

TE Bvwg Erkenntnis 2018/2/28 W170 2162348-1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 28.02.2018

Entscheidungsdatum

28.02.2018

Norm

AVG §73

AVG §8

BDG 1979 §117

BDG 1979 §43 Abs2

BDG 1979 §92 Abs1 Z3

BDG 1979 §93 Abs1

B-VG Art.130 Abs1 Z1

B-VG Art.133 Abs4

VwGVG §17

VwGVG §28 Abs2

1. AVG § 73 heute
2. AVG § 73 gültig ab 15.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018
3. AVG § 73 gültig von 01.01.2014 bis 14.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
4. AVG § 73 gültig von 20.04.2002 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 65/2002
5. AVG § 73 gültig von 01.01.1999 bis 19.04.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998
6. AVG § 73 gültig von 01.07.1995 bis 31.12.1998 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 471/1995
7. AVG § 73 gültig von 01.02.1991 bis 30.06.1995

1. AVG § 8 heute
2. AVG § 8 gültig ab 01.02.1991

1. BDG 1979 § 117 heute
2. BDG 1979 § 117 gültig ab 10.10.2024 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 143/2024
3. BDG 1979 § 117 gültig von 01.01.2023 bis 09.10.2024 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 205/2022
4. BDG 1979 § 117 gültig von 09.07.2019 bis 31.12.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 58/2019
5. BDG 1979 § 117 gültig von 01.09.1988 bis 08.07.2019 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 287/1988
6. BDG 1979 § 117 gültig von 01.01.1980 bis 31.08.1988

1. BDG 1979 § 43 heute
2. BDG 1979 § 43 gültig ab 10.10.2024 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 143/2024
3. BDG 1979 § 43 gültig von 31.12.2009 bis 09.10.2024 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 153/2009

4. BDG 1979 § 43 gültig von 29.05.2002 bis 30.12.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 87/2002
5. BDG 1979 § 43 gültig von 01.07.1997 bis 28.05.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 61/1997
6. BDG 1979 § 43 gültig von 01.01.1980 bis 30.06.1997

1. BDG 1979 § 92 heute
2. BDG 1979 § 92 gültig ab 01.01.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 205/2022
3. BDG 1979 § 92 gültig von 09.07.2019 bis 31.12.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 58/2019
4. BDG 1979 § 92 gültig von 01.01.2012 bis 08.07.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 140/2011
5. BDG 1979 § 92 gültig von 01.05.1995 bis 31.12.2011 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 297/1995
6. BDG 1979 § 92 gültig von 05.03.1983 bis 30.04.1995 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 137/1983

1. BDG 1979 § 93 heute
2. BDG 1979 § 93 gültig ab 01.01.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 147/2008
3. BDG 1979 § 93 gültig von 01.01.1980 bis 31.12.2008

1. B-VG Art. 130 heute
2. B-VG Art. 130 gültig ab 01.02.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 14/2019
3. B-VG Art. 130 gültig von 01.01.2019 bis 31.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
4. B-VG Art. 130 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
5. B-VG Art. 130 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
6. B-VG Art. 130 gültig von 01.01.2015 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 101/2014
7. B-VG Art. 130 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 115/2013
8. B-VG Art. 130 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
9. B-VG Art. 130 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
10. B-VG Art. 130 gültig von 01.01.1998 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 87/1997
11. B-VG Art. 130 gültig von 01.01.1991 bis 31.12.1997 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 685/1988
12. B-VG Art. 130 gültig von 01.07.1976 bis 31.12.1990 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 302/1975
13. B-VG Art. 130 gültig von 18.07.1962 bis 30.06.1976 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 215/1962
14. B-VG Art. 130 gültig von 25.12.1946 bis 17.07.1962 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
15. B-VG Art. 130 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
16. B-VG Art. 130 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

1. B-VG Art. 133 heute
2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

1. VwGVG § 17 heute
2. VwGVG § 17 gültig ab 01.01.2014

1. VwGVG § 28 heute
2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018

Spruch

W170 2162348-1/21E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Thomas MARTH als Vorsitzenden, der fachkundigen

Laienrichterin Dr.in Anna ZAUNER als Beisitzerin und den fachkundigen Laienrichter Ass. Prof. Mag. Dr. Bernhard SCHERL als Beisitzer über die Beschwerde des Disziplinaranwaltes XXXX gegen das Disziplinarerkenntnis der Disziplinkommission beim Bundesministerium für Justiz (jetzt: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Thomas MARTH als Vorsitzenden, der fachkundigen Laienrichterin Dr.in Anna ZAUNER als Beisitzerin und den fachkundigen Laienrichter Ass. Prof. Mag. Dr. Bernhard SCHERL als Beisitzer über die Beschwerde des Disziplinaranwaltes römisch 40 gegen das Disziplinarerkenntnis der Disziplinkommission beim Bundesministerium für Justiz (jetzt:

Bundesministerium für Verfassung, Reformen, Deregulierung und Justiz), Senat 2, vom 14.02.2017, Zl. 102Ds2/17a, in Bezug auf die Höhe der verhängten Strafe und das Unterbleiben des Kostenausspruches, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung zu Recht erkannt (Beschuldigte: XXXX , vertreten durch Rechtsanwalt Mag. Dietmar KRAMMER, MA): Bundesministerium für Verfassung, Reformen, Deregulierung und Justiz), Senat 2, vom 14.02.2017, Zl. 102Ds2/17a, in Bezug auf die Höhe der verhängten Strafe und das Unterbleiben des Kostenausspruches, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung zu Recht erkannt (Beschuldigte: römisch 40 , vertreten durch Rechtsanwalt Mag. Dietmar KRAMMER, MA):

A) I. Der Beschwerde des Disziplinaranwaltes gegen die Strafhöhe im Disziplinarerkenntnis der Disziplinkommission beim Bundesministerium für Justiz (jetzt: Bundesministerium für Verfassung, Reformen, Deregulierung und Justiz), Senat 2, vom 14.02.2017, Zl. 102Ds2/17a, wird mit der Maßgabe stattgegeben, dass A) römisch eins. Der Beschwerde des Disziplinaranwaltes gegen die Strafhöhe im Disziplinarerkenntnis der Disziplinkommission beim Bundesministerium für Justiz (jetzt: Bundesministerium für Verfassung, Reformen, Deregulierung und Justiz), Senat 2, vom 14.02.2017, Zl. 102Ds2/17a, wird mit der Maßgabe stattgegeben, dass

XXXX statt mit einer Geldbuße in der Höhe eines Drittels eines Monatsbezuges mit einer Geldstrafe in der Höhe von einem Monatsbezug bestraft wird. römisch 40 statt mit einer Geldbuße in der Höhe eines Drittels eines Monatsbezuges mit einer Geldstrafe in der Höhe von einem Monatsbezug bestraft wird.

II. XXXX hat keine Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen. römisch zwei. römisch 40 hat keine Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen.

III. Der Antrag des Disziplinaranwaltes, einen Ausspruch über die Kostentragung zu erlassen, wird als unzulässig zurückgewiesen. römisch drei. Der Antrag des Disziplinaranwaltes, einen Ausspruch über die Kostentragung zu erlassen, wird als unzulässig zurückgewiesen.

B) Die Revision ist hinsichtlich der Spruchteile A) I. und IIIB) Die Revision ist hinsichtlich der Spruchteile A) römisch eins. und römisch drei.

gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, hinsichtlich des Spruchteils A) II. zulässig gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig, hinsichtlich des Spruchteils A) römisch zwei. zulässig.

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang: römisch eins. Verfahrensgang:

XXXX (in Folge: Mitbeteiligte), eine Justizwachebeamtin, die ihren Dienst in der Justizanstalt Wien-Favoriten versieht, stand im Rahmen von Polizeiermittlungen im Suchtgiftmilieu im Verdacht, seit zumindest 18.02.2015 Suchtgift konsumiert und weitergegeben zu haben. römisch 40 (in Folge: Mitbeteiligte), eine Justizwachebeamtin, die ihren Dienst in der Justizanstalt Wien-Favoriten versieht, stand im Rahmen von Polizeiermittlungen im Suchtgiftmilieu im Verdacht, seit zumindest 18.02.2015 Suchtgift konsumiert und weitergegeben zu haben.

Nach Erstattung einer entsprechenden Anzeige durch die Dienstbehörde sowie Einleitung und Durchführung eines Disziplinarverfahrens durch die Disziplinkommission beim Bundesministerium für Justiz (jetzt:

Bundesministerium für Verfassung, Reformen, Deregulierung und Justiz), Senat 2 (in Folge: belangte Behörde), in dessen Rahmen die Mitbeteiligte auch suspendiert wurde, wurde von der belangten Behörde gegen die Mitbeteiligte das im Spruch beschriebene Straferkenntnis erlassen, und die Mitbeteiligte schuldig gesprochen, sie habe als Justizwachebeamtin der Justizanstalt Wien-Favoriten zu nicht näher bekannten Zeitpunkten ab 18.02.2015 in Wien ca.

fünf Mal gemeinsam mit einer Kollegin Kokain konsumiert sowie versucht, an weitere Personen Suchtgift ohne Gewinnaufschlag weiterzugeben, und dadurch schuldhaft gegen ihre allgemeinen Dienstpflichten verstoßen. Daher wurde gegen die Mitbeteiligte eine Geldbuße in der Höhe eines Drittels eines Monatsbezuges verhängt.

Begründend wurde in der Strafbemessung der bisher ordentliche Lebenswandel, die reumütige und umfassend geständige Verantwortung und die erhebliche psychische Beeinträchtigung zum Zeitpunkt der Disziplinarvergehen der Mitbeteiligten mildernd, die mehrfache Tatbegehung erschwerend gewertet.

Das Disziplinarerkenntnis wurde der Mitbeteiligten am 07.03.2017, der Disziplinaranwältin am 03.03.2017 zugestellt.

In einer rechtzeitig eingebrachten Beschwerde wurde vom im Spruch genannten, zuständigen Disziplinaranwalt unter anderem Beschwerde gegen die Strafhöhe erhoben, im Wesentlichen mit der Begründung, dass sich die Strafbemessung nicht auf näher bezeichnete, fehlende Feststellungen stützen könne und insbesondere der Milderungsgrund der erheblichen psychischen Beeinträchtigung mangels näherer Feststellungen nicht nachvollziehbar sei.

Die Beschwerde wurde am 30.03.2017 bei der belangten Behörde eingebracht und der Mitbeteiligten von der belangten Behörde zur Kenntnis gebracht, die daraufhin eine Stellungnahme erstattete.

Nach Vorlage der Beschwerde und der Verwaltungsakte am 23.06.2017 wurde die Mitbeteiligte einer sachverständigen Befundung durch eine gerichtlich beeidete Sachverständige für Neurologie, Psychiatrie und Psychotherapeutische Medizin zugeführt und nach Erstattung des Gutachtens und entsprechendem Parteiengehör vom erkennenden Senat am 13.02.2018 eine mündliche Verhandlung durchgeführt und nach dieser in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen, das gegenständliche Erkenntnis zu erlassen.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat über die zulässige und rechtzeitige Beschwerde erwogenrömisch zwei. Das Bundesverwaltungsgericht hat über die zulässige und rechtzeitige Beschwerde erwogen:

1. Feststellungen:

1.1. Zum Verfahren:

Mit Disziplinarerkenntnis der Disziplinarcommission beim Bundesministerium für Justiz (jetzt: Bundesministerium für Verfassung, Reformen, Deregulierung und Justiz), Senat 2, vom 14.02.2017, Zl. 102Ds2/17a, wurde XXXX schuldig gesprochen, sie habe als Justizwachebeamtin der Justizanstalt Wien-Favoriten zu nicht näher bekannten Zeitpunkten ab 18.02.2015 in Wien ca. fünf Mal gemeinsam mit einer Kollegin Kokain konsumiert sowie versucht, an weitere Personen Suchtgift ohne Gewinnaufschlag weiterzugeben, und dadurch schuldhaft gegen ihre allgemeinen Dienstpflichten verstoßen, wonach sie verpflichtet ist, in ihrem gesamten Verhalten darauf Bedacht zu nehmen, dass das Vertrauen der Allgemeinheit in die sachliche Wahrnehmung ihrer dienstlichen Aufgaben erhalten bleibt (§ 43 Abs. 2 BDG) und hiedurch schuldhaft Dienstpflichtverletzungen nach § 91 BDG begangen. XXXX wurde hiefür gemäß § 92 Abs. 1 Z 2 BDG mit einer Geldbuße in der Höhe eines Drittels eines Monatsbezuges bestraft. Das Disziplinarerkenntnis enthielt keinen Kostenausspruch. Mit Disziplinarerkenntnis der Disziplinarcommission beim Bundesministerium für Justiz (jetzt: Bundesministerium für Verfassung, Reformen, Deregulierung und Justiz), Senat 2, vom 14.02.2017, Zl. 102Ds2/17a, wurde römisch 40 schuldig gesprochen, sie habe als Justizwachebeamtin der Justizanstalt Wien-Favoriten zu nicht näher bekannten Zeitpunkten ab 18.02.2015 in Wien ca. fünf Mal gemeinsam mit einer Kollegin Kokain konsumiert sowie versucht, an weitere Personen Suchtgift ohne Gewinnaufschlag weiterzugeben, und dadurch schuldhaft gegen ihre allgemeinen Dienstpflichten verstoßen, wonach sie verpflichtet ist, in ihrem gesamten Verhalten darauf Bedacht zu nehmen, dass das Vertrauen der Allgemeinheit in die sachliche Wahrnehmung ihrer dienstlichen Aufgaben erhalten bleibt (Paragraph 43, Absatz 2, BDG) und hiedurch schuldhaft Dienstpflichtverletzungen nach Paragraph 91, BDG begangen. römisch 40 wurde hiefür gemäß Paragraph 92, Absatz eins, Ziffer 2, BDG mit einer Geldbuße in der Höhe eines Drittels eines Monatsbezuges bestraft. Das Disziplinarerkenntnis enthielt keinen Kostenausspruch.

Das Disziplinarerkenntnis wurde XXXX am 07.03.2017, der Disziplinaranwältin am 03.03.2017 zugestellt. Das Disziplinarerkenntnis wurde römisch 40 am 07.03.2017, der Disziplinaranwältin am 03.03.2017 zugestellt.

Mit Schriftsatz vom 30.03.2017, am gleichen Tag bei der belangten Behörde eingelangt, erhob der Disziplinaranwalt das Rechtsmittel der Beschwerde in Bezug auf die Höhe der verhängten Strafe und das Unterbleiben des Kostenausspruches.

1.2. Zur Person der Mitbeteiligten:

XXXX war im Tatzeitraum und ist derzeit Justizwachebeamtin in der Justizanstalt Wien-Favoriten, wo sie im Tatzeitraum als stellvertretende Abteilungskommandantin der Abteilung "Freigang-Frauen" eingesetzt war. Sie ist der Verwendungsgruppe E2a, Funktionsgruppe 1, Funktionsstufe 1, Gehaltsstufe 7 zugeordnet. römisch 40 war im Tatzeitraum und ist derzeit Justizwachebeamtin in der Justizanstalt Wien-Favoriten, wo sie im Tatzeitraum als stellvertretende Abteilungskommandantin der Abteilung "Freigang-Frauen" eingesetzt war. Sie ist der Verwendungsgruppe E2a, Funktionsgruppe 1, Funktionsstufe 1, Gehaltsstufe 7 zugeordnet.

XXXX befindet sich seit Frühling 2015 im Krankenstand. römisch 40 befindet sich seit Frühling 2015 im Krankenstand.

XXXX lebt in einer Lebensgemeinschaft, hat keine Sorgepflichten, kein Vermögen und Schulden in der Höhe von € 30.000; sie verdient monatlich derzeit rund brutto € 1.500. römisch 40 lebt in einer Lebensgemeinschaft, hat keine Sorgepflichten, kein Vermögen und Schulden in der Höhe von € 30.000; sie verdient monatlich derzeit rund brutto € 1.500.

XXXX ist bis dato disziplinarrechtlich unbescholten. römisch 40 ist bis dato disziplinarrechtlich unbescholten.

XXXX unterzieht sich derzeit einer Suchtmittelentwöhnung, diese wurde von der Staatsanwaltschaft angeordnet. römisch 40 unterzieht sich derzeit einer Suchtmittelentwöhnung, diese wurde von der Staatsanwaltschaft angeordnet.

1.3. Zum disziplinarrechtlich zu beurteilenden Sachverhalt:

Die Justizanstalt Wien-Favoriten hat einen Behandlungsauftrag für jene Straftäter/innen, die im Zusammenhang mit dem Konsum von berauschenden Substanzen ein Delikt begangen haben und durch ein Strafgericht eingewiesen wurden, außerdem können sich auch Strafgefangene anderer Justizanstalten auf eigenen Wunsch um eine Aufnahme zur Suchtbehandlung bewerben.

XXXX hat zu nicht näher bekannten Zeitpunkten ab 18.02.2015 bis zum 14.02.2017 in Wien vorsätzlich ca. fünf Mal Kokain konsumiert sowie vorsätzlich versucht, an weitere Personen Suchtgift ohne Gewinnaufschlag weiterzugeben. römisch 40 hat zu nicht näher bekannten Zeitpunkten ab 18.02.2015 bis zum 14.02.2017 in Wien vorsätzlich ca. fünf Mal Kokain konsumiert sowie vorsätzlich versucht, an weitere Personen Suchtgift ohne Gewinnaufschlag weiterzugeben.

Die Staatsanwaltschaft Wien ist von der Verfolgung der XXXX wegen § 27 Abs. 1 Suchtmittelgesetz, BGBl. I Nr. 112/1997 in der Fassung BGBl. I Nr. 116/2017 (in Folge: SMG), gemäß § 35 SMG vorläufig unter Bestimmung einer Probezeit von zwei Jahren zurückgetreten. Die Staatsanwaltschaft Wien ist von der Verfolgung der römisch 40 wegen Paragraph 27, Absatz eins, Suchtmittelgesetz, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 112 aus 1997, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 116 aus 2017, (in Folge: SMG), gemäß Paragraph 35, SMG vorläufig unter Bestimmung einer Probezeit von zwei Jahren zurückgetreten.

XXXX ist hinsichtlich des oben dargestellten Suchtmittelmissbrauchs geständig und hat glaubhaft gemacht, dass sie ihre Taten bereut. römisch 40 ist hinsichtlich des oben dargestellten Suchtmittelmissbrauchs geständig und hat glaubhaft gemacht, dass sie ihre Taten bereut.

XXXX hat den Suchtgiftkonsum teilweise gemeinsam mit einer Kollegin aus der Justizanstalt Wien-Favoriten durchgeführt; der Konsum fand immer nur außerdienstlich und unter Einfluss von Alkohol statt. römisch 40 hat den Suchtgiftkonsum teilweise gemeinsam mit einer Kollegin aus der Justizanstalt Wien-Favoriten durchgeführt; der Konsum fand immer nur außerdienstlich und unter Einfluss von Alkohol statt.

XXXX befand sich im Tatzeitraum in einer schwierigen, belastenden Lebensphase, jedoch in keinem Zustand, der einer Geisteskrankheit, einer geistigen Behinderung, einer tiefgreifenden Bewusstseinsstörung oder einer anderen schweren, einem dieser Zustände gleichwertigen seelischen Störung nahekommte. Allerdings war die psychische Stabilität der XXXX aufgrund der störungsimmanenten emotionalen Instabilität, die durch den Substanzenmissbrauch noch verstärkt wurde, als im besagten Zeitraum als beeinträchtigt zu beurteilen, jedoch nicht in einem Ausmaß, dass die Diskretions- und Dispositionsfähigkeit als aufgehoben angenommen werden kann. XXXX war im Tatzeitraum nicht suchtmittelabhängig. römisch 40 befand sich im Tatzeitraum in einer schwierigen, belastenden Lebensphase, jedoch in keinem Zustand, der einer Geisteskrankheit, einer geistigen Behinderung, einer tiefgreifenden Bewusstseinsstörung

oder einer anderen schweren, einem dieser Zustände gleichwertigen seelischen Störung nahekommt. Allerdings war die psychische Stabilität der römisch 40 aufgrund der störungsimmanenten emotionalen Instabilität, die durch den Substanzenmissbrauch noch verstärkt wurde, als im besagten Zeitraum als beeinträchtigt zu beurteilen, jedoch nicht in einem Ausmaß, dass die Diskretions- und Dispositionsfähigkeit als aufgehoben angenommen werden kann. römisch 40 war im Tatzeitraum nicht suchtmittelabhängig.

Es wäre XXXX im Tatzeitraum daher möglich gewesen, auf den Konsum und die Weitergabe des Suchtgiftes zu verzichten. Es wäre römisch 40 im Tatzeitraum daher möglich gewesen, auf den Konsum und die Weitergabe des Suchtgiftes zu verzichten.

2. Beweiswürdigung:

2.1. Die Feststellungen zu 1.1. ergeben sich aus dem vorliegenden Verwaltungs- und Gerichtsakt.

2.2. Die Feststellungen zu 1.2. ergeben sich hinsichtlich der dienstrechtlichen Stellung, hinsichtlich der disziplinarrechtlichen Unbescholtenheit der Mitbeteiligten sowie hinsichtlich deren Krankenstandes aus dem Verwaltungsakt und deren Aussagen in der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht.

Darüber hinaus ergeben sich die Feststellungen hinsichtlich des Familienstandes, der Sorgepflichten, des Vermögens, der Schulden und des monatlichen Bruttoverdienstes sowie der von der Mitbeteiligten wahrgenommenen Suchtmittelentwöhnung aus den diesbezüglich glaubhaften Aussagen der Mitbeteiligten.

2.3. Beweiswürdigend ist zu den Feststellungen unter 1.3. auszuführen:

Hinsichtlich des Behandlungsauftrages der Justizanstalt Wien-Favoriten ist auf das in der mündlichen Verhandlung unwidersprochen in das Verfahren eingeführte Ermittlungsergebnis zu verweisen.

Hinsichtlich der Tatbeschreibung ist auf das in Bezug auf den Schuldspruch rechtskräftige Disziplinarerkenntnis der Disziplinarkommission beim Bundesministerium für Justiz (jetzt:

Bundesministerium für Verfassung, Reformen, Deregulierung und Justiz), Senat 2, vom 14.02.2017, Zl. 102Ds2/17a, zu verweisen.

Hinsichtlich der Feststellung, dass die Staatsanwaltschaft Wien von der Verfolgung der Mitbeteiligten wegen § 27 Abs. 1 SMG gemäß § 35 SMG, vorläufig unter Bestimmung einer Probezeit von zwei Jahren zurückgetreten ist, ist auf die Aktenlage zu verweisen. Hinsichtlich der Feststellung, dass die Staatsanwaltschaft Wien von der Verfolgung der Mitbeteiligten wegen Paragraph 27, Absatz eins, SMG gemäß Paragraph 35, SMG, vorläufig unter Bestimmung einer Probezeit von zwei Jahren zurückgetreten ist, ist auf die Aktenlage zu verweisen.

Hinsichtlich des Umstandes, dass die Mitbeteiligte diesbezüglich geständig ist und glaubhaft gemacht hat, dass sie ihre Taten bereut, ist auf den persönlichen Eindruck des erkennenden Senates in der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht zu verweisen.

Hinsichtlich der Feststellung, dass die Mitbeteiligte den Suchtgiftkonsum teilweise gemeinsam mit einer Kollegin aus der Justizanstalt Wien-Favoriten durchgeführt hat und der Konsum immer nur außerdienstlich und unter Einfluss von Alkohol stattfand, ist auf die diesbezüglich glaubwürdige Verantwortung der Mitbeteiligten in der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht zu verweisen.

Hinsichtlich der Feststellung zur psychischen Situation der Mitbeteiligten bei Begehung der disziplinären Verfehlungen ist auf deren Aussagen, aber vor allem auf das Gutachten der beigezogenen Sachverständigen DDR.in WÖRGÖTTER zu verweisen.

Die beigezogene Sachverständige ist eine für das gegenständlich relevante Fachgebiet allgemein beeidete und gerichtlich zertifizierte Sachverständige und somit jedenfalls fachlich geeignet. Dass die Sachverständige befangen wäre, wurde weder in der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht noch über ausdrücklichen Vorhalt im verwaltungsgerichtlichen Verfahren behauptet. Da dem Bundesverwaltungsgericht darüber hinaus keine entsprechenden Amtssachverständigen tatsächlich zur Verfügung stehen, konnte die Sachverständige als nichtamtliche Sachverständige herangezogen werden. Eine Sachverständige hat die Tatsachen zu erheben (Befund) und aus diesen Tatsachen aufgrund besonderer Fachkunde tatsächliche Schlussfolgerungen zu ziehen (Gutachten im engeren Sinn), ein Gutachten besteht somit aus zwei Teilen: dem Befund und dem eigentlichen Gutachten (Thienel, Verwaltungsverfahrensrecht 2009, 199).

Es entspricht der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes, dass dem Fachgutachten des Amtssachverständigen außer bei Unschlüssigkeit oder ersichtlicher Tatsachenwidrigkeit solange zu folgen ist, als seine Richtigkeit nicht im Verwaltungsverfahren durch Gegen Ausführungen und Gegenbeweise von vergleichbarem Aussagewert widerlegt wurde (VwGH 03.06.2004, 2002/09/0134; 20.02.2014, 2013/09/0154); das bedeutet, dass sich die Behörde - hier das Bundesverwaltungsgericht - solange auf ein (schlüssiges und vollständiges) Sachverständigengutachten stützen kann und muss, als die Unrichtigkeit dieses Gutachtens nicht von den Parteien im verwaltungsgerichtlichen Verfahren durch auf einem vergleichbaren wissenschaftlichen Niveau stehende Gegen Ausführungen und Gegenbeweise widerlegt ist (VwGH 25.09.1992, 92/09/0198). Das Erfordernis, ein weiteres Gutachten einzuholen, kann dann gegeben sein, wenn ein mangelhaftes Gutachten vorliegt (VwGH 24.10.2011, 2010/10/0009). Weiter führte der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 18.06.2014, 2013/09/0172, aus, dass dem Gutachten eines Sachverständigen auch ohne Gegengutachten in der Weise entgegengetreten werden kann, als die Parteien Unschlüssigkeiten oder Unvollständigkeiten des Gutachtens aufzeigen; auch hat die Behörde - hier das Bundesverwaltungsgericht - ein Gutachten auf seine Vollständigkeit (also, ob es Befund und Gutachten im engeren Sinn enthält) und Schlüssigkeit zu überprüfen. Ob die Behörde - hier das Bundesverwaltungsgericht - einen weiteren Sachverständigen für notwendig hält, ist von ihr selbst zu beurteilen (ebenso VwGH 18.6.2014, 2013/09/0172).

Aus Sicht des erkennenden Senates des Bundesverwaltungsgerichtes ist das Gutachten der Sachverständigen, das sich in Befund und Gutachten im engeren Sinne (bezeichnet als zusammenfassendes Gutachten) gliedert, vollständig und auch - insbesondere im Lichte der Erörterung in der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht - schlüssig, da sich die Schlüsse im Gutachten im engeren Sinn auf den erhobenen Befund stützen und nachvollziehbar sind.

Weder ist der Disziplinaranwalt oder die belangte Behörde noch die Mitbeteiligte dem im verwaltungsgerichtlichen Verfahren erstatteten Gutachten auf gleichem wissenschaftlichen Niveau entgegengetreten noch konnten diese - insbesondere nicht in der mündlichen Verhandlung - dessen Unschlüssigkeit oder Unvollständigkeit dartun; viel mehr haben die in der Verhandlung anwesenden Parteien das Gutachten unwidersprochen ihren Schlusserwägungen zu Grunde gelegt. Das Gutachten ist daher hinsichtlich der von diesem behandelten Fragen den Feststellungen zu Grunde zu legen.

Dass es der Mitbeteiligten im Tatzeitraum möglich gewesen wäre, auf den Konsum und die Weitergabe des Suchtgiftes zu verzichten, ergibt sich aus der Tatsache, dass diese weder süchtig war noch sich in einem die Schuldfähigkeit ausschließenden Zustand befunden hatte und eine andere Zwangslage weder behauptet wurde noch zu erkennen war.

3. Rechtliche Beurteilung:

Zu A)

1. Zum Gegenstand des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens:

Die fristgerecht eingebrachte Beschwerde des Disziplinaranwalts vom 30.03.2017 richtet sich nur gegen die Höhe der Strafe und das Unterbleiben des Kostenausspruches. Der Schuldspruch ist somit in Rechtskraft erwachsen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat klargestellt, dass durch die Einschränkung der Berufung auf die Bekämpfung der Strafhöhe ‚Sache‘ des bei der Berufungsbehörde anhängigen Verfahrens nur mehr die Straffrage ist und dies in gleicherweise für eine auf die Strafhöhe eingeschränkte Beschwerde an das Verwaltungsgericht gilt (vgl. VwGH 29.7.2015, Ra 2015/07/0092). Hinsichtlich der Schuldfrage war somit Teilrechtskraft eingetreten (vgl. VwGH 22.3.1999, 98/17/0324). Sache des Beschwerdeverfahrens ist daher nur mehr die Überprüfung der Strafbemessung und der Antrag hinsichtlich des Unterbleibens des Kostenausspruches. Der Verwaltungsgerichtshof hat klargestellt, dass durch die Einschränkung der Berufung auf die Bekämpfung der Strafhöhe ‚Sache‘ des bei der Berufungsbehörde anhängigen Verfahrens nur mehr die Straffrage ist und dies in gleicherweise für eine auf die Strafhöhe eingeschränkte Beschwerde an das Verwaltungsgericht gilt vergleiche VwGH 29.7.2015, Ra 2015/07/0092). Hinsichtlich der Schuldfrage war somit Teilrechtskraft eingetreten vergleiche VwGH 22.3.1999, 98/17/0324). Sache des Beschwerdeverfahrens ist daher nur mehr die Überprüfung der Strafbemessung und der Antrag hinsichtlich des Unterbleibens des Kostenausspruches.

2. Zur Beschwerde gegen die Strafhöhe:

2.1. Zur behördlichen Ermessensübung

Die durch die Einschränkung der Beschwerde auf die Strafhöhe bewirkte Teilrechtskraft des Schuldspruches entbindet nicht von der aus dem Grunde des § 93 Beamten-Dienstrechtsgesetz 1979, BGBl. Nr. 333/1979 in der Fassung BGBl. I Nr. 167/2017 (in Folge: BDG), gebotenen Prüfung der der Mitbeteiligten zur Last liegenden Schuldform als Ermessensdeterminante im Zuge der Strafbemessung. Etwa darauf ob Milderungsgründe vorliegen, die von der belangten Behörde nicht berücksichtigt worden sind (VwGH 18.01.2007, 2005/09/0097). Die durch die Einschränkung der Beschwerde auf die Strafhöhe bewirkte Teilrechtskraft des Schuldspruches entbindet nicht von der aus dem Grunde des Paragraph 93, Beamten-Dienstrechtsgesetz 1979, Bundesgesetzblatt Nr. 333 aus 1979, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 167 aus 2017, (in Folge: BDG), gebotenen Prüfung der der Mitbeteiligten zur Last liegenden Schuldform als Ermessensdeterminante im Zuge der Strafbemessung. Etwa darauf ob Milderungsgründe vorliegen, die von der belangten Behörde nicht berücksichtigt worden sind (VwGH 18.01.2007, 2005/09/0097).

Bei der Entscheidung über die disziplinarrechtliche Schuld und Strafe (§§ 91 ff BDG) handelt es sich um eine aus gebundenen Entscheidungen und einer Ermessensentscheidung zusammengesetzte Entscheidung. Bei der Beurteilung der Schuld und deren Schwere ist kein Ermessen zu üben, erst die Auswahl der Strafmittel (§ 92 Abs. 1 leg cit) und gegebenenfalls (im Fall einer Geldbuße oder Geldstrafe) die Festlegung von deren Höhe stellen Ermessensentscheidungen dar. Hiebei sind Beurteilungen betreffend die Persönlichkeit des Beschuldigten, sein vergangenes und zukünftiges Verhalten zu treffen (VwGH 21.04.2015, Ra 2015/09/0009). Bei der Entscheidung über die disziplinarrechtliche Schuld und Strafe (Paragraphen 91, ff BDG) handelt es sich um eine aus gebundenen Entscheidungen und einer Ermessensentscheidung zusammengesetzte Entscheidung. Bei der Beurteilung der Schuld und deren Schwere ist kein Ermessen zu üben, erst die Auswahl der Strafmittel (Paragraph 92, Absatz eins, leg cit) und gegebenenfalls (im Fall einer Geldbuße oder Geldstrafe) die Festlegung von deren Höhe stellen Ermessensentscheidungen dar. Hiebei sind Beurteilungen betreffend die Persönlichkeit des Beschuldigten, sein vergangenes und zukünftiges Verhalten zu treffen (VwGH 21.04.2015, Ra 2015/09/0009).

Bei der Bemessung einer Disziplinarstrafe nach § 93 BDG ist - auch - eine Ermessensentscheidung zu treffen (vgl. VwGH 12.11.2013, 2013/09/0027). Bei der Entscheidung über ein Disziplinarerkenntnis nach dem BDG handelt es sich nicht um eine Verwaltungsstrafsache im Sinne des Art. 130 Abs. 3 Bundes-Verfassungsgesetz, BGBl. Nr. 1/1930 in der Fassung BGBl. I Nr. 138/2017 (in Folge: B-VG). Das Verwaltungsgericht darf, wenn es zur selben sachverhaltsmäßigen und rechtlichen Beurteilung kommt, vor dem Hintergrund des Art. 130 Abs. 3 B-VG nicht sein eigenes Ermessen an die Ermessensübung durch die Disziplinarkommission setzen. Jedoch ist das Verwaltungsgericht bei seiner Entscheidung über die Bemessung einer Disziplinarstrafe nicht von der Verpflichtung zur Beurteilung entbunden, ob die Ermessensübung durch die Disziplinarkommission auf gesetzmäßige Weise erfolgte. Weiters ist zu bedenken, dass das Verwaltungsgericht im Fall einer gesetzwidrigen Entscheidung der Verwaltungsbehörde im Fall des § 28 Abs. 2 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz, BGBl. I Nr. 33/2013 in der Fassung BGBl. I Nr. 138/2017 (in Folge: VwGVG), und gemäß Art. 130 Abs. 4 B-VG in der Sache selbst zu entscheiden und dabei auch eine Ermessensentscheidung zu treffen hat (VwGH 21.04.2015, Ra 2015/09/0009). Es stellt sich also die Frage, ob die Behörde unter Einbeziehung der im Gesetz festgelegten Kriterien (noch) eine vertretbare Lösung gefunden hat oder ihr ein Ermessensfehler zum Vorwurf zu machen ist. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist der Behörde ein Ermessensfehler zum Vorwurf zu machen, wenn diese zu berücksichtigende Umstände unbeachtet gelassen hat, unsachliche Ermessenskriterien herangezogen hat, die gebotene Abwägung überhaupt unterlassen hat, das Gewicht der abzuwägenden Sachverhaltselemente grob verkannt hat oder maßgebliche Umstände nicht frei von Verfahrensmängeln oder unvollständig festgestellt hat (VwGH 26.6.2014, Ro 2014/03/0063). Bei der Bemessung einer Disziplinarstrafe nach Paragraph 93, BDG ist - auch - eine Ermessensentscheidung zu treffen vergleiche VwGH 12.11.2013, 2013/09/0027). Bei der Entscheidung über ein Disziplinarerkenntnis nach dem BDG handelt es sich nicht um eine Verwaltungsstrafsache im Sinne des Artikel 130, Absatz 3, Bundes-Verfassungsgesetz, Bundesgesetzblatt Nr. 1 aus 1930, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 138 aus 2017, (in Folge: B-VG). Das Verwaltungsgericht darf, wenn es zur selben sachverhaltsmäßigen und rechtlichen Beurteilung kommt, vor dem Hintergrund des Artikel 130, Absatz 3, B-VG nicht sein eigenes Ermessen an die Ermessensübung durch die Disziplinarkommission setzen. Jedoch ist das Verwaltungsgericht bei seiner Entscheidung über die Bemessung einer Disziplinarstrafe nicht von der Verpflichtung zur Beurteilung entbunden, ob die Ermessensübung durch die Disziplinarkommission auf gesetzmäßige Weise erfolgte. Weiters ist zu bedenken, dass das Verwaltungsgericht im Fall einer gesetzwidrigen Entscheidung der

Verwaltungsbehörde im Fall des Paragraph 28, Absatz 2, Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 33 aus 2013, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 138 aus 2017, (in Folge: VwGVG), und gemäß Artikel 130, Absatz 4, B-VG in der Sache selbst zu entscheiden und dabei auch eine Ermessensentscheidung zu treffen hat (VwGH 21.04.2015, Ra 2015/09/0009). Es stellt sich also die Frage, ob die Behörde unter Einbeziehung der im Gesetz festgelegten Kriterien (noch) eine vertretbare Lösung gefunden hat oder ihr ein Ermessensfehler zum Vorwurf zu machen ist. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist der Behörde ein Ermessensfehler zum Vorwurf zu machen, wenn diese zu berücksichtigende Umstände unbeachtet gelassen hat, unsachliche Ermessenskriterien herangezogen hat, die gebotene Abwägung überhaupt unterlassen hat, das Gewicht der abzuwägenden Sachverhaltselemente grob verkannt hat oder maßgebliche Umstände nicht frei von Verfahrensmängeln oder unvollständig festgestellt hat (VwGH 26.6.2014, Ro 2014/03/0063).

Die Behörde hat außer Acht gelassen, dass die Mitbeteiligte als stellvertretende Abteilungskommandantin Vorgesetztenfunktion hatte und ihr somit eine Vorbildfunktion (VwGH 04.09.2003, 2000/09/0165) zukam, die Mitbeteiligte aber trotzdem gemeinsam mit einer Kollegin das Suchtgift konsumierte sowie, dass die Mitbeteiligte gerade in einer Justizanstalt tätig war, deren Behandlungsauftrag für jene Straftäter/innen, die im Zusammenhang mit dem Konsum von berauschenden Substanzen ein Delikt begangen haben und durch ein Strafgericht eingewiesen wurden, sowie Strafgefangene anderer Justizanstalten, die sich auf eigenen Wunsch um eine Aufnahme zur Suchtbehandlung bewerben, besteht. Darüber hinaus ist für das Bundesverwaltungsgericht der Schluss der Behörde, die Mitbeteiligte habe zum Tatbegehungszeitpunkt unter einer erheblichen psychischen Beeinträchtigung gelitten, auf Grundlage des Ermittlungsergebnisses der Behörde nicht nachvollziehbar, da diese die Mitbeteiligte weder von einem Sachverständigen (siehe diesbezüglich VwGH 04.10.2012, 2011/09/0190) begutachten hat lassen noch diese an der mündlichen Verhandlung vor der Behörde teilgenommen hat.

Daher ist die Ermessensübung nicht im Sinne des Gesetzes erfolgt und war durch das Bundesverwaltungsgericht zu wiederholen.

2.2. Zur Strafbemessung:

Die Strafe ist vom erkennenden Senat im Sinne der nachstehenden Erwägungen gemäß § 92 BDG nach Maßgabe der im Strafgesetzbuch, BGBl. Nr. 60/1974 in der Fassung BGB. I Nr. 117/2017 (in Folge: StGB), festgelegten Gründe (§§ 32-35 StGB) (neu) zu bemessen. Nach gewissenhafter Abwägung aller für bzw. wider die Mitbeteiligte sprechenden Umstände gelangte der erkennende Senat in der Frage der zu verhängenden Straftat und Strafhöhe angesichts der im Folgenden darzulegenden Überlegungen zu dem im Spruch ersichtlichen Ergebnis. Die Strafe ist vom erkennenden Senat im Sinne der nachstehenden Erwägungen gemäß Paragraph 92, BDG nach Maßgabe der im Strafgesetzbuch, Bundesgesetzblatt Nr. 60 aus 1974, in der Fassung BGB. römisch eins Nr. 117 aus 2017, (in Folge: StGB), festgelegten Gründe (Paragraphen 32 -, 35, StGB) (neu) zu bemessen. Nach gewissenhafter Abwägung aller für bzw. wider die Mitbeteiligte sprechenden Umstände gelangte der erkennende Senat in der Frage der zu verhängenden Straftat und Strafhöhe angesichts der im Folgenden darzulegenden Überlegungen zu dem im Spruch ersichtlichen Ergebnis.

Grundlage für die Strafbemessung war die im Beweisverfahren zweifelsfrei erwiesene Schuld der Mitbeteiligten. Ihre Dispositions- und Diskretionsfähigkeit steht auf Grund des rechtskräftigen Schuldausspruches und auf Grund des Gutachtens der Sachverständigen fest. Gegenständlich liegen zweifellos die für die Vorwerfbarkeit der Schuld notwendigen Elemente vor, weil die Mitbeteiligte voll zurechnungsfähig - wenn sie sich auch in einer schwierigen Lebenslage befand - war, vorsätzlich gehandelt hat und ihr - mangels Suchterkrankung - zugemutet hätte werden können, auf den Konsum und die Weitergabe des Suchtgifts zu verzichten.

Die Strafbemessung ist in § 93 BDG geregelt, der die Schwere der Pflichtverletzung als vorrangige Grundlage für die Strafbemessung normiert. Zur Schwere der Pflichtverletzung wird bei Kucsko-Stadlmayer, "Das Disziplinarrecht der Beamten", 4. aktualisierte Auflage, Seite 103f folgendes ausgeführt: Die Strafbemessung ist in Paragraph 93, BDG geregelt, der die Schwere der Pflichtverletzung als vorrangige Grundlage für die Strafbemessung normiert. Zur Schwere der Pflichtverletzung wird bei Kucsko-Stadlmayer, "Das Disziplinarrecht der Beamten", 4. aktualisierte Auflage, Seite 103f folgendes ausgeführt:

"Als Maß für die Höhe der Strafe normiert § 93 Abs. 1 BDG zunächst grundsätzlich die Schwere der Dienstpflichtverletzung. Da gemäß § 91 BDG nur schuldhaftes Pflichtverletzungen strafbar sind, kann daher auch nur die Schuld das grundlegende Kriterium für die Beurteilung der "Schwere" der Dienstpflichtverletzung sein; dies ist eine

konsequente Folge des Schuldprinzips. Das Ausmaß der Schuld wird zwar wesentlich auch durch das objektive Gewicht, dh. den Unrechtsgehalt der Tat als Schwere der Rechtsgutbeeinträchtigung (Verletzung dienstlicher Interessen) konstituiert; dieser darf für die Strafbemessung jedoch nur insoweit berücksichtigt werden, als er in den Schuldvorwurf miteinbezogen werden kann. Lange Zeit hatte dagegen der Verwaltungsgerichtshof den Begriff der "Schwere" der Dienstpflichtverletzung überwiegend im Sinne einer objektiven Schwere verstanden. Primär maßgeblich sei die "Bedeutung der verletzten Pflicht" sowie "in welchem objektiven Ausmaß gegen die einem Beamten auferlegten Pflichten verstoßen oder der Dienst beeinträchtigt wird". Betont wurde, es gehe "anders als im Strafrecht, wo moralische Wertung, Vergeltung und Sühne im Vordergrund stehen", hier darum, "einen ordnungsgemäßen und korrekten Dienstbetrieb aufrecht zu erhalten und wiederherzustellen" und "die Sauberkeit und Leistungsfähigkeit des österreichischen Beamtentums zu erhalten und sein Ansehen zu wahren. ""Als Maß für die Höhe der Strafe normiert Paragraph 93, Absatz eins, BDG zunächst grundsätzlich die Schwere der Dienstpflichtverletzung. Da gemäß Paragraph 91, BDG nur schuldhaftige Pflichtverletzungen strafbar sind, kann daher auch nur die Schuld das grundlegende Kriterium für die Beurteilung der "Schwere" der Dienstpflichtverletzung sein; dies ist eine konsequente Folge des Schuldprinzips. Das Ausmaß der Schuld wird zwar wesentlich auch durch das objektive Gewicht, dh. den Unrechtsgehalt der Tat als Schwere der Rechtsgutbeeinträchtigung (Verletzung dienstlicher Interessen) konstituiert; dieser darf für die Strafbemessung jedoch nur insoweit berücksichtigt werden, als er in den Schuldvorwurf miteinbezogen werden kann. Lange Zeit hatte dagegen der Verwaltungsgerichtshof den Begriff der "Schwere" der Dienstpflichtverletzung überwiegend im Sinne einer objektiven Schwere verstanden. Primär maßgeblich sei die "Bedeutung der verletzten Pflicht" sowie "in welchem objektiven Ausmaß gegen die einem Beamten auferlegten Pflichten verstoßen oder der Dienst beeinträchtigt wird". Betont wurde, es gehe "anders als im Strafrecht, wo moralische Wertung, Vergeltung und Sühne im Vordergrund stehen", hier darum, "einen ordnungsgemäßen und korrekten Dienstbetrieb aufrecht zu erhalten und wiederherzustellen" und "die Sauberkeit und Leistungsfähigkeit des österreichischen Beamtentums zu erhalten und sein Ansehen zu wahren. "

Für die Strafbemessung im engeren Sinn ist weiters zu prüfen, welche konkrete Strafhöhe erforderlich ist, um einerseits den Täter von der Begehung weiterer Pflichtverletzungen abzuhalten (Spezialprävention) und andererseits auch um Pflichtverletzungen anderer Personen entgegenzuwirken (Generalprävention). Ferner sind die Erschwerungs- und Milderungsgründe im Sinne der §§ 33 ff StGB zu berücksichtigen, die nicht die Tatbegehungsschuld betreffen, also im Zeitpunkt der Tatausübung noch nicht vorhanden waren, wie etwa die seither verstrichene Zeit, Schadenswiedergutmachung oder das reumütige Geständnis. Wiegt die Dienstpflichtverletzung besonders schwer - insbesondere unter Berücksichtigung des objektiven Unrechtsgehalts der Tat - so kann von der Verhängung einer hohen (der höchsten) Disziplinarstrafe allerdings nur abgesehen werden, wenn die Milderungsgründe die Erschwerungsgründe erheblich überwiegen oder wenn keine spezialpräventiven Gründe die Verhängung einer Strafe in diesem Ausmaß gebieten (VwGH 24.03.2009, 2008/09/0219). Zur Schwere der Dienstpflichtverletzung:

Für die Strafbemessung im engeren Sinn ist weiters zu prüfen, welche konkrete Strafhöhe erforderlich ist, um einerseits den Täter von der Begehung weiterer Pflichtverletzungen abzuhalten (Spezialprävention) und andererseits auch um Pflichtverletzungen anderer Personen entgegenzuwirken (Generalprävention). Ferner sind die Erschwerungs- und Milderungsgründe im Sinne der Paragraphen 33, ff StGB zu berücksichtigen, die nicht die Tatbegehungsschuld betreffen, also im Zeitpunkt der Tatausübung noch nicht vorhanden waren, wie etwa die seither verstrichene Zeit, Schadenswiedergutmachung oder das reumütige Geständnis. Wiegt die Dienstpflichtverletzung besonders schwer - insbesondere unter Berücksichtigung des objektiven Unrechtsgehalts der Tat - so kann von der Verhängung einer hohen (der höchsten) Disziplinarstrafe allerdings nur abgesehen werden, wenn die Milderungsgründe die Erschwerungsgründe erheblich überwiegen oder wenn keine spezialpräventiven Gründe die Verhängung einer Strafe in diesem Ausmaß gebieten (VwGH 24.03.2009, 2008/09/0219). Zur Schwere der Dienstpflichtverletzung:

Die verfahrensgegenständliche Dienstpflichtverletzung ist aus folgenden Gründen schwerwiegend: Die Mitbeteiligte hat gerade gegen Bestimmungen des SMG verstoßen hat, deren Beachtung, ebenso wie die des StGB, zu den Kernbereichen der Aufgaben eines Justizwachebeamten gehören, auch wenn sie - anders als etwa ein Polizist - nicht zur Aufklärung von Straftaten verpflichtet ist, so ein erzieherisches Wirken auf Strafgefangene zum Zweck der Reintegration und damit auch der Verhinderung zukünftiger Straftaten nur durch eine Beamtin erfolgen kann, die selbst eine "rechtschaffene ...

Lebenseinstellung" vorlebt (vgl. VwGH 20.06.2011, 2011/09/0023). Die Dienstpflichtverletzung gewinnt darüber hinaus

an Gewicht, da die Mitbeteiligte als Justizwachebeamtin im Allgemeinen und als Justizwachebeamtin in einer Justizanstalt im Tatzeitraum tätig war, deren Behandlungsauftrag für jene Straftäter/innen, die im Zusammenhang mit dem Konsum von berauschenden Substanzen ein Delikt begangen haben und durch ein Strafgericht eingewiesen wurden, sowie Strafgefangene anderer Justizanstalten, die sich auf eigenen Wunsch um eine Aufnahme zur Suchtbehandlung bewerben, besteht. Darüber hinaus kam der Mitbeteiligten in dieser Justizanstalt auch noch Vorgesetztenfunktion zu, was die Dienstpflichtverletzung noch schwerwiegender macht. LebensEinstellung" vorlebt vergleiche VwGH 20.06.2011, 2011/09/0023). Die Dienstpflichtverletzung gewinnt darüber hinaus an Gewicht, da die Mitbeteiligte als Justizwachebeamtin im Allgemeinen und als Justizwachebeamtin in einer Justizanstalt im Tatzeitraum tätig war, deren Behandlungsauftrag für jene Straftäter/innen, die im Zusammenhang mit dem Konsum von berauschenden Substanzen ein Delikt begangen haben und durch ein Strafgericht eingewiesen wurden, sowie Strafgefangene anderer Justizanstalten, die sich auf eigenen Wunsch um eine Aufnahme zur Suchtbehandlung bewerben, besteht. Darüber hinaus kam der Mitbeteiligten in dieser Justizanstalt auch noch Vorgesetztenfunktion zu, was die Dienstpflichtverletzung noch schwerwiegender macht.

Daher und aus generalpräventiven Gründen ist daher jedenfalls eine Geldstrafe angezeigt, um gerade im Bereich der Exekutivorgane darauf hinzuweisen, dass auch der erstmalige rechtswidrige Umgang mit Suchtgift sich nicht mit der Stellung eines Exekutivorganes verträgt, was insbesondere für Exekutivorgane mit Vorgesetztenfunktion bzw. in einer Funktion mit besonderem Bezug zu Suchtmittel gilt.

Auch aus spezialpräventiven Gründen erscheint eine Geldstrafe zwar angezeigt, da gerade bei Suchtmitteln eine erhöhte Wiederholungsgefahr besteht (VwGH 20.12.2007, 2007/21/0499) und daher der Mitbeteiligten die besondere Verwerflichkeit des wenn auch erstmaligen rechtswidrigen Umganges mit Suchtgift durch die Disziplinarstrafe vor Augen zu führen ist. Allerdings erscheint dann doch nur eine Geldstrafe im unteren oder mittleren Bereich notwendig aber auch ausreichend, um die Mitbeteiligte an der Begehung weiterer gleichartiger Disziplinarvergehen zu hindern; dies deshalb, da sich diese auch in einem Entwöhnungsprogramm befindet.

2.3. Zu den Milderungsgründen:

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 04.10.2012, 2011/09/0190, festgestellt, dass auch im Disziplinarverfahren gemäß § 93 Abs. 1 BDG der sinngemäß heranzuziehende § 34 Abs. 1 Z 11 StGB als Milderungsgrund zu berücksichtigen ist, wenn der Täter die Tat unter Umständen begangen hat, die einem Schuldausschließungsgrund nahekommen. Die Anwendbarkeit dieses Milderungsgrundes ist aber nicht auf Dienstverfehlungen, die auf mangelhafter Arbeitsweise beruhen, beschränkt. Eine psychische Erkrankung, wie ein Burnout-Syndrom, die geeignet ist, die Schuld eines Disziplinarbeschuldigten bei Tatbegehung zu mindern, ist zu berücksichtigen. Bei einer Belastungssituation (Arbeitsüberlastung) des Beamten und bei Behauptung einer solchen Erkrankung, hat die Behörde - nach Beiziehung eines Sachverständigen und erforderlichenfalls nach Durchführung einer auf dieses Thema beschränkten Berufungsverhandlung - Überlegungen dahingehend anzustellen, ob die Schuld des Beamten durch eine psychische Beeinträchtigung gemindert ist (vgl. auch VwGH 31.05.2012, 2011/09/0187; VwGH 15.10.2009, 2008/09/0004). Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 04.10.2012, 2011/09/0190, festgestellt, dass auch im Disziplinarverfahren gemäß Paragraph 93, Absatz eins, BDG der sinngemäß heranzuziehende Paragraph 34, Absatz eins, Ziffer 11, StGB als Milderungsgrund zu berücksichtigen ist, wenn der Täter die Tat unter Umständen begangen hat, die einem Schuldausschließungsgrund nahekommen. Die Anwendbarkeit dieses Milderungsgrundes ist aber nicht auf Dienstverfehlungen, die auf mangelhafter Arbeitsweise beruhen, beschränkt. Eine psychische Erkrankung, wie ein Burnout-Syndrom, die geeignet ist, die Schuld eines Disziplinarbeschuldigten bei Tatbegehung zu mindern, ist zu berücksichtigen. Bei einer Belastungssituation (Arbeitsüberlastung) des Beamten und bei Behauptung einer solchen Erkrankung, hat die Behörde - nach Beiziehung eines Sachverständigen und erforderlichenfalls nach Durchführung einer auf dieses Thema beschränkten Berufungsverhandlung - Überlegungen dahingehend anzustellen, ob die Schuld des Beamten durch eine psychische Beeinträchtigung gemindert ist vergleiche auch VwGH 31.05.2012, 2011/09/0187; VwGH 15.10.2009, 2008/09/0004).

Im gegenständlichen Fall liegen zwar keine Umständen vor, die einem Schuldausschließungsgrund nahekommen, aber ist die psychische Stabilität der Mitbeteiligten im Tatzeitraum aufgrund der störungsimmanenten emotionalen Instabilität, die durch den Substanzenmissbrauch noch verstärkt wurde, als beeinträchtigt zu beurteilen. Dies wird als Milderungsgrund heranzuziehen sein, wenn dieser Milderungsgrund auch nicht so schwer wiegt wie wenn Umstände vorgelegen wären, die einem Schuldausschließungsgrund nahekommen.

Weiters sind die disziplinarrechtliche Unbescholtenheit und das reumütige Geständnis mildernd. Mildernd ist schließlich auch - wenn auch nur im geringen Ausmaß -, dass die Dienstpflichtverletzungen in der Freizeit begangen wurden (VwGH 13.12.2007, 2005/09/0044) sowie immer unter Alkoholeinfluss.

2.4. Erschwerungsgründe

Erschwerend ist, dass die Mitbeteiligte die Dienstpflichtverletzungen über einen längeren Zeitraum geübt hat, darüber hinaus ist erschwerend, dass die Mitbeteiligte das Suchtgift gemeinsam mit einer Kollegin konsumiert hat.

Es ist daher die im Spruch bestimmte Strafe zu verhängen und der Spruch der Behörde entsprechend zu ändern.

3. Zum Kostenausspruch:

Gemäß § 17 VwGVG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 B-VG die Bestimmungen des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes, BGBl. Nr. 51/1991 in der Fassung BGBl. I Nr. 161/2013 (in Folge: AVG), mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles, die Bestimmungen der Bundesabgabenordnung - BAO, BGBl. Nr. 194/1961, des Agrarverfahrensgesetzes - AgrVG, BGBl. Nr. 173/1950, und des Dienstrechtsverfahrensgesetzes 1984 - DVG, BGBl. Nr. 29/1984, und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte. Die Behörde hätte § 117 BDG anzuwenden gehabt, somit hat auch das Bundesverwaltungsgericht - allerdings nur im Hinblick auf das Beschwerdeverfahren - § 117 BDG anzuwenden. Gemäß Paragraph 17, VwGVG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Artikel 130, Absatz eins, B-VG die Bestimmungen des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes, Bundesgesetzblatt Nr. 51 aus 1991, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 161 aus 2013, (in Folge: AVG), mit Ausnahme der Paragraphen eins bis 5 sowie des römisch vier. Teiles, die Bestimmungen der Bundesabgabenordnung - BAO, Bundesgesetzblatt Nr. 194 aus 1961,, des Agrarverfahrensgesetzes - AgrVG, Bundesgesetzblatt Nr. 173 aus 1950,, und des Dienstrechtsverfahrensgesetzes 1984 - DVG, Bundesgesetzblatt Nr. 29 aus 1984,, und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte. Die Behörde hätte Paragraph 117, BDG anzuwenden gehabt, somit hat auch das Bundesverwaltungsgericht - allerdings nur im Hinblick auf das Beschwerdeverfahren - Paragraph 117, BDG anzuwenden.

Gemäß § 117 Abs. 1 BDG sind die Kosten des Verfahrens einschließlich der Reisegebühren und der Gebühren für Zeugen, Sachverständige und Dolmetscher vom Bund zu tragen, wenn (1.) das Verfahren eingestellt, Gemäß Paragraph 117, Absatz eins, BDG sind die Kosten des Verfahrens einschließlich der Reisegebühren und der Gebühren für Zeugen, Sachverständige und Dolmetscher vom Bund zu tragen, wenn (1.) das Verfahren eingestellt,

(2.) der Beamte freigesprochen oder (3.) gegen den Beamten eine Disziplinarverfügung erlassen wird.

Gemäß Abs. 2 der leg.cit ist, wird über den Beamten von der Disziplinarkommission eine Disziplinarstrafe verhängt, im Erkenntnis auszusprechen, ob und inwieweit er mit Rücksicht auf den von ihm verursachten Verfahrensaufwand, seine persönlichen Verhältnisse und seine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit die Kosten des Verfahrens zu ersetzen hat; dasselbe gilt, wenn im Schuldspruch von der Verhängung einer Disziplinarstrafe abgesehen wird. Die aus der Beiziehung eines Verteidigers erwachsenden Kosten hat in allen Fällen der Beamte zu tragen. Gemäß Absatz 2, der leg.cit ist, wird über den Beamten von der Disziplinarkommission eine Disziplinarstrafe verhängt, im Erkenntnis auszusprechen, ob und inwieweit er mit Rücksicht auf den von ihm verursachten Verfahrensaufwand, seine persönlichen Verhältnisse und seine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit die Kosten des Verfahrens zu ersetzen hat; dasselbe gilt, wenn im Schuldspruch von der Verhängung einer Disziplinarstrafe abgesehen wird. Die aus der Beiziehung eines Verteidigers erwachsenden Kosten hat in allen Fällen der Beamte zu tragen.

Auf Grund der angespannten finanziellen Situation der Mitbeteiligten wird auf eine Kostenüberwälzung verzichtet, um diese nicht in eine weitere Druck- und Stresssituation zu versetzen.

4. Zur Beschwerde gegen das Unterbleiben des Kostenausspruches:

In Bezug auf § 117 BDG hat der Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen, dass dieser Kostenausspruch als trennbarer Spruchteil zu betrachten ist (VwGH 01.07.1998, 95/09/0166). In Bezug auf Paragraph 117, BDG hat der

Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen, dass dieser Kostenausspruch als trennbarer Spruchteil zu betrachten ist (VwGH 01.07.1998, 95/09/0166).

Soweit sich der Antrag des Disziplinaranwaltes auf einen Ausspruch über die Kostentragung auf das Verfahren vor der Disziplinarkommission bezieht, ist dieser Antrag unzulässig, da gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 und 3 B-VG die Verwaltungsgerichte über Beschwerden (1.) gegen den Bescheid einer Verwaltungsbehörde wegen Rechtswidrigkeit und (3.) wegen Verletzung der Entscheidungspflicht durch eine Verwaltungsbehörde erkennen. Mangels eines Bescheidspruches liegt keine Zuständigkeit gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG vor. Gemäß Art. 132 Abs. 3 B-VG kann wegen Verletzung der Entscheidungspflicht Beschwerde erheben, wer im Verwaltungsverfahren als Partei zur Geltendmachung der Entscheidungspflicht berechtigt zu sein behauptet; dies ist gemäß § 73 AVG der Antragsteller. Ein solcher ist der Disziplinaranwalt im Disziplinarverfahren aber nicht, dem Disziplinarverfahren liegt kein Antrag zu Grunde. Daher besteht auch keine Entscheidungsfrist gemäß § 73 AVG, eine Sonderverfahrensnorm im BDG ist diesbezüglich nicht ersichtlich. Daher ist der Antrag des Disziplinaranwaltes soweit sich dieser auf einen Ausspruch über die Kostentragung auf das Verfahren vor der Disziplinarkommission bezieht mangels Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes unzulässig. Soweit sich der Antrag des Disziplinaranwaltes auf einen Ausspruch über die Kostentragung auf das Verfahren vor der Disziplinarkommission bezieht, ist dieser Antrag unzulässig, da gemäß Artikel 130, Absatz eins, Ziffer eins und 3 B-VG die Verwaltungsgerichte über Beschwerden (1.) gegen den Bescheid einer Verwaltungsbehörde wegen Rechtswidrigkeit und (3.) wegen Verletzung der Entscheidungspflicht durch eine Verwaltungsbehörde erkennen. Mangels eines Bescheidspruches liegt keine Zuständigkeit gemäß Artikel 130, Absatz eins, Ziffer eins, B-VG vor. Gemäß Artikel 132, Absatz 3, B-VG kann wegen Verletzung der Entscheidungspflicht Beschwerde erheben, wer im Verwaltungsverfahren als Partei zur Geltendmachung der Entscheidungspflicht berechtigt zu sein behauptet; dies ist gemäß Paragraph 73, AVG der Antragsteller. Ein solcher ist der Disziplinaranwalt im Disziplinarverfahren aber nicht, dem Disziplinarverfahren liegt kein Antrag zu Grunde. Daher besteht auch keine Entscheidungsfrist gemäß Paragraph 73, AVG, eine Sonderverfahrensnorm im BDG ist diesbezüglich nicht ersichtlich. Daher ist der Antrag des Disziplinaranwaltes soweit sich dieser auf einen Ausspruch über die Kostentragung auf das Verfahren vor der Disziplinarkommission bezieht mangels Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes unzulässig.

Da dem Disziplinaranwalt hinsichtlich des Kostenabspruches gemäß § 117 BDG, soweit sich dieser auf das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bezieht, kein Antragsrecht zukommt, sondern ein solcher Kostenabspruch von Amts wegen zu erfolgen hat, ist der Antrag auch diesbezüglich unzulässig und zurückzuweisen. Da dem Disziplinaranwalt hinsichtlich des Kostenabspruches gemäß Paragraph 117, BDG, soweit sich dieser auf das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bezieht, kein Antragsrecht zukommt, sondern ein solcher Kostenabspruch von Amts wegen zu erfolgen hat, ist der Antrag auch diesbezüglich unzulässig und zurückzuweisen.

Zu B) (Un)Zulässigkeit der Revision:

Gemäß § 25a Abs. 1 Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985, BGBl. Nr. 10/1985 in der Fassung BGBl. I Nr. 138/2017, hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen. Gemäß Paragraph 25 a, Absatz eins, Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985, Bundesgesetzblatt Nr. 10 aus 1985, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 138 aus 2017,, hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision ist zu A) I. und A) III. gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Das Bundesverwaltungsgericht hat zu Spruchteil A) I. die vorhandene Rechtsprechung zitiert und beachtet, die Rechtslage zu A) III. ist eindeutig und findet sich keine offene Rechtsfrage. Die Revision ist zu A) römisch eins. und A) römisch drei. gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Das Bundesverwaltungsgericht hat zu Spruchteil A) römisch eins. die vorhandene Rechtsprechung zitiert und beachtet, die Rechtslage zu A) römisch drei. ist eindeutig und findet sich keine offene Rechtsfrage.

Die Revision ist zu A) II. gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig, weil die Entscheidung von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, weil es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes dahingehend, ob § 117 BDG auch im Verfahren vor dem BVwG anzuwenden ist, fehlt. Die Revision ist zu A) römisch

zwei. gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig, weil die Entscheidung von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, weil es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes dahingehend, ob Paragraph 117, BDG auch im Verfahren vor dem BVwG anzuwenden ist, fehlt.

Schlagworte

Antragsrecht, Dienstpflichtverletzung, Disziplinaranwalt -
Stattgebung, Ermessensübung, Erschwerungsgrund, Geldstrafe,
Generalprävention, Justizwachebeamter, Kostenbestimmungsbeschluss,
Milderungsgründe, Spezialprävention, Strafbemessung,
Suchtmitteldelikt, Unzuständigkeit BVwG, Verfahrenskosten,
Vorbildwirkung, Vorgesetzter, wirtschaftliche Situation

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2018:W170.2162348.1.00

Zuletzt aktualisiert am

23.03.2018

Quelle: Bundesverwaltungsgericht BVwg, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at