

# TE Vwgh Erkenntnis 2004/9/14 2004/11/0054

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 14.09.2004

## **Index**

001 Verwaltungsrecht allgemein;  
10/07 Verwaltungsgerichtshof;  
12/03 Entsendung ins Ausland;  
43/01 Wehrrecht allgemein;

## **Norm**

AuslEG 2001 §3 Abs6;  
VwGG §34 Abs1;  
VwRallg;  
WehRG 2001 §19 Abs1 Z9;  
WehRG 2001 §26 Abs1 Z1;  
WehRG 2001 §45;

## **Betreff**

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Waldner und die Hofräte Dr. Gall, Dr. Pallitsch, Dr. Schick und Dr. Grünstäudl als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Runge, über die Beschwerde des Dr. L in W, vertreten durch Mag. Gerald Strolz, Rechtsanwalt in 1060 Wien, Amerlingstraße 19, gegen den Bescheid des Bundesministers für Landesverteidigung vom 29. Jänner 2004, Zi. P757373/10-PersD/2003, betreffend Befreiung von der Verpflichtung zur Leistung des Auslandseinsatzpräsenzdienstes und Entlassung aus diesem, zu Recht erkannt:

## **Spruch**

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.171,20 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## **Begründung**

Das Heerespersonalamt erließ mit Erledigung vom 22. Oktober 2003 folgenden Bescheid:

"BESCHEID

1. Sie werden von der Verpflichtung zur Leistung des Auslandseinsatzpräsenzdienstes aus militärischen Rücksichten von Amts wegen befreit.

Gleichzeitig werden Sie mit Ablauf des 23. Oktober 2003 vorzeitig aus diesem Präsenzdienst entlassen.

2. Die aufschiebende Wirkung einer allenfalls eingebrachten Berufung wird ausgeschlossen."

Als Rechtsgrundlagen waren § 26 Abs. 1 Z. 1 im Zusammenhang mit § 28 Abs. 4 des Wehrgesetzes 2001 (WG 2001), § 2 Abs. 2 sowie § 7 des Auslandseinsatzgesetzes 2001 (AusLEG 2001) und § 64 Abs. 2 AVG angegeben.

Begründend wurde ausgeführt, der Beschwerdeführer habe am 17. Juni 2002 den Auslandseinsatzpräsenzdienst angetreten und sei vom 9. Juli 2002 bis 14. April 2003 als Kommandant und Aufklärungsoffizier und ab 15. April 2003 als Kommandant und Aufklärungsoffizier und Verbindungsoffizier/EU in der Austrian National Intelligence Cell (AUNIC) bei AUCON/KFOR verwendet worden. Durch den Vorgesetzten der entsandten Einheit sei gegen den Beschwerdeführer ein Disziplinarverfahren eingeleitet worden, da er im Verdacht stehe, Drogen konsumiert zu haben. Auf Grund seiner äußerst sensiblen Funktion und der damit verbundenen Aufgaben sei ein Verbleib im Auslandseinsatz nicht länger möglich. Die Repatriierung des Beschwerdeführers aus militärischen Rücksichten sei am 14. Oktober 2003 erfolgt. Die Behörde sei nach eingehender Prüfung und Beurteilung zur Ansicht gelangt, dass der Beschwerdeführer aus militärischen Rücksichten im Sinne der bezogenen Gesetzesstelle von der Verpflichtung der Leistung des Auslandseinsatzpräsenzdienstes "zu befreien und aus diesem vorzeitig zu entlassen" sei. Dies deshalb, weil der Verbleib seiner Person im Einsatzraum bei dringendem Verdacht des Drogenkonsums auf Grund seiner äußerst sensiblen Funktion nicht länger möglich sei.

In seiner dagegen erhobenen Berufung brachte der Beschwerdeführer vor, es sei ihm nicht bekannt, ob gegen ihn bereits ein Disziplinarverfahren eingeleitet worden sei. Die belangte Behörde übersehe, dass dem Beschwerdeführer eine Dienstfreistellung im Ausmaß von 41 Werktagen, beginnend mit 18. Oktober 2003, gewährt worden sei, sodass der Auslandseinsatzpräsenzdienst mit Ablauf des 5. Dezember 2003 ende, wobei die Entlassung aus dem Auslandseinsatzpräsenzdienst gemäß § 28 Abs. 1 WG 2001 mit Entlassungsbefehl mit gleicher Wirksamkeit festgesetzt sei. Auf Grund des geleisteten Auslandseinsatzes habe der Beschwerdeführer Anspruch auf Dienstfreistellung im Ausmaß von 41 Werktagen mit Wirksamkeit vom 18. Oktober bis 5. Dezember 2003, mit welchem Tag der Auslandspräsenzdienst des Beschwerdeführers ende. Folglich habe zum Zeitpunkt der Bescheiderlassung am 22. Oktober 2003 keine militärische Notwendigkeit mehr bestanden, den angefochtenen "Entlassungsbefehl" zu erlassen. Im Hinblick darauf, dass ein Fehlverhalten nicht objektiviert sei, ein schulhaftes Handeln jedenfalls nicht vorliege und weder eine disziplinarrechtliche noch eine gerichtliche Entscheidung vorliege bzw. ein diesbezügliches Verfahren anhängig sei, sei eine Grundlage für die amtswegige Befreiung von der Verpflichtung zur Leistung des Auslandspräsenzdienstes aus militärischen Rücksichten nicht gegeben.

Mit Bescheid vom 29. Jänner 2004 wies der Bundesminister für Landesverteidigung die Berufung des Beschwerdeführers ab und bestätigte den erstinstanzlichen Bescheid. Als Rechtsgrundlage waren § 66 Abs. 4 AVG, § 3 Abs. 6 AusLEG 2001 und § 28 Abs. 1 Z. 1 im Zusammenhang mit § 28 Abs. 4 WG 2001 angegeben.

Begründend führte der Bundesminister für Landesverteidigung nach auszugsweiser Wiedergabe des Berufungsvorbringens aus, der Beschwerdeführer habe den Auslandseinsatzpräsenzdienst am 17. Juni 2002 auf Grund einer freiwilligen Meldung angetreten und sei vom 9. Juli 2002 bis 14. April 2003 als Kommandant und Aufklärungsoffizier bzw. ab 15. April 2003 als Kommandant, Aufklärungsoffizier und Verbindungsoffizier/EU in der Austrian National Intelligence Cell (AUNIC) bei AUCON/KFOR verwendet worden. Eine am 19. September 2003 durchgeführte Harnuntersuchung (zwei Tests) auf Suchtmittel habe zweimal ein positives Resultat auf Amphetamine ergeben. Auch eine dritte Untersuchung am 20. September 2003 habe das positive Ergebnis bestätigt. Am 21. September 2003 sei eine vierte Harnprobe erfolgt, die zur Untersuchung an den Sachverständigen am Institut für gerichtliche Medizin der Universität Wien geschickt worden sei. Durch den Vorgesetzten der entsandten Einheit sei gegen den Beschwerdeführer ein Disziplinarverfahren eingeleitet worden, weil er im Verdacht gestanden habe, Drogen konsumiert zu haben. Um das erforderliche Verwaltungsverfahren in Österreich durchführen zu können, sei die vorzeitige Repatriierung aus militärischen Rücksichten durch das Kommando Internationale Einsätze angeordnet worden, die am 14. Oktober 2003 erfolgt sei. Nach Wiedergabe des Vorbringens des Beschwerdeführers in einer niederschriftlichen Einvernahme am 20. September 2003 führte der Bundesminister für Landesverteidigung aus, am 2. Oktober 2003 habe man bei der nunmehr fünften Nachuntersuchung das Vorhanden von Morphin festgestellt, weiters die bei den Erstuntersuchungen nachgewiesenen Substanzen in abgeschwächter Form wieder festgestellt. Am 10. Oktober 2003 habe der Leiter der chemischen Abteilung des Instituts für gerichtliche Medizin der Universität Wien die chemische Untersuchung von zwei Harnproben auf Amphetamine und Cannabinoide erstellt. In der Probe vom

19. September 2003 sei für Amphetamine ein Hinweis gefunden worden, in der Probe vom 21. September 2003 seien solche auszuschließen. Zur Sicherstellung seien beide Harnproben noch einer Gaschromatografie-Massenspektrometrie unterzogen worden. Dabei habe der Wirkstoff Amphetamin identifiziert werden können.

Nach Wiedergabe der einschlägigen Rechtsvorschriften führte der Bundesminister für Landesverteidigung aus, die Erstbehörde habe die vorzeitige Entlassung des Beschwerdeführers aus dem Auslandseinsatzpräsenzdienst zu Recht verfügt, weil die Vorkommnisse (mehrere positive Resultate bei Suchtmitteltests) einem weiteren Verbleib im Auslandseinsatzpräsenzdienst entgegen gestanden seien. Auf Grund mehrerer Harnuntersuchungen sowie zweier Gutachten vom Institut für gerichtliche Medizin der Universität Wien könne man wohl nicht von zufälligen oder unrichtigen Testergebnissen ausgehen. Der Beschwerdeführer habe selbst in der Niederschrift vom 20. September 2003 zugegeben, Medikamente eingenommen zu haben. Wenngleich er auch habe glaubhaft machen können, die Substanz Amphetamin unwissend und unwillentlich mit diesen Nahrungsergänzungsmitteln eingenommen zu haben, ändere dies nichts an der Tatsache, dass diese Stoffe gerade bei der Funktion des Beschwerdeführers nicht als unbedenklich anzusehen seien, da durch den Konsum von Amphetamin unter anderem das Aggressionspotenzial steigen könne. Zu seinem Berufungsvorbringen, es stünden ihm noch Dienstfreistellungen im Ausmaß von 41 Werktagen zu, sei anzumerken, dass das AusIEG 2001 darauf keine Rücksicht nehme, wenn der Präsenzdienner auf Grund gewisser Vorkommnisse dem Anforderungsprofil nicht mehr entspreche. Für die Frage, ob die Behörde verpflichtet sei, bei der Festlegung des Entlassungszeitpunktes auf einen allfälligen Anspruch auf Dienstfreistellung Bedacht zu nehmen, seien die (in § 3 Abs. 6 AusIEG 2001 enthaltenen) Worte "die Auslandseinsatzpräsenzdienst leisten" von Bedeutung. Hieraus sei abzuleiten, dass ein Anspruch auf Dienstfreistellung nur bestehe, wenn und nur solange ein Auslandspräsenzdienst geleistet werde. Ein zum Zeitpunkt der Beendigung dieses Präsenzdienstes allenfalls noch bestehender derartiger Anspruch verfalle. Bei der Festsetzung des konkreten Zeitpunktes einer vorzeitigen Entlassung aus dem Auslandseinsatzpräsenzdienst könne die Behörde auf einen allfälligen Anspruch auf Dienstfreistellung ganz oder teilweise Bedacht nehmen, eine gesetzliche Verpflichtung hiezu bestehe allerdings nicht. Der einzige Zweck des Auslandseinsatzpräsenzdienstes des Beschwerdeführers sei weggefallen, ein weiterer Zweck sei nicht gegeben. Damit seien Gründe vorgelegen, die auf Grund militärischer Rücksichten seine Befreiung von der Verpflichtung zur Leistung des Auslandseinsatzpräsenzdienstes und die vorzeitige Entlassung erforderten.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde. Der Beschwerdeführer erachtet sich durch den angefochtenen Bescheid in seinem einfach gesetzlichen Recht darauf, nicht von der Verpflichtung zur Leistung eines Präsenzdienstes gemäß § 26 Abs. 1 WG 2001 befreit zu werden sowie nicht vorzeitig aus dem Auslandspräsenzdienst entlassen zu werden, verletzt.

Der Beschwerde war eine Kopie einer Mitteilung des Militärkommandos Wien vom 21. Jänner 2004 von der Einleitung eines Disziplinarverfahrens unter Einräumung der Möglichkeit zur Stellungnahme an den Beschwerdeführer beigeschlossen. Nach dieser Mitteilung werde gegen den Beschwerdeführer gemäß § 60 Abs. 1 HDG 2002 ein Disziplinarverfahren eingeleitet, weil er im Verdacht stehe, eine Pflichtverletzung begangen zu haben, bei einer Untersuchung zur Suchtmittelprävention am 19. September 2003 habe die zweimalig durchgeführte Testung ein positives Resultat auf Amphetamin ergeben. Auch die neuerliche Harnuntersuchung am 20. September 2003 habe ein positives Ergebnis gezeigt.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift, in der sie die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde als unbegründet beantragt.

Mit Schriftsatz seines Rechtsvertreters vom 23. Juli 2004 legte der Beschwerdeführer eine Kopie der Berufungsentscheidung des Kommandanten Landstreitkräfte als Disziplinarvorgesetzter vom 9. Juli 2004 vor, wonach der Berufung des Beschwerdeführers gegen das Disziplinarerkenntnis des Militärkommandanten von Wien vom 27. April 2004 gemäß § 35 Abs. 2 HDG 2002 insofern Folge gegeben werde, als das Disziplinarerkenntnis erster Instanz aufgehoben und wegen wesentlicher Mängel des Verfahrens an die Disziplinarbehörde erster Instanz zurückverwiesen werde.

Mit weiterem Schriftsatz seines Rechtsvertreters legte der Beschwerdeführer eine Mitteilung des Disziplinarvorgesetzten vom 22. Juli 2004 von der Einstellung des Disziplinarverfahrens vor. Nach dieser Mitteilung werde das gegen den Beschwerdeführer unter der Zahl 418-3170/18/04 anhängige Disziplinarverfahren nach § 2 Abs. 2

Z. 1 HDG 2002 in Verbindung mit § 56 Abs. 1 HDG 2002 gemäß § 61 Abs. 3 Z. 1 HDG 2001 eingestellt. Grund dafür sei, dass die dem Beschwerdeführer zur Last gelegte Pflichtverletzung, in concreto die Einnahme von Amphetamin, nicht völlig zweifelsfrei nachgewiesen habe werde können.

Der Verwaltungsgerichtshof hat über die Beschwerde erwogen:

1.1. Die im Beschwerdefall maßgeblichen Bestimmungen des AusLEG 2001 lauten (auszugsweise):

"Auslandseinsatzpräsenzdienst

§ 2. (1) Auf den Auslandseinsatzpräsenzdienst sind, sofern nicht ausdrücklich anderes bestimmt ist, die Bestimmungen des Wehrgesetzes 2001 (WG 2001), BGBl. I Nr. 146, betreffend den Präsenzdienst anzuwenden.

...

Sonderbestimmungen für den Auslandspräsenzdienst

§ 3.

...

(6) Soldaten, die Auslandseinsatzpräsenzdienst leisten, haben Anspruch auf Dienstfreistellung nach § 45 Abs. 1 und 2 WG 2001.

...

Zuständigkeit

§ 7. (1) Die Zuständigkeit zur Erlassung von Bescheiden nach diesem Bundesgesetz sowie nach dem Wehrgesetz 2001 und dem Heeresgebührengesetz 2001, jeweils im Zusammenhang mit dem Auslandseinsatzpräsenzdienst obliegt

1.

in erster Instanz dem Heerespersonalamt und

2.

in zweiter Instanz dem Bundesminister für Landesverteidigung.

..."

1.2. Die im Beschwerdefall maßgeblichen verwiesenen Bestimmungen des WG 2001 lauten (auszugsweise):

"Präsenzdienstarten

§ 19. (1) Der Präsenzdienst ist zu leisten als

...

9. Präsenzdienst im Auslandseinsatz (Auslandseinsatzpräsenzdienst).

...

Befreiung und Aufschub

§ 26. (1) Taugliche Wehrpflichtige sind, soweit zwingende militärische Erfordernisse nicht entgegenstehen, von der Verpflichtung zur Leistung eines Präsenzdienstes zu befreien

1. von Amts wegen, wenn und solange es militärische Rücksichten oder sonstige öffentliche Interessen erfordern, und

...

Als sonstige öffentliche Interessen gelten insbesondere gesamtwirtschaftliche oder familienpolitische Interessen sowie die Tätigkeiten von Fachkräften in der Entwicklungshilfe nach § 15 des Entwicklungshelfergesetzes. Eine Befreiung ist auch zulässig, wenn eine Voraussetzung nach Z 1 oder 2 während eines Präsenzdienstes eintritt. Befreiungen nach Z 1 hat der Bundesminister für Landesverteidigung zu verfügen.

...

Entlassung und Aufschub der Entlassung aus dem Präsenzdienst

§ 28. (1) Wehrpflichtige sind nach jeder Beendigung eines Präsenzdienstes aus diesem zu entlassen. Der Zeitpunkt der

Entlassung ist, sofern er nicht

1.

durch das Gesetz angeordnet wird oder

2.

anlässlich der Einberufung oder während des Präsenzdienstes durch die Behörde bestimmt wurde,

nach den jeweiligen militärischen Interessen mit Entlassungsbefehl festzusetzen. Gegen den Entlassungsbefehl ist ein ordentliches Rechtsmittel nicht zulässig. Der Zeitpunkt der Entlassung kann, sofern es militärische Rücksichten erfordern, auch durch eine allgemeine Bekanntmachung des Bundesministers für Landesverteidigung festgesetzt werden.

...

(4) Wehrpflichtige gelten mit Ablauf des Tages als vorzeitig aus dem Präsenzdienst entlassen, an dem ein Bescheid über eine Befreiung oder einen Aufschub erlassen wird, sofern in diesem Bescheid kein anderer Zeitpunkt bestimmt ist.

...

Dienstfreistellung

§ 45. (1) Personen, die

1.

den Wehrdienst als Zeitsoldat oder

2.

den Aufschubpräsenzdienst oder

3.

den Ausbildungsdienst

leisten, haben Anspruch auf Dienstfreistellung. Die Dienstfreistellung beträgt 30 Werkstage für je ein Jahr eines solchen Wehrdienstes. Für Bruchteile dieses Zeitraumes gebührt die Dienstfreistellung anteilmäßig. Dabei gelten Bruchteile von Werktagen als volle Werkstage. Wird ein solcher Wehrdienst unmittelbar in Anschluss an einen anderen Wehrdienst geleistet, so sind auch die Zeiten dieses anderen Wehrdienstes sowie allenfalls diesem ununterbrochen vorangehende weitere Wehrdienstleistungen für die Bemessung der Dienstfreistellung heranzuziehen. Die Zeiten eines Wehrdienstes, für die bereits eine Dienstfreistellung gewährt wurde, sind bei einer solchen Heranziehung jedoch nicht zu berücksichtigen.

(2) Der Zeitpunkt der Dienstfreistellung nach Abs. 1 ist vom Einheitskommandanten oder einem diesen gleichgestellten Kommandanten nach den dienstlichen Erfordernissen festzusetzen. Dabei ist auf die persönlichen Verhältnisse des Soldaten angemessen Rücksicht zu nehmen. Sofern die Gesamtdauer der für die Bemessung der Dienstfreistellung heranzuhaltenden Wehrdienstleistungen zwölf Monate nicht übersteigt, ist die Dienstfreistellung unmittelbar vor der Entlassung aus dem Wehrdienst zu gewähren. Aus wichtigen Gründen kann aber in diesen Fällen die Dienstfreistellung teilweise oder zur Gänze zu einem früheren Zeitpunkt gewährt werden. Eine Dienstfreistellung für Frauen im Ausbildungsdienst darf frühestens ab Beginn des siebenten Monates dieses Wehrdienstes in Anspruch genommen werden.

..."

2.1. In ihrer Gegenschrift bringt die belangte Behörde vor, weder aus den Verfassungsbestimmungen noch aus dem WG 2001 lasse sich ein subjektiv-öffentliches Recht auf Leistung der Wehrpflicht ableiten. Fehle dem Beschwerdeführer aber ein solches subjektives öffentliches Recht, so habe dies zur Konsequenz, dass ihn der angefochtene Bescheid - unabhängig von seiner Rechtmäßigkeit - nicht in einem ihm zustehenden Recht verletzt habe.

Es trifft zu, dass der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 19. Jänner 1988, Zl. 87/11/0274, die Rechtsauffassung vertreten hat, dass ein subjektives öffentliches Recht auf Leistung der Wehrpflicht weder aus den einschlägigen Verfassungsbestimmungen der Bundesverfassung noch aus dem Wehrgesetz 1978 abzuleiten sei. Dieses

Erkenntnis bezog sich allerdings auf eine Beschwerde gegen einen Bescheid, in dem die mangelnde Eignung des Betreffenden zum Wehrdienst festgestellt wurde. Diese Judikatur lässt sich auf den vorliegenden Beschwerdefall nicht übertragen. Selbst wenn der Beschwerdeführer kein Recht hatte, zum Auslandseinsatzpräsenzdienst einberufen zu werden, so erlangte er nach der erfolgten Einberufung jedenfalls eine Rechtsposition derart, dass die Behörde die amtswegige Befreiung von der Verpflichtung zur Leistung des Auslandseinsatzpräsenzdienstes, der nach § 19 Abs. 1 Z. 9 WG 2001 als Präsenzdienst gilt, nur aussprechen durfte, wenn die im § 26 Abs. 1 Z. 1 WG 2001 umschriebenen Voraussetzungen erfüllt waren, d. h. "wenn und solange es militärische Rücksichten oder sonstige öffentliche Interessen erfordern". Dem Auslandseinsatzpräsenzdienst Leistenden steht insofern das Recht zu, sich gegen eine amtswegig verfügte Befreiung von der Verpflichtung zur Leistung seines Auslandseinsatzpräsenzdienstes mit der Begründung zu wehren, dass die gesetzlich umschriebenen Voraussetzungen hiefür nicht vorlägen. Danach vermag im Beschwerdefall auch der Umstand nichts zu ändern, dass der Beschwerdeführer zwecks Durchführung des Befreiungsverfahrens bereits im Zeitpunkt der Erlassung des erstinstanzlichen Bescheides, der infolge Aberkennung der aufschiebenden Wirkung einer allfälligen Berufung mit seiner Erlassung vorläufig wirksam wurde, in Österreich aufhältig war. Die Beschwerde ist daher zulässig.

2.2.1. Was die mit dem angefochtenen Bescheid bestätigte amtswegige Befreiung von der Verpflichtung zur Leistung des Auslandseinsatzpräsenzdienstes anlangt, so hat der Beschwerdeführer bereits in seiner Berufung vorgebracht, es sei übersehen worden, dass ihm nach § 3 Abs. 6 AusIEG 2001 in Verbindung mit § 45 Abs. 1 und 2 WG 2001 ein Anspruch auf Dienstfreistellung, und zwar im Ausmaß von 41 Tagen zustehe. Auf Grund der Festsetzung der Entlassung aus dem Auslandseinsatzpräsenzdienst gemäß § 28 Abs. 1 WG 2001 mittels Entlassungsbefehles stehe ihm demnach Dienstfreistellung im Ausmaß von 41 Werktagen mit Wirksamkeit vom 18. Oktober 2003 bis 5. Dezember 2003 zu.

Die belangte Behörde hat zum Ausmaß des Anspruches des Beschwerdeführers auf Dienstfreistellung sowie zu seinem Vorbringen hinsichtlich eines Entlassungsbefehls mit Wirksamkeit 5. Dezember 2003 keine Feststellungen getroffen. Wie die Begründung des angefochtenen Bescheides zeigt, ist sie offensichtlich davon ausgegangen, auf dieses Vorbringen nicht näher eingehen zu müssen, weil ein nach § 26 Abs. 1 Z. 1 WG 2001 erlassener amtswegiger Befreiungsbescheid einen allenfalls bestehenden Anspruch auf Dienstfreistellung gegenstandslos werden lasse. Die belangte Behörde ist schließlich auch nicht auf das Berufungsvorbringen des Beschwerdeführers eingegangen, demzufolge im Zeitpunkt der Erlassung des erstinstanzlichen Bescheides die Einleitung eines Disziplinarverfahrens entgegen den Feststellungen des erstinstanzlichen Bescheides gar nicht vorgelegen habe.

Daraus erhellt, dass die belangte Behörde die Rechtslage sowie die Stoßrichtung des Vorbringens des Beschwerdeführers verkannt hat.

Voraussetzung für die amtswegige Befreiung von der Verpflichtung zur Leistung eines Auslandspräsenzdienstes ist nach § 26 Abs. 1 Z. 1 WG 2001, dass militärische Rücksichten oder sonstige öffentliche Interessen dies erfordern. § 26 Abs. 1 Z. 1 WG 2001 räumt der Behörde hiebei kein Ermessen ein (vgl. die RV eines Bundesgesetzes, mit dem das Wehrgesetz 1990 geändert wird, 300 BlgNR 21. GP, 37, unter Hinweis auf Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes noch zur früheren Rechtslage). Im Beschwerdefall ist demnach zu beurteilen, ob diese Voraussetzungen im Zeitpunkt der Erlassung des (vorläufig wirksam gewordenen) erstinstanzlichen Bescheides vorgelegen sind.

Der Verwaltungsgerichtshof hegt zwar keine grundsätzlichen Bedenken gegen die dem angefochtenen Bescheid zu Grunde liegende Annahme der belangten Behörde, eine Dienstverrichtung im Ausland könne bei ausreichendem Verdacht des Konsums von Suchtmitteln aus militärischen Rücksichten nicht länger aufrechterhalten werden. Ob eine Befreiung aus militärischen oder anderen öffentlichen Interessen erforderlich ist, ist freilich stets nach den Umständen im Einzelfall zu beurteilen. Die belangte Behörde übersieht aber, dass der Beschwerdeführer im Zeitpunkt der Erlassung des erstinstanzlichen Bescheides ohnehin bereits nicht mehr im Ausland Präsenzdienst versah und darüber hinaus - zumindest nach seinem Vorbringen im Verwaltungsverfahren - einen Anspruch auf Dienstfreistellung hatte. Der bloße Umstand, dass der Beschwerdeführer im Zeitpunkt der Erlassung des erstinstanzlichen Befreiungsbescheids bereits in Österreich war, könnte einen Anspruch auf Dienstfreistellung nach § 45 WG 2001 entgegen der Auffassung der belangten Behörde nicht beseitigen. Folgte man deren Auffassung, der Beschwerdeführer habe wegen seines mittlerweiligen Aufenthalts in Österreich keinen Präsenzdienst im Sinne des § 3 Abs. 6 AusIEG 2001 geleistet, so genügte jede, aus welchen Gründen immer verfügte und allenfalls auch rechtswidrige, Repatriierung, um einen Anspruch auf Dienstfreistellung zu beseitigen. Ein solches Auslegungsergebnis, das auch der Wortlaut der genannten

Bestimmungen nicht erheischt, kann nicht als vom Gesetzgeber gewollt qualifiziert werden.

Ein bestehender Anspruch auf Dienstfreistellung steht zwar per se einem amtswegig erlassenen Befreiungsbescheid bei Vorliegen der in § 26 Abs. 1 Z. 1 WG 2001 umschriebenen Voraussetzungen nicht entgegen, wohl aber kann der Umstand, dass der Präsenzdienner die Dienstfreistellung bis zum Ende des Auslandseinsatzpräsenzdienstes in Anspruch nehmen will, für die Beurteilung der Erforderlichkeit der Befreiung von Bedeutung sein. Sollten die Angaben des Beschwerdeführers (zum Ausmaß des Anspruchs auf Dienstfreistellung sowie zum bereits bestimmten Zeitpunkt seiner Entlassung aus dem Präsenzdienst mit 5. Dezember 2003) zutreffen, so wäre es ohne nähere Begründung, die der angefochtene Bescheid aber nicht enthält, nicht ohne Weiteres ersichtlich, weshalb es - bezogen auf den Zeitpunkt der Erlassung des erstinstanzlichen Bescheids - aus militärischen Rücksichten erforderlich gewesen sein sollte, eine gänzliche Beendigung dieses Präsenzdienstes durch Befreiungsbescheid herbeizuführen anstatt dem Beschwerdeführer die Dienstfreistellung bis zum Ende seines Auslandseinsatzpräsenzdienstes zu gewähren. Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang auch, dass die belangte Behörde nach ihren eigenen Ausführungen in der Bescheidbegründung einräumt, der Beschwerdeführer habe glaubhaft machen können, die Substanz Amphetamine unwissend und unwillentlich mit Nahrungsergänzungsmitteln eingenommen zu haben. Die belangte Behörde kann sich zur Stützung ihrer Annahme, eine Befreiung des Beschwerdeführers von Amts wegen sei erforderlich, auch nicht auf das Disziplinarverfahren gegen den Beschwerdeführer berufen, da sie ungeachtet des Berufungsvorbringens des Beschwerdeführers keine genauen Feststellungen betreffend den Zeitpunkt der Einleitung dieses - mittlerweile eingestellten - Verfahrens sowie den gegenüber dem Beschwerdeführer im Einzelnen erhobenen Vorwurf getroffen hat. Träfe es, wie die im verwaltungsgerichtlichen Verfahren vorgelegte Kopie es nahe legt, zu, dass das Disziplinarverfahren gegen den Beschwerdeführer erst im Jahr 2004 und überdies nur wegen des Konsums an Amphetamine eingeleitet wurde, so fehlte es im Zeitpunkt der Erlassung des erstinstanzlichen Bescheides auch aus diesem Blickwinkel an einem unabdingbaren Erfordernis, dem Beschwerdeführer von Amts wegen von der Verpflichtung zur Leistung des Präsenzdienstes zu befreien.

Der angefochtene Bescheid ist in diesem Punkt daher mit Verfahrensfehlern infolge Verkennung der Rechtslage behaftet.

2.2.2. Was die mit dem angefochtenen Bescheid ebenfalls bestätigte, auf § 28 Abs. 4 WG 2001 gestützte Entlassung des Beschwerdeführers anlangt, so erweist sie sich wegen der Aufhebung des Anspruches über die Befreiung ebenfalls als rechtswidrig.

2.2.3. Aus diesen Erwägungen war der angefochtene Bescheid zur Gänze gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG aufzuheben.

2.3. Von der Durchführung einer Verhandlung konnte gemäß § 39 Abs. 2 Z. 6 VwGG abgesehen werden.

3. Der Ausspruch über den Aufwandersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2003, BGBl. II Nr. 333.

Wien, am 14. September 2004

## **Schlagworte**

Auslegung Anwendung der Auslegungsmethoden Bindung an den Wortlaut des Gesetzes VwRallg3/2/1Auslegung  
Anwendung der Auslegungsmethoden Verhältnis der wörtlichen Auslegung zur teleologischen und historischen  
Auslegung Bedeutung der Gesetzesmaterialien VwRallg3/2/2Mangel der Berechtigung zur Erhebung der Beschwerde  
mangelnde subjektive Rechtsverletzung Parteienrechte und Beschwerdelegitimation Verwaltungsverfahren  
Rechtsverletzung des Beschwerdeführers Beschwerdelegitimation bejaht

## **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2004:2004110054.X00

## **Im RIS seit**

20.10.2004

## **Zuletzt aktualisiert am**

23.02.2016

**Quelle:** Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.  
[www.jusline.at](http://www.jusline.at)