

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

01.03.2012

Geschäftszahl

2010/12/0074

Beachte**Miterledigung (miterledigt bzw zur gemeinsamen Entscheidung verbunden):**

2011/12/0084

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Sulyok und die Hofräte Dr. Zens, Dr. Thoma und Dr. Pfiel sowie die Hofrätin Mag. Rehak als Richter, im Beisein des Schriftführers Dr. Köhler, über die Beschwerden der AE in B, vertreten durch Mag. Daniel Schöpf, Mag. Christian Maurer und Dr. Christine Bitschnau, Rechtsanwälte in 5020 Salzburg, Paris-Lodron-Straße 3a, gegen die Bescheide 1.) der Bundesministerin für Wissenschaft und Forschung vom 23. Februar 2010, Zl. BMWF- 419.276/0001-I/4/2010 (hg. Zl. 2010/12/0074), betreffend Zulässigkeit eines Devolutionsantrages, und 2.) des Bundesministers für Wissenschaft und Forschung vom 10. Mai 2011, Zl. BMWF-419.276/0003-I/VPU/2011 (hg. Zl. 2011/12/0084), betreffend Feststellung eines Rechts auf bestimmte dienstliche Verwendung, zu Recht erkannt:

Spruch**Die Beschwerden werden als unbegründet abgewiesen.**

Die Beschwerdeführerin hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von jeweils EUR 610,60 (insgesamt EUR 1.221,20) binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

I.

Die Beschwerdeführerin, Fachärztin für Chirurgie und Thorax-Chirurgie sowie außerordentliche Universitätsprofessorin, steht seit 1. Juni 1989 in einem aktiven öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Bund. Sie wird an der im Allgemeinen Krankenhaus (kurz: AKH) etablierten klinischen Abteilung für Thorax-Chirurgie der Universitätsklinik für Chirurgie der Medizinischen Universität Wien (kurz: MUW) verwendet.

II.

1. Mit Eingabe an das Amt der MUW (gemäß § 125 Abs. 1 Universitätsgesetz 2002 Dienstbehörde erster Instanz) vom 13. Jänner 2009 brachte sie - anwaltlich vertreten - vor, obgleich sie nie Anlass für Vorwürfe im Zusammenhang mit der Erfüllung ihrer Dienstpflichten geboten habe, werde sie seit einigen Monaten "vom elektiven Operationsprogramm beinahe gänzlich ausgeschlossen". An diesem Zustand habe sich trotz mehrmaliger Aufforderungen ihrerseits nichts geändert. Nach ständiger Judikatur des Obersten Gerichtshofes gehörten Chirurgen zu einer Gruppe von Dienstnehmern, bei denen das Brachliegen ihrer Fähigkeiten zwangsläufig zu einem Qualitätsverlust "und zur Minderung des chirurgisch-handwerklichen Niveaus (unwiederbringlicher Schaden)" führe. Aus "der dargestellten Rechtslage" gehe hervor, dass sie einen Rechtsanspruch darauf habe, entsprechend ihrer Qualifikation auf eine Weise und in einem Umfang "zu operativen Tätigkeiten eingeteilt zu werden, die es ihr ermöglichen, ihre operative Geschicklichkeit durch manuelles Training aufrecht zu erhalten und dadurch einen Qualitätsverlust bzw. eine Minderung ihres chirurgisch- handwerklichen Niveaus zu vermeiden". Es könne - auch unter Berücksichtigung der Fürsorgepflicht des Dienstgebers - nicht zweifelhaft sein, dass dieses Recht auch bei einem öffentlich-

rechtlichen Dienstverhältnis bestehe. Die Beschwerdeführerin stellte somit den Antrag (Anonymisierungen hier wie im Folgenden durch den Verwaltungsgerichtshof):

"Die Dienstbehörde wolle - sei es unmittelbar oder durch entsprechende Maßnahmen, wie etwa Erteilung von Weisungen an die Universitätsklinik für Chirurgie, Klinische Abteilung für Herz-Thorax-Chirurgie bzw. deren (interimistischen) Leiter Univ. Prof. Dr. W. - dafür Sorge treffen, dass die Antragstellerin entsprechend ihrer Qualifikation als Herz-Thorax-Chirurgin auf eine Weise (d.h. auch als verantwortliche Erstoperateurin) und in einem Umfang zur Durchführung von Operationen eingeteilt wird, die ihr manuelles Training sowie die Aufrechterhaltung ihrer chirurgisch handwerklichen Fertigkeiten ermöglicht; dies auf eine solche Weise, dass die Antragstellerin Operationen als Erstoperateurin zu mindestens 3 Standardeingriffen (insbesondere Lobektomie, Pneumonektomie, Entfernung von Mediastinaltumoren, Thoraxwandresektionen und Segmentresektionen) pro Woche und in Assistenz zusätzlich zu mindestens 3 Standardeingriffen (wie oben) pro Woche eingesetzt wird."

Mit weiterer Eingabe an das Amt der MUW vom 3. April 2009 erinnerte die Beschwerdeführerin an ihren Antrag vom 13. Jänner 2009, machte geltend, dass nicht einmal "irgendeine Stellungnahme, Maßnahme oder Verbesserung (ihrer) Situation" zu verzeichnen sei, wies neuerlich auf die "Dienstgeber-Fürsorgepflicht" hin und ersuchte "um Veranlassung".

Da die Dienstbehörde erster Instanz keine Entscheidung traf, stellte die Beschwerdeführerin am 31. Juli 2009 einen "Devolutionsantrag zum Übergang und Entscheidung durch das Bundesministerium für Wissenschaft und Forschung".

Mit (der Beschwerdeführerin am 11. August 2009 zugestellten) Bescheid vom 30. Juli 2009 hatte das Amt der MUW den Antrag der Beschwerdeführerin vom 13. Jänner 2009 u.a. gemäß § 1 Abs. 4 DVG zurückgewiesen. Die von der Dienstbehörde begehrte Weisungserteilung betreffe eine fachliche Weisung, die in den Zuständigkeitsbereich des Rechtsträgers der Krankenanstalt und nicht der Dienstbehörde erster Instanz falle.

Gegen diesen Bescheid hatte die Beschwerdeführerin fristgerecht Berufung erhoben.

Mit dem angefochtenen Bescheid vom 23. Februar 2010 wies die belangte Behörde den Devolutionsantrag als unzulässig zurück und behob den Bescheid des Amtes der MUW vom 30. Juli 2009 ersatzlos.

Begründend führte sie - soweit im vorliegenden Zusammenhang von Bedeutung - nach Darstellung des Verwaltungsgeschehens und der Rechtslage aus, die Eingaben vom 13. Jänner und 3. April 2009 zielten allein darauf ab, die zuständige Dienstbehörde dazu zu veranlassen, den Einsatz der Beschwerdeführerin in ihrer Operationstätigkeit sicherzustellen. Weder habe sie einen Bescheidabspruch über die Frage der Zulässigkeit darauf bezogener Weisungen noch einen solchen über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechts auf Beschäftigung als Chirurgin beantragt. Die Beantragung einer bestimmten Art des dienstlichen Einsatzes stelle keine Angelegenheit dar, die zwingend einer bescheidmäßigen Erledigung durch die angerufene Dienstbehörde zuzuführen wäre und bedürfe daher "keines Bescheidverfahrens". Der (am 3. April 2009 urgierte) Antrag vom 13. Jänner 2009 habe daher keine Pflicht des Amtes der MUW zur Entscheidung ausgelöst, sodass die Voraussetzungen einer Devolution nicht vorlägen. Der dennoch gestellte Devolutionsantrag sei daher zurückzuweisen. Das Fehlen einer bescheidfähigen Antragsgrundlage belaste auch den mit Berufung bekämpften Bescheid des Amtes der MUW vom 30. Juli 2009 "mit aufhebungsrelevanter Rechtswidrigkeit. Mangels Vorliegens eines Bescheidbegehrens ... (sei dieser Bescheid) ... ersatzlos zu beheben".

2. Dem angefochtenen Bescheid der belangten Behörde vom 10. Mai 2011 liegt ein nach Wiederholung des bisherigen Vorbringens gestellter Antrag der anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin vom 16. April 2010 zu Grunde,

"die Dienstbehörde wolle bescheidmäßig **feststellen**, dass der Antragstellerin ein **Recht darauf** zusteht, entsprechend ihrer Qualifikation **als Thoraxchirurgin** als solche **eingesetzt zu werden**, dies auf eine Weise (d.h. auch als verantwortliche Erstoperateurin) und in einem Umfang, nämlich bei Durchführung von Operationen, die ihr manuelles Training sowie die Aufrechterhaltung ihrer chirurgisch-handwerklichen Fertigkeiten ermöglicht; dies insbesondere dadurch, dass die Antragstellerin Operationen als Erstoperateurin zu mindestens 3 Standardeingriffen (insbesondere Lobektomie, Pneumonektomie, Entfernung von Mediastinaltumoren, Thoraxwandresektionen und Segmentresektionen) pro Woche und in Assistenz zusätzlich zu mindestens 3 Standardeingriffen (wie oben) pro Woche eingesetzt wird."

(Hervorhebungen im Original)

Über diesen Antrag erließ das Amt der MUW als Dienstbehörde erster Instanz folgenden Feststellungsbescheid vom 18. Oktober 2010:

"1. Aus der Dienstpflicht der Antragstellerin gemäß

§ 155 Abs. 5 BDG 1979 leitet sich e contrario das Recht ab, im Rahmen der Patientenversorgung entsprechend ihrer fachlichen Qualifikation in der Klinischen Abteilung für Thoraxchirurgie dem Grunde nach eingesetzt zu werden. Hiedurch wird aber keine Aussage über die inhaltliche Ausgestaltung der ärztlichen Aufgaben im Rahmen der Patientenversorgung getroffen.

2. Es besteht kein subjektiver Anspruch der

Antragstellerin auf die Betrauung mit der Durchführung einer bestimmten Anzahl und einer bestimmten Art von Operationen bzw. bestimmten ärztlichen Tätigkeiten im Rahmen der Patientenversorgung durch die Dienstbehörde.

Rechtsgrundlage:

§ 125 Abs. 1 Universitätsgesetz 2002 (BGBl. I Nr. 120 idGF) iVm § 1 Dienstrechtsverfahrensgesetz 1984 - DVG (BGBl. Nr. 29/1984 idGF)."

Begründend führte die Dienstbehörde dazu - soweit im vorliegenden Zusammenhang von Bedeutung - aus, die Beschwerdeführerin stehe in ärztlicher Verwendung an der MUW. Neben den Dienstpflichten in der universitären Lehre, Forschung und Verwaltung habe sie daher gemäß § 155 Abs. 5 BDG 1979 an den Aufgaben, die der MUW im Rahmen des öffentlichen Gesundheitswesens und der Untersuchung und Behandlung von Menschen obliegen, mitzuwirken. Diese Kranken- bzw. Patientenversorgung zähle unmittelbar zu ihren dienstlichen Aufgaben. Aus dieser Dienstpflicht leite sich e contrario das Recht ab, in der Patientenversorgung dem Grunde nach im Rahmen der Krankenanstalt, konkret im Bereich ihrer fachlichen Qualifikation, eingesetzt zu werden. Hierdurch werde jedoch noch keine Aussage über den Inhalt bzw. die Art der Tätigkeit getroffen. Dies erfolge vielmehr nach Maßgabe des Bedarfs sowie der fachlichen Qualifikation. Dieser entsprechend werde die Beschwerdeführerin bereits aktuell eingesetzt.

Aus § 29 Abs. 4 Z. 1 UG folge eine organisatorische und funktionelle Zurechnung des ärztlichen Personals der MUW im klinischen Bereich zum Träger der Krankenanstalt. Da für die zu erfüllenden ärztlichen Aufgaben die Verantwortung dem Leiter der Organisationseinheit im Rahmen seiner Primariatsfunktion im krankenanstaltenrechtlichen Sinn zukomme, obliegen ihm auch die Diensterteilungen im Rahmen dieser krankenanstaltenrechtlichen Leitungsfunktion. Dazu zähle die Verwendung der einzelnen Ärztinnen und Ärzte im Krankenhausbetrieb, die Wahrung der Grundsätze und anerkannten Methoden der medizinischen Wissenschaft, die Koordination der Ärztinnen und Ärzte in ihren Tätigkeiten und deren fachliche Überwachung. Das bedeute, dass sämtliche Fragen der dienstlichen Verwendung, der Diensterteilung bzw. Operationseinteilung, also die inhaltliche Ausgestaltung der Dienstpflichten, in Bezug auf den Betrieb der Krankenanstalt den krankenanstaltenrechtlichen und nicht den universitätsrechtlichen Funktionsbereich betreffe. Damit komme dem ärztlichen Leiter der Krankenanstalt und nicht der Dienstbehörde die Zuständigkeit für die Einteilung der medizinischen Leistungen, insbesondere der Operationseinteilung, am AKH zu. Die Dienstbehörde sei somit zur Operationseinteilung nicht befugt, sodass kein subjektiver Anspruch der Beschwerdeführerin auf die Betrauung mit der Durchführung einer bestimmten Anzahl und einer bestimmten Art von Operationen bzw. bestimmten ärztlichen Tätigkeiten im Rahmen der Patientenversorgung durch die Dienstbehörde bestehe.

Gegen diesen Bescheid erhob die Beschwerdeführerin fristgerecht Berufung, in der sie geltend machte, ihr Einsatz "im Rahmen einer fachlichen Qualifikation (sei) von der konkreten Ausgestaltung der tatsächlich ausgeübten Aufgaben schon gedanklich nicht trennbar". Wenn daher ein Anspruch auf Einsatz entsprechend einer Qualifikation bestehe, dann könne diesem Anspruch nur durch konkrete Ausgestaltung der sonst inhaltsleeren Formulierungen Rechnung getragen werden. Sie stellte den Antrag, "den bekämpften Bescheid mit Ausnahme des unbekämpften ersten Satzes von Spruchteil 1. aufzuheben und durch das Erkennen darauf, dass ihr das Recht auf Einsatz gemäß ihrer Qualifikation auf eine Weise und in einem Umfang, nämlich bei Durchführung von Operationen, die ihr manuelles Training sowie die Aufrechterhaltung ihrer chirurgischhandwerklichen Fähigkeiten ermöglichen: 3 Standardoperationen pro Woche als Erstoperateurin und 3 Standardoperationen pro Wochen in Assistenz zu ersetzen".

Mit dem angefochtenen Bescheid vom 10. Mai 2011 änderte die belangte Behörde gemäß § 1 DVG und § 66 Abs. 4 AVG den Bescheid vom 18. Oktober 2010 dahin ab, dass sein Spruch lautet:

"Ihr Antrag vom 16. April 2010 wird als unbegründet abgewiesen."

Begründend führte sie - soweit im vorliegenden Zusammenhang von Bedeutung - aus, eine (von der Berufung angestrebte) Teilanfechtung sei nur in jenen Fällen zulässig, in denen jeder der getrennten Bescheidpunkte für sich allein einem gesonderten Abspruch zugänglich wäre. Die beiden Teile des Bescheides vom 18. Oktober 2010 könnten dagegen nicht für sich allein Gegenstand einer gesonderten Entscheidung sein. Wie die Beschwerdeführerin in ihrer Berufung selbst zutreffend ausführe, sei es dem Recht auf tatsächliche Beschäftigung wesensimmanent, dass es einen Anspruch auf konkrete Tätigkeiten (im Rahmen der Fachverwendung) ausdrücke. Die Feststellung eines solchen Rechts bedeute auch einen konkreten Tätigkeitsanspruch. Folgte man dagegen der Erstbehörde, würde durch deren Spruch zwar ein Beschäftigungsrecht zugestanden, dieses aber zugleich völlig seines Inhalts begeben, setze doch jeder Anspruch auf eine bestimmte tatsächliche Verwendung zwingend die Bejahung eines Rechts auf Beschäftigung voraus. Mangels Trennbarkeit seiner Spruchpunkte gelte der Erstbescheid somit als vollumfänglich angefochten.

Die Frage, ob der Beschwerdeführerin als Bundesbeamtin ein Recht auf tatsächlichen Einsatz als Chirurgin eingeräumt sei, sei allein anhand der das Dienstverhältnis der Bundesbeamten regelnden Gesetze und Verordnungen zu beantworten. Weder die §§ 36 ff noch §§ 62 ff, § 155 oder § 172 BDG 1979 räumten ein derartiges Recht ein. Es bestehe keine gesetzliche Grundlage für ein subjektives Recht auf tatsächliche Beschäftigung. Daran könne auch die zu privatrechtlichen Dienstverhältnissen ergangene Judikatur des Obersten

Gerichtshofes nichts ändern. Dazu komme, dass § 29 Abs. 5 UG die mit Tätigkeiten in der Patientenversorgung zugebrachte Arbeitszeit gesetzlich limitiere, um einen im Verhältnis zur Normalarbeitszeit von 40 Wochenstunden adäquaten zeitlichen Anteil der Verwendung in den wissenschaftlichen Aufgaben sicherzustellen. Zwar seien handwerkliche Fähigkeiten auch in praxisnahen wissenschaftlichen Fächern wie der Chirurgie notwendig, aber nicht unabdingbar für die Ausübung des Berufes als Universitätslehrer. Das Tätigwerden in Forschung und Lehre sei nicht direkt durch die praktische Operationsfertigkeit bestimmt. Insgesamt habe die Erstbehörde verkannt, dass der Beschwerdeführerin kein subjektiv-öffentliches Recht auf Beschäftigung als Chirurgin im Rahmen ihrer ärztlichen Verwendung an der MUW zukomme, sodass der Erstbescheid entsprechend abzuändern sei.

III.

Gegen die Bescheide der belangten Behörde vom 23. Februar 2010 und vom 10. Mai 2011 richten sich die Beschwerden vor dem Verwaltungsgerichtshof, in denen inhaltliche Rechtswidrigkeit und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend gemacht werden.

Die belangte Behörde legte jeweils die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete Gegenschriften, in denen sie die Abweisung der Beschwerden als unbegründet beantragte. Im Verfahren Zl. 2010/12/0074 wurden darüber hinaus weitere Äußerungen erstattet.

Der Verwaltungsgerichtshof hat über die auf Grund des persönlichen und sachlichen Zusammenhanges zur gemeinsamen Beratung und Beschlussfassung verbundenen Beschwerden erwogen:

Zum angefochtenen Bescheid vom 23. Februar 2010 (hg. Zl. 2010/12/0074):

Die Beschwerdeführerin erachtet sich durch den angefochtenen Bescheid in ihren Rechten auf rechtsrichtige Anwendung des § 73 AVG iVm § 1 DVG sowie des Beamtendienstrechtsgesetzes 1979, insbesondere der §§ 36 Abs. 1 und 45 Abs. 1 BDG 1979, sowie im Recht auf Beschäftigung (ausreichende Verwendung als Chirurgin in verantwortlicher Position) verletzt.

Gemäß § 73 Abs. 1 Satz 1 AVG sind die Behörden verpflichtet, wenn in den Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmt ist, über Anträge von Parteien (§ 8 AVG) und Berufungen ohne unnötigen Aufschub, spätestens aber sechs Monate nach deren Einlangen den Bescheid zu erlassen. Wird der Bescheid nicht innerhalb der Entscheidungsfrist erlassen, so geht gemäß § 73 Abs. 2 Satz 1 AVG auf schriftlichen Antrag der Partei die Zuständigkeit zur Entscheidung auf die sachlich in Betracht kommende Oberbehörde, wenn aber gegen den Bescheid Berufung an den unabhängigen Verwaltungssenat erhoben werden könnte, auf diesen über (Devolutionsantrag).

Diese Entscheidungspflicht wird nur durch Anträge ausgelöst, die auf Erlassung eines Bescheides gerichtet sind. Andere Begehren, wie beispielsweise auf eine sonstige (faktische) Leistung, vermögen die Entscheidungspflicht der Behörde nicht auszulösen. Auch nach der klaren Diktion des § 73 Abs. 2 AVG ist notwendige Voraussetzung für die Zulässigkeit eines Devolutionsantrages das Bestehen einer behördlichen Entscheidungspflicht gegenüber einer Partei des unterinstanzlichen Verfahrens. Ist die Behörde weder zu einer Sachentscheidung noch zu einer verfahrensrechtlichen Entscheidung verpflichtet, kommt der Übergang einer Entscheidungspflicht nicht in Betracht. Ein darauf gerichteter Devolutionsantrag ist unzulässig und mit verfahrensrechtlichem Bescheid zurückzuweisen (vgl. zum Ganzen Hengstschläger/Leeb, AVG, § 73, Rz 6 und 94, mwN aus der Lehre und der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes).

Der belangten Behörde ist darin beizupflichten, dass der (einleitend wiedergegebene) Antrag der Beschwerdeführerin vom 13. Jänner 2009 unzweifelhaft auf die Erteilung von Weisungen an dritte Personen sowie auf Setzung anderer - im Wesentlichen faktischer - Maßnahmen im Rahmen der Fürsorgepflicht der Dienstbehörde abzielte, um die im Einzelnen dargestellte, von der Beschwerdeführerin angestrebte dienstliche Verwendung als Chirurgin zu gewährleisten. Ein Begehren auf Erlassung eines Feststellungsbescheides wurde in diesem Antrag und in seiner Urgenz vom 3. April 2009 nicht erhoben. Einen solchen Antrag hat die im Verwaltungsverfahren ständig anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin erstmals mit gesonderter Eingabe vom 16. April 2010 (vgl. dazu das hg. Verfahren Zl. 2011/12/0084) ausdrücklich gestellt. Fallbezogen wurde durch diese ausdrückliche Antragstellung nachträglich bestätigt, dass es keiner weiteren Erhebungen bedurfte, ob bereits die beiden zuerst genannten Anträge (nach dem angestrebten Ergebnis auch) auf eine derartige Erledigung abzielten.

Somit verbleibt aus den Eingaben vom 13. Jänner und 3. April 2009 kein die Erlassung eines meritorischen oder verfahrensrechtlichen Bescheides erfordernder Inhalt, mit dessen Erledigung Säumnis der Behörde in diesem Verfahren in Betracht gekommen wäre (vgl. dazu etwa die hg. Erkenntnisse vom 17. Februar 1993, Zl. 89/12/0074, und vom 6. Juni 2007, Zl. 2001/12/0004, insbesondere Punkt III.2. der Entscheidungsgründe). Auch die Beschwerde zeigt nicht auf, worin der von der Beschwerdeführerin - über das gesondert (am 16. April 2010) erhobene Feststellungsbegehren hinaus - nunmehr "behauptete Anspruch" in diesem Zusammenhang konkret bestanden hätte.

Der belangten Behörde kann nicht entgegengetreten werden, wenn sie vom Fehlen einer Entscheidungspflicht der Erstbehörde und - hieraus folgend - von der Unzulässigkeit des an sie gerichteten Devolutionsantrages ausgegangen ist. Insgesamt liegt somit weder eine unrichtige Anwendung des § 73 AVG

vor, noch kann die Beschwerdeführerin durch den angefochtenen Bescheid im (wie nachfolgend dargestellt zu Unrecht) behaupteten "Recht auf Beschäftigung" verletzt worden sein.

Die zu Zl. 2010/12/0074 protokollierte Beschwerde ist unbegründet.

Zum angefochtenen Bescheid vom 10. Mai 2011 (hg. Zl. 2011/12/0084):

Die Beschwerdeführerin erachtet sich durch den angefochtenen Bescheid in ihren Rechten auf richtige Anwendung der §§ 59 und 66 AVG iVm § 1 DVG, auf richtige Anwendung der §§ 36 Abs. 1 und 45 Abs. 1 BDG 1979 sowie im Recht auf Beschäftigung (ausreichende Verwendung als Chirurgin in verantwortlicher Position) verletzt.

Eine unrichtige Anwendung der Verfahrensvorschrift des § 59 AVG erblickt die Beschwerdeführerin darin, dass die belangte Behörde zu Unrecht die Teilbarkeit der beiden Spruchpunkte des Erstbescheides vom 18. Oktober 2010 verneint und daher über den gesamten Entscheidungsgegenstand (abweisend) abgesprochen habe. Es sei kein Grund ersichtlich, aus dem die beiden Spruchpunkte nicht separat nebeneinander bestehen könnten. Die bloße "Unrichtigkeit der Erledigung unter Spruchpunkt 2." ändere daran nichts.

Dem ist zu entgegnen, dass beide Spruchpunkte des Erstbescheides die Feststellung eines behaupteten Rechts der Beschwerdeführerin auf eine bestimmte dienstliche Verwendung als Chirurgin betreffen. Dabei kann - wie die Beschwerdeführerin selbst in ihrer an die belangte Behörde gerichteten Berufung vertritt - auf Grund des notwendigen Zusammenhanges nicht von einer Trennbarkeit eines Rechts, als Chirurgin verwendet zu werden, von ihrem im Spruchpunkt 2. behandelten Anspruch "auf die Betrauung mit der Durchführung ... von Operationen ..."

ausgegangen werden. Die Bejahung eines Anspruchs auf eine bestimmte dienstliche Verwendung setzt nämlich zwingend auch die Bejahung eines Rechts auf entsprechende tatsächliche Beschäftigung voraus.

Wenn - wie im vorliegenden Fall - der Verfahrensgegenstand somit nicht teilbar ist, dann ist im Fall der teilweisen Anfechtung eines Bescheides Berufungsgegenstand dennoch die ganze Sache und daher der ganze Bescheid. Infolge Vorliegens einer notwendigen Einheit konnte der Erstbescheid vom 18. Oktober 2010 daher nicht teilweise in Rechtskraft erwachsen. Daraus folgt, dass sich die gemäß § 66 Abs. 4 AVG vorgenommene Abweisung des gesamten Antrages nicht als formell rechtswidrig darstellt (vgl. etwa die hg. Erkenntnisse vom 21. September 1993, Zl. 91/04/0159, vom 28. September 1993, Zl. 92/12/0184 und Zl. 92/12/0194, sowie vom 13. April 2000, Zl. 99/07/0205, jeweils mwN).

In der Sache verweist die Beschwerdeführerin auf die Bestimmung des § 36 Abs. 1 BDG 1979, wonach jeder Beamte, der nicht vom Dienst befreit oder enthoben sei, mit der Wahrnehmung der Aufgaben eines in der Geschäftseinteilung seiner Dienststelle vorgesehenen Arbeitsplatzes zu betrauen sei. § 45 Abs. 1 BDG 1979 normiere eine Pflicht des Vorgesetzten, darauf zu achten, dass seine Mitarbeiter ihre dienstlichen Aufgaben erfüllen, wobei er das dienstliche Fortkommen seiner Mitarbeiter nach Maßgabe ihrer Leistungen zu fördern und ihre Verwendung so zu lenken habe, dass sie ihren Fähigkeiten weitgehend entspreche. Aus diesen Bestimmungen leitet die Beschwerdeführerin ein subjektives Recht darauf ab, als Chirurgin bei Operationen in dem von ihr angestrebten Umfang verwendet zu werden.

Mit dieser Argumentation ist sie allerdings auf die grundlegenden Ausführungen im hg. Erkenntnis vom 27. September 2011, Zl. 2010/12/0125, zu verweisen, in dem die Einräumung eines subjektiven Rechts des Beamten auf tatsächliche Erbringung der ihm an seinem Arbeitsplatz zugewiesenen Aufgaben verneint wurde. Auf die Entscheidungsgründe dieses Erkenntnisses, dem auch die Darstellung der insoweit wesentlichen Rechtslage entnommen werden kann, wird gemäß § 43 Abs. 2 zweiter Satz VwGG verwiesen.

Schließlich verweist die Beschwerdeführerin auf die zu privatrechtlichen Dienstverhältnissen ergangene Judikatur des Obersten Gerichtshofes, wonach jedem Chirurgen ein einfordersbares und durchsetzbares Recht auf Beschäftigung zukomme. Der Oberste Gerichtshof leite dieses Recht aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen ab, "die zweifellos auch auf das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis übertragbar" seien. Wenn die Dienstbehörde versuche, hier Unterschiede zwischen Privatrecht und öffentlichem Dienstrecht der Beamten zu konstruieren, überzeuge dies in keiner Weise.

Dieser Argumentation ist zu entgegnen, dass sich auf Grund des Wesenskerns eines öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses aus diesem abgeleitete Rechte und Pflichten nur aus dem Gesetz oder einer Rechtsverordnung ergeben können. Aus dem Dienstverhältnis abgeleitete Ansprüche des Beamten können daher nur dann geltend gemacht werden, wenn sie eine Grundlage in ausdrücklichen Normen (Gesetze oder Rechtsverordnungen) haben (vgl. dazu etwa das hg. Erkenntnis vom 10. September 2009, Zl. 2008/12/0193, mwN). Dass derartige Vorschriften, die ein Recht auf die geforderte dienstliche Verwendung begründen, nicht bestehen, wurde im zitierten hg. Erkenntnis vom 27. September 2011 im Einzelnen dargestellt.

Aus diesen Erwägungen ist auch die zu Zl. 2011/12/0084 protokollierte Beschwerde unbegründet; beide Beschwerden waren daher gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG iVm der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008, BGBl. II Nr. 455. Wien, am 1. März 2012