellungsverhältnisses. Entsprechend werde nur dann eine Abgangsentschädigung (voll) ausgerichtet, wenn tatsächlich nahtlos keine neue Stelle (zum bisherigen Beschäftigungsgrad) angetreten werden könne.

2.2 Rechtliche Grundlagen

Gemäss Art. 10a Abs. 1 LAG löst die Anstellungsbehörde das Anstellungsverhältnis auf, wenn ein massgebender Teil der Anstellung infolge einer durch den Kanton oder die zuständige Gemeinde veranlassten Reorganisation wegfällt und die Lehrkraft nicht in zumutbarem Rahmen weiterbeschäftigt werden kann. Dabei strebt die zuständige Direktion an, der betroffenen Person eine zumutbare Anstellung zu vermitteln (Art. 10a Abs. 2 LAG). Lehrkräfte, die gemäss Art. 10a LAG unverschuldet entlassen worden sind, haben Anspruch auf eine Sonderrente in der Höhe der Invalidenrente der Pensionskasse, bei der sie versichert sind, sofern sie zum Zeitpunkt der Auflösung des Anstellungsverhältnisses das 56. Altersjahr vollendet haben und länger als 16 Jahre im Schuldienst des Kantons beschäftigt gewesen sind (Art. 10c Abs. 1 LAG). Lehrkräfte, welche diese Voraussetzungen nicht erfüllen, haben Anspruch auf eine Abgangsentschädigung gemäss der Personalgesetzgebung (Art. 10c Abs. 4 LAG). Eine Reorganisation im Sinne von Artikel 10a Absatz 1 LAG liegt vor, wenn die Organisationsstruktur einer oder mehrerer Schulen wesentlich geändert wird (Art. 14 Abs. 1 LAV). Eine Lehrkraft gilt als von einer Reorganisation betroffen, wenn sie unbefristet angestellt ist und sie infolge der Reorganisation mindestens 12,5 Beschäftigungsgradprozente verliert. Bei einer Anstellung mit einer Bandbreite gilt der durchschnittlich entschädigte Beschäftigungsgrad während der vorausgegangenen zwei Jahre (Art. 15 Abs. 1 und 2 LAV). Eine oder mehrere andere Stellen sind zumutbar, wenn sie im Sinne von Artikel 31 PG sowie Artikel 12, 13, 15 und 17 StvV zumutbar sind. Die Unterrichtstätigkeit auf einer höheren Schulstufe ist ebenfalls zumutbar. Die maximale Gehaltseinbusse nach Artikel 13 StvV wird auf der Grundlage des durchschnittlichen monatlichen Bruttogehalts der letzten zwei Jahre berechnet (Art. 21 Abs. 1 – 3 LAV).

Der Regierungsrat legt die Höhe der Abgangsentschädigung abgestuft nach Dienst- und Lebensalter durch Verordnung fest. Die Entschädigung darf den Betrag nicht übersteigen, der dem Gehalt der betroffenen Person für 18 Monate entspricht (Art. 32 Abs. 2 PG). Tritt die betroffene Person innert 18 Monaten seit der Auflösung des Arbeitsverhältnisses eine zumutbare Stelle beim Kanton oder einem anderen Arbeitgeber an, wird die Abgangsentschädigung ganz oder teilweise gekürzt. Der Regierungsrat regelt die Einzelheiten durch Verordnung (Art. 32 Abs. 4 PG). Die Abgangsentschädigung nach Artikel 32 Absatz 2 PG wird auf der Grundlage des monatlichen Bruttogehalts nach Massgabe der vollendeten Dienst- und Lebensjahre gemäss Anhang 3 ermittelt, jedoch höchstens entsprechend der bis zur ordentlichen Pensionierung der betroffenen Person verbleibenden Anzahl Monate.

Das monatliche Bruttogehalt wird unter Berücksichtigung des gewogenen mittleren Beschäftigungsgrads während der vorausgegangenen fünf Jahre ermittelt (Art. 123 Abs. 2 PV). Der 13. Monatslohn und allfällige Familien- und Betreuungszulagen sind in die Berechnung der Abgangsentschädigung nicht einzubeziehen (Art. 123 Abs. 3 PV). Die Abgangsentschädigung wird unter Vorbehalt von Absatz 5 in monatlichen Raten ausgerichtet. Eine Rate entspricht einem nach den Absätzen 2 und 3 berechneten Monatsbruttolohn abzüglich Sozialversicherungsbeiträge. Die Ratenzahlungen werden eingestellt, sobald die betroffene Person eine zumutbare Stelle beim Kanton oder einem anderen Arbeitgeber antritt (Art. 123 Abs. 4 PV). Die monatliche Rate wird ausbezahlt, sofern die betroffene Person gegenüber der zuständigen Stelle bis jeweils am 10. des jeweiligen Monats schriftlich erklärt, nicht anderswo zumutbar angestellt zu sein (Art. 123 Abs. 5 PV). Wird die neue zumutbare Anstellung in der Probezeit aufgelöst oder erweist sich die Anstellung beim Kanton oder bei einem anderen Arbeitgeber als nicht zumutbar, wird der Anspruch auf Abgangsentschädigung wieder fällig, wie wenn die ehemalige Mitarbeiterin oder der ehemalige Mitarbeiter noch keine neue zumutbare Anstellung gefunden hätte (Art. 123 Abs. 6 PV).

2.3 Würdigung

2.3.1 Fehlende gesetzliche Grundlage

Die Beschwerdeführerin rügt einerseits eine fehlende gesetzliche Grundlage für die Anrechnung eines anderweitig erzielten Einkommens auf die Abgangsentschädigung und andererseits für das vom AZD ERZ geltend gemachte Überentschädigungsverbot.

Dazu ist festzustellen, dass die Lehreranstellungs- und die Personalgesetzgebung nicht nur hinsichtlich dieser beiden Punkte, sondern generell keine expliziten Regelungen für den Fall enthalten, dass eine von einer Reorganisation oder einer Stellenaufhebung betroffene Person – auf Grund behördlicher Vermittlung oder durch eigene Suche – lediglich eine nach den Bestimmungen der StvV unzumutbare Stelle findet und tatsächlich antritt. Die Ausrichtung einer Teilabgangsentschädigung ist gesetzlich nicht ausdrücklich geregelt, sondern stützt sich auf die Praxis, wie sie in Ziffer 2.11 des MB Abgangsentschädigung ERZ und in Bst. B Ziffer 13 des Merkblatts Abgangsentschädigung des Personalamts des Kantons Bern vom 20. Mai 2016 (nachfolgend: MB Abgangsentschädigung PA; abrufbar unter www.fin.be.ch → Personal → Personalrecht → Wissensdatenbank Personalrecht → Zugriff über Stichwort: Abgangsentschädigung → Merkblatt Abgangsentschädigung; zuletzt besucht am 16. Juli 2018) festgehalten ist.

Über die Grundsatzfrage, ob eine Teilabgangsentschädigung überhaupt zulässig ist oder nicht, ist bisher – soweit ersichtlich – noch nie von einer Verwaltungsjustizbehörde auf Beschwerde hin zu befinden gewesen. Im Entscheid der Erziehungsdirektion vom 23. Oktober 2017 i. S. R. D. war diese Frage nicht Streitgegenstand.

Gemäss den in Ziffer 2.2 erwähnten rechtlichen Bestimmungen hat eine von einer Reorganisation betroffene Lehrkraft dann Anspruch auf eine Abgangsentschädigung, wenn sie mindestens 12,5 Beschäftigungsgradprozente verliert, nicht in einem nach den Bestimmungen der Stellenvermittlungsverordnung zumutbarem Rahmen weiterbeschäftigt werden kann und die Anstellungsbehörde deshalb das Anstellungsverhältnis auflöst. Tritt sie innert 18 Monaten seit der Auflösung eine zumutbare Stelle beim Kanton oder einem anderen Arbeitgeber an, wird die Abgangsentschädigung insofern gekürzt, als die monatlich ausbezahlten Raten ab Stellenantritt eingestellt werden. Die Gesetzgebung enthält jedoch keine expliziten Regelungen für den Fall, dass die betroffene Lehrkraft mit ihrem Einverständnis

von der bisherigen Anstellungsbehörde in unzumutbarem Rahmen weiterbeschäftigt und das Anstellungsverhältnis nicht aufgelöst wird oder sie freiwillig eine unzumutbare neue Stelle antritt. Es wird nicht ausdrücklich statuiert, ob die Lehrkraft in diesem Fall den Anspruch auf Abgangsentschädigung ganz oder teilweise verliert oder ob ihr dieser unabhängig von dem an der unzumutbaren Stelle erzielten Einkommen in vollem Umfang zu gewähren ist.

Zu prüfen ist deshalb, ob in der Lehreranstellungs- und Personalgesetzgebung in dieser Hinsicht eine Lücke besteht. Eine Lücke des Gesetzes liegt vor, wenn sich eine gesetzliche Regelung als unvollständig erweist, weil sie auf eine bestimmte Frage keine Antwort gibt. Bevor eine ausfüllungsbedürftige Lücke angenommen werden darf, ist durch Auslegung zu ermitteln, ob das Fehlen einer ausdrücklichen Anordnung nicht eine bewusst negative Antwort des Gesetzes bedeutet, d. h. ein sogenanntes qualifiziertes Schweigen darstellt. Ob sich dem Gesetz durch Auslegung eine Anordnung entnehmen lässt oder ob eine Lücke vorliegt, lässt sich oft nicht klar bestimmen. Denn bei der Auslegung und bei der Lückenfüllung handelt es sich um zwei ineinander übergehende Formen richterlicher Rechtsfindung (*Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage, Zürich/St. Gallen 2016, Rz. 202 und 205).

2.3.2 Lücke oder qualifiziertes Schweigen

2.3.2.1 Allgemeines zur Auslegung

Heute wird von Lehre und Rechtsprechung auch für das Verwaltungsrecht der Methodenpluralismus bejaht, der keiner Auslegungsmethode einen grundsätzlichen Vorrang zuerkennt. Vielmehr sollen alle jene Methoden kombiniert werden, die für den konkreten Fall im Hinblick auf ein vernünftiges und praktikables, d. h. ohne unverhältnismässig grossen Verwaltungsaufwand durchsetzbares Ergebnis am meisten Überzeugungskraft haben. Eine wichtige Rolle spielt in diesem Zusammenhang – im Sinne einer Ergänzung der herkömmlichen Auslegungsmethoden – auch die Interessenabwägung. Die wertende Gegenüberstellung gegenläufiger privater und öffentlicher Interessen ist gerade im Verwaltungsrecht von zentraler Bedeutung (*Häfelin/Müller/Uhlmann*, Rz. 178).

2.3.2.2 Grammatikalische Auslegung

Ausgangspunkt jeder Auslegung ist die grammatikalische Auslegung (*Ulrich Häfelin/Walter Haller/Helen Keller/Daniela Thurnherr*, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2016, Rz. 92); diese stellt auf Wortlaut, Wortsinn und Sprachgebrauch ab (*Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr*, Rz. 91).

Nach Art. 10c Abs. 4 in Verbindung mit Art. 10a Abs. 1 LAG wie Art. 32 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 4 PG besteht ein Anspruch auf eine (volle oder gekürzte) Abgangsentschädigung, wenn die Lehrkraft unverschuldet entlassen worden und nicht in einer zumutbaren Stelle beschäftigt ist. Nach dem Wortlaut müssen einzig diese beiden Bedingungen erfüllt sein. Insofern ist die Regelung klar und eindeutig. Die erwähnten Normen sagen nichts aus über die Folgen einer einverständlichen Weiterbeschäftigung in unzumutbarem Rahmen oder eines freiwilligen Antritts einer neuen unzumutbaren Stelle. Die grammatikalische Auslegung vermag hinsichtlich der massgeblichen Frage, ob es sich dabei um ein qualifiziertes Schweigen oder eine Lücke handelt, keine Erkenntnisse zu liefern.

2.3.2.3 Systematische Auslegung

Bei der systematischen Auslegung wird der Sinn einer Rechtsnorm bestimmt durch ihr Verhältnis zu anderen Rechtsnormen und durch den systematischen Zusammenhang, in dem sie sich in einem Gesetz präsentiert (*Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr*, Rz. 97). Massgebliches Element ist damit einmal der systematische Aufbau eines Gesetzes. Dabei ist auch die Systematik der Titel und der Sachüberschriften oder der Randtitel (Marginalien) von Bedeutung.

Die Möglichkeit einer Abgangsentschädigung besteht für Personen, welche das 40. Altersjahr vollendet haben und mindestens sechs Dienstjahre bzw. ab vollendetem 50. Altersjahr mindestens ein Dienstjahr ausweisen (Art. 123 Abs. 2 PV und Anhang III zur PV). Personen, die das 56. Altersjahr vollendet und länger als 16 Jahre im Schuldienst des Kantons Bern gewesen sind (Art. 10c Abs. 1 LAG) bzw. als Versicherte der Bernischen Pensionskasse oder der Bernischen Pensionskasse mindestens 16 Beitragsjahre bei der Vorsorgeeinrichtung nachweisen (Art. 33 Abs. 1 PG), wird dagegen bei unverschuldeter Entlassung infolge einer Reorganisation bzw. bei unverschuldeter Auflösung des Arbeitsverhältnisses infolge einer Aufhebung der Stelle eine Sonderrente ausgerichtet. Nimmt eine Person, die eine Sonderrente bezieht, die Erwerbstätigkeit wieder auf, kommen die Bestimmungen der Vorsorgeeinrichtung über die Revision einer Invalidenrente und über die Überversicherung sinngemäss zur Anwendung (Art. 33 Abs. 5 PG). Im Unterschied zur Abgangsentschädigung besteht demnach für Sonderrenten eine gesetzliche Regelung, welche zu einer Teilsonderrente führen kann. Die systematische Auslegung stellt auf Grund des Fehlens einer Norm mit ähnlichem Zweck für die Abgangsentschädigung einen Hinweis dafür dar, dass dort auf die Möglichkeit der Ausrichtung einer teilweisen Entschädigung unter Anrechnung des an einer unzumutbaren Stelle erzielten Einkommens bewusst verzichtet worden sein könnte.

2.3.2.4 Historische Auslegung

Die historische Auslegung stellt auf den Sinn ab, den man einer Norm zur Zeit ihrer Entstehung gab. Eine Norm soll so angewendet werden, wie sie vom Gesetzgeber vorgesehen worden war; die rechtsanwendenden Organe sind nach dem Prinzip der Gewaltenteilung gehalten, die Entscheidungen des Gesetzgebers zu respektieren. Namentlich bei neueren Erlassen kommt den Materialien eine besondere Stellung zu, weil veränderte Umstände oder ein gewandeltes Rechtsverständnis eine andere Lösung hier weniger nahelegen (*Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr*, Rz. 101).

Die Abgangsentschädigung wurde mit dem Personalgesetz vom 16. September 2004 eingeführt, welches am 1. Juli 2005 in Kraft trat. Im Vortrag des Regierungsrates vom 10. März 2004 an den Grossen Rat (Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern, Junisession vom 14. bis 24. Juni 2004, Beilage 20, S. 13; abrufbar unter www.gr.be.ch → Schnellzugriff: Protokolle [Tagblätter] → Tagblattarchiv 2000 – 2009 → Tagblätter 2004 → Tagblatt Junisession 2004, zuletzt besucht am 16. Juli 2018) wurde dazu das Folgende ausgeführt:

Nach bisherigem Recht erhalten Personen, die über 45-jährig sind und ohne Verschulden nach mindestens 15 Beitragsjahren entlassen werden, eine Sonderrente. Diese Regelung wird jedoch in weiten Kreisen als nicht mehr zeitgemäss empfunden. Die mit dieser Revision in Aussicht genommene Neuregelung sieht vor, für die Altersgruppe der 45- bis 55-Jährigen an Stelle einer Sonderrente eine Abgangsentschädigung einzuführen. Für ältere Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter soll jedoch die bereits nach geltendem Recht gebräuchliche Rentenlösung beibehalten werden, indem bei unverschuldeter

Entlassung eine Sonderrente und eine Überbrückungsrente gewährt, wenn die betroffene Person nicht weiterbeschäftigt werden kann, mindestens 56-jährig ist und mindestens 16 Pensionskassen-Beitragsjahre aufweist.

In den Materialien finden sich keine Hinweise darauf, dass sich der historische Gesetzgeber mit den Folgen der Weiterführung bzw. des Antritts einer unzumutbaren Stelle beschäftigt hätte. Art. 32 Abs. 4 PG, wonach die Abgangsentschädigung ganz oder teilweise gekürzt wird, wenn die betroffene Person innerhalb von 18 Monaten seit Auflösung des Arbeitsverhältnisses eine zumutbare Stelle beim Kanton oder einem anderen Arbeitgeber antritt, wurde mit der am 1. August 2014 in Kraft getretenen Änderung des LAG mit indirekter Änderung des PG vom 9. September 2013 eingeführt. Gemäss dem entsprechenden Vortrag 2012 (S. 35) hat die Abgangsentschädigung eine sozialpolitische Aufgabe. Sie wolle verhindern, dass Kantonsangestellte, die als Folge eines Stellenabbaus oder einer Reorganisation ihre Stelle unverschuldet verlieren und nicht in zumutbarer Weise anderswo weiterbeschäftigt werden könnten, finanziell in Bedrängnis gerieten. Die bisherige Formulierung von Art. 32 PG habe jedoch zur Folge, dass die betroffene Person auch als unverschuldet entlassen gelte, wenn sie bei einem anderen Arbeitgeber als dem Kanton Bern bzw. einer im Geltungsbereich des LAG liegenden Institution eine zumutbare Stelle gefunden habe. Obwohl sie unter Umständen durch den Stellenverlust keine finanzielle Einbusse hat, liege ein Anspruch auf eine Abgangsentschädigung vor, weil sie beim Kanton nicht weiterbeschäftigt werden könne. Mit der Ergänzung von Abs. 1 und dem neuen Absatz 4 solle fortan verhindert werden, dass Abgangsentschädigungen ausgerichtet werden müssten, die den gesetzgeberischen Zweck verfehlten.

Der historische Gesetzgeber versteht demnach Abgangsentschädigungen als sozialpolitische Massnahmen, die verhindern sollen, dass von einer Stellenaufhebung oder Reorganisation unverschuldet betroffene Personen in finanzielle Bedrängnis geraten. Wer gar keine oder nur eine zumutbare finanzielle Einbusse erleidet, soll keine Leistung erhalten. Dieser Absicht entspricht jedoch die Ausrichtung einer vollen Abgangsentschädigung an Personen, die zusätzlich über das Gehalt einer unzumutbaren Stelle verfügen, in keiner Weise. Diese erleiden nicht nur keine finanzielle Einbusse, sondern würden im Gegenteil höhere Einkünfte erzielen als vor dem Verlust der bisherigen Stelle. Die historische Auslegung legt deshalb nahe, dass die fehlende Regelung der Folgen einer Weiterführung oder Annahme einer unzumutbaren Stelle nicht auf ein qualifiziertes Schweigen, sondern auf eine lückenhafte Gesetzgebung zurückzuführen ist.

2.3.2.5 Teleologische Auslegung

Die teleologische Auslegung stellt ab auf die Zweckvorstellung, die mit einer Rechtsnorm verbunden ist (*Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr*, Rz. 120). Der Wortlaut einer Norm soll nicht isoliert, sondern im Zusammenhang mit den Zielvorstellungen des Gesetzgebers betrachtet werden. Dabei ist aber nicht allein der Zweck, den der historische Gesetzgeber einer Norm gegeben hat, massgeblich; vielmehr kann sich der Zweck einer Norm in gewissem Rahmen wandeln und von zeitgebundenen historischen Vorstellungen abheben. Die teleologische Auslegung kann sich also je nach Fall sowohl mit der historischen wie auch mit der zeitgemässen Auslegung verbinden (*Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr*, Rz. 121).

Wie vorne im Rahmen der historischen Auslegung ausgeführt, besteht das Institut der Abgangsentschädigung seit dem 1. Juli 2005. Personen, die zwischen 40 und 55 Jahre alt sind, haben auf Grund ihres Alters auf dem Arbeitsmarkt in der Regel schlechtere Chancen. Wenn sie ihre Stelle unverschuldet verlieren und keine neue mit einer zumutbaren Einbusse

verbundene Stelle ausüben können, wird Ihnen deshalb während einer von Lebens- und Dienstalter abhängigen Dauer eine Entschädigung ausgerichtet, die den Betrag nicht übersteigen darf, der dem Gehalt der betroffenen Person für 18 Monate entspricht. Die Abgangsentschädigung hat seit ihrer Einführung mehrere Einschränkungen erfahren. Mit der am 1. Januar 2007 in Kraft getretenen Teilrevision der Personalverordnung wurde neu statuiert, wenn im Zeitpunkt der Entlassung eine neue Anstellung beim Kanton konkret in Aussicht stehe, werde die Abgangsentschädigung in Monatsraten höchstens entsprechend der bis zur Neuanstellung verbleibenden Anzahl Monate ausbezahlt. Vollumfänglich werde sie dann entrichtet, wenn sich die konkret in Aussicht stehende Anstellung nicht verwirkliche oder in der Probezeit aufgelöst werde (Art. 123 Abs. 4 und 5 aPV; BAG 06-100). Damit wurde die Möglichkeit einer gekürzten Abgangsentschädigung geschaffen für Fälle, in denen die betroffene Person beim Kanton nicht nahtlos eine neue Anstellung fand, eine solche jedoch konkret in Aussicht stand. Mit der per 1. August 2014 in Kraft getretenen Änderung des Personalgesetzes und der am 1. Januar 2015 in Kraft getretenen Teilrevision der Personalverordnung vom 22. Oktober 2014 (BAG 14-096) ist diese Entwicklung fortgesetzt und der Anspruch erheblich eingeschränkt worden. Die Abgangsentschädigung wird in allen Fällen nur noch in monatlichen Raten ausbezahlt und nachdem die betroffene Person jeweils die Erklärung abgegeben hat, nicht zumutbar angestellt zu sein. Die zumutbare Anstellung kann zudem nicht nur beim Kanton, sondern neu bei jedem anderen Arbeitgeber sein. Mit diesen Anpassungen ist der Sinn und Zweck der Abgangsentschädigung als Massnahme zur Verhinderung finanzieller Bedrängnis verstärkt worden. Wer durch den Stellenverlust während eines lebens- und dienstaltersabhängigen Zeitraumes keine oder nur eine zumutbare finanzielle Einbusse erleidet, erhält keine Entschädigung. Mit dieser Zielvorstellung ist nicht zu vereinbaren, dass betroffene Personen durch Weiterführung oder Annahme einer unzumutbaren Stelle mit einer vollen Abgangsentschädigung ein höheres Einkommen erzielen als vor dem Stellenverlust. Die teleologische Auslegung verbindet sich damit mit der historischen Auslegung und führt zum gleichen Ergebnis.

2.3.2.6 Schlussfolgerung

Die grammatikalische Auslegung vermag für die massgebliche Fragestellung keine Erkenntnisse zu geben. Auf ein qualifiziertes Schweigen weist einzig die systematische Auslegung hin. Abzustellen ist damit auf die historische und teleologische Auslegung, welche beide zum Ergebnis führen, dass die fehlende gesetzliche Regelung der Folgen einer Weiterführung oder Annahme einer unzumutbaren Anstellung nicht als bewusste Entscheidung des Gesetzgebers für eine volle Abgangsentschädigung verstanden werden kann. Im Ergebnis ist damit von einer gesetzlichen Lücke auszugehen. Die herrschende Lehre und die bundesgerichtliche Rechtsprechung unterscheiden echte und unechte Lücken und behandeln die beiden Fälle im Verwaltungsrecht unterschiedlich. Nachfolgend ist deshalb zu prüfen, welche Art Lücke vorliegt.

2.3.3 Echte oder unechte Lücke

Eine echte Lücke liegt vor, wenn ein Gesetz für eine Frage, ohne deren Beantwortung die Rechtsanwendung nicht möglich ist, keine Regelung enthält. Bei der unechten Lücke gibt die gesetzliche Regelung zwar auf alle Fragen, die sich bei der Rechtsanwendung stellen, eine Antwort; weil sie aber zu einem sachlich unbefriedigenden Resultat führt, wird sie als lückenhaft empfunden. Das Rechtsverweigerungsverbot verpflichtet die rechtsanwendenden Organe, echte Lücken zu füllen, während der Legalitätsgrundsatz es ihnen grundsätz-

lich untersagt, unechte Lücken zu schliessen und diese Aufgabe dem Gesetzgeber vorbehalten. In der Praxis finden sich aber Fälle, in denen die Gerichte sich ausnahmsweise auch für befugt erachten, eine unechte Lücke zu schliessen, d. h. einen rechtspolitischen Mangel des Gesetzes zu beheben, dies vor allem dann, wenn die Gesetzesanwendung sonst zu unannehmbaren Resultaten führen würde. Die Rechtsprechung folgt dabei aber keinen klaren Leitlinien (*Häfelin/Müller/Uhlmann*, Rz. 206.). Die Unterscheidung zwischen echten und unechten Lücken wird in der Praxis immer weniger beachtet. Sie hilft bei der Frage, ob und in welchem Rahmen im Verwaltungsrecht Lücken von den rechtsanwendenden Organen gefüllt werden dürfen, letztlich kaum weiter. Deshalb verzichtet eine neuere Auffassung der Methodenlehre auf diese Unterscheidung und bezeichnet die Lücke als planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes, die von den rechtsanwendenden Organen behoben werden darf. Dabei gelten als Massstab nur die dem Gesetz selbst zu Grunde liegenden Zielsetzungen und Werte, nicht hingegen Wertungen, die von aussen an das Gesetz herangetragen werden. Wenn eine Regelung im Hinblick auf eindeutige und wichtige Zielsetzungen des Gesetzes unvollständig ist, darf die rechtsanwendende Behörde diese Lücke füllen. Das Bundesgericht hat diesen neueren Lückenbegriff übernommen und eine vom Gericht zu schliessende Lücke angenommen, wenn die gesetzliche Regelung nach den dem Gesetz zu Grunde liegenden Wertungen und Zielsetzungen als unvollständig und daher ergänzungsbedürftig erachtet werden müsse. Die Praxis ist jedoch nicht einheitlich. Zuweilen unterscheidet das Bundesgericht immer noch zwischen echten und unechten Lücken (*Häfelin/Müller/Uhlmann*, Rz. 213 ff. mit zahlreichen Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung).

Im MB Abgangsentschädigung ERZ (und gleichlautend in demjenigen des Personalamts des Kantons Bern) wird insbesondere ausgeführt, die Regelung betreffend Teilabgangsentschädigung im Falle des Antritts einer unzumutbaren Stelle ergebe sich auch aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen. Dabei werden die Schadenminderungspflicht des Arbeitnehmers und das Verbot der Überentschädigung erwähnt. Kann einer von einer Reorganisation oder Stellenaufhebung betroffenen Person nur eine unzumutbare Stelle vermittelt werden oder findet sie selber nur eine unzumutbare Stelle, ist sie nach den gesetzlichen Grundlagen nicht verpflichtet, diese anzunehmen. Es steht ihr offen, die unzumutbare Stelle nicht anzutreten, die volle monatliche Abgangsentschädigung zu beziehen und ihre Suche nach einer neuen zumutbaren Stelle fortzusetzen. Eine Pflicht zum Antritt einer unzumutbaren Stelle besteht gemäss Art. 32 Abs. 1 PG und Art. 123 PV gerade nicht und deshalb trifft die betroffene Person entgegen den erwähnten Merkblättern insofern auch keine Schadenminderungspflicht (Entscheid der Erziehungsdirektion vom 23. Oktober 2017 i. S. R. D, E. 2.3.1). Weiter besteht kein für die gesamte Rechtsordnung geltender allgemeiner Rechtsgrundsatz, welcher eine Überentschädigung generell verbieten würde. Ein solches Verbot muss sich vielmehr aus der für den jeweiligen Sachbereich geltenden Gesetzgebung ergeben. Die bernische Lehreranstellungs- und Personalgesetzgebung kennt kein Überentschädigungsverbot, welches im vorliegenden Falle anwendbar wäre. Die von der Beschwerdeführerin vorgebrachte Begründung für die Zulässigkeit einer Überentschädigung ist allerdings nicht stichhaltig. Aus dem Umstand, dass im Rahmen der Arbeitslosenversicherungsgesetzgebung eine Abgangsentschädigung nach PG eine freiwillige Leistung darstellt, welche nur in dem den gesetzlichen Höchstbetrag übersteigenden Umfang als nicht anrechenbarer Arbeitsausfall gilt (Art. 11a Abs. 1 und 2 AVIG), und insoweit trotz Abgangsentschädigung ein Anspruch auf Arbeitslosenversicherungstaggelder besteht, kann nicht abgeleitet werden, dass in der bernischen Lehreranstellungs- und Personalgesetzgebung das an einer unzumutbaren Stelle erzielte Gehalt nicht an die Abgangsentschädigung angerechnet werden dürfe.

Das AZD ERZ sowie der Fachbereich Personalmanagement Lehrkräfte im Generalsekretariat der Erziehungsdirektion, welche sich als Erstinstanzen mit Abgangsentschädigungen

befassen, sind demnach – gleich wie das Personalamt des Kantons Bern – zu Unrecht davon ausgegangen, dass die Möglichkeit einer Teilsonderrente bei Weiterführung bzw. Annahme einer unzumutbaren Stelle auch ohne gesetzliche Grundlage auf Grund des Überentschädigungsverbots und der Schadenminderungspflicht bestehe. Unter diesen Voraussetzungen ist nachvollziehbar, dass der Gesetz- und Verordnungsgeber bei der Erarbeitung der indirekten Änderung des PG im Rahmen der LAG-Revision vom 9. September 2013 und bei der nachfolgenden PV-Änderung vom 22. Oktober 2014 nicht auf diesen Gesetzgebungsbedarf hingewiesen wurde und er selber einen solchen auch nicht erkannt hat. Die fehlende gesetzliche Regelung beruht deshalb auf einer falschen Einschätzung der Rechtslage. Damit ist von einer echten Lücke auszugehen, die im Rahmen der Rechtsanwendung gefüllt werden darf.

In Anbetracht der neueren Literatur und Rechtspraxis ist nachfolgend zusätzlich zu prüfen, ob die fehlende Regelung als planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes zu werten ist.

Das Gebot der Rechtsgleichheit gemäss Art. 8 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101) hat umfassende Geltung. Es garantiert eine rechtsgleiche Behandlung der Menschen durch alle staatlichen Organe (Bund, Kanton, Gemeinden) im Bereich der Rechtssetzung und Rechtsanwendung. Im Bereich des Verwaltungsrechts gilt das Rechtsgleichheitsgebot deshalb sowohl für den Erlass verwaltungsrechtlicher Normen als auch für deren Anwendung im Einzelfall durch Verwaltungsbehörden und Gerichte. Bedeutung kommt dem Gleichheitsprinzip ferner bei der verfassungskonformen Auslegung von verwaltungsrechtlichen Normen zu (*Häfelin/Müller/Uhlmann*, Rz. 565). Das Gebot der rechtsgleichen Behandlung 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 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. Vorausgesetzt ist, dass sich der unbegründete Unterschied oder die unbegründete Gleichstellung auf eine wesentliche Tatsache bezieht. Die Frage, ob für eine rechtliche Unterscheidung ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen ersichtlich ist, kann zu verschiedenen Zeiten verschieden beantwortet werden je nach den herrschenden Anschauungen und Zeitverhältnissen. Dem Gesetzgeber bleibt im Rahmen dieser Grundsätze und des Willkürverbots ein weiter Spielraum der Gestaltungsfreiheit. Eine exakte Gleichbehandlung ist oft aus praktischen Gründen nicht möglich. Der Gesetzgeber darf deshalb bis zu einem gewissen Grad schematisieren und pauschalisieren. So übt das Bundesgericht im Besoldungsrecht eine gewisse Zurückhaltung aus und greift 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 (*Häfelin/Müller/Uhlmann*, Rz. 576 mit zahlreichen Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung).

Der Umstand, ob eine betroffene Person eine unzumutbare Stelle weiterführt bzw. antritt, eine solche Stelle ablehnt oder eine zumutbare Stelle weiterführen bzw. antreten kann, beeinflusst in massgeblicher Weise deren Gehaltsansprüche. Demnach handelt es sich um eine wesentliche Tatsache, welcher bei der Ausgestaltung der Abgangsentschädigung Rechnung zu tragen ist. Die gesetzliche Regelung sieht vor, dass im Fall einer zumutbaren Stelle kein Anspruch auf Abgangsentschädigung besteht. Die betroffene Person kann dabei eine Gehaltseinbusse zwischen einem Prozent (bei einem bisherigen Bruttojahresgehalt ab 60'000 Franken) und 25 Prozent (bei einem bisherigen Bruttojahresgehalt ab 180'000 Franken) erleiden (Art. 13 Abs. 1 StvV). Wer keine oder nur eine unzumutbare Stelle vermittelt

erhält oder findet, die er ablehnt, erhält während einer vom Lebens- und Dienstalter abhängigen Dauer das bisherige Bruttogehalt nach dem gewogenen mittleren Beschäftigungsgrad der letzten fünf Jahre. Wird eine unzumutbare Stelle weitergeführt bzw. angetreten, verfügt die betroffene Person über das dabei erzielte Gehalt. Wird ihr dazu eine volle Abgangsentschädigung ausgerichtet, erleidet sie nicht nur keine Einbusse, sondern wird finanziell bessergestellt als ohne Stellenverlust. Mit der Ausrichtung einer vollen Abgangsentschädigung wird damit Ungleiches nicht nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt und eine unbegründete Gleichstellung vorgenommen. Diese Lösung ist mit dem verfassungsmässigen Gebot der Rechtsgleichheit nicht vereinbar.

Die fehlende gesetzliche Regelung der Folgen der Weiterführung bzw. des Antritts einer unzumutbaren Stelle stellt damit im Sinne der neueren Methodenlehre und Rechtsprechung eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes dar, welche überdies zu einer verfassungswidrigen, weil das Gebot der Rechtsgleichheit verletzenden Lösung führt. Diese darf und muss von den rechtsanwendenden Behörden behoben werden.

2.3.4 Lückenfüllung

Nach der gemäss dem MB Abgangsentschädigung ERZ verfolgten Praxis wird bei Weiterführung bzw. Antritt einer unzumutbaren Stelle der Anspruch auf eine volle Abgangsentschädigung durch einen Anspruch auf Differenzzahlung zum aktuellen Lohn ersetzt und als Teilabgangsentschädigung bezeichnet. Damit wird die betroffene Person mit derjenigen gleichgestellt, welche eine unzumutbare Stelle nicht weiterführt oder antritt. Im Vergleich mit einer Person, welche eine zumutbare neue Stelle (mit allfälliger Gehaltseinbusse) antreten konnte, ist sie während der vom Lebens- und Dienstalter abhängigen Dauer in finanzieller Hinsicht gleich oder leicht besser gestellt. Diese Lösung entspricht den dem Gesetz zu Grunde liegenden Zielsetzungen und Werten, wonach die Abgangsentschädigung finanzielle Bedrängnis verhindern und nur dann und nur soweit ausgerichtet werden soll, als eine das zumutbare Mass übersteigende Gehaltseinbusse besteht. Die beschriebene Teilabgangsentschädigung ergänzt damit im Sinne des historischen Gesetzgebers und des Gesetzeszwecks die unvollständige und ergänzungsbedürftige kodifizierte Regelung. Damit erweist sich die Praxis des AZD ERZ im Ergebnis als rechtmässig.

2.3.5 Fazit

Gestützt auf die vorstehenden Erwägungen hat die Beschwerdeführerin nicht Anspruch auf eine volle Abgangsentschädigung, sondern auf eine Teilabgangsentschädigung für die Dauer von sechs Monaten in der Höhe der Differenz zum Lohn an der neuen Stelle.

Im Entscheid der Erziehungsdirektion vom 23. Oktober 2017 i. S. R. D. wurde entschieden, dass im Falle des Antritts einer unzumutbaren Stelle bei der Bemessung der Teilabgangsentschädigung nebst der Differenz zwischen bisherigem und neuem Gehalt auch relevante Zusatzkosten für die Erzielung des neuen Einkommens (Mehrkosten für den Arbeitsweg) mit zu berücksichtigen sind. Solche sind im vorliegenden Falle nicht ersichtlich. Der Arbeitsweg an die neue Stelle (Ortschaft A – neuer Arbeitsort) war kürzer als derjenige an die bisherige Stelle (Ortschaft A – ehemaliger Arbeitsort).

Die Beschwerde erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen.

3 *Verfahrens- und Parteikosten*

Gestützt auf Art. 67 Abs. 1 Bst. b des Gesetzes vom 26. März 2002 über die Steuerung von Finanzen und Leistungen (FLG; BSG 620.0) sind in kantonalen personalrechtlichen Angelegenheiten sowohl das Verwaltungsverfahren wie auch das verwaltungsinterne Beschwerdeverfahren kostenlos, weshalb vorliegend keine Verfahrenskosten zu erheben sind (BVR 2008 S. 145 E. 8.2).

Als unterliegende Partei hat die Beschwerdeführerin keinen Anspruch auf Ersatz ihrer Parteikosten (Art. 108 Abs. 3 VRPG).

Aus diesen Gründen entscheidet die Erziehungsdirektion:

1. Die Beschwerde wird *abgewiesen*.
2. Es werden *keine Verfahrenskosten* erhoben und *keine Parteikosten* gesprochen.
3. Zu eröffnen:
 - *Rechtsanwalt* (Einschreiben)
 - *Amt für zentrale Dienste*und mitzuteilen:
 - *Generalsekretariat*, Fachbereich Personalmanagement Lehrpersonen (zur Kenntnisnahme)
 - *Amt für Kindergarten, Volksschule und Beratung* (zur Kenntnisnahme)

Die Erziehungsdirektorin

Christine Häsler
Regierungsrätin

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid kann *innert 30 Tagen seit seiner Zustellung* schriftlich und begründet beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Verwaltungsrechtliche Abteilung, Speichergasse 12, 3011 Bern, Beschwerde geführt werden.

