

TE Vwgh Erkenntnis 1991/1/22 90/11/0068

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 22.01.1991

Index

43/01 Wehrrecht allgemein;

Norm

WehrG 1978 §37 Abs2 litb;

Beachte

Miterledigung (miterledigt bzw zur gemeinsamen Entscheidung verbunden): 90/11/0074

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Hrdlicka und die Hofräte Dr. Dorner, Dr. Waldner, Dr. Bernard und Dr. Graf als Richter, im Beisein der Schriftführerin Dr. Vesely, über die Beschwerden des N gegen 1. den Bescheid des Bundesministers für Landesverteidigung vom 7. Februar 1990, Zl. 692.861/1-2.5/89, betreffend Befreiung von der Verpflichtung zur Leistung des ordentlichen Präsenzdienstes, 2. den Bescheid des Militärkommandos Wien vom 27. Februar 1990, Zl. W 56/22/05/52, betreffend Einberufung zum Grundwehrdienst, zu Recht erkannt:

Spruch

Der erstangefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Die Beschwerde gegen den zweitangefochtenen Bescheid wird als unbegründet abgewiesen.

Der Bund hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von S 10.500,-- und der Beschwerdeführer hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von S 2.760,--, jeweils binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution, zu ersetzen. Das Mehrbegehren des Beschwerdeführers wird abgewiesen.

Begründung

I.

1. Mit dem im Instanzenzug ergangenen Bescheid des Bundesministers für Landesverteidigung vom 7. Februar 1990 wurde der Antrag des Beschwerdeführers vom 27. April 1989 auf Befreiung von der Verpflichtung zur Leistung des ordentlichen Präsenzdienstes gemäß § 37 Abs. 2 lit. b des Wehrgesetzes 1978 abgewiesen.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die zu Zl. 90/11/0068 protokolierte Beschwerde.

2. Mit dem als Einberufungsbefehl bezeichneten Bescheid des Militärkommandos Wien vom 27. Februar 1990 wurde der Beschwerdeführer gemäß § 36 Abs. 1 des Wehrgesetzes 1978 zur Leistung des Grundwehrdienstes beginnend mit 2. April 1990 einberufen.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die zur Zl. 90/11/0074

protokollierte Beschwerde.

II.

Der Verwaltungsgerichtshof hat die Beschwerden wegen ihres persönlichen und sachlichen Zusammenhangs zur gemeinsamen Beratung und Entscheidung verbunden und über sie erwogen:

1. ZUR BESCHWERDE ZL. 90/11/0068:

Der am 31. Dezember 1956 in Ägypten geborene Beschwerdeführer kam 1981 nach Österreich. Am 2. Mai 1988 wurde ihm aufgrund seines Antrages vom 24. August 1987 die österreichische Staatsbürgerschaft verliehen. Bei seiner Stellung am 11. November 1988 wurde er für tauglich befunden. Mit Eingabe vom 27. April 1989 begehrte er, ihn von der Verpflichtung zur Leistung des ordentlichen Präsenzdienstes zu befreien. Dazu brachte er vor, er habe im Jahre 1987 gemeinsam mit einer anderen Person "nach enorm viel Mühsal den Internationalen Zeitschriftenverlag im AEZ sowie das große Zeitschriftengeschäft in der Passage bei der Babenbergerstraße" erworben. Die beiden Geschäfte würden in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts geführt, wobei jeder der beiden Gesellschafter nahezu allein jeweils ein Geschäft betreue. Die Geschäfte seien täglich von 6.00 Uhr bis 20.00 Uhr geöffnet (sonntags ab Mittag). Um das junge Unternehmen in seinem Wachstum nicht zu gefährden, würden die beiden Gesellschafter in der Woche durchschnittlich 60 bis 70 Stunden arbeiten. Da auf beiden Geschäften noch relativ hohe, aus der Zeit der Gründung stammende Verbindlichkeiten lasteten, sei es nicht möglich, fremde Arbeitskräfte zu bezahlen. Das Ausscheiden des Beschwerdeführers würde in der derzeitigen Situation zweifellos den Ruin des Unternehmens bedeuten.

Mit Bescheid des Militärkommandos Wien vom 27. Juli 1989 wurde der Antrag abgewiesen. Auf Grund des Ermittlungsverfahrens nahm die Behörde als erwiesen an, der Beschwerdeführer besitze seit 22. Jänner 1988 eine Handelsgewerbeberechtigung und betreibe gemeinsam mit einem weiteren Gesellschafter, der gleichfalls eine Gewerbeberechtigung besitze und neben dem Beschwerdeführer mit 50 % an der Gesellschaft beteiligt sei, unter der Firma "XY Ges.n.b.R." zwei Zeitschriftengeschäfte in Wien. In diesen seien zwei fremde Arbeitskräfte als Verkäufer beschäftigt. 1988 sei bei einem Umsatz von S 6.822.426,61 ein Gewinn von S 343.080,21 erzielt worden. Die Gattin des Beschwerdeführers besitze eine Kleinhandelsgewerbeberechtigung und betreibe seit 7. November 1988 eine Boutique in Wien. Zur Begründung der mangelnden besonderen Rücksichtswürdigkeit der geltend gemachten wirtschaftlichen Interessen des Beschwerdeführers führte die Behörde aus, er habe bereits bei Beantragung der österreichischen Staatsbürgerschaft gewußt, daß mit dieser unter anderem die Wehrpflicht verbunden sein werde, und er hätte im Hinblick darauf seine wirtschaftlichen Angelegenheiten entsprechend regeln müssen. Dazu komme, daß es auch Aufgabe des Mitgesellschafters sei, für die Zeit der präsenzdienstbedingten Abwesenheit des Beschwerdeführers Vorsorge zu treffen.

In seiner Berufung wies der Beschwerdeführer neuerlich auf die Notwendigkeit seines persönlichen Einsatzes im Betrieb hin. Anhand der Offenhaltszeiten (täglich von 6.00 bis 20.00 Uhr, sonntags ab Mittag) sei zu ersehen, daß im Hinblick auf die zwei Filialen zwei Angestellte bei einer 38,5 Stundenwoche keinesfalls ausreichten, um den Betrieb aufrecht zu erhalten. Die Mehrkosten für einen entsprechenden Ersatz würden das Unternehmen ruinieren. Bei dem von der belangten Behörde genannten "Gewinn" für 1988 handle es sich um den Überschuß laut Saldenliste, also eine vorläufige Zahl ohne Abschreibungen, Abgrenzungen, Rückstellungen und Berücksichtigung des Verlustes aus 1987. Tatsächlich verbleibe ein Überschuß von lediglich S 161.000,--, was bedeute, daß die beiden Gesellschafter bei einer Stundenwoche von 60 bis 70 Stunden jeweils um ca. S 80.000,-- pro Jahr gearbeitet hätten. Müßte der Beschwerdeführer während der Zeit der Leistung des ordentlichen Präsenzdienstes durch einen weiteren Mitarbeiter ersetzt werden, würden "die Geschäfte" in kurzer Zeit illiquid, der wirtschaftliche Schaden wäre katastrophal.

Die Berufung wurde mit dem vorliegend angefochtenen Bescheid als unbegründet abgewiesen. Die belangte Behörde bejahte zwar im Hinblick auf die Teilhaberschaft des Beschwerdeführers am Unternehmen das Vorliegen wirtschaftlicher Interessen, verneinte aber deren besondere Rücksichtswürdigkeit. Sie führte dazu aus, auch der Mitgesellschafter habe ein ebenso großes Interesse wie der Beschwerdeführer an der ordnungsgemäßen Führung des Unternehmens. Außerdem wäre es Sache des Beschwerdeführers gewesen, seine Verpflichtung zur Leistung des ordentlichen Präsenzdienstes mit seinen wirtschaftlichen Interessen zu harmonisieren. Es sei ihm zumutbar gewesen, sich vor Stellung des Antrages auf Verleihung der österreichischen Staatsbürgerschaft über die damit verbundenen

Pflichten, damit auch über jene zur Leistung des ordentlichen Präsenzdienstes, zu informieren. Da sein Mitgesellschafter die Leitung der gegenständlichen Betriebe bei Abwesenheit des Beschwerdeführers wahrnehmen könne, sei nicht anzunehmen, daß dem Beschwerdeführer infolge Ableistung des ordentlichen Präsenzdienstes ein über das allen Wehrpflichtigen gleichermaßen zumutbare Ausmaß hinausgehender wirtschaftlicher Nachteil erwachsen oder daß eine Existenzgefährdung eintreten werde. Im übrigen sei es seiner ebenfalls im Handel tätigen Gattin zumutbar, in der Zeit seiner Abwesenheit seine wirtschaftlichen Interessen wahrzunehmen.

Gemäß § 37 Abs. 2 lit. b des Wehrgesetzes 1978 können Wehrpflichtige auf ihren Antrag von der Verpflichtung zur Leistung des ordentlichen Präsenzdienstes befreit werden, wenn und solange es besonders rücksichtswürdige wirtschaftliche oder familiäre Interessen erfordern.

Der Beschwerdeführer wendet gegen die Auffassung der belangten Behörde, seine wirtschaftlichen Interessen seien infolge mangelnder Bedachtnahme auf die Verpflichtung zur Leistung des ordentlichen Präsenzdienstes nicht besonders rücksichtswürdig, ein, im Hinblick darauf, daß das Unternehmen bereits 1987 gegründet worden sei und er am 22. Jänner 1988 die Gewerbeberechtigung erworben, aber erst am 2. Mai 1988 die österreichische Staatsbürgerschaft erlangt habe, sei nicht nachvollziehbar, welche Dispositionen er mit Rücksicht auf einen allfälligen Präsenzdienst hätte treffen können oder gar müssen.

Welche vom Beschwerdeführer zu treffenden Dispositionen die belangte Behörde bei ihrer Erwägung im Auge hatte, es sei ihm zumutbar gewesen, "rechtzeitig entsprechende Dispositionen zu treffen", ist mangels entsprechender Ausführungen im angefochtenen Bescheid nicht ersichtlich. Aus dem Begründungszusammenhang ist zu schließen, daß sie damit in erster Linie die vom Beschwerdeführer vor Verleihung der Staatsbürgerschaft getroffenen Dispositionen in Ansehung des gegenständlichen Unternehmens meint, wobei sie offenbar von einer uneingeschränkten Bedachtnahmepflicht bereits vor Entstehen der Wehrpflicht ausgeht. Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes trifft einen Wehrpflichtigen ab dem Zeitpunkt, zu dem er mit seiner Einberufung zum ordentlichen Präsenzdienst rechnen muß, die Obliegenheit, seine wirtschaftlichen Dispositionen so zu treffen, daß für den Fall der Einberufung zur Leistung des ordentlichen Präsenzdienstes vorhersehbare Schwierigkeiten vermieden oder möglichst verringert werden (siehe neben den im angefochtenen Bescheid zitierten Erkenntnissen vom 11. Oktober 1983, Zlen. 83/11/0197, 0198, und vom 18. März 1985, Zl. 85/12/0012, etwa auch das Erkenntnis vom 16. Mai 1989, Zl. 88/11/0153). Wie die belangte Behörde in ihrer Gegenschrift zutreffend aufzeigt, hat der Verwaltungsgerichtshof die besagte Verpflichtung auch in einem Fall bejaht, in dem ein Wehrpflichtiger zunächst für vorübergehend untauglich erklärt worden war (Erkenntnis vom 30. Juni 1981, Slg. 10 503/A). Beim damaligen Beschwerdeführer, einem österreichischen Staatsbürger, bestand aber die Wehrpflicht bereits ab Erreichung des gesetzlichen Mindestalters, ungewiß war lediglich das Ob und Wann des Eintritts der erforderlichen - als bloß vorübergehend nicht gegeben angenommenen - Eignung. Demgegenüber ist im vorliegenden Fall vom Grundsatz auszugehen, daß eine Verletzung der Harmonisierungspflicht im dargelegten Sinn nicht vor dem Zeitpunkt in Betracht kommt, ab dem der Betreffende der Wehrpflicht im Sinne des § 17 des Wehrgesetzes 1978 unterliegt (Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 12. Juni 1990, Zl. 90/11/0029); das war hier ab Verleihung der Staatsbürgerschaft an den Beschwerdeführer am 2. Mai 1988. Der Verwaltungsgerichtshof hat es aber in dem zuletzt genannten Erkenntnis für zulässig erachtet, die vorhin erwähnte Rechtsprechung in besonders gelagerten Fällen auch auf das Verhalten einer Person in ihren wirtschaftlichen Belangen vor Eintritt der Wehrpflicht zu übertragen, wenn nämlich davon ausgegangen werden kann, daß solche schon vorher getroffene Dispositionen im Zusammenhang mit einer künftig erst aktuell werdenden Verpflichtung zur Leistung des ordentlichen Präsenzdienstes bzw. gar im Hinblick darauf getroffen worden sind. Darunter sind neben wirtschaftlichen Dispositionen, die gezielt im Hinblick auf eine künftige Verpflichtung zur Leistung des Präsenzdienstes getroffen werden (um dessen Ableistung zu vereiteln oder zu erschweren), etwa auch solche zu verstehen, die eine Person ab Zusicherung der Verleihung der Staatsbürgerschaft (§ 20 Staatsbürgerschaftsgesetz 1985) trifft. Denn der dadurch erlangte Grad der Gewißheit, daß seinem Begehr entsprochen werden wird, rechtfertigt es, vom Antragsteller zu verlangen, daß er nunmehr Handlungen unterläßt, die die Erfüllung der mit der Staatsbürgerschaft verbundenen Wehrpflicht vereiteln oder gefährden könnten. Ob der Beschwerdeführer durch den Erwerb/die Gründung seines Unternehmens eine Disposition im dargestellten Sinn getroffen hat und daher die besondere Rücksichtswürdigkeit seines wirtschaftlichen Interesses schon deshalb zu verneinen wäre, kann mangels entsprechender Feststellungen, die die belangte Behörde aufgrund ihrer unrichtigen Rechtsansicht unterlassen hat, derzeit nicht abschließend beurteilt werden.

Festzuhalten ist in diesem Zusammenhang, daß die belangte Behörde nicht etwa angenommen hat, der Beschwerdeführer habe in der Folge (also nach Verleihung der österreichischen Staatsbürgerschaft) Entscheidungen wirtschaftlicher Art getroffen, die er im Hinblick auf diese nunmehr gegebene staatsbürgerliche Verpflichtung hätte unterlassen müssen. Daß sich der Beschwerdeführer in der Aufbauphase seines Unternehmens "mit einem außerordentlichen persönlichen Arbeitseinsatz" in dieses integriert hat, schließt für sich noch nicht - wie die belangte Behörde in ihrer Gegenschrift anzunehmen scheint - die besondere Rücksichtswürdigkeit seiner wirtschaftlichen Interessen aus.

Ungeachtet des aufgezeigten Verfahrensmangels käme die Aufhebung des angefochtenen Bescheides dann nicht in Betracht, wenn die sonstige Begründung für das Fehlen der besonderen Rücksichtswürdigkeit der wirtschaftlichen Interessen des Beschwerdeführers - daß nämlich sein Mitgesellschafter ein ebenso großes Interesse an der ordnungsgemäßen Führung des Unternehmens habe, dieser in der Zeit der Abwesenheit des Beschwerdeführers die Leitung beider Betriebe wahrnehmen könne und es auch der Gattin des Beschwerdeführers zumutbar sei, in dieser Zeit seine wirtschaftlichen Interessen zu

wahren - geeignet wäre, die vorliegende Entscheidung zu tragen. Das ist aber nicht der Fall. Zum einen schließt das Vorhandensein eines gleich großen wirtschaftlichen Interesses am Unternehmen auf Seiten seines Mitgesellshafters die besondere Rücksichtswürdigkeit dieses Interesses des Beschwerdeführers nicht aus. Zum anderen hat der Beschwerdeführer von Anfang an vorgebracht, es sei im Hinblick auf die derzeitige finanzielle Lage des Unternehmens der volle Arbeitseinsatz beider Gesellschafter in dem von ihnen jeweils geführten Betrieb notwendig und der Einsatz eines geeigneten Vertreters für den Beschwerdeführer wirtschaftlich (noch) nicht verkraftbar. Die konkrete Gefahr des Verlustes seiner wirtschaftlichen Existenzgrundlage wäre nun in der Tat ein derart gravierender Nachteil für den Beschwerdeführer, daß im Hinblick darauf der Befreiungsgrund des besonders rücksichtswürdigen wirtschaftlichen Interesses - zumindest befristet - angenommen werden müßte. (Davon, daß die besondere Rücksichtswürdigkeit schon infolge mangelnder Bedachtnahme auf die zu erwartende Präsenzdienstleistung zu verneinen wäre, kann - wie bereits dargetan - derzeit nicht ausgegangen werden.) Der angefochtene Bescheid enthält keine Ausführungen darüber, ob es dem Mitgesellshafter und der Ehegattin des Beschwerdeführers überhaupt möglich wäre, diesen in seinem Betrieb im erforderlichen Ausmaße zu ersetzen, bzw. in welchem Ausmaß der Einsatz einer dritten Person als Ersatz für den Beschwerdeführer notwendig und ohne Gefahr für die wirtschaftliche Existenz des Unternehmens möglich gewesen wäre. Erst auf dem Boden derartiger Feststellungen wäre die belangte Behörde in der Lage gewesen, die nicht von vornherein als unzutreffend erkennbare Behauptung des Beschwerdeführers, im Falle der Ableistung des ordentlichen Präsenzdienstes drohe der wirtschaftliche Ruin, schlüssig zu verneinen.

Der erstangefochtene Bescheid war sohin aufgrund der wie dargestellt unrichtigen Rechtsansicht der belangten Behörde gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben.

2. ZUR BESCHWERDE ZL. 90/11/0074:

Der Beschwerdeführer weist dazu zum einen auf das Vorliegen des Befreiungstatbestandes nach § 37 Abs. 2 lit. b des Wehrgesetzes 1978 hin und wiederholt im wesentlichen seine bereits in der Beschwerde gegen den erstangefochtenen Bescheid enthaltenen Argumente. Zum anderen erblickt er eine Rechtswidrigkeit des Einberufungsbefehles darin, daß dieser nur rund zwei Wochen nach Erlassung des erstangefochtenen Bescheides ergangen und dem Beschwerdeführer daher für notwendige Dispositionen ein viel zu kurzer Zeitraum zur Verfügung gestanden sei. Eine derartige Vorgangsweise würde "sein Antragsrecht ad absurdum führen".

Dazu genügt es, auf die ständige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes hinzuweisen, wonach nicht schon die Anhängigkeit eines Verwaltungsverfahrens über einen Befreiungsantrag oder eines Beschwerdeverfahrens über einen die Befreiung versagenden Bescheid, sondern erst ein die Befreiung von der Wehrpflicht aussprechender Bescheid der Erlassung eines Einberufungsbefehles entgegensteht (vgl. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 16. Jänner 1990, Zl. 89/11/0291, mit weiteren Judikaturhinweisen). Daher ist die Beschwerde gegen den zweitangefochtenen Bescheid gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

3. Die Entscheidung über den Aufwandersatz stützt sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBI. Nr. 206/1989. Die Abweisung des Mehrbegehrens des Beschwerdeführers beruht darauf, daß die Vorlage einer Kopie des Einberufungsbefehls als Beilage zum erstangefochtenen Bescheid nicht erforderlich war und daher die darauf entfallenden Stempelgebühren nicht zu ersetzen sind.

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:1991:1990110068.X00

Im RIS seit

03.04.2001

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

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at