

Zeitschrift für Verwaltung

9. Jahrgang

Dezember 1984

Heft 6

Herausgeber: Univ.-Prof. Dr. Heinz Peter Rill, 1010 Wien, Graben 17.

Herausgeberkomitee: Dr. Ernst Adamer, Landesamtsdirektor von Vorarlberg — Dr. Josef Bandion, Magistratsdirektor der Stadt Wien — Hofrat Prof. Dr. Alfred Bernfeld, Direktor der Verwaltungsakademie des Bundes — Dr. Alfred Edelmayer, Landesamtsdirektor von Salzburg — Dr. Elmar Grabherr, Landesamtsdirektor von Vorarlberg i. R. — Sektionschef i. R. Dr. Paul Grabmayr, Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft — Dr. Reinhold Gschwandtner, Landesamtsdirektor von Burgenland — Dr. Meinhard Gstrein, Landesamtsdirektor von Tirol — Walter Hörtenhuber, Landesamtsdirektor von Oberösterreich — Sektionschef Dr. Karl Jagoda, Bundesministerium für Handel, Gewerbe und Industrie — Dr. Rudolf Kathrein, Landesamtsdirektor von Tirol i.R. — Univ.-Prof. DDr. Friedrich Koja, Salzburg — Prof. DDr. Klaus König, Speyer — Univ.-Prof. Dr. Karl Korinek, Wien — Dr. Werner Lobenwein, Landesamtsdirektor von Kärnten — Univ.-Prof. Dr. Richard Novak, Graz — Univ.-Prof. Dr. Peter Oberndorfer, Linz — Univ.-Prof. Dr. Peter Pernthaler, Innsbruck — Dr. Georg Schneider, Landesamtsdirektor von Niederösterreich i. R. — Univ.-Prof. Dr. Roman Schnur, Tübingen — Univ.-Prof. Dr. Manfred Welan, Wien — Univ.-Prof. Dr. Günther Winkler, Wien.

Redaktion: Univ.-Prof. Dr. Heinz Peter Rill, Wirtschaftsuniversität Wien, Augasse 2—6, 1090 Wien.

Anzeigenleitung: Peter Schimek

Anzeigenkontakt: Mag. Christina Besel (0222 / 52 85 52 DW 264)

Anzeigensekretariat: Brigitte Letofsky (0222 / 63 16 11)

Verleger (Medieninhaber): Wirtschaftsverlag Dr. Anton Orac, 1010 Wien, Graben 17, Tel. 52 85 52.

Erscheinungsweise: sechs mal im Jahr. Bezugspreis: Jahresabonnement inkl. 10% MwSt. S 1.730,— bei Vorauszahlung an den Verlag. Bankverbindungen: Postsparkasse 7101610, Erste österr. Spar-Casse Wien 000-25607. Abbestellungen sind nur zum Jahresschluß möglich, wenn sie spätestens 30 Tage vorher bekanntgegeben werden. Nachdruck ist nur mit ausdrücklicher Quellenangabe gestattet.

Verlags- und Herstellungsort: Wien.

Druck: Buch- und Offsetdruckerei Robitschek & Co, 1080 Wien, Hernalser Gürtel 20, Tel. 42 02 73.

Offenlegung gemäß § 25 Mediengesetz: Wirtschaftsverlag Dr. Anton Orac, 1010 Wien, Graben 17

Franz Merli

Öffentliches Interesse, Ermessen und Gleichheit am Beispiel der Befreiung von der Wehrpflicht

- I. Übersicht über bestehende Befreiungen von Berufsgruppen aus öffentlichen Interessen
- II. Abkommen mit dem Bundesminister für Landesverteidigung als Grundlage der Befreiung
 - A. Beispiel
 - B. Rechtsnatur
 - C. Zulässigkeit
- III. Gesetzliche Grundlagen der Befreiung — Materiellrechtliches
 - A. Legalitätsprinzip
 - B. Gleichheitssatz
- IV. Verfahrensrechtliche Probleme
 - A. Befreiungsverfahren und subjektive Rechte
 - B. Bestandskraft der Befreiungsentscheidung
- V. Zusammenfassung

I. Übersicht über bestehende Befreiungen von Berufsgruppen aus öffentlichen Interessen

„Jeder männliche österreichische Staatsbürger ist wehrpflichtig.“ (Art 9 a Abs 3 B-VG) Die Wehrpflicht umfaßt ua die Leistung des ordentlichen und des außerordentlichen Präsenzdienstes (§ 17 Abs 1 iVm § 27 Abs 1 WG¹⁾). Der ordentliche Präsenzdienst besteht aus dem Grundwehrdienst und den Truppenübungen (§ 27 Abs 2 WG); er dauert acht Monate (§ 28 Abs 1 und 2 WG).

Diese Bestimmungen sind klar, sie erwecken aber einen falschen Eindruck. In Österreich leisten nicht alle (tauglichen) Wehrpflichtigen Präsenzdienst, sondern

¹⁾ WehrG 1978 BGBl 150 idF BGBl 1983/577.

bestimmte Gruppen kommen völlig ohne Dienstleistung davon, andere wiederum ersparen sich einen Teil des Grundwehrdienstes, die Truppenübungen oder den außerordentlichen Präsenzdienst. Im einzelnen betrifft dies folgende Gruppen von Wehrpflichtigen²⁾:

- Priester, Ordensleute, Seelsorger und Theologiestudenten anerkannter Kirchen und Religionsgemeinschaften, „Bedienstete mit bestimmten Funktionen“ bei den Österreichischen Bundesbahnen und den Post- und Telegraphenverwaltungen, Sicherheitswachebeamte, Polizeischüler und -praktikanten, Gendarmeriebeamte und -schüler, Angehörige des Fahrdienstes der Schifffahrt und untertagsarbeitende Knappen leisten *überhaupt keinen Präsenzdienst*.
- Dem *ordentlichen Präsenzdienst* entgehen Fachkräfte der Entwicklungshilfe sowie Angehörige der Wiener Philharmoniker, der Wiener Symphoniker und des Niederösterreichischen Tonkünstlerorchesters.
- Einen auf acht Wochen *verkürzten ordentlichen Präsenzdienst* leisten Universitäts- und Hochschulassistenten, vollbeschäftigte Vertragsassistenten und Assistenzärzte.
- Justiz- und Zollwachebeamte, Angehörige von Berufsfeuerwehren, hauptberufliche Bedienstete des Roten Kreuzes und des Arbeitersamariterbundes sowie bestimmte Bedienstete der Flughafenbetriebsgesellschaft müssen *keine Truppenübungen und keinen außerordentlichen Präsenzdienst* erbringen.
- Das Schlüsselpersonal des ORF und der Elektrizitätsgesellschaften wird nicht zum *außerordentlichen Präsenzdienst* einberufen.

II. Abkommen mit dem Bundesminister für Landesverteidigung als Grundlage der Befreiung

Mit einer Ausnahme — den Priestern, Ordensleuten, Seelsorgern und Theologiestudenten — beruht diese Praxis aus *Abkommen* über die Befreiung von der Wehrpflicht auf öffentlichen Interessen, die der Bundesminister für Landesverteidigung (BMLV) mit Vertretern der Dienstgeber der entsprechenden Berufsgruppen abgeschlossen hat.

A. Beispiel

Als *Beispiel* soll uns das für die Behandlung von Universitäts- und Hochschulassistenten maßgebliche Abkommen³⁾ zwischen BMLV, BMWF und BMI (letzterer für die Befreiung vom Zivildienst) dienen. Es trifft im wesentlichen folgende Regelungen:

Wegen der „Bedeutung, die den Universitäts- bzw. Hochschulassistenten sowie den anderen Bediensteten des wissenschaftlichen und künstlerischen Personals an

²⁾ Die folgende Übersicht beruht auf einer Auskunft des BMLV v 26. 7. 1984, die diese Arbeit überhaupt erst ermöglicht hat.

³⁾ Zitiert nach der Zusammenfassung seines Inhalts im Rundschreiben des BMWF Nr 94/1982 v 29. 11. 1982, 769/33 — 110/82.

den Universitäten und Hochschulen künstlerischer Ausrichtung zur Aufrechterhaltung des Lehr- und Forschungsbetriebs zukommt“ (Punkt 2 des Abkommens), wird der BMLV „wehrdienstpflichtige Universitäts- bzw. Hochschulassistenten, für die von einer Universität bzw. Hochschule ein Antrag auf Ableistung des Grundwehrdienstes in der Dauer von acht Wochen eingebracht wird, nach der Ableistung des Grundwehrdienstes in der Dauer von acht Wochen vorzeitig entlassen und von der Ableistung des restlichen ordentlichen Präsenzdienstes nur auf die Dauer ihres Verbleibens im Universitäts- bzw. Hochschuldienst befreien“ (Punkt 3). Den Antrag der Universität oder Hochschule stellt der Institutsvorstand; über ihn entscheidet der BMLV (Punkt 4) mit Bescheid, der direkt der Universität oder Hochschule zugestellt wird (Punkt 6).

B. Rechtsnatur

Geht man nun der Frage nach dem *rechtlichen Charakter* derartiger Abkommen nach, gilt es zunächst, unter ihnen zwei Gruppen zu unterscheiden: Beteiligte sind im einen Fall nur Bundesorgane (Bundesminister, zum Teil aber auch Organe von Eigenbetrieben des Bundes — zB der ÖBB), im anderen Fall jedoch auch Organe von öffentlichen Unternehmen mit eigener Rechtspersönlichkeit (zB der Elektrizitätsgesellschaften) und von Vereinen (zB vom Roten Kreuz).

Was die erste Gruppe anbelangt, ist der Ausdruck „Abkommen“ von vornherein irreführend, weckt er doch die Vorstellung einer Willenseinigung mehrerer Rechtssubjekte. Wenn sich aber ein Bundesminister mit einem anderen oder einem anderen Bundesorgan einigt, so ist der Wille aller Beteiligten nur einem Rechtssubjekt, nämlich dem Bund, zuordenbar. Der Bund kann sich nicht mit sich selbst einigen. Rechtlich gesehen liegt also kein Vertrag, sondern eine einseitige Willenserklärung vor. Diese ließe sich allenfalls als Verordnung verstehen, wenn sie als Grundlage für die Beschränkung subjektiver Pflichten dient.

Sind jedoch mehrere Rechtssubjekte beteiligt, scheint es sich in der Tat um einen Vertrag zu handeln. Weil sein Inhalt die Übung von Ermessen durch den BMLV, also hoheitliches Verwaltungshandeln ist, müßte man von einem verwaltungsrechtlichen Vertrag sprechen; eine Deutung als privatrechtliche Vereinbarung verbietet sich, weil hoheitliches Verwaltungshandeln kein tauglicher Gegenstand privatrechtlicher Verträge ist⁴⁾. Vernachlässigt man hingegen die Rolle der nichtstaatlichen Organe beim Zustandekommen der „Abkommen“ und rechnet man ihren Inhalt allein dem BMLV zu, wären auch sie als Verordnungen verstehbar.

C. Zulässigkeit

An diesem Punkt spätestens läßt sich die Frage nach der *Zulässigkeit* der „Abkommen“ nicht mehr unterdrücken. Für die „Verträge“ ist sie schnell beantwortet: Weder der BMLV noch die anderen „Vertragspartner“

⁴⁾ *Rill*, Gliedstaatsverträge (1972) 36 ff, 658 ff.

sind zum Abschluß derartiger Vereinbarungen über hoheitliches Verwaltungshandeln gesetzlich ermächtigt. Diese sind also unzulässig, weil sie gegen das Legalitätsprinzip verstoßen. Eine Auseinandersetzung mit der Frage, ob die Verfassung überhaupt verwaltungsrechtliche Verträge erlaubt⁵⁾, erübrigt sich somit.

Zur Erlassung von *Verordnungen* dagegen ist im vorliegenden Fall zwar der BMLV, nicht aber ein anderer Bundesminister und schon gar nicht ein Organ eines Staatsbetriebes oder eines Vereines ermächtigt. Dies macht allerdings die „Abkommen“ nicht schlechthin nichtig, sondern nur aufhebbar. Ihre Nichtigkeit ergibt sich jedoch dann, wenn sie überhaupt nicht — dh auch nicht etwa als Weisung an untergeordnete Verwaltungsorgane — kundgemacht wurden⁶⁾. Der Unterschied in den Rechtsfolgen einer von vornherein nichtigen oder einer nur aufhebbarer Verordnung ist letztlich gering: Im einen wie im anderen Fall ist die Berufung von Betroffenen auf eine solche Verordnung zum Scheitern verurteilt. Es ist zwar umstritten, ob eine nicht „gehörig kundgemachte“ Verordnung Verwaltungsorgane — mithin in unserem Fall: den BMLV — bindet; doch selbst wenn man die Bindungswirkung annimmt, könnte sich der BMLV darüber hinwegsetzen und behielte im Ergebnis vor den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts recht, weil der VfGH nicht gehörig kundgemachte Verordnungen nicht anzuwenden hat, der VfGH sie aber aufheben muß.

Die „Abkommen“ entfalten also im Ergebnis keinerlei unmittelbare rechtliche Wirkung; man wird sie als unverbindliche Absichtserklärungen des BMLV verstehen können. Damit sind sie aber nicht von vornherein völlig bedeutungslos: Als interne Richtlinien könnten sie das Ermessen des BMLV in dem Sinn binden, daß er von den Regelungen der „Abkommen“ nicht ohne sachlichen Grund abgehen darf, weil er sonst gleichheitswidrig handeln würde⁷⁾. Das hat aber zur Voraussetzung, daß die Regelungen der „Abkommen“ selbst rechtmäßig sind. Somit erhebt sich die Frage nach der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der in den „Abkommen“ niedergelegten Verwaltungspraxis.

III. Gesetzliche Grundlagen der Befreiung — Materiellrechtliches

Die *gesetzliche Grundlage* der genannten Befreiungen findet sich einerseits in der Bestimmung des § 24 Abs 3 WG, die Priester, Ordensleute, Seelsorger und Theologiestudenten anerkannter Kirchen und Religionsgemeinschaften von der Stellungspflicht und damit auch vom Präsenzdienst, dessen Ableistung ja die Stellung zur Voraussetzung hat, ausnimmt; andererseits in den Vorschriften des § 37 Abs 2 und 3 WG. Diese sehen zwei Arten der Befreiung vor:

- die amtswegige Befreiung *aus öffentlichen Interessen*, das sind „militärische Rücksichten oder sonstige öffentliche Interessen — insbesondere gesamtwirtschaftliche oder familienpolitische Interessen“ (§ 37 Abs 2 lit a WG); und
- die Befreiung auf Antrag aus „besonders rüchswürdige(n) wirtschaftliche(n) oder familiäre(n)“ — also *privaten - Interessen* (§ 37 Abs 2 lit b WG).

In den von den „Abkommen“ erfaßten Fällen haben wir es durchwegs mit Befreiungen aus öffentlichen Interessen zu tun.

Die Befreiungsvorschriften des WG sind Ausnahmen vom verfassungsrechtlich verankerten Grundsatz der allgemeinen Wehrpflicht. Der Ausgestaltungsvorbehalt der Verfassungsnorm (Art 9a Abs 3 B-VG) gestattet grundsätzlich solche Ausnahmebestimmungen im Ausführungsgesetz; allerdings dürfen sie nicht eine Beseitigung des Grundsatzes selbst bewirken. Darüber hinaus sind ihnen und ihrer Auslegung auch durch andere verfassungsrechtliche Vorschriften Schranken gesetzt; in unserem Fall sind dies vor allem das Legalitätsprinzip und der Gleichheitssatz.

A. Legalitätsprinzip

Aus der Sicht des *Legalitätsprinzips* ist die Befreiung der Priester, Ordensleute, Seelsorger und Theologiestudenten von der Stellungs- und in der Folge von der gesamten Wehrpflicht unbedenklich, weil sie durch ausdrückliche gesetzliche Vorschrift erfolgte. Im übrigen aber überläßt das WG die Befreiungsentscheidung dem *Ermessen* des BMLV: Er *kann* die Befreiung verfügen, „wenn und solange es“ die genannten öffentlichen Interessen „erfordern“; er muß es aber nicht.

Soll dem BMLV mit diesem Ermessen nicht eine schrankenlose Vollmacht zur Außerkraftsetzung einer verfassungsrechtlichen Regelung erteilt werden, bedarf es einer inhaltlichen Bestimmung. Dies gilt unabhängig davon, ob die Ermessensentscheidung dann einer Überprüfung in einem Verfahren zugänglich ist oder nicht. Wenden wir uns also der Auslegung des § 37 WG zu.

Zunächst zeigt sich dabei die Bedingtheit des eingeräumten Ermessens: Ein Spielraum tut sich dem BMLV nur auf, wenn es öffentliche Interessen erfordern; anderenfalls braucht er gar nicht über eine Entscheidung nachzudenken.

Selten ist in einem Gesetz ausdrücklich normiert, was im öffentlichen Interesse liegt⁸⁾. Trotzdem lassen sich aus der Rechtsordnung fast beliebig viele öffentliche Interessen ableiten — letztlich liegt alles rechtmäßige Staatshandeln, somit die Tätigkeit aller öffentlich Bediensteten (zumindest auch) im öffentlichen Interesse. Dazu kommen aber auch noch jene Tätigkeiten Privater, die staatliche Förderung genießen. Der Präsenzdienst entzieht diese Personen ihrer Beschäf-

⁵⁾ Dazu zuletzt *Wielinger*, Was bringt der verwaltungsrechtliche Vertrag? ZfV 1983, 14 mwN.

⁶⁾ Dazu und zum folgenden *Adamovich/Funk*, Allgemeines Verwaltungsrecht² (1984) 216ff mwN.

⁷⁾ Zur „Selbstbindung“ der Verwaltung durch interne Richtlinien *Adamovich/Funk*, Verwaltungsrecht² 120 mit Nachweisen der Rsp.

⁸⁾ Ein Beispiel für eine Ausnahme bietet § 15 EntwicklungshelferG (BGBl 1983/574), wo das öffentliche Interesse an der Tätigkeit der Entwicklungshelfer ausdrücklich festgestellt wird.

tigung — der Wahrung eines öffentlichen Interesses — und beeinträchtigt dieses dadurch. Offensichtlich können aber nicht alle öffentlichen Interessen zur Befreiung führen, weil sonst die allgemeine Wehrpflicht weitgehend beseitigt wäre. Welche von ihnen rechtfertigen also die Ermächtigung des BMLV zur Befreiung?

Gesetz und Materialien⁹⁾ schweigen; uns bleibt die Teleologie: Sind es nicht alle, müssen es wohl die grundlegenden öffentlichen Interessen und jene sein, die durch die Wehrdienstleistung des Betroffenen besonders stark beeinträchtigt würden. Hinweise über den Rang eines öffentlichen Interesses lassen sich wiederum der Rechtsordnung entnehmen: Je mehr Aufwand zur Durchsetzung eines öffentlichen Interesses erforderlich, je größer die Einschränkungen sind, die andere Rechtsgüter zu seinen Gunsten erfahren, desto gewichtiger ist es. Der Grad seiner Beeinträchtigung hängt dagegen von der Bedeutung des betroffenen Wehrpflichtigen für seine Wahrnehmung ab: Je wichtiger dessen Aufgabe, je schwerer er ersetzbar ist, desto schlimmer wäre die Beeinträchtigung.

Das Vorliegen eines solchen Interesses — das also entweder grundlegend ist oder durch den Wehrdienst besonders beeinträchtigt würde — zieht noch nicht die Pflicht zur Befreiung des Betroffenen nach sich, denn sonst hätte ja die „Kann“-Formulierung des § 37 WG keinen Sinn. Es zwingt nur den BMLV zu einer (Ermessens-)Entscheidung.

Diese besteht im Abwägen konkurrierender öffentlicher Interessen: Auf der einen Seite stehen jene, deren mögliche Beeinträchtigung den Abwägungsprozeß ausgelöst haben, auf der anderen Seite das Interesse an der nationalen Sicherheit, dem die Wehrpflicht dient. Wieder geben die beiden sich ergänzenden Kriterien der Wichtigkeit des jeweiligen Interesses und des Ausmaßes seiner Beeinträchtigung den Ausschlag. Das Interesse an der nationalen Sicherheit ist ohne Zweifel fundamental, was seine verfassungsrechtliche Verankerung und zahlreiche Grundrechtseinschränkungen in seinem Namen zeigen. Wiegt seine Beeinträchtigung durch die Befreiung des Betroffenen schwerer als jene der anderen Interessen, wird der BMLV keine Befreiung aussprechen dürfen; im umgekehrten Fall ist er hingegen dazu verpflichtet. Bei Gleichstand der Argumente ist eine Befreiung nicht möglich: Als Ausnahmeregel ist § 37 WG im Zweifel restriktiv auszulegen. Die Wahl des geringeren Übels vereinfacht sich jedoch weitgehend, wenn „militärische Rücksichten“ gegen die Einberufung des Betroffenen sprechen: Dann kann kein direktes Interesse an seinem Wehrdienst bestehen.

Aber auch die Befreiung ist keine unveränderliche Größe. Sie kann den gesamten Wehrdienst oder nur Teile davon umfassen. Der Umfang der Befreiung hängt ebenfalls von der erörterten Interessenabwägung ab: Sie ist nur so weit auszusprechen, als sie das geringere Übel ist. Ihre Dauer wird vom Gesetz ausdrücklich auf den Bestand der Befreiungsvoraussetzungen beschränkt.

Das Ermessen des BMLV liegt also, streng genommen, nicht in der Entscheidung über die Befreiung bei einer bestimmten Interessenkonstellation, sondern in der Gewichtung dieser Interessen und ihrer möglichen Beeinträchtigung nach den genannten Kriterien.

B. Gleichheitssatz

Ignoriert nun der BMLV diese Entscheidungsmaßstäbe, schafft er sachlich nicht gerechtfertigte Differenzierungen: Ihre Mißachtung macht die Entscheidung gleichheitswidrig. Mit anderen Worten: Die genannten Grundsätze stützen sich auf den *Gleichheitsgrundsatz*. Aus ihm ergeben sich jedoch noch weitere Determinanten der Befreiungsentscheidung. Der BMLV hat gleichgelagerte Interessenskonflikte gleich zu entscheiden. Das ist aber leichter gesagt als getan: Zwei völlig identische Fälle sind deshalb nicht identisch, weil die Befreiung im ersten eine neue Ausgangslage für die Entscheidung des zweiten schafft. Jede weitere Befreiung beeinträchtigt die Aufgabenerfüllung des Bundesheers stärker: Die Befreiung des Ersten bereitet unter Umständen keine Probleme, weil sie für die nationale Sicherheit bedeutungslos ist; die Befreiung des Tausendsten kann aber daran scheitern, daß das Bundesheer bereits mit minimalem Personal arbeitet. Umgekehrt steigt auch die Beeinträchtigung der anderen öffentlichen Interessen mit jeder weiteren Einberufung eines mit seiner Wahrung Beschäftigten. Die Gewichtung der Beeinträchtigung hängt somit nicht nur von den Umständen des — isolierten — Einzelfalles, sondern auch von vorangegangenen Befreiungsentscheidungen ab. Die Verschiebung der Gewichte bewirkt aber Ungleichheit, weil dann zwei gleiche Fälle unter Umständen verschieden behandelt werden müssen — und zwar je nachdem, in welcher Reihenfolge sie entschieden werden.

Dieser Situation kann der BMLV nur entkommen, wenn er bereits bei der ersten Befreiungsentscheidung ihre Folgen bedenkt. Genau genommen hieße das, aus ihrem Anlaß eine Liste sämtlicher mindestens gleichwertiger Interessen als Ganzes auf ihre Verträglichkeit mit dem Interesse an der nationalen Sicherheit zu prüfen und nur bei einem positiven Ergebnis im gesamten die Befreiung auch im ersten Fall zu verfügen. Alle weiteren Entscheidungen könnten dann — *rebus sic stantibus* — auf dieser Grundlage ergehen, ohne daß es zu einer Neugewichtung der Beeinträchtigungen kommen müßte.

Die Lage des BMLV erführe eine wesentliche Erleichterung, wenn eine generelle Regelung, allerdings kein „Abkommen“, sondern eine Verordnung, in Anwendung der genannten Maßstäbe bestimmte Gruppen von Wehrpflichtigen vom Präsenzdienst befreite und damit der Einzelfallentscheidung die Berücksichtigung ihrer Folgewirkung abnähme. Solange aber eine solche Verordnung nicht existiert, kann die Berufung auf eine rechtlich unverbindliche Absichtserklärung nicht die Auseinandersetzung mit den Umständen des Einzelfalles ersetzen. Voraussetzung für die Befreiung ist demnach nicht nur, daß die Beeinträchtigung des öffentlichen Interesses, das der Wehrpflichtige beruflich wahrnimmt, schwerer wiegt als die Nachteile seiner Befreiung für die Landesver-

⁹⁾ RV des WG: 604 BlgNR 7. GP; RV der WG-Nov 1962: 759 BlgNR 9. GP; RV der WG-Nov 1966: 47 BlgNR 11. GP.

teidigung, sondern auch, daß dies in diesem bestimmten Einzelfall unter Berücksichtigung seiner Implikationen für weitere Befreiungen so ist¹⁰⁾. Denn mag eine solche Erwägung auch grundsätzlich auf eine Berufsgruppe zutreffen, so muß das nicht für jeden ihrer Angehörigen gelten. Eine typisierende Betrachtung ist der Einzelfallentscheidung verwehrt und belastet sie mit Gleichheitswidrigkeit. Die Berufung auf eine Verordnung und ihre notwendigerweise pauschalierenden Regelungsmuster wäre hingegen zulässig, selbst wenn sie in einzelnen Fällen zu unbilligen Ergebnissen führte¹¹⁾.

Zusammenfassend läßt sich somit festhalten: Der Gleichheitsgrundsatz fordert eine Kohärenz der Wertungen, die den Befreiungsentscheidungen des BMLV zugrunde liegen. Sie besteht einerseits in der Stimmigkeit der Wertungen untereinander und andererseits in ihrer Vereinbarkeit mit der Rechtsordnung als Ganzes.

Der Versuch, die in den „Abkommen“ beschriebene Befreiungspraxis mit den gewonnenen Kriterien zu prüfen, begegnet mehreren Schwierigkeiten. Zunächst gilt es, der Versuchung zu widerstehen, an die Stelle der Wertungen des hiezu berufenen BMLV die eigenen zu setzen. Gleichwohl könnte sich eine Kritik seiner Wertungen aus Unstimmigkeiten des der Befreiungspraxis zugrundeliegenden Wertungssystems ergeben. Eine wirkliche Systematik dieser Wertungen erscheint aber deshalb kaum möglich, weil wir es in jedem Fall mit mehreren Variablen zu tun haben: Nicht nur das öffentliche Interesse, das die Befreiungsentscheidung erheischt, hat der BMLV zu gewichten, sondern auch seine Beeinträchtigung und jene der Landesverteidigung. Erst die Gesamtheit dieser Wertungen gibt, wie gezeigt, die Grundlage für die Entscheidung. Es kann zwar das öffentliche Interesse, das durch die Einberufung des Wehrpflichtigen gefährdet erscheint, nicht sehr schwer wiegen; umso schwerer aber seine Beeinträchtigung; diese aber wiederum nicht so schwer wie die Beeinträchtigung des fundamentalen Interesses an der nationalen Sicherheit. Hier gibt es also viele Möglichkeiten der Kombination von Wertungen, die — vom Ergebnis ausgehend — kaum mehr in ihre Bestandteile zerlegbar ist. Ich beschränke mich daher auf eine grobe Systematik der öffentlichen Interessen, die als erster Anhaltspunkt für weitere Überlegungen dienen kann. Dabei orientiere ich mich — wie oben bereits dargelegt — an den Kriterien des Aufwandes, den die Rechtsordnung zur Sicherung eines Interesses treibt, und der Förderung, die sie ihm durch finanzielle Zuwendungen angedeihen läßt.

Daß das Interesse an der *nationalen Sicherheit* fundamental ist, wurde bereits gesagt. Auf seiner Grundlage erfolgen die Befreiungen „aus militärischen Rücksichten“, bei denen nicht jener typische Konflikt mit einem anderen öffentlichen Interesse auftritt. Das gilt auch für Befreiungen, die zwar nicht aus „militä-

rischen Rücksichten“ im engen Sinn, aber zugunsten des Interesses an der umfassenden Landesverteidigung verfügt werden, weil eine effektive Aufgabenerfüllung des Bundesheeres von ihrem Funktionieren abhängt und sie damit letztlich auch im militärischen Interesse liegt. Zu diesen Fällen zählen die Befreiungen bestimmter Bediensteter von Post und Bahn, Flughäfen, Schifffahrtsunternehmen, Elektrizitätsgesellschaften, Polizei, Gendarmerie, Sicherheitswache, des ORF, des Roten Kreuzes und der Berufsfeuerwehren, weil sie alle Funktionen im Rahmen der militärischen oder zumindest der umfassenden Landesverteidigung erfüllen. Diese spezifische Bedeutung haben die genannten Personengruppen aber erst im Notfall, einige von ihnen (Polizisten, Gendarmen, Sicherheitswachebeamte) auch nur in bestimmten Notfällen (einer Bedrohung der inneren Sicherheit gemäß § 2 Abs 1 lit b WG). Daher rechtfertigen Interessen der Landesverteidigung nur die Befreiung vom außerordentlichen Präsenzdienst. Damit wird aber ein ordentlicher Präsenzdienst der Angehörigen dieser Gruppen nicht sinnlos — im Gegenteil: Dieser bietet die Gelegenheit, sie auf ihre Aufgaben, die sie während eines Notstandes außerhalb des Bundesheeres zu erfüllen haben, vorzubereiten. Weitergehende Befreiungen müssen sich daher, um rechtmäßig zu sein, auf andere öffentliche Interessen stützen können.

Von diesen wiegt sicherlich das Interesse an der *inneren Sicherheit* am schwersten, was weitgehende Grundrechtseinschränkungen und ihr verfassungsrechtlicher Niederschlag in Gesetzesvorbehalten zu Grundrechten (etwa in der MRK) deutlich machen. Man wird dem Interesse an der inneren Sicherheit gleiches Gewicht wie jenem an der nationalen Sicherheit beimessen dürfen, dessen Zwilling es ja ist. In seinem Namen lassen sich die Befreiungen der Polizisten, Gendarmen, Sicherheits- und Justizwachebeamten, bei großzügiger Auslegung vielleicht auch noch der Angehörigen von Berufsfeuerwehren begründen.

Die nächste Gruppe umfaßt jene öffentlichen Interessen, die grundrechtlichen Schutz und staatliche Förderung in stattlichem Ausmaß genießen: die *Wissenschaft*, die *Religion* und die *Kunst*. Sie sind Grundlage für die Befreiung der Universitäts- und Hochschulassistenten, der Priester, Seelsorger, Ordensleute und Theologiestudenten und der genannten Orchestermusiker.

Daran schließen sich jene Interessen, deren Verfolgung die Verfassung zwar nicht eigens grundrechtlich schützt, die aber von so großer Bedeutung sind, daß der Staat sich ihrer Wahrung durch seine Organe selbst annimmt; dies zum Teil in hoheitlicher Form, zum Teil mit den Mitteln des Privatrechts. Dazu zählen *fiskalische Interessen* (Zollwache), *öffentliches Transportwesen* (ÖBB, Schifffahrts- und Flughafenbetriebsgesellschaften), *Kommunikation* (Post) und *Bergbau* (Knappen).

Schließlich bleiben jene Aufgaben, die von Privaten besorgt werden, aber im öffentlichen Interesse liegen. Das betrifft die Bediensteten vom Roten Kreuz und Arbeitersamariterbund, der *Rettungsdienste* also, und die *Entwicklungshilfe*.

¹⁰⁾ Dies hat die Begründung des Bescheides darzutun. Nach § 58 Abs 2 AVG ist der Bescheid jedoch nur zu begründen, wenn der Wehrpflichtige oder sein Dienstgeber als jedenfalls beteiligte Einwendungen gemacht haben.

¹¹⁾ *Adamovich/Funk*, Österreichisches Verfassungsrecht² (1984) 321.

Schon an einer solchen ersten Auflistung sticht ins Auge, daß sie mit einer Reihung nach dem Ausmaß der Befreiung (vgl oben P I) überhaupt nicht übereinstimmt. Dies mag nun an der Gewichtung der Beeinträchtigung des jeweiligen Interesses liegen, und wir wollen annehmen, daß dabei alles mit rechten Dingen zugegangen ist, wenngleich das auch nicht immer leicht mit subjektiven Eindrücken (etwa von der Unersetzbarkeit von Universitätsassistenten) vereinbar ist.

Doch weckt die Liste vor allem Zweifel an einer durchdachten Systematik: Zu willkürlich scheinen die Beispiele innerhalb der einzelnen Gruppen herausgegriffen. Wenn Angehörige von Wachkörpern — möge man fragen — aus Interesse an der inneren Sicherheit vom Wehrdienst befreit werden, warum nicht auch die Bediensteten der Sicherheitsbehörden oder der Gerichte? Wenn Orchestermusiker, warum nur Angehörige gerade dieser Orchester? Wenn Universitätsassistenten, warum nicht auch Professoren oder Angehörige anderer staatlicher Forschungsinstitutionen? Wenn Eisenbahner, warum nicht auch Bedienstete von Landesbahnen und kommunalen Verkehrsbetrieben? Wenn Zollwache-, warum nicht auch Finanzbeamte? Wenn Knappen, warum nicht auch Angehörige anderer verstaatlichter Betriebe? Wenn Bedienstete des Roten Kreuzes und des Arbeitersamariterbundes, warum nicht auch anderer Rettungsgesellschaften? Wenn Entwicklungshelfer, warum nicht auch Sozialarbeiter?

Solche Fragen lassen sich fast beliebig vermehren. Es kann nun durchaus sein, daß viele von ihnen eine Antwort finden; auch bedeutet ja das Fehlen einer Berufsgruppe auf der Liste nicht, daß ihre Angehörigen nicht befreit werden können. Doch hieße es dem BMLV willkürliches Handeln unterstellen, sollte dem Abschluß von „Abkommen“ für ganze Berufsgruppen nicht eine grundsätzliche Wertungspriorität zugrundeliegen.

Was diese Fragen zwar nicht beweisen können, aber doch nahelegen, ist zweierlei:

- Die Befreiungspraxis des BMLV, wie sie in den „Abkommen“ niedergelegt ist, scheint weniger das Ergebnis systematischer Wertung im Bemühen um Stimmigkeit, sondern des Zufalls (wohl auch politischer Interessen) zu sein. Wenn das so ist, können die „Abkommen“ auch keinerlei Selbstbindung der Verwaltung erzeugen.
- Wollte man konsequenterweise alle Interessen berücksichtigen, deren Beeinträchtigung durch die Wehrpflicht den genannten gleichkommt, müßte dies zu einer großen Ausdehnung der Befreiungen und damit zu einer Aushöhlung der allgemeinen Wehrpflicht führen.

IV. Verfahrensrechtliche Probleme

Neben diesen materiellrechtlichen Fragen erfordert auch das *Verfahren* zur Befreiung eine nähere Betrachtung.

A. Befreiungsverfahren und subjektive Rechte

Wie bereits erwähnt, sieht § 37 WG zwei Arten der Befreiung vor: aus öffentlichen Interessen und aus privaten Interessen des betroffenen Wehrpflichtigen. Dem entsprechen auch zwei Verfahrensarten: Im ersten Fall wird das Verfahren amtswegig abgewickelt; zuständig ist der BMLV. Im zweiten Fall kommt es auf Antrag in Gang und wird durch eine Entscheidung des Militärkommandos erledigt.

Die verfahrensrechtlichen Bestimmungen der „Abkommen“ — so zumindest in unserem Beispielfall der Universitätsassistenten — scheinen nun eine dritte Art von Befreiung zu schaffen, die Elemente der beiden gesetzlichen Typen verbindet: Zwar geht es dabei um öffentliche Interessen (in diesem Fall: an der Lehre und Forschung), aber das „Abkommen“ spricht von „Anträgen“ des Institutsvorstandes, was die Vorstellung weckt, die Universität als Dienstgeber sei hier zur Wahrung „ihres“ öffentlichen Interesses mit einem subjektiven Recht auf Befreiung ihrer Assistenten ausgestattet worden. Dazu würde auch die vom „Abkommen“ und WG (§ 37 Abs 4 lit b) vorgesehene Zustellung des Befreiungsbescheides an den Dienstgeber passen.

Doch diese Konstruktion ist nicht möglich, weil sie keine Deckung im Gesetz findet. Die beiden im WG vorgesehenen Möglichkeiten lassen keine dritte zu. Entweder geht es um öffentliche Interessen, dann wird das Verfahren amtswegig abgewickelt; für ein Antragsrecht des Wehrpflichtigen oder seines Dienstgebers bleibt in diesem Fall kein Raum¹²⁾. Oder es geht um private Interessen des Wehrpflichtigen, dann hat dieser — nicht aber auch sein Dienstgeber¹³⁾ — das Recht, ein Verfahren zu ihrer Wahrung in Gang zu setzen. Ein „privates“ Antragsrecht zur Verfolgung öffentlicher Interessen hingegen wäre systemwidrig. Die strenge Trennung der beiden Verfahrensarten drückt sich nicht zuletzt in der verschiedenen Zuständigkeit aus.

Auch zeigt die Entstehungsgeschichte des § 37 WG, daß der Gesetzgeber eine solche Konstruktion nicht gewollt hat. Anlässlich der WG-Novelle 1966 (BGBl 185) hat er eine analoge Regelung der Befreiung vom außerordentlichen Präsenzdienst mit der Begründung aufgehoben, daß „öffentliche Interessen letztlich nur von der Behörde selbst . . . wahrgenommen werden können“ und daß es daher „verfehlt“ sei, dem Wehrpflichtigen oder einem Dritten (dem Dienstgeber) ein Antragsrecht einzuräumen. Durch die Aufhebung dieser Bestimmung „würde auch dem Vorwurf einer sachlich nicht zu rechtfertigenden unterschiedlichen Behandlung (von Dienstgebern mit und ohne Antragsrecht — F. M.) begegnet werden“¹⁴⁾.

¹²⁾ VwSlg 9211 A/1976; ebenso VfSlg 8072/1977; vgl auch *Ermacora/Kopf/Neisser* (Hrsg), Das österreichische Wehrrecht I² (1980) 185. Nach VwSlg 8714 A/1974 kann eine Befreiungsentscheidung nicht mit einer Säumnisbeschwerde durchgesetzt werden.

¹³⁾ VwGH 15. 1. 1964, 630/63; VwSlg 6205 A/1964; VwGH 14. 12. 1966, 758/66; VwSlg 7042 A/1966; 7161 A/1968.

¹⁴⁾ RV: 47 BlgNR 11. GP (S 10).

Wenn also im „Abkommen“ von „Anträgen“ die Rede ist, geht es in Wirklichkeit nur um rechtlich unverbindliche Anregungen für eine amtswegige Befreiung. Das Verfahren kann auch ohne Zustimmung des Wehrpflichtigen oder seines Dienstgebers — eben „von Amts wegen“ — oder selbst gegen ihren ausdrücklichen Willen eröffnet werden. Der Wehrpflichtige und sein Dienstgeber haben kein Recht auf die Befreiung aus öffentlichen Interessen, ja nicht einmal ein Recht auf ein Verfahren. In diesem Sinn hat sich auch der VwGH ausgesprochen und dann gemeint: „Wenn die Behörde . . . den Wehrpflichtigen von dem Ergebnis ihrer Erwägungen verständigt, so hat sie keinesfalls über einen Anspruch des Wehrpflichtigen abgesprochen, weshalb diese Mitteilung kein Bescheid im Sinne des Art 131 Abs 1 Z 1 B-VG ist.“¹²⁾

Nun könnte einen diese Feststellung glauben lassen, daß weder die „Ablehnung“ noch die Gewährung der Befreiung ein Bescheid sei, weil der VwGH ganz allgemein vom „Ergebnis“ der Erwägungen der Behörde spricht. Das würde aber in Widerspruch zum WG stehen, denn in § 37 Abs 4 lit b ist ausdrücklich von „Bescheiden nach (§ 37 — F. M.) Abs 2 lit a“ die Rede. Will man diese Regelung nicht zum Irrtum des Gesetzgebers erklären, muß man unterscheiden: Die „Ablehnung“ der Befreiung ist eine Mitteilung der Behörde ohne Rechtsfolgen, weil sie die Rechtsstellung des Wehrpflichtigen nicht verändert; diese ist vor und nach der Mitteilung gleich. Die Gewährung nach der Befreiung hingegen hat Bescheidcharakter. Die Befreiung kann aber nur dann ein Bescheid sein, wenn sie subjektive Rechte gestaltet. Um welche subjektiven Rechte handelt es sich hier und wer ist ihr Träger?

Die einfachste Antwort darauf lautet: Die Befreiung beschränkt (oder verschiebt) die Pflicht zur Wehrdienstleistung des Wehrpflichtigen und gibt ihm damit ein subjektives Recht. Dies trifft sicherlich in den meisten Fällen der Befreiung aus öffentlichen Interessen zu, in den hier behandelten bereitet diese Lösung allerdings große Schwierigkeiten, wenn man versucht, sie mit den Zustellungsvorschriften des § 37 Abs 4 lit b WG zu vereinbaren.

Der Befreiungsbescheid ist nämlich, „sofern es sich um die Befreiung von Wehrpflichtigen wegen ihrer beruflichen Tätigkeit im Rahmen eines Dienstverhältnisses handelt, nur dem Dienstgeber zuzustellen“; dieser hat allerdings „den Wehrpflichtigen nachweislich ihre Befreiung unverzüglich mitzuteilen“. Wenn der Bescheid aber dem Wehrpflichtigen nicht zugestellt wird, wird er ihm gegenüber nicht wirksam, gestaltet also nicht seine subjektive Rechtssphäre. Nun könnte man freilich versuchen, die Mitteilungspflicht des Dienstgebers als besondere Zustellungsvorschrift an den Wehrpflichtigen zu deuten. Dies verbietet sich aber aus mehreren Gründen: Zunächst spricht schon der klare Wortlaut der Bestimmung (arg: „nur dem Dienstgeber“) gegen diese Auslegung; weiters wäre es unverständlich, warum der Gesetzgeber hier von der üblichen Regelung der Zustellung abgegangen sein sollte — es gibt keinen sachlichen Grund dafür; und schließlich würde eine solche Lösung eine Reihe

weiterer verfassungsrechtlicher Probleme schaffen — man denke nur etwa an die amtschaftsrechtlichen Folgen einer Verfehlung eines auf diese Weise in Dienst genommenen privaten Arbeitgebers.

Die ausschließliche Zustellung des Befreiungsbescheids an den Dienstgeber hat folgende Konsequenzen:

- Die Befreiung aus öffentlichen Interessen wegen einer beruflichen Tätigkeit des Wehrpflichtigen gibt *nur dessen Dienstgeber* ein subjektives Recht auf seine Nichteinberufung. Gegenüber dem Wehrpflichtigen entfaltet der Befreiungsbescheid lediglich Reflexwirkungen, er gestaltet aber nicht unmittelbar seine subjektiven Rechte und Pflichten.
- Wenn der Bescheid gegenüber dem Wehrpflichtigen nicht wirksam wird, kann er sich auch nicht darauf berufen; er kann also eine Einberufung trotz der Befreiung nicht verhindern.
- Schließlich kann sich der Wehrpflichtige auch gegen eine objektiv rechtswidrige Befreiung nicht wehren¹⁵⁾. Diese Tatsache erlangt dadurch Gewicht, daß die Befreiung nicht nur — wie es auf den ersten Blick scheint — begünstigend, sondern auch belastend wirken kann: Im Ergebnis bewirkt sie nämlich oftmals nur den Aufschub des Wehrdienstes. Verläßt etwa ein befreiter Assistent die Universität, muß er die entsprechende Zeit „nachdienen“. Das kann einen Wechsel des Berufs oder des Dienstgebers erschweren, weil viele Dienstgeber nur Bewerber mit vollständig abgeleistetem Wehrdienst anstellen. Die Befreiung kann also zur Belastung werden, indem sie die Leistung des Präsenzdienstes verhindert und damit die beruflichen Chancen des Wehrpflichtigen schmälert.

Unter diesem Gesichtspunkt ist die Konstruktion des Befreiungsverfahrens, wie sie das WG vorsieht, erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt, weil sie den Wehrpflichtigen zum rechtlosen Objekt behördlicher Verfügungen macht, die tief in seine Lebensgestaltung eingreifen können. Daß der Wehrpflichtige kein subjektives Recht auf ein Verfahren zur Befreiung aus öffentlichen Interessen haben kann, leuchtet ein; daß ihm das WG kein Recht auf eine Einberufung zu einem bestimmten Termin oder innerhalb eines bestimmten Zeitraums gibt¹⁶⁾, mag man noch hinnehmen; daß der Wehrpflichtige jedoch in einem amtswegigen Befreiungsverfahren keinerlei Recht auf Gehör hat und auch ein rechtswidriges Verfahrensergebnis nicht bekämpfen kann, obwohl es für Umfang und Zeitpunkt seiner Pflichten entscheidend ist und grundrechtlich geschützte Güter — die Freiheit der Berufswahl und -ausübung — berührt, dürfte mit dem

¹⁵⁾ Allfällige amtschaftsrechtliche Ansprüche und zivilrechtliche Schadenersatzansprüche gegen den Dienstgeber, der zB durch falsche Angaben den Befreiungsbescheid erschlichen hat, lasse ich hier außer acht.

¹⁶⁾ Anders aber das ZivildienstG BGBl 1974/187, das in § 10 Abs 1 dem Zivildienstler auf Antrag ein Recht auf „ehestmögliche“ Zuweisung (= Einberufung) gewährt; dazu Merli, Zivildienst und Rechtsstaat (in Druck).

rechtsstaatlichen Prinzip unserer Verfassung schwer zu vereinbaren sein¹⁷⁾).

Zu diesen Erwägungen aus allgemein rechtsstaatlicher Sicht gesellen sich noch spezifische Bedenken im Hinblick auf den Gleichheitssatz. In den übrigen Fällen einer Befreiung aus öffentlichen Interessen ist der Bescheid nämlich durchaus dem Wehrpflichtigen zuzustellen, und dieser erwirbt dadurch das subjektive Recht, nicht einberufen zu werden. Man könnte nun einwenden, daß in den hier behandelten Fällen, wo es um Befreiungen wegen beruflicher Tätigkeiten im Rahmen eines Dienstverhältnisses geht, die Befreiung eben gerade den Dienstgeber betreffe und daher ihm zugestellt werden müsse. Dieses Argument taugt freilich zur Begründung der Tatsache, daß auch dem Dienstgeber aus dem Befreiungsbescheid Rechte erwachsen sollen; es geht aber ins Leere, wenn sich die Frage stellt, warum der Bescheid *ausschließlich* dem Dienstgeber gegenüber wirksam werden soll. Der Eingriff in Lebensverhältnisse des Wehrpflichtigen ist in beiden Fällen gleich und von der Art des öffentlichen Interesses, das die Befreiung erfordert, unabhängig. Aus diesem Grund muß die sachliche Rechtfertigung der verschiedenen Behandlung von Befreiungen wegen beruflicher Tätigkeit und von Befreiungen aus anderen öffentlichen Interessen bezweifelt werden.

Solange die Befreiung aufrecht ist, darf der Wehrpflichtige nicht zum Präsenzdienst einberufen werden. Dort, wo der Befreiungsbescheid dem Wehrpflichtigen Rechte verleiht, könnte dieser gegen eine Einberufung — sofern sie in Bescheidform und nicht durch allgemeine Bekanntmachung erfolgt — vor dem VwGH Beschwerde führen und müßte recht behalten. Wenn der Befreiungsbescheid aber — wie in unseren Fällen — den Dienstgeber berechtigt, muß dieser die Einberufung seines Dienstnehmers bekämpfen können, weil er es ist, den sie in einem subjektiven Recht verletzt. Voraussetzung dafür ist, daß der Einberufungsbefehl auch dem Dienstgeber zugestellt wird, was er konsequenterweise müßte verlangen können.

B. Bestandskraft der Befreiungsentscheidung

Wie steht es aber mit der Bestandskraft der Befreiungsentscheidung? Der BMLV darf die Befreiung nur aussprechen, „wenn und solange“ die Voraussetzungen dafür bestehen. Diese Wendung des § 37 WG nimmt er in der Praxis zum Anlaß, auch den Befreiungsbescheid selbst bedingt zu erlassen. So heißt es etwa im Spruch: „Dieser Bescheid verliert seine Wirksamkeit, wenn die Voraussetzungen für die Befreiung weggefallen sind.“ Eine solche Formulierung weckt Bedenken. Nach § 59 Abs 1 AVG hat der Spruch die Sache „in möglichst gedrängter, deutlicher Fassung“ zu erledigen. Das Deutlichkeitsgebot gilt auch für die Nebenbestimmungen wie hier die Normierung der bedingten Geltung des Bescheides, weil sie Teil des

Spruches sind¹⁸⁾. Die zitierte Fassung des Bescheides läßt den Wehrpflichtigen und seinen Dienstgeber aber nicht erkennen, wann der Bescheid seine Wirksamkeit verliert. Die Befreiungsvoraussetzungen liegen nämlich nicht nur in ihrer Sphäre — dazu gehört, daß der Wehrpflichtige einen bestimmten Beruf ausübt —, sondern auch in jener des BMLV: Dessen Bewertung einer bestimmten Konstellation öffentlicher Interessen ist Grundlage für die Befreiung. Wie sollen Dienstgeber und Wehrpflichtiger nun wissen, ob sich eine Verschiebung dieser öffentlichen Interessen ergeben hat? Ein Unwirksamwerden des Befreiungsbescheides von selbst ist daher aus Gründen der Rechtssicherheit, wenn überhaupt, so nur dann möglich, wenn Befreiungsvoraussetzungen in der Person des Wehrpflichtigen wegfallen — wenn er also etwa seinen Beruf wechselt¹⁹⁾. Wenn sich jedoch eine veränderte Konstellation öffentlicher Interessen ergibt, hat der BMLV die Befreiung durch einen eigenen Bescheid aufzuheben, für den § 37 WG eine ausreichende Grundlage bietet. Der aufhebende Bescheid kann sich hingegen nicht auf § 68 Abs 2 AVG stützen, weil er ein subjektives Recht beseitigt. Aus diesem Grund unterliegt er auch der Anfechtung beim VwGH, der eine Ermessensprüfung im Sinne des Art 130 Abs 2 B-VG vorzunehmen hat, und allenfalls beim VfGH. Anfechtungsberechtigt ist in unseren Fällen der Dienstgeber, weil nur er hier aus dem aufzuhebenden Bescheid Rechte ableiten kann. In den übrigen Fällen einer Befreiung aus öffentlichen Interessen ist der Wehrpflichtige beschwerdelegitimiert, weil die Befreiung dort ihm Rechte verleiht.

Die Befreiung kann also unter bestimmten Umständen ihre Wirksamkeit von selbst verlieren; ansonsten muß sie zurückgenommen werden. Eine Aufhebung der Befreiung in einem gegen sie angestregten Rechtsmittelverfahren dürfte in den Fällen, wo die berufliche Tätigkeit des Wehrpflichtigen ihren Grund abgibt, dagegen nicht in Frage kommen: Die Ablehnung der Befreiung ist — wie gezeigt — kein Bescheid und kann daher auch nicht angefochten werden. Wird die Befreiung jedoch gewährt, betrifft sie nur den Dienstgeber — für diesen wirkt sie aber ausschließlich begünstigend. Denn mag er damit auch nicht einverstanden sein (weil er zB eine Zeit lang lieber ohne seinen Dienstnehmer arbeiten möchte), so ist doch kein subjektives Recht ersichtlich, das durch eine rechtswidrige Befreiung verletzt sein könnte. Für eine Beschwerde gegen den Befreiungsbescheid fehlt dem Dienstgeber also das Rechtsschutzinteresse.

In den übrigen Fällen einer Befreiung aus öffentlichen Interessen ist eine Beschwerde des Wehr-

¹⁸⁾ Adamovich/Funk, Verwaltungsrecht² 371.

¹⁹⁾ Das Unwirksamwerden ergibt sich aber, streng genommen, nicht aus einer entsprechenden Bestimmung des Befreiungsbescheides, sondern daraus, daß der Bescheid über eine bestimmte Verwaltungssache entscheidet, seine Geltung sich aber nicht auf andere Sachen erstrecken kann. Durch den Wegfall der Befreiungsvoraussetzungen, die in der Person des Wehrpflichtigen liegen, hat sich der Sachverhalt so verändert, daß nicht mehr dieselbe Sache vorliegt, auf die sich die Geltung des Befreiungsbescheides erstreckte; vgl. Robert Walter/Heinz Mayer, Grundriß des österreichischen Verwaltungsverfahrensrechts³ (1984) 159 f mwN.

¹⁷⁾ Zur Garantie subjektiver Rechte durch das rechtsstaatliche Prinzip vgl. Heinz Mayer, Der Parteibegriff im allgemeinen Verwaltungsverfahren, ZfV 1977, 485 (488); Neisser/Schantl/Welan, Betrachtungen zur Judikatur des Verfassungsgerichtshofes (Slg 1966), ÖJZ 1968, 533 (536).

pflichtigen hingegen wohl denkbar. Auch eine Befreiung, aus familienpolitischen Interessen kann die beruflichen Chancen des betroffenen Wehrpflichtigen mindern. Er könnte sich daher auf seine grundrechtlich garantierte Freiheit der Berufswahl (Art 18 StGG) und -ausübung (Art 6 StGG) berufen. Zwar sind Einschränkungen dieser Rechte zulässig: Art 6 StGG enthält einen ausdrücklichen Gesetzesvorbehalt, und zu Art 18 StGG hat der VfGH entschieden, daß das Recht auf freie Berufswahl im Zusammenhang mit der verfassungsrechtlich verankerten allgemeinen Wehrpflicht (Art 9 a Abs 3 B-VG) zu sehen und „insoweit eingeschränkt“ sei²⁰). Doch bedeutet das nicht, daß diese grundrechtlichen Ansprüche im Bereich des Wehrrechts völlig beseitigt sind: Der VfGH prüft die behördliche Anwendung der einschränkenden gesetzlichen Bestimmungen auf „Denkunmöglichkeit“ und Willkür und überläßt dem VfGH die Kontrolle auf weniger krasse Auslegungsfehler. Es wäre somit vorstellbar, daß ein Wehrpflichtiger die Aufhebung eines rechtswidrigen Befreiungsbescheides erwirkt, wenn er nachweist, daß ihm aus der Befreiung berufliche Nachteile erwachsen²¹). Freilich trägt diese letzte Erwägung eher spekulativen Charakter, weil kein Grund zu sehen ist, warum ein Wehrpflichtiger in diesen Fällen rechtswidrigerweise gegen seinen Willen befreit werden sollte: Ein mögliches Interesse daran hat ja nur sein Dienstgeber; dieser ist aber besser beraten, wenn er eine Befreiung wegen der beruflichen Tätigkeit des Wehrpflichtigen anregt, gegen die dieser sich nicht wehren kann.

V. Zusammenfassung

- (1) In Österreich werden Angehörige nicht weniger Berufsgruppen aus öffentlichen Interessen von der Verpflichtung zur Leistung des Wehrdienstes in verschiedenem Umfang befreit. Zusagen über die Befreiung macht der BMLV regelmäßig in „Abkommen“, die er mit Vertretern der Dienstgeber der betroffenen Berufsgruppen abschließt. Diese „Abkommen“ sind jedoch rechtlich unverbindlich und können keine taugliche Grundlage für die Befreiungsentscheidungen abgeben.
- (2) Das WG räumt dem BMLV bei der Befreiungsentscheidung Ermessen ein. Für seine Determinierung kann vor allem der Gleichheitssatz dienstbar gemacht werden, der eine Stimmigkeit der den

Befreiungen zugrundeliegenden Wertungen untereinander und ihre Vereinbarkeit mit der Rechtsordnung als Ganzes verlangt.

- (3) Die in den „Abkommen“ niedergelegte Befreiungspraxis läßt kein Wertungssystem erkennen und wirkt daher gleichheitswidrig. Konsequenterweise angewandt, müßte sie zur Aushöhlung der allgemeinen Wehrpflicht führen.
- (4) Trotz der irreführenden Terminologie mancher „Abkommen“ hat niemand ein subjektives Recht auf ein Verfahren und eine Befreiung aus öffentlichen Interessen. Die Ablehnung der Befreiung ist kein Bescheid, weil sie die Rechtsstellung des Wehrpflichtigen nicht verändert. Die Gewährung der Befreiung dagegen hat Bescheidcharakter, weil sie seine Pflichten beschränkt oder aufschiebt und insofern subjektive Rechte schafft.
- (5) Die in dieser Arbeit im Vordergrund stehenden Befreiungen aus öffentlichen Interessen wegen der beruflichen Tätigkeit des Wehrpflichtigen im Rahmen eines Dienstverhältnisses stellen jedoch einen Sonderfall dar: Wie sich aus den Zustellungsbestimmungen des WG ergibt, gewährt der Befreiungsbescheid in diesen Fällen nur dem Dienstgeber, nicht aber auch dem Wehrpflichtigen subjektive Rechte. Diese Regelung begegnet erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken im Hinblick auf das rechtsstaatliche Prinzip und den Gleichheitssatz, weil sie zur Folge hat, daß sich der Wehrpflichtige im Gegensatz zu den anderen Befreiungsfällen nicht auf die Befreiung berufen kann und auch eine offensichtlich rechtswidrige Befreiung hinnehmen muß, obwohl sie ihn in seinen beruflichen Aussichten schädigen kann.
- (6) Solange die Befreiung aufrecht ist, kann der Dienstgeber des Wehrpflichtigen, in den anderen Befreiungsfällen der Wehrpflichtige selbst, eine Einberufung zum Präsenzdienst verhindern. Die Befreiung verliert ihre Wirksamkeit, wenn in der Person des Wehrpflichtigen gelegene Befreiungsvoraussetzungen wegfallen; bestehen andere Voraussetzungen nicht mehr, muß sie durch einen eigenen Bescheid des BMLV zurückgenommen werden, der der Anfechtung bei den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts unterliegt. Beschwerdelegitimiert ist in den Fällen der Befreiung wegen beruflicher Tätigkeiten der Dienstgeber, ansonsten der Wehrpflichtige.
- (7) Eine Anfechtung des Befreiungsbescheides ist nicht möglich, wenn die Befreiung wegen der beruflichen Tätigkeit des Wehrpflichtigen erfolgte: Diesem gegenüber wird die Befreiung ja gar nicht wirksam, sein Dienstgeber aber hat kein Rechtsschutzinteresse. In den übrigen Befreiungsfällen ist aber eine Beschwerde des Wehrpflichtigen gegen eine rechtswidrige Befreiung denkbar, wenn er zeigen kann, daß ihm aus ihr berufliche Nachteile erwachsen, die einen Eingriff in die grundrechtlich geschützte Freiheit der Berufswahl und -ausübung bedeuten.

²⁰) VfSlg 8372/1978.

²¹) Konsequenterweise müßte man sich fragen, ob nicht der mögliche Eingriff in das Grundrecht auch Folgen für das Verfahren bis zur Befreiung haben muß; ob also der Anspruch auf freie Berufswahl und -ausübung ein „rechtliches Interesse“ iS des § 8 AVG ist, der dem Wehrpflichtigen Parteistellung im Verfahren verleiht. Denn daß er keinen Anspruch auf ein Verfahren hat, muß ja nicht bedeuten, daß er auch keine Rechte im Verfahren hat, wenn es eröffnet wird. Und in der Tat wäre es nur folgerichtig, jemandem, dessen (grund-)rechtliche Interessen in einem Verfahren berührt werden, darin auch ein Mitspracherecht einzuräumen. Allerdings setzt diese Auffassung voraus, daß sich die Parteistellung auch aus Grundrechten ableiten läßt, was im Widerspruch zur Rsp des VfGH steht (vgl VfSlg 6664/1972).