

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

16.12.2009

Geschäftszahl

2009/12/0009

Beachte**Serie (erledigt im gleichen Sinn):**

2009/12/0011 E 16. Dezember 2009

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Höß und die Hofräte Dr. Zens, Dr. Thoma, Dr. Pfiel und Mag. Nussbaumer-Hinterauer als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Marzi, über die Beschwerde des Dr. R R in G, vertreten durch Dr. Walter Riedl, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Franz Josefs-Kai 5, gegen den Bescheid des Bundesministers für Landesverteidigung (nunmehr: Bundesministers für Landesverteidigung und Sport) vom 5. Dezember 2008, Zl. P405907/35- PersB/2008, betreffend Zurückweisung von Anträgen auf Feststellung der Identität von Arbeitsplätzen sowie der Rechtswidrigkeit einer Ausschreibung, zu Recht erkannt:

Spruch**Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.**

Der Beschwerdeführer hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 610,60 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Der Beschwerdeführer steht als Ministerialrat in einem öffentlichrechtlichen Dienstverhältnis zum Bund und im Bundesministerium für Landesverteidigung (nunmehr Bundesministerium für Landesverteidigung und Sport) in Verwendung, wo er mit Wirksamkeit vom 1. Februar 2004 mit der Leitung der Abteilung "Corporate Identity & Kommunikationsstrategie" in der Gruppe Kommunikation betraut worden war.

In seiner Eingabe vom 9. April 2008 brachte er vor, ihm sei nunmehr die "Personalauszeichnung: Leitungsfunktion der Abteilung Kommunikation A" zur Kenntnis gelangt. Demnach soll eine "Posten(neu)besetzung" stattfinden, die eine solche Abteilungsleiterfunktion betreffe. Die Details der Ausschreibung samt zugehöriger Arbeitsplatzbeschreibung ließen jedoch eine weitgehende Übereinstimmung mit dem von ihm innegehabten Arbeitsplatz erkennen. Zwar sei mit anderen Begriffen, Überbegriffen und Zusammenfassungen vorgegangen worden, im Ergebnis lasse sich jedoch die Übereinstimmung nicht verschleiern. Alle in näher bezeichneten Punkten der neuen Arbeitsplatzbeschreibung angeführten Aufgaben gehörten zu den Aufgaben des bestehenden Arbeitsplatzes "CI & Kommstrat". Neu sei lediglich der Punkt "Steuerung der Budgetmittel für die Ressortkommunikation sowie Sicherstellung der Evaluierung von Kommunikationsmaßnahmen des Ressorts". Die diesbezüglichen Aufgaben würden derzeit vom Leiter der Gruppe Kommunikation mit Personal aus der Presseabteilung wahrgenommen. Die sich dadurch ergebende Änderung liege weit unterhalb der nach der "einschlägigen Judikatur" maßgeblichen Schwelle von 25 %. Das stimme auch damit überein, dass punkto Mitarbeiter eine Erhöhung von 15 auf 17 eintreten solle, also um 13,3 %.

Durch diese Postenausschreibung werde von Seiten des Dienstgebers unterstellt, dass der Arbeitsplatz des Beschwerdeführers weggefallen wäre. Da das seiner - im vorangeführten Sinn beweisbaren - Überzeugung nach nicht zutrefte, bestehe eine Divergenz, die nach der einschlägigen Judikatur ein rechtliches Interesse an einer Feststellungsentscheidung begründe. Die Ausschreibung selbst ziele unmittelbar darauf, dem Beschwerdeführer den Arbeitsplatz zu entziehen, und bedrohe ihn daher in diesem zentralen Bereich seiner dienstlichen Stellung.

Er werde sich um den ausgeschriebenen Arbeitsplatz bewerben. Darin werde keine Aufgabe oder auch nur die geringste Einschränkung des von ihm hier (in der gegenständlichen Eingabe) vertretenen Standpunktes zu erblicken sein. Er werde die Bewerbung vorsichtshalber vornehmen und lediglich durch die tatsächliche Ernennung auf den Arbeitsplatz würde die gegenständliche Antragstellung gegenstandslos werden. Seine Vorgangsweise erkläre sich selbstverständlich daraus, dass er in seiner Situation Anlass dafür habe, maximale Vorsicht walten zu lassen und das Entscheidende für ihn das Behalten des Arbeitsplatzes sei. Da andererseits nachhaltige Hinweise darauf gegeben seien, dass die Vorgangsweise seitens des Dienstgebers gerade darauf ziele, ihm den Arbeitsplatz zu entziehen, komme für ihn eine Beschränkung auf die Bewerbung um den angeblich neuen Arbeitsplatz nicht in Betracht. Durch den gegenständlichen Antrag bringe er seinen Standpunkt frühzeitig zur Kenntnis und werde ihn erforderlichenfalls "mit allen rechtlichen Mitteln" weiterverfolgen. Er stelle sohin durch seinen Vertreter den

"Antrag

1. Bescheidmäßig dahin abzusprechen, dass der ... innegehabte Arbeitsplatz, Leiter der Abteilung Corporate Identity und Kommunikationsstrategie, im Wesentlichen und damit in seiner dienstrechtlichen Identität unbeschadet jener Organisationsänderungen fortbesteht, auf welcher die 'Personalauszeichnung: Leitungsfunktion der Abteilung Kommunikation A' mit Bewerbungsfrist 15. April 2008 beruht, und zwar mit der Maßgabe, dass er nach diesem neuen Schema die Bezeichnung Leiter der Abteilung Kommunikation A tragen wird.

2. Bescheidmäßig festzustellen, dass die vorbezeichnete Ausschreibung rechtswidrig ist und (in ihrer weiteren Durchführung) zu unterbleiben hat, weil (s)eine weitere Innehabung des Arbeitsplatzes gemäß Punkt 1. zugrundegelegt werden muss."

Der Beschwerde zufolge beantragte der Beschwerdeführer mit Schriftsatz vom 19. November 2008 den Übergang der Zuständigkeit auf die Berufungskommission beim Bundeskanzleramt. Darin hielt er vorweg fest, dass er diesen Antrag nur "aus Vorsichtsgründen und zur Ausschöpfung aller Möglichkeiten" einbringe. Seiner Meinung nach sei hier eine "Dienstrechtssache gewöhnlicher Art" mit oberster Zuständigkeit des Bundesministeriums für Landesverteidigung im Rahmen des ordentlichen Verwaltungsverfahrens und anschließender Anrufbarkeit des Verwaltungsgerichtshofes gegeben. Dessen Judikatur habe allerdings in letzter Zeit eine Tendenz dahin erkennen lassen, solche Angelegenheit dem Versetzungsbereich zuzuordnen, und dem trage er durch den gegenständlichen Devolutionsantrag Rechnung.

Inhaltlich wiederholte der Beschwerdeführer in seinem Devolutionsantrag seinen bisher vorgetragenen Standpunkt. Da ihm seit Antragseinbringung weder eine Tatsache noch auch nur eine behördlicherseits aufgestellte Behauptung dahingehend zur Kenntnis gelangt sei, dass sich an diesem Sachverhalt etwas geändert habe oder dass seine Darstellung unrichtig wäre, bestehe für ihn derzeit keine Veranlassung, dem hier noch etwas Weiteres hinzuzufügen. Das Vorbringen in seiner Eingabe vom 9. April 2008 sei unverändert gültig. Abschließend führte er "zu den Aspekten der Antragszulässigkeit und der Entscheidungszuständigkeit" zusammengefasst weiter aus, aus versetzungsrechtlicher Sicht bedeute der Wegfall eines Arbeitsplatzes nur einen möglichen Ausgangspunkt für ein Versetzungsverfahren und stelle selbst noch keinen versetzungsrechtlichen Vorgang dar. Dass auch besoldungsrechtliche Auswirkungen eintreten könnten - etwa im Sinn des § 113h Abs. 1a GehG, sei es auch nur in Ansehung des diesbezüglichen Zeitablaufes - spreche gegen eine Anwendung der Ausnahmezuständigkeit nach §§ 41a ff BDG 1979. Er trage durch den gegenständlichen Devolutionsantrag der Interpretationsmöglichkeit Rechnung, dass hier eine versetzungsrechtliche Angelegenheit gegeben wäre. Keinen Zweifel könne es weiters daran geben, dass das rechtliche Interesse nach Punkt 2. seines Antrages vom 9. April 2008 bestehe. Durch die Ausschreibung eines Arbeitsplatzes zur Neubesetzung werde implizit zwingend zum Ausdruck gebracht, dass es einen berechtigten Arbeitsplatzinhaber nicht gebe. Darin gelange eine Negierung der Rechtsstellung zum Ausdruck, die jener Beamte für sich in Anspruch nehme, der auf dem Standpunkt stehe, Inhaber des Arbeitsplatzes zu sein.

Allerdings ergebe sich in dieser Beziehung eine Modifikation. Inzwischen sei die Postenbesetzung tatsächlich erfolgt, sodass über das Ausschreibungsverfahren als etwas Vergangenes abzusprechen sei. Er stehe auf dem Standpunkt, dass schon unmittelbar auf Grund des ursprünglichen Antrages die entsprechenden Modifikationen im Entscheidungstext zum Ausdruck zu gelangen hätten, sodass kein neuer Antrag erforderlich sei.

Mit Bescheid vom 10. Februar 2009 wies die Berufungskommission diesen Devolutionsantrag zurück.

Mit dem angefochtenen Bescheid wies die belangte Behörde das "Feststellungsbegehrt vom 09.04.2008 ... gemäß § 8 des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes 1991 ... in Verbindung mit der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes hinsichtlich der Ermächtigung von Verwaltungsbehörden zur Erlassung von Feststellungsbescheiden, auf Grund fehlenden rechtlichen Interesses und auf Grund fehlender Beschwerde in allen beantragten Feststellungspunkten (Punkt 1. und 2. des Antrages)" zurück. Begründend führte sie aus, der Beschwerdeführer sei mit Wirksamkeit vom 1. Februar 2004 mit der Leitung der Abteilung "Corporate Identity & Kommunikationsstrategie" der Gruppe Kommunikation im Bundesministerium für Landesverteidigung betraut worden. In weiterer Folge sei er mit Wirkung vom 1. Mai 2004 auf den Arbeitsplatz "Abteilungsleiter", Abteilung "CI & Kommstrat, PosNr. 001, Wertigkeit A1, Funktionsgruppe 6, bzw. A, Arbeitsplatzzusammenstellung Z85", eingeteilt worden. Wichtig sei hierbei, dass der Beschwerdeführer vom

o.a. Wirksamkeitsdatum der Verwendungsänderung bis dato diesen Arbeitsplatz innehaben und besetzen. Mit Schreiben seines anwaltlichen Vertreters vom 9. April 2008 begehrt er nun die näher wiedergegebenen Feststellungen. Hinsichtlich dieser erwog die belangte Behörde:

"In diesem Zusammenhang sind auch die Grundsatzjudikatur des Verwaltungsgerichtshofs hinsichtlich der Thematik von Feststellungsbescheiden im Allgemeinen und die Berechtigung der Verwaltungsbehörden zur Erlassung von Feststellungsbescheiden im Speziellen zu sehen. Anzumerken ist dabei, dass die Behörde nur dann berechtigt ist im Rahmen ihrer örtlichen und sachlichen Zuständigkeit Feststellungsbescheide zu erlassen, wenn hierfür entweder eine diesbezügliche ausdrückliche gesetzliche Anordnung vorliegt, oder ein im öffentlichen Interesse begründeter Anlass dazu gegeben ist oder aber die Feststellung im rechtlichen Interesse einer Partei erforderlich ist, weil es sich um ein notwendiges, letztes und einziges Mittel zweckentsprechender Rechtsverteidigung handelt - in concreto, wenn der Feststellungsantrag als geeignetes Mittel zur Beseitigung der Rechtsgefährdung angesehen werden kann - und die Verwaltungsvorschriften nichts anderes bestimmen.

Generell sind Feststellungsbescheide unzulässig, wenn die strittige Rechtsfrage im Rahmen eines anderen vorgesehenen Verwaltungsverfahrens entschieden werden kann.

In Ihrem Fall war nun die Frage zu klären, ob ein Feststellungsinteresse Ihrerseits vorliegt beziehungsweise inwieweit Sie überhaupt beschwert sind.

Wie eingangs angeführt, sind Sie vom 1. Mai 2004 bis dato der Abteilungsleiter der Abteilung CI & KommStrat im Bundesministerium für Landesverteidigung und auf dem Arbeitsplatz 'Abteilungsleiter', Abteilung CI & KommStrat, PosNr. 001, Wertigkeit A 1, Funktionsgruppe 6, bzw. A, der Arbeitsplatzzusammenstellung Z85 diensteingeteilt. Es gilt daher festzuhalten, dass es bis zum jetzigen Zeitpunkt in keinsten Weise zu einer Änderung in Ihrer dienst- und/oder besoldungsrechtlichen Stellung kam. Sie wurden weder von Ihrem Arbeitsplatz abberufen, noch hat eine Versetzung oder Verwendungsänderung iSd. §§ 38 und 40 BDG 1979 stattgefunden. Es kann demnach nicht nachvollzogen werden, wodurch Sie beschwert wären.

Hinsichtlich des Feststellungsinteresses muss angeführt werden, dass weder ein im öffentlichen Interesse begründeter Anlass dazu gegeben ist, noch ist die Feststellung in Ihrem rechtlichen Interesse, da einerseits überhaupt keine Rechtsgefährdung vorliegt und andererseits, weil es sich eben nicht um ein notwendiges, letztes und einziges Mittel zweckentsprechender Rechtsverteidigung handelt. Sollte gegebenenfalls in Zukunft geplant sein, Sie zu versetzen oder qualifiziert verwendungszuändern, dann muss in diesem Zusammenhang auf das dafür gesetzlich vorgesehene Dienstrechtsverfahren der §§ 38 und 40 BDG 1979 und die daraus resultierenden Rechtsmittel verwiesen werden.

Da weder ein Grund zur Beschwerde besteht - es wurden keine Sie betreffenden dienstrechtlichen Maßnahmen getroffen - noch ein Feststellungsinteresse Ihrerseits vorliegt, war Ihr Feststellungsantrag spruchgemäß zurückzuweisen."

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, in der die Aufhebung des angefochtenen Bescheides wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes und wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften begehrt wird.

Die belangte Behörde hat die Akten des Verwaltungsverfahrens vorgelegt und eine Gegenschrift erstattet, in der sie die Abweisung der Beschwerde als unbegründet beantragt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Der Beschwerdeführer erachtet sich durch den angefochtenen Bescheid in seinem "Recht auf (positive) Sachentscheidung dahingehend, dass (in Stattgebung eines ... gestellten Antrages auf bescheidmäßige Absprache) ausgesprochen wird, dass der ... innegehabte Arbeitsplatz 'Leiter der Abteilung Corporate Identity & Kommunikationsstrategie' unbeschadet jener Organisationsänderung fortbesteht, und zwar mit der Maßgabe, dass er nach diesem neuen Schema die Bezeichnung 'Leiter der Abteilung Kommunikation A' tragen wird, welches Recht sich aus dem BDG 1979, insbesondere dessen § 36 ergibt, sowie dass die mit der Neubeschreibung durchgeführte Ausschreibung zur Neubesetzung rechtswidrig war ... verletzt".

Er sieht die inhaltliche Rechtswidrigkeit darin, die belangte Behörde lasse außer Acht, dass gemäß § 36 BDG 1979 jeder Beamte mit Aufgaben eines in seiner Dienststelle vorgesehenen Arbeitsplatzes zu betrauen sei, der Beamte daher tatsächlich zu verwenden sei. Dieser Rechtsanspruch des Beamten sei von wesentlicher Bedeutung für die hier in Rede stehenden rechtlichen Entscheidungen. Die Bestimmungen der §§ 38 und 40 Abs. 2 Z. 3 BDG 1979 seien als untrennbar mit § 36 leg. cit. verbunden zu sehen. Eine formelle Abberufung von seiner Funktion (als Abteilungsleiter) sei bis dato nicht erfolgt, ihm seien seine Aufgaben "lediglich faktisch entzogen" worden, er werde faktisch auf dem von ihm innegehabten Arbeitsplatz nicht verwendet. Die Besetzung mit einem anderen Beamten weise auf eine Dauerabsicht hin, andererseits entschlöße sich die belangte Behörde nicht zur Einleitung eines Versetzungsverfahrens. Damit bestehe eine Situation, die mit dem der Rechtsordnung immanenten Prinzip der Rechtssicherheit nicht vereinbar sei. Es müsse dementsprechend mindestens im Sinne der von ihm gestellten Anträge der Anspruch auf eine klärende Feststellungsentscheidung bestehen. Der Dienstgeber habe mit der Ausschreibung des Arbeitsplatzes (samt der bei Bescheiderlassung schon gegebenen Zuweisung eines anderen Beamten auf den Arbeitsplatz) dem Beschwerdeführer gegenüber unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass er ihn auf seinem bisherigen Arbeitsplatz nicht weiter

verwenden wolle. Der belangten Behörde sei kein Entscheidungsfreiraum dahingehend eingeräumt, dass sie ohne Einhaltung der gesetzlichen Voraussetzungen dem Beamten dessen Aufgaben entziehen könne. Die gesetzmäßige Vorgangsweise in einem solchen Fall hätte darin zu bestehen, dass ein Versetzungsverfahren eingeleitet und in diesem geklärt werde, ob ein wichtiges dienstliches Interesse daran bestehe, dass der Beschwerdeführer nicht auf diesem Arbeitsplatz verbleibe, sondern auf einen anderen kommen solle. Es sei eben das Faktum gegeben, dass (mindestens) vorübergehend dem Beamten die weitere Tätigkeit auf dem von ihm innegehabten - und seiner Überzeugung nach fortbestehenden - Arbeitsplatz verwehrt werde und daraus resultiere die bereits erwähnte Verunsicherung der Rechtsstellung, die den Anspruch auf bescheidmäßige Klärung begründe.

Seines Erachtens sei unmittelbar evident, dass Punkt 2. des Antrages vom 9. April 2008 nach erfolgter Neubesetzung des Arbeitsplatzes dahin zielend zu verstehen sei, dass festgestellt werde, die Ausschreibung sei rechtswidrig gewesen. Jede Verwendung auf einem Arbeitsplatz ende einmal, das gelte daher auch für den derzeit auf seinem Arbeitsplatz an seiner Stelle verwendeten Beamten. Durch eine positive Feststellungsentscheidung über Punkt 2. seines Antrages vom 9. April 2008 wäre klargestellt, dass dann jedenfalls nicht wiederum eine Ausschreibung erfolgen dürfte, sondern der Beschwerdeführer weiter zu verwenden wäre. Das gelte der Natur der Sache gemäß so lange, als nicht eine rechtswirksame Abberufung erfolgt sei, was entweder durch einen Versetzungsbescheid geschehen könnte oder durch eine Zuweisung eines gleichwertigen anderen Arbeitsplatzes, aber nicht dadurch, dass der Beschwerdeführer "einfach faktisch an der weiteren Ausübung der Arbeit auf dem Arbeitsplatz gehindert werde".

Unter dem Gesichtspunkt einer Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften bringt der Beschwerdeführer vor, die Abteilung "Corporate Identity & Kommunikationsstrategie" sei unbeschadet der Bezeichnungsänderung die gleiche geblieben. Die belangte Behörde sei in der Bescheidbegründung nicht auf das Vorbringen eingegangen, dass er tatsächlich nicht mehr auf dem bisherigen - in Wahrheit fortbestehenden - Arbeitsplatz verwendet werde. Damit lägen wesentliche Mängel des Ermittlungsverfahrens und der Bescheidbegründung vor.

Gegenstand des Antrages vom 9. April 2008 ist die begehrte Feststellung des Fortbestehens des vom Beschwerdeführer innegehabten Arbeitsplatzes "in seiner dienstrechtlichen Identität unbeschadet einer näher bezeichneten Organisationsänderung" sowie der Rechtswidrigkeit der dort näher bezeichneten Ausschreibung einer Funktion. Die Beschwerde räumt ein, dass bislang eine Abberufung des Beschwerdeführers von seiner Funktion und seinem Arbeitsplatz als Leiter der Abteilung "Corporate Identity & Kommunikationsstrategie" nicht erfolgt sei. Ihm seien seine Aufgaben "lediglich faktisch entzogen" worden, er werde faktisch auf den von ihm innegehabten Arbeitsplatz nicht mehr verwendet.

1. Zur Frage der Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofes:

Nach der Verfassungsbestimmung des § 41a Abs. 6 des Beamten-Dienstrechtsgesetzes 1979, BGBl. Nr. 333 - BDG 1979, in der Fassung der Novelle BGBl. I Nr. 61/1997, entscheidet die Berufungskommission über Berufungen gegen in erster Instanz ergangene Bescheide in Angelegenheiten der §§ 38, 40, 41 Abs. 2, 123 Abs. 2 und 124 Abs. 2.

Die ständige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes legt den Begriff "Angelegenheiten der §§ 38, 40" in § 41a Abs. 6 leg. cit. weit aus: hiezu zählen nicht nur die bescheidförmige Verfügung einer Versetzung oder Verwendungsänderung durch die Dienstbehörde, sondern etwa auch deren Entscheidung über den Antrag eines Beamten, festzustellen, ob eine qualifizierte oder schlichte Verwendungsänderung vorliegt. Dies gilt auch in Ansehung von Formalentscheidungen über derartige Feststellungsanträge wie etwa die Zurückweisung eines solchen mangels rechtlichen Interesses. Gleiches gilt schließlich auch für die Entscheidung über die Frage, ob eine bestimmte Maßnahme eine mit Bescheid zu verfügende Versetzung oder aber eine Dienstzuteilung ist: für die Klärung dieser Abgrenzung (Vorliegen einer Versetzung nach § 38 oder einer Dienstzuteilung nach § 39 Abs. 1 BDG 1979) ist nach der übereinstimmenden Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sowie der Berufungskommission beim Bundeskanzleramt zur Entscheidung über eine diesbezüglich erhobene Berufung die Berufungskommission zuständig. Es liegt insofern eine Angelegenheit im Sinn des § 41a Abs. 6 BDG 1979 vor (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 5. September 2008, Zl. 2007/12/0078, mwN, sowie die hg. Beschlüsse vom 5. September 2008, Zl. 2005/12/0048 sowie vom 10. März 2009, Zl. 2009/12/0013).

Nach der wiedergegebenen Rechtsprechung zählen zu den "Angelegenheiten der §§ 38, 40" in § 41a Abs. 6 BDG 1979 nicht nur die bescheidförmige Verfügung einer Versetzung oder Verwendungsänderung, sondern etwa auch deren Entscheidung über den Antrag eines Beamten, festzustellen, ob eine qualifizierte oder schlichte Verwendungsänderung vorliegt. Die Zuständigkeit der Berufungskommission nach § 41a Abs. 6 BDG 1979 besteht also insbesondere auch dann, wenn ein Antrag auf Feststellung gestellt wurde, ob die Befolgung einer Weisung mit dem Inhalt einer Verwendungsänderung zu den Dienstpflichten des Beamten gehört (vgl. insbesondere den zitierten Beschluss vom 5. September 2008).

Anknüpfungspunkt des Rechtsschutzes des Beamten und damit aber auch für eine die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofes nach § 41a Abs. 5 letzter Satz BDG 1979 ausschließende Zuständigkeit der Berufungskommission beim Bundeskanzleramt ist somit, dass die Dienstbehörde dem Beamten entweder durch Erlassung eines Bescheides oder durch eine Weisung entgegentritt, mit dem bzw. der eine Änderung im Verwendungsbild des Beamten herbeigeführt wird. Während damit im ersten Fall dem Beamten die Möglichkeit

eröffnet ist, einen solchen Bescheid im Wege der Berufung bei der Berufungskommission beim Bundeskanzleramt zu bekämpfen, ist ihm im zweiten Fall der Erteilung einer Weisung der Rechtsschutz eröffnet, einen Bescheid über einen Feststellungsantrag zu erwirken, dass die Befolgung der Weisung des Beamten nicht zu seinen Dienstpflichten zählt, weil die Personalmaßnahme ihrem Gehalt nach mit Bescheid zu verfügen gewesen wäre, der wiederum bei der Berufungskommission anfechtbar ist.

Weder dem im Verwaltungsverfahren erstatteten Vorbringen noch dem Vorbringen der Beschwerde oder den vorgelegten Verwaltungsakten kann jedoch entnommen werden, dass die Dienstbehörde dem Beschwerdeführer derart rechtsförmlich - sei es durch Erlassung eines Bescheides betreffend die Änderung der Verwendung, sei es durch Erteilung einer Weisung betreffend den Aufgabenbereich - entgegengetreten wäre. Ein behaupteter "faktischer" Entzug von Aufgaben fällt nicht unter ein solches dienstbehördliches Handeln.

Vor diesem Hintergrund fehlt der begehrten Feststellung einer fortbestehenden dienstrechtlichen Identität eines Arbeitsplatzes sowie der Rechtswidrigkeit einer Ausschreibung der notwendige Bezug zu einer dem Beschwerdeführer gegenüber gesetzten Personalmaßnahme, sodass eine Angelegenheit im Sinn des § 41a Abs. 6 BDG 1979 nicht vorliegt und die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofes nicht nach § 41a Abs. 5 letzter Satz BDG 1979 ausgeschlossen ist.

2. Zur Zurückweisung der Feststellungsanträge durch die belangte Behörde:

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist die Erlassung eines Feststellungsbescheides nur dann zulässig, wenn sie entweder im Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist oder wenn eine gesetzliche Regelung zwar nicht besteht, die Erlassung eines solchen Bescheides aber im öffentlichen Interesse liegt oder wenn sie insofern im Interesse einer Partei liegt, als sie für die Partei ein notwendiges Mittel zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung darstellt. Dieses rechtliche Interesse ist nur dann gegeben, wenn dem Feststellungsbescheid im konkreten Fall die Eignung zukommt, ein Recht oder Rechtsverhältnis für die Zukunft klarzustellen und dadurch eine Rechtsgefährdung des Antragstellers zu beseitigen. Ein wirtschaftliches, politisches oder wissenschaftliches Interesse rechtfertigt nicht die Erlassung eines Feststellungsbescheides. Ein Feststellungsbescheid als subsidiärer Rechtsbehelf ist jedenfalls dann nicht zulässig, wenn die strittige Rechtsfrage im Rahmen eines anderen gesetzlich vorgezeichneten Verwaltungsverfahrens entschieden werden kann. Die bescheidförmige Feststellung rechtserheblicher Tatsachen ist überdies nur auf Grund einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung zulässig (vgl. etwa die hg. Erkenntnisse vom 28. März 2008, Zl. 2007/12/0091, vom 4. Februar 2009, Zl. 2008/12/0209, sowie vom 20. Mai 2009, Zl. 2008/12/0144, jeweils mwN).

Die Erlassung abgesonderter Entscheidungen ist in Ansehung von Begründungselementen unzulässig, die in Feststellungsverfahren, die zwar nicht kraft Gesetzes vorgezeichnet, jedoch auf Grund der hiezu ergangenen Rechtsprechung als zulässig angesehen werden, von Bedeutung sind (vgl. das hg. Erkenntnis vom 22. April 2009, Zl. 2008/12/0094).

In seinem Erkenntnis vom 4. Februar 2009, Zl. 2007/12/0062, hat der Verwaltungsgerichtshof zur Frage der Subsidiarität des Rechtsbehelfs des Feststellungsbescheides ausgeführt, auch wenn die für die Feststellung maßgebende Rechtsfrage im Rahmen eines anderen, gesetzlich vorgezeichneten Verwaltungsverfahrens zu entscheiden ist, ist nach der gefestigten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes jedoch weiter zu prüfen, ob der Partei die Beschreitung dieses Rechtsweges auch zumutbar ist. Als dem Rechtsunterworfenen nicht zumutbar hat es der Verwaltungsgerichtshof insbesondere angesehen, im Falle des Bestehens unterschiedlicher Rechtsauffassungen auf Seiten der Behörde und des Rechtsunterworfenen über die Rechtmäßigkeit einer Handlung oder Unterlassung die betreffende Handlung zu setzen bzw. zu unterlassen und sodann im Rahmen eines allfälligen Verwaltungsstrafverfahrens die Frage der Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit dieses Verhaltens klären zu lassen. Bei Vorliegen dieser Voraussetzungen bejaht die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ein rechtliches Interesse an der Erlassung des Feststellungsbescheides auch im Bezug auf Weisungen (Dienstaufträge). Nach dieser Rechtsprechung ist die Feststellung, ob die Befolgung einer Weisung zu den Dienstpflichten gehört, auch im Falle eines bereits zeitlich abgeschlossenen Geschehens zulässig, wenn dies einer Klarstellung für die Zukunft dient (vgl. das zitierte Erkenntnis vom 4. Februar 2009, mwN).

Weder die Feststellung des Fortbestehens eines Arbeitsplatzes in seiner dienstrechtlichen Identität noch jene der Rechtswidrigkeit einer Ausschreibung nach dem Ausschreibungsgesetz 1989 - AusG ist im Gesetz vorgesehen. Mag es sich bei der Frage des "Fortbestehens des Arbeitsplatzes", d.h. der Singularität der Aufgaben eines Arbeitsplatzes um einen Aspekt handeln, der für die Aufbau- und Ablauforganisation in einer Dienststelle und damit in weiterer Folge für die dienst- und besoldungsrechtliche Stellung des Beamten von Bedeutung sein kann, so wäre die bescheidförmige Feststellung einer solchen Tatsache nach der wiedergegebenen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nur auf Grund einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung zulässig.

Abgesehen davon ist auch nicht ersichtlich, dass im vorliegenden Fall dem Beschwerdeführer die Beschreitung des Rechtsweges (eines Dienstrechtsverfahrens), respektive das Zuwarten bis zur Setzung einer Personalmaßnahme durch Bescheid oder Weisung ihm gegenüber, unzumutbar wäre, weil er im Genuss seiner bisherigen dienst- und besoldungsrechtlichen Stellung verbleibt.

Gleiches gilt für die begehrte Feststellung der Rechtswidrigkeit eines Ausschreibungsverfahrens, zumal § 15 Abs. 1 zweiter Satz AusG ausdrücklich vorsieht, dass ein Bewerber keine Parteistellung hat, womit ein rechtliches Interesse an der Feststellung der Rechtmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit eines Ausschreibungsverfahrens jedenfalls ausscheidet.

Die Beschwerde war daher gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Der Spruch über den Aufwandsersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandsersatzverordnung 2008, BGBl. II Nr. 455, insbesondere deren § 3 Abs. 2. Die Anführung der (nicht mehr anwendbaren) VwGH-Aufwandsersatzverordnung 2003, BGBl. II Nr. 333, im Kostenersatzbegehren nimmt diesem nicht den Charakter als "allgemeiner Antrag" im Sinne des § 59 Abs. 3 dritter Satz VwGG.

Wien, am 16. Dezember 2009