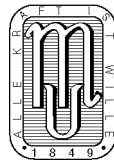


Gedenkschrift
ROBERT WALTER

Herausgegeben von

Clemens Jabloner
Dieter Kolonovits
Gabriele Kucsko-Stadlmayer
Hans René Laurer
Heinz Mayer
Rudolf Thienel



Wien 2013
Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

Inhaltsverzeichnis

Geleitworte	V
Verzeichnis der Autorinnen und Autoren	XVII
Robert Walter – Autobiographie	XXIII

Ludwig Adamovich, Wien

Olympe de Gouges und die Menschenrechte	1
---	---

Walter Barfuß, Wien

Meine erste Begegnung mit Robert Walter	11
---	----

Gerhard Baumgartner, Klagenfurt a. W.

Parlamentarische Interpellation und Datenschutz	15
---	----

Walter Berka, Salzburg

Die grundrechtliche Interessenabwägung im Stufenbau der Rechtsordnung	35
--	----

Nicoletta Bersier Ladavac, Genf

Zur Interpretationstheorie von Hans Kelsen	51
--	----

Wilhelm Brauneder, Wien

Zum Charakter der ersten Grundrechte in Österreich 1848/49	69
--	----

Gabriel Nogueira Dias, São Paulo

“Negative Legislator” in Hans Kelsen’s work: origin, foundations and limits in the light of the Reine Rechtlehre	79
---	----

Gerhard Donhauser, Wien

Freiheit im Rechtsstaat	101
-------------------------------	-----

Horst Dreier, Würzburg

Vom mythologischen Weltbild zur demokratischen Staatsordnung: Hans Kelsen als politischer Soziologe (1988)	123
---	-----

<i>Herbert Haller, Wien</i>	
Erfahrungen und Fragestellungen im gewerblichen Anlagenrecht	145
<i>Meinrad Handstanger, Wien</i>	
Zur Anwendung der Grundrechte des Unionsrechts	153
<i>Johannes Hengstschläger, Linz</i>	
Die Ausweitung der Prüfungskompetenz des Rechnungshofes durch die B-VG-Novelle 2009	171
<i>Clemens Jabloner, Wien</i>	
Richterrecht als Rechtsquelle?	185
<i>Dietmar Jahnel, Salzburg</i>	
Die Gesetzesbeurkundung durch den Bundespräsidenten – der aktuelle Stand der Diskussion.	203
<i>Matthias Jestaedt, Freiburg im Breisgau</i>	
Methoden(r)einheit und Disziplinenvielfalt.	219
<i>Jörg Kammerhofer, Freiburg im Breisgau</i>	
Robert Walter, die Normkonflikte und der zweite Stufenbau des Rechts . .	237
<i>Christoph Kletzer, London</i>	
Absoluter Positivismus und Normativer Monismus	257
<i>Benjamin Kneihls, Salzburg</i>	
Sozialversicherungsverfahren und AVG	271
<i>Georg E. Kodek, Wien</i>	
Die vorläufige Suspension von Notariatskandidaten – Voraussetzungen und Rechtsschutz	299
<i>Dieter Kolonovits, Wien</i>	
Die „neuen“ Rechtspfleger bei den Verwaltungsgerichten erster Instanz (Art 135a B-VG) im Lichte des Art 6 EMRK.	321
<i>Werner Krawietz, Münster</i>	
Rechtskommunikation und normativ-soziale Reflexion im sozietalem Rechtssystem und im Rechtswissenschaftssystem	345
<i>Gabriele Kucsko-Stadlmayer, Wien</i>	
Die „Verwaltungsverordnung“	369

<i>Hans René Laurer, Wien</i>	
„Verfassung und Gerichtsbarkeit“ – ein halbes Jahrhundert danach	389
<i>David Leeb, Linz</i>	
Die Bindung an rechtskräftige Bescheide unzuständiger Behörden im Rahmen des AVG im Vorfragenbereich	421
<i>Manfred Claus Lödl, Wien</i>	
Die Bindungswirkungen des Bundesfinanzgesetzes und ihre Durchbrechungen	441
<i>Tatiana Machalová, Brno</i>	
Professor Robert Walter und die Brüner rechtstheoretische Schule	463
<i>Heinz Mayer, Wien</i>	
Das Fehlerkenntnis eines Höchstgerichts – ein „Nichttakt“?	473
<i>Franz Merli, Graz</i>	
Langsame Demokratie	487
<i>Gerhard Muzak, Wien</i>	
Gefährdungshaftung im Verkehrsrecht als Beispiel für unterschiedliche methodische Sichtweisen zur Analogie	505
<i>Ryuichi Nagao, Tokyo</i>	
Hans Kelsen's Normative Principle of Action	525
<i>Thomas Olechowski, Wien</i>	
Kelsens Debellatio-These	531
<i>Stanley L. Paulson, Kiel</i>	
Die Funktion der Grundnorm: begründend oder explizierend?	553
<i>Bettina Perthold-Stoitzner, Wien</i>	
Unbestimmt trotz möglicher verfassungskonformer Interpretation?	575
<i>Christian M. Piska, Wien</i>	
„Richterrecht“ – Tatsache oder Rechtsquelle?	593
<i>Magdalena Pöschl, Wien</i>	
Wissenschaftliche Integrität	609

<i>Michael Potacs, Wien</i>	
Zur Logik im Recht	643
<i>Ilse Reiter-Zatloukal, Wien</i>	
Der Bundesgerichtshof 1934–1938.....	657
<i>Heinz Peter Rill, Wien</i>	
Internationales, supranationales und nationales Recht – eine Einheit.	679
<i>Gregorio Robles, Palma de Mallorca</i>	
Textperspektivismus und systemisches Relativitätsprinzip in der Kommunikationstheorie des Rechts	701
<i>Peter Schick, Graz</i>	
Art 90a B-VG: Eine verfassungsrechtliche Hybridisierung der Staats- anwaltschaft?	719
<i>Alfred Schramm, Wien</i>	
Robert Walters Beitrag zur Lösung des Syllogismusproblems.....	737
<i>Eva Schulev-Steindl, Wien</i>	
Die Fiktion staatlicher Rechtsakte – ein europäischer Trend?.....	747
<i>Iain Stewart, Sydney</i>	
Legal Obligation and Exclusion.....	761
<i>Karl Stöger, Graz</i>	
Die Geschichte des österreichischen Privatuniversitätenrechts 1999 bis 2012 – Blicke zurück und nach vorne	781
<i>Harald Stolzlechner, Salzburg</i>	
Einheitlicher Ansprechpartner und Vollziehung des gewerblichen Berufsrechts.....	801
<i>Rudolf Thienel, Wien</i>	
Die Stellung der Staatsanwälte nach Art 90a B-VG – eine Zwischenbilanz	819
<i>Helmut Tichy / Philip Bittner, Wien</i>	
Aktuelles aus der Staatsvertragspraxis des Völkerrechtsbüros seit der B-VG-Novelle 2008.....	843

<i>Ewald Wiederin, Wien</i>	
Münchhausen in der Praxis des Staatsrechts	865
<i>Gerhart Wielinger, Graz</i>	
Die Verfassung ist „Zwangsnormerzeugungsregel“ – was ist in dieser Aussage impliziert?	889
<i>Klaus Zeleny, Wien</i>	
Die Datenbank des Hans Kelsen-Instituts	899
Schriftenverzeichnis von Robert Walter	913

Sozialversicherungsverfahren und AVG

Benjamin Kneihls, Salzburg

Übersicht:

- I. Einführung
 - A. Vorbemerkung
 - B. Akteure des Sozialversicherungsverfahrens
 - C. Verfahrensarten
- II. Verfassungsfragen
 - A. Kompetenzverteilung
 - B. Selbstverwaltung
- III. Das AVG im Sozialversicherungsverfahren
 - A. Vor den Sozialversicherungsträgern
 - 1. Verwiesene Bestimmungen
 - 2. Nicht verwiesene Bestimmungen
 - 3. Indirekt verwiesene und inhaltlich übernommene Bestimmungen
 - B. Vor den staatlichen Behörden
 - 1. Unmittelbar anwendbare Bestimmungen
 - 2. Durch das ASVG modifizierte oder ausgeschlossene Bestimmungen
- IV. Ausblick auf die neue Verwaltungsgerichtsbarkeit

I. Einführung

A. Vorbemerkung

Schon in seiner Habilitationsschrift hat sich *Robert Walter* mit dem Sozialversicherungsverfahren befasst¹⁾. Später hat er mit dem bis heute und in der posthum von und mit seinen Schülern vorgelegten Neuauflage umso mehr wegweisenden „Grundriss des Verwaltungsverfahrens“ und dem mit *Rudolf Thienel* verfassten Kommentar zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen sowie zahlreichen anderen Schriften auch auf diesem Gebiet Maßstäbe gesetzt. Es erscheint daher mehr als angebracht, *Robert Walters* mit einem Beitrag über das Verhältnis von Sozialversicherungsverfahren und allgemeinem Verwaltungsverfahren zu gedenken.

Dabei stehen freilich heute und bei der thematischen Ausrichtung des vorliegenden Beitrags weniger Fragen der sukzessiven Gerichtszuständigkeit oder der Zulässigkeit der Selbstverwaltung der Sozialversicherungsträger zur Diskus-

1) *Walter*, Verfassung und Gerichtsbarkeit (1960) 117 f.

sion²⁾). Die sukzessive Gerichtszuständigkeit ist zwar bis heute nicht restlos ausdiskutiert, wohl aber vom VfGH in ständiger Rechtsprechung akzeptiert³⁾). Mit dem Schritt zu Gericht wird im Leistungsrecht außerdem das Feld verlassen, das hier bestellt werden soll: Nämlich jenes, auf dem einander Sozialversicherungsverfahren und AVG begegnen. Und die Zulässigkeit der Selbstverwaltung der Sozialversicherung steht heute schon angesichts der Art 120a ff B-VG außer Streit. Fraglich könnten in diesem Zusammenhang allerdings die Zuordnung des Verfahrens zum eigenen Wirkungsbereich und die Zulässigkeit der vielfach vorgesehenen Instanzenzüge zu den Behörden der Staatsverwaltung sein. Auf diese Fragen wird daher im folgenden Beitrag eingegangen⁴⁾.

Vor allem aber soll im folgenden Beitrag das schillernde Verhältnis des Sozialversicherungsverfahrens zum AVG interessieren. Dabei sticht schon ins Auge, dass der Sozialversicherungsgesetzgeber überhaupt eigene Verfahrensvorschriften geschaffen hat, obwohl das Sozialversicherungsverfahren – auch dort, wo es von den Sozialversicherungsträgern geführt wird⁵⁾ – zu allererst ein Verwaltungsverfahren ist, für das der Bundesgesetzgeber auf Basis seiner Bedarfskompetenz nach Art 11 Abs 2 B-VG ein einheitliches Verfahrensrecht geschaffen hat⁶⁾.

Das ASVG regelt aber das Verfahren nicht lückenlos selbst. Vielmehr verweist es für das Verfahren vor den Sozialversicherungsträgern zum Teil auf das AVG⁷⁾, wobei freilich auch die so verwiesenen Bestimmungen des AVG ihrerseits teilweise durch abweichende Anordnungen modifiziert werden, die das ASVG trifft⁸⁾. Schließlich werden auch für das Verfahren vor den Verwaltungsbehörden⁹⁾, die das AVG schon auf Grund des EGVG und auch ohne Verweis anzuwenden haben, besondere Bestimmungen getroffen, die erst gemeinsam mit dem AVG über das jeweils anwendbare Verfahren endgültig Auskunft geben¹⁰⁾.

Der folgende Beitrag versucht vor diesem Hintergrund, der Rolle nachzugehen, die das AVG im Sozialversicherungsverfahren spielt. Dabei kann nicht das gesamte Sozialversicherungsverfahren dargestellt oder gar diskutiert werden¹¹⁾. Vielmehr wird das Schwergewicht der folgenden Ausführungen auf den

2) Zum einen vgl bloß *Walter* (FN 1); *ders*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht – System (1972) 612; zum anderen *ders*, Die Stellung der Sozialversicherungsträger in verfassungsrechtlicher Sicht, 1. ÖJT (1961) Bd I/4 39 (48 ff).

3) VfGH KI-5/93, VfSlg 13.824/1994; VfGH B 1354/97, VfSlg 14.859/1997.

4) Siehe unten II.B.

5) Siehe gleich unten I.B.

6) Siehe unten II.A.

7) § 357.

8) Siehe unten III.A.

9) Das sind im Wesentlichen die Berufungsverfahren vor dem Landeshauptmann (§§ 412 ff) und dem Bundesminister (§ 415), aber auch die originären Entscheidungskompetenzen dieser Organe (§§ 413 Abs 1 Z 2 und 416 ASVG).

10) Unten III.B.

11) Vgl dazu vor allem die Bearbeitung des Verfahrensrechts von *Oberndorfer/Muzak*, in *Tomandl*, System des österreichischen Sozialversicherungsrechts sowie die umfangreiche Kommentierung des gesamten ASVG-Verfahrens von *Kneihls* in *Mosler/Müller/Pfeil* (Hrsg), ASVG (1. Lieferung; in Druck) §§ 352 – 417a.

direkt oder indirekt für anwendbar erklärten und den durch das ASVG modifizierten Bestimmungen des AVG oder, anders gewendet, auf den durch das AVG bestimmten Anteilen des Sozialversicherungsverfahrens liegen.

B. Akteure des Sozialversicherungsverfahrens

Im Sozialversicherungsverfahren steht der Rechtsuchende zunächst in aller Regel weder einem privaten Gegner noch einer staatlichen Behörde gegenüber. Vielmehr spielt sich dieses Verfahren vor dem Selbstverwaltungskörper jener Risikogemeinschaft ab, deren Zwangsmitglied der gesetzlich Sozialversicherte ist. Das Sozialversicherungsverfahren wird maW in erster Instanz von den Sozialversicherungsträgern und nicht von den Behörden der staatlichen Verwaltung geführt. In ihm werden auch – von Sonderkonstellationen abgesehen¹²⁾ – im Wesentlichen nicht einander widerstreitende Interessen Privater zum Ausgleich gebracht, obwohl wenigstens im Falle der unselbständigen Beschäftigung am Sozialversicherungsverhältnis neben dem Versicherten und seinen Angehörigen auch sein Arbeitgeber als Beitragsschuldner beteiligt ist. Das Sozialversicherungsverfahren ist daher idR auch ein Ein-, manchmal ein Zweiparteienverfahren, wenn man davon absieht, dass im Rechtsmittelverfahren vor den staatlichen Behörden auch der Sozialversicherungsträger Parteistellung hat¹³⁾.

C. Verfahrensarten

Wenn hier und im Folgenden vom Sozialversicherungsverfahren die Rede ist, dann sollen damit nur jene Verfahren bezeichnet werden, die nach dem siebenten Teil des ASVG geführt werden. Streitigkeiten zwischen Ärzten oder Krankenanstalten und Sozialversicherung¹⁴⁾ sollen hier ebenso wenig behandelt werden wie Streitigkeiten über Aufnahme von Heilmitteln in den oder Streichung aus dem Erstattungskodex¹⁵⁾ sowie Verfahren, die über Kostenbeiträge des Bundes¹⁶⁾, vor den ordentlichen Gerichten¹⁷⁾ oder nach speziellen Vorschriften des ASVG¹⁸⁾ zu führen sind¹⁹⁾.

Es soll im Folgenden maW nur von den Verfahren in Leistungs- und in Verwaltungssachen die Rede sein, die unter §§ 352 ff ASVG fallen. Dazu gehören neben den klassischen Verfahren über Beiträge zur und Leistungen aus der Sozialversicherung einschließlich der ihnen zu Grunde liegenden Verfahren über die

12) Vgl zB § 361 Abs 2 ASVG.

13) § 413 Abs 2 ASVG.

14) §§ 348e ff, 351 ASVG.

15) §§ 351c ff ASVG.

16) §§ 4 ff, 16 ff, 44 ff, 52, 56, 71 ff, 74 ff, 80 f, 113, 245 f, 251a, 314, 506a und 563 ASVG; § 6 der Verordnung des Bundesministers für soziale Verwaltung vom 28. November 1969 über die Durchführung der Krankenversicherung für die gemäß § 9 in die Krankenversicherung einbezogenen Personen (BGBl 1969/420 idF BGBl II 2010/262).

17) §§ 65 ff ASVG, § 356 ASVG.

18) §§ 41a, 64, 107 ASVG.

19) Zur Abgrenzung des Anwendungsbereiches des siebenten Teils des ASVG im Einzelnen *Kneihls* (FN 11) § 352 Rz 7 ff.

Versicherungs- und Beitragspflicht²⁰) auch Verfahren über die Verpflichtung zum Rückersatz zu Unrecht empfangener Leistungen²¹), Feststellung von Versicherungs- und Schwerarbeitszeiten²²), aber auch Streitigkeiten zwischen den Versicherungsträgern bzw zwischen ihnen und dem Hauptverband der Sozialversicherungsträger²³), die freilich unter Ausschluss eines Bescheidrechts der Versicherungsträger vom jeweils zuständigen Bundesminister²⁴) entschieden werden²⁵). Auch im Verfahren über Ersatzansprüche der Träger der Sozialhilfe²⁶) steht den Versicherungsträgern ein Bescheidrecht nicht zu²⁷), weshalb sie im Folgenden außer Betracht bleiben sollen.

Alle nicht in der taxativen Aufzählung der *Leistungssachen* in § 354 ASVG enthaltenen Angelegenheiten sind im Verfahren in *Verwaltungssachen* zu erledigen²⁸). Diese Unterscheidung ist abgesehen von der sukzessiven Gerichtszuständigkeit im Leistungsrecht²⁹) vor allem auch deshalb relevant, weil das ASVG neben gemeinsamen Bestimmungen für beide Verfahrensarten³⁰) auch jeweils besondere Verfahrensvorschriften für das Verfahren in Leistungssachen³¹) und in Verwaltungssachen³²) enthält, die in jeweils differenzierter Weise auf das AVG verweisen³³).

II. Verfassungsfragen

A. Kompetenzverteilung

Auf Basis seiner Bedarfskompetenz nach Art 11 Abs 2 B-VG hat der Bund ein einheitliches Verwaltungsverfahren geschaffen. Auch das Sozialversicherungsverfahren ist, soweit es vor den Sozialversicherungsträgern, dem Landeshauptmann und dem Bundesminister geführt wird, ein Verwaltungsverfahren³⁴).

20) §§ 85, 88, 89 ff, 99 ff ASVG; vgl im Einzelnen *Kneihls* (FN 11) § 354 Rz 3 ff mwN.

21) § 107 ASVG.

22) § 247 ASVG.

23) §§ 315 ff, 322 f ASVG.

24) Derzeit ist gemäß Punkt C Z 4 der Anlage 2 zum Bundesministeriengesetz der Sozialminister für das Sozialversicherungsrecht nur ausschließlich der Angelegenheiten der Unfall- und Krankenversicherung zuständig, zu deren Besorgung nach Punkt E Z 6 leg cit der Gesundheitsminister berufen ist.

25) § 416 ASVG. Ebenfalls von einem Bescheidrecht der Versicherungsträger ausgenommen, aber einer Entscheidung des Landeshauptmanns zugewiesen sind Streitigkeiten über die Versicherungszugehörigkeit und -zuständigkeit, in der Pensionsversicherung auch der Leistungszugehörigkeit und -zuständigkeit (§ 413 Abs 1 Z 2 ASVG); siehe schon oben bei FN 9.

26) §§ 323 ff ASVG.

27) § 369 ASVG.

28) § 355 ASVG.

29) §§ 65 ff ASGG.

30) §§ 357 – 360a ASVG.

31) §§ 361 – 408 ASVG.

32) §§ 409 – 417a ASVG.

33) Siehe dazu unten III.A.

34) Kein Verwaltungsverfahren ist voraussetzungsgemäß das Leistungsverfahren, das auf Grund ihrer sukzessiven Zuständigkeit nach §§ 65 ff ASGG vor den ordentlichen Gerichten zu führen ist. Von ihm soll hier im Folgenden nicht mehr gesprochen werden.

Es fragt sich daher, auf welcher kompetenzrechtlichen Grundlage die Verfahrensvorschriften des siebenten Teils des ASVG beruhen und wie ihre Verschränkung mit dem AVG kompetenzrechtlich zu beurteilen ist.

Nun zwingt aber Art 11 Abs 2 B-VG den Bund nicht dazu, alle Verwaltungsverfahren auf Basis seiner Bedarfskompetenz einheitlich zu regeln. Vielmehr steht es ihm zu, den Bedarf an einer bundeseinheitlichen Regelung auch zu verneinen, von der Bedarfskompetenz also keinen Gebrauch zu machen und es insoweit bei der Adhäsions- oder Annexkompetenz zu belassen, deren Durchbrechung Art 11 Abs 2 B-VG dem Bundesgesetzgeber erlaubt. Es ist dies wohlgemerkt keine Frage der Reichweite des Verfahrensrechtsbegriffs, also keine Frage der Unterscheidung zwischen Verfahrensrecht und materiellem Recht. Es steht hier also nicht zur Debatte, welchen *Inhalt* die Verfahrensrechtskompetenz des Art 11 Abs 2 B-VG hat. Vielmehr geht es um die Frage der Reichweite des *Bedarfs*, den nach Art 11 Abs 2 B-VG der Bundesgesetzgeber zu beurteilen hat: Schon seit der zugleich mit der Bedarfskompetenz eingeführten Stammfassung der Verwaltungsverfahrensgesetze bestimmt der Bundesgesetzgeber im EGVG, *welche Behörden* die auf Basis der Bedarfskompetenz erlassenen allgemeinen bundeseinheitlichen Verfahrensgesetze anzuwenden haben. Nimmt er nun etwa – wie in Art I Abs 2 lit B Z 27 EGVG – die Sozialversicherungsträger³⁵⁾ von der Anwendung der Verfahrensgesetze aus, so verzichtet er für ihr Verfahren auf die Inanspruchnahme der Bedarfskompetenz. Das Sozialversicherungsverfahren ist somit nicht dem zentralen, einheitlichen Verfahrensgesetz unterworfen. Der Materiengesetzgeber hat im Rahmen seiner Annexkompetenz die Freiheit, das Verfahren teils durch eigenständige Anordnungen, teils durch Verweise auf das AVG zu bewerkstelligen, an deren Stelle er genauso den Inhalt der verwiesenen Bestimmungen in das ASVG aufzunehmen berechtigt wäre.

Das Sozialversicherungsverfahren wird allerdings nur zT von den Sozialversicherungsträgern selber geführt. Zum anderen Teil werden die Landeshauptleute und der Bundesminister in das Verfahren involviert³⁶⁾. Für den Landeshauptmann gelten nun aber gemäß Art I Abs 2 lit A Z 1 EGVG das AVG und das VStG. Für den Bundesminister gelten die Verfahrensgesetze, wenn er als erste Instanz oder wenn er als Berufungsbehörde bzw im Devolutionszug in Fällen zuständig ist, in denen die ihm direkt unterstellte Behörde es auch anzuwenden hätte oder hat³⁷⁾. Er hat daher als Berufungs- und als sachlich in Betracht kommende Oberbehörde nach § 415 sowie als erste Instanz nach § 416 ASVG das AVG anzuwenden.

Die Verfahren vor dem Landeshauptmann und dem Bundesminister unterliegen daher insoweit dem Regime des Art 11 Abs 2 B-VG. Die von den danach erlassenen allgemeinen Verfahrensgesetzen abweichenden Bestimmungen des ASVG bedürfen daher insoweit einer besonderen Rechtfertigung nach Art 11 Abs 2 letzter Halbsatz B-VG. Gleiches gilt für jene – im Folgenden jedoch nicht im Fokus stehenden – Verfahren, die nach dem ASVG der Hauptverband zu führen

35) Nicht aber auch den Hauptverband; siehe gleich unten bei FN 40.

36) Vgl schon oben bei FN 9 und 25.

37) Art I Abs 3 EGVG.

hat³⁸⁾, der – da er kein Sozialversicherungsträger ist – unter die *Aufzählung*, nicht aber unter die *Ausnahme* des Art I Abs 2 lit B Z 27 EGVG fällt³⁹⁾.

Für eine derartige Rechtfertigung ist das Folgende ins Treffen zu führen: Sozialversicherungsverfahren treten wie das Verfahren in Abgabensachen *massenhaft* auf. Standardisierte Sachverhalte sind dabei nach standardisierten Tatbeständen und daher idR formularmäßig zu beurteilen. *Ermittlungsverfahren* können idR *entfallen*, strittig sind allenfalls Fragen der rechtlichen Beurteilung, während die zu Grunde liegenden Sachverhalte in aller Regel außer Streit stehen. Nach hM liegt dem Verfahren in Sozialversicherungssachen außerdem der *Grundsatz der sozialen Rechtsanwendung* zu Grunde, der für eine Auslegung der Vorschriften sorgt, die im Zweifel zu Gunsten des Sozialversicherten ausschlagen soll⁴⁰⁾. Schließlich stehen im Sozialversicherungsrecht Fragen der Sparsamkeit bei gleichzeitiger *Verteilungsgerechtigkeit*, mithin also vor allem der *Gleichmäßigkeit* des Vollzugs und damit der Verhinderung von Sozialmissbrauch zur Diskussion, dem auch durch das Verfahrensrecht entgegengewirkt werden soll⁴¹⁾. In allen diesen Punkten, vor allem aber in ihrem Zusammentreffen, liegen Besonderheiten des Sozialversicherungsrechtes, die Abweichungen von den allgemeinen Verfahrensbestimmungen des AVG rechtfertigen können, soweit diese Abweichungen jeweils im Einzelnen einem dieser Gründe oder ihnen allen geschuldet sind.

B. Selbstverwaltung

Gemäß Art 120 b Abs 2 B-VG sind die Angelegenheiten, die den Selbstverwaltungskörpern, also auch den Sozialversicherungsträgern, übertragen werden, solche des *eigenen Wirkungsbereichs*, soweit die Gesetze sie nicht ausdrücklich zu solchen des übertragenen Wirkungsbereichs erklären. Das Regel–Ausnahme–Verhältnis und die Bezeichnungspflicht werden insofern also nicht aus dem Gemeindeverfassungsrecht übernommen, sondern geradezu in ihr Gegenteil verkehrt auf die nicht territoriale Selbstverwaltung appliziert. Die im Folgenden zu erörternden, nach den Verfahrensbestimmungen des siebenten Teils zu regelnden Angelegenheiten werden an keiner Stelle des Gesetzes zu solchen des übertragenen Wirkungsbereichs erklärt. Der Sozialversicherungsgesetzgeber mag dies übersehen und eine Anpassung im Angesicht der B-VG-Novelle 2008⁴²⁾ verabsäumt haben. Dennoch sind damit *alle in Rede stehenden Angelegenheiten* als solche des eigenen Wirkungsbereichs der jeweils betroffenen Sozialversicherungsträger anzusehen, was für jene Angelegenheiten zu verfassungsrechtlichen

38) Vgl oben bei FN 15.

39) Kopetzki in Kneihls/Lienbacher/Runggaldier (Hrsg), Wirtschaftssteuerung durch Sozialversicherungsrecht? (2005) 311 (323 f) mwN.

40) Vgl Teschner/Widlar/Pöltner, ASVG (52. EL 1991) Vorbemerkung zu den §§ 352 bis 417, 1632; siehe aber auch Derntl in Sonntag (Hrsg), ASVG² (2011) § 357 Rz 10 – ein solcher Grundsatz wird zwar auch von der Judikatur angenommen, ist allerdings im Gesetz nirgends positiviert.

41) R. Müller in Kneihls/Lienbacher/Runggaldier (Hrsg), Wirtschaftssteuerung durch Sozialversicherungsrecht? (2005) 340 (341 ff).

42) BGBl I 2008/2.

Problemen führt, an denen ein allgemeines staatliches Interesse besteht und die den Wirkungsbereich des jeweils einzelnen Sozialversicherungsträgers überschreiten⁴³⁾. Dem wäre in den meisten Fällen durch eine ausdrückliche Zuweisung zum übertragenen Wirkungsbereich jeweils auf einfach-gesetzlicher Ebene recht einfach abzuwehren⁴⁴⁾.

Mit der Anrufbarkeit des Landeshauptmanns und zT auch des Bundesministers⁴⁵⁾ ist außerdem regelmäßig ein Instanzenzug an staatliche Behörden eingerichtet. Die B-VG-Nov 2008 hat nun allerdings im Wesentlichen die bis dahin ergangene Rechtsprechung des VfGH zur nicht territorialen Selbstverwaltung kodifiziert und sich dabei des Instrumentariums der Art 116 ff B-VG bedient. Gerade im Hinblick auf die Instanzenzüge aber hat der Verfassungsgesetzgeber davon Abstand genommen, die einschlägige Vorschrift des Art 118 Abs 4 B-VG auf die nicht territoriale Selbstverwaltung zu übertragen. Angesichts der zahlreichen im Februar 2008 bestehenden Beispiele für Instanzenzüge an die staatliche Verwaltung im einschlägigen Recht der nicht territorialen Selbstverwaltung⁴⁶⁾ liegt es auch nicht nahe, dass der Verfassungsgesetzgeber stillschweigend von einer Übertragung dieses Gedankens eines Ausschlusses von Instanzenzügen an allgemeine staatliche Behörden ausgegangen wäre. Es ist daher vielmehr anzunehmen, dass derartige Instanzenzüge im Bereich der nicht territorialen Selbstverwaltung und damit auch und gerade im Sozialversicherungsrecht zulässig sind⁴⁷⁾.

43) So erscheint etwa § 409 ASVG jedenfalls insoweit verfassungswidrig, als er die Feststellung der Versicherungspflicht, den Abspruch über Beginn und Ende der Versicherung sowie der Beitragseinhebung auch für die Pensions- und die Unfallversicherung dem Krankenversicherungsträger zuweist: Alle diese Angelegenheiten betreffen unmittelbar das Rechtsverhältnis zwischen Selbstverwaltungskörper und Mitglied, gehören also zum Kernbereich des eigenen Wirkungsbereichs jeweils des Trägers der Pensions- und der Unfallversicherung, weshalb ihre Wahrnehmung durch den Krankenversicherungsträger zumindest nicht im eigenen Wirkungsbereich besorgt werden darf.

44) Wobei allerdings § 409 ASVG damit allein noch nicht gerettet wäre. Denn allenfalls ließe sich die Miterledigung der dort dem Krankenversicherungsträger zugewiesenen Angelegenheiten der Pensions- und Unfallversicherung im übertragenen Wirkungsbereich für jene Fälle rechtfertigen, in denen der Versicherte zumindest auch in der Krankenversicherung versichert ist. § 409 ASVG geht darüber aber hinaus und beruft den Krankenversicherungsträger zur Wahrnehmung dieser Angelegenheiten auch dann, wenn der Versicherte überhaupt nur in der Pensions- und/oder Unfallversicherung versichert ist (vgl im Einzelnen *Kneihls* [FN 11] § 409 Rz 2 ff mwN).

45) Vgl oben FN 9.

46) §§ 415, 448 ASVG, § 138 NO, §§ 18, 205, 214, 222 WTBG.

47) Im Ergebnis genauso *Stolzlechner*, Art 120b B-VG, in *Kneihls/Lienbacher* (Hrsg), Rill-Schäffer-Bundesverfassungsrechtskommentar, Rz 11 ff mwN.

III. Das AVG im Sozialversicherungsverfahren

A. Vor den Trägern der Sozialversicherung

1. Verwiesene Bestimmungen

Nach dem EGVG haben die Träger der Sozialversicherung das AVG nicht anzuwenden⁴⁸⁾. Das hindert freilich den Sozialversicherungsgesetzgeber nicht daran, seine Inhalte durch Verweis in das Verfahrensrecht des ASVG zu integrieren. Dies geschieht durch die für das gesamte Verfahrensrecht des siebenten Teils, also sowohl für das Verfahren in Leistungs- als auch für das Verfahren in Verwaltungssachen zentrale⁴⁹⁾ Vorschrift des § 357.

Danach sind sowohl im Verfahren in Leistungssachen als auch im Verfahren in Verwaltungssachen die folgenden Bestimmungen des AVG anzuwenden: § 6 über die Wahrnehmung der Zuständigkeit⁵⁰⁾, § 7 über die Befangenheit von Verwaltungsorganen⁵¹⁾, § 8 über Beteiligte und Parteien⁵²⁾, § 9 über die Rechts- und Handlungsfähigkeit⁵³⁾, §§ 10 bis 12 über die Vertretung⁵⁴⁾, §§ 13 bis 17a über

48) Siehe schon oben bei FN 36.

49) Dies ergibt sich aus der Einordnung des § 357 in den 2. Unterabschnitt über „Gemeinsame Bestimmungen für das Verfahren in Verwaltungs- und in Leistungssachen vor den Sozialversicherungsträgern“.

50) Wobei allerdings § 361 Abs 4 ASVG über die Einbringung von Leistungsanträgen (siehe noch unten 3) unberührt bleibt.

51) Wobei der in § 7 AVG zugrunde gelegte Angehörigenbegriff des § 36a AVG in § 357 nicht ausdrücklich mit verwiesen ist. Es wäre daher denkbar, an seiner Stelle den Angehörigenbegriff des § 123 ASVG einzusetzen. Im Kontext des Verfahrens scheint es aber eher auf die verfahrensrechtlichen Implikationen einer Nahebeziehung als auf die Ableitbarkeit von Ansprüchen auf Versicherungsleistungen anzukommen. Es ist daher davon auszugehen, dass für die Befangenheit der Angehörigenbegriff des AVG maßgeblich ist, auf den der verwiesene § 7 AVG auch weiter verweist. Die in § 7 AVG ebenfalls vorgesehene Befangenheit durch Mitwirkung an einer Entscheidung der Unterinstanz findet auf das notwendigerweise erstinstanzliche Verfahren vor den Sozialversicherungsträgern keine Anwendung. Bei Gefahr im Verzug hat, wenn die Vertretung durch ein anderes Organ nicht sogleich bewirkt werden kann, auch das befangene Organ die unaufschiebbaren Amtshandlungen vorzunehmen (§ 7 Abs 2 AVG). Ein derartiger Fall ist im erstinstanzlichen SV-Verfahren zumindest schwer vorstellbar.

52) Wobei das ASVG aber – insb in § 411 – schon für das Verfahren vor den Sozialversicherungsträgern zusätzlich Legalparteien kreiert (zum Verfahren vor dem Landeshauptmann und dem Bundesminister vgl noch unten B).

53) Wobei mit dem Verweis auf die Rechts- und Prozessfähigkeit nach § 9 AVG das ASVG auch die Auslegungsschwierigkeiten importiert werden, die sich hinsichtlich dieser Bestimmung immer dann stellen, wenn die danach subsidiär anwendbaren Vorschriften des bürgerlichen Rechts auf verwaltungsrechtliche Sachverhalte angewendet werden sollen, für die nicht von vornherein feststeht, ob und inwieweit die zivilrechtliche Geschäftsfähigkeit auf sie passt (vgl dazu *Walter/Kolonovits/Muzak/Stöger, Verwaltungsverfahrenrecht*⁹ (2011) 63; siehe auch *Hengstschläger/Leeb, AVG I* § 9 Rz 14). Der Verweis auf das bürgerliche Recht greift freilich nur Platz, wo die Verwaltungsvorschriften nichts anderes bestimmen. Diese Klausel schafft Raum für eine eigene Regelung der Rechts- und Handlungsfähigkeit durch das ASVG (§§ 106, 361).

54) Wobei der Verweis auf § 12 AVG Schwierigkeiten bereitet. Dort ist nämlich angeordnet, dass alle Vorschriften des AVG, die Beteiligte betreffen, auch auf ihre gesetzlichen Vertreter und Bevollmächtigten zu beziehen sind. Dies darf erstens insofern

Anbringen, Rechtsbelehrung, Niederschriften, Aktenvermerke und Akteneinsicht⁵⁵⁾, § 18 Abs 1 – 4 über Erledigungen⁵⁶⁾, §§ 21 und 22 über Zustellungen⁵⁷⁾, §§ 32 und 33 über Fristen, § 38 über Vorfragen⁵⁸⁾, §§ 39a und 53b über (Gebühren für nichtamtliche) DolmetscherInnen und ÜbersetzerInnen, soweit es sich um solche für Gebärdensprache⁵⁹⁾ handelt⁶⁰⁾, §§ 58, 59 – 61a und 62 Abs 4 über den Inhalt und die Form der Bescheide⁶¹⁾, §§ 69 und 70 über die Wiederaufnahme des

nicht wörtlich genommen werden, als schon für § 8 AVG evidentermaßen anderes gilt, da der Vertreter oder Bevollmächtigte gerade nicht vermöge eines eigenen rechtlichen Interesses oder Rechtsanspruchs teilnimmt oder die Tätigkeit der Behörde für sich in Anspruch nimmt. Zweitens aber wird wohl anzunehmen sein, dass nicht alle auf Beteiligte bezogenen Bestimmungen des AVG aufgrund dieses Verweises auch im ASVG gelten sollen, sondern dass bloß für jene auf Beteiligte bezogenen Vorschriften des AVG, die auch im ASVG anwendbar sind (§§ 8, 9, 10 – 12, 13 – 17a, 18 Abs 1, 2 und 4, AVG), die Gleichhaltung von Beteiligten und ihren Vertretern sinngemäß gilt.

- 55) Wobei dieser Verweis nicht ganz eindeutig gefasst ist, handeln doch die verwiesenen Bestimmungen zT von anderen oder über das Genannte hinausgehenden Inhalten (vgl bloß die Bestimmungen über das Verbesserungsverfahren oder über blinde und sehbehinderte Personen im Verfahren), sodass die genannten Bestimmungen mit den genannten Inhalten nicht ganz im Einklang stehen. Da aber nicht alle Inhalte der genannten Vorschriften einfach in § 357 wiedergegeben werden können, es vielmehr gerade der Sinn des Verweises ist, den Inhalt der verwiesenen Vorschriften durch ihre bloße Benennung in das verweisende Gesetz zu importieren, ist davon auszugehen, dass nicht die in § 357 verbis vorgenommene Wiedergabe der Inhalte, sondern die paragraphenmäßige Nennung der Bestimmungen für den Inhalt des Verweises entscheidend sein soll (dafür spricht auch die bewusste Aufnahme des § 17a AVG in den Verweis; vgl RV 624 BlgNR 21. GP 23). Die Vorschriften des § 14 AVG über mündliche Verhandlungen dürften mangels Anwendbarkeit der §§ 40ff leg cit im ASVG-Verfahren nicht anwendbar sein. Gegen die Verweigerung der Akteneinsicht ist ein abgesondertes Rechtsmittel nicht zulässig (§ 17 Abs 4 AVG). Im Verfahren in Verwaltungssachen ist eine Rüge dieses Verfahrensfehlers daher gegebenenfalls in die Berufung aufzunehmen, während im Verfahren in Leistungssachen mit dem Bescheid auch das ihm zugrunde liegende Verfahren gegenstandslos und in der Sache neu entschieden wird; diesfalls ist im fortgesetzten Verfahren die Akteneinsicht nach zivilprozessualen Vorschriften neu zu beurteilen.
- 56) Wobei aus § 18 AVG nicht auch der Abs 5 mit verwiesen ist. Dies ist nicht so sehr für den dort enthaltenen Hinweis auf den dritten Teil des AVG (§§ 56 – 62 AVG: Vorschriften über die Erlassung, Inhalt und Form von Bescheiden) im Hinblick auf Bescheide relevant, weil auf die einschlägigen Bestimmungen in § 357 ohnehin gesondert verwiesen wird. Wohl aber ist die Auslassung des Abs 5 für Ladungen relevant, die wegen des Weiterverweises in § 18 Abs 5 andernfalls nach § 19 AVG vorzunehmen wären (s dazu auch *Derntl* [FN 41] § 357 Rz 16).
- 57) Wobei durch § 21 AVG auf das Zustellgesetz weiterverwiesen ist.
- 58) Wobei allerdings eine eigenständige Vorfragenentscheidung über die Versicherungs- oder die Leistungszuständigkeit und -zugehörigkeit wegen § 413 Abs 4 ASVG im Leistungsverfahren ausgeschlossen ist.
- 59) Vgl Art 8 Abs 3 B-VG.
- 60) SRÄG 2010 (BGBl I 2010/62).
- 61) Wobei aber der Verweis auf § 61a AVG in die Irre führt, weil § 357 ASVG von vornherein nur für das Verfahren vor den Sozialversicherungsträgern gilt. In Verwaltungssachen entscheiden diese aber nie in letzter Instanz (§ 412 ASVG); in Leistungssachen wiederum ist die Anrufung des VfGH und des VwGH wegen der sukzessiven Zuständigkeit der ASG (§§ 65ff ASGG) gerade ausgeschlossen, auf die nach § 61a AVG hingewiesen werden soll. Im Verfahren vor den Sozialversicherungsträgern ist

Verfahrens⁶²⁾ sowie §§ 71 und 72 über die Wiedereinsetzung in den vorigen

mangels Anwendbarkeit der §§ 40 ff AVG und eigener diesbezüglicher Anordnungen auch keine „Verhandlung“ vorgesehen (vgl schon oben FN 56). Der Ausdruck ist aber schon in § 59 Abs 1 AVG nicht als terminus technicus gemeint, sondern bezeichnet vielmehr bloß die zu entscheidende Verwaltungssache. Hinsichtlich der Kosten vgl § 359 ASVG. Im Verfahren vor den Sozialversicherungsträgern wesentlich ist, dass für eine mit Bescheid auferlegte Leistung oder die dem Versicherten aufgetragene Herstellung eines bestimmten Zustands, im Spruch zugleich auch eine angemessene Frist zu bestimmen ist (§ 59 Abs 2 AVG). Der Verweis auf § 61 AVG führt dazu, dass die Sozialversicherungsträger in *Verwaltungssachen* auf die Möglichkeit des *Einspruchs* gem § 412 und auf die zur Verfügung stehende einmonatige Frist (nicht aber auf die Möglichkeit, für den Einspruch auch die aufschiebende Wirkung zu beantragen: VwGH 1855/71, VwSlg 8147 A/1972) hinzuweisen haben. Enthält der Bescheid in Verwaltungssachen keine Rechtsmittelbelehrung oder fälschlich die Erklärung, dass kein Rechtsmittel zulässig sei oder ist keine oder eine kürzere als die einmonatige Rechtsmittelfrist angegeben, so gilt der Einspruch als rechtzeitig eingebracht, wenn er innerhalb eines Monats eingebracht wurde (§ 357 iVm § 61 Abs 2 AVG). Ist in einem solchen Bescheid eine längere als die einmonatige Frist angegeben, so gilt der innerhalb der angegebenen Frist eingebrachte Einspruch als rechtzeitig (§ 357 ASVG iVm § 61 Abs 3 AVG). Enthält der Bescheid eine unrichtige Angabe darüber, wo der Einspruch einzubringen ist, so ist er jedenfalls richtig eingebracht, wenn er bei der angegebenen Behörde eingebracht wurde – fehlt eine derartige Angabe überhaupt, so ist der Einspruch jedenfalls richtig bei dem Sozialversicherungsträger eingebracht, von dem der Bescheid stammt (§ 357 iVm § 61 Abs 4 AVG); wegen § 412 Abs 1 ASVG ist aber auch anzunehmen, dass ein beim Landeshauptmann eingebrachter Einspruch zulässig ist. Unklar ist, ob in der Rechtsmittelbelehrung im Verfahren in *Leistungssachen* neben der Unzulässigkeit ordentlicher Rechtsmittel auch auf die *sukzessive Zuständigkeit* der ASG hinzuweisen ist. Obwohl dies weder im AVG noch im ASVG oder im ASGG ausdrücklich vorgesehen ist, scheint es jedenfalls Praxis der Sozialversicherungsträger zu sein. Mangels einer einschlägigen Anordnung vermag aber eine abweichende oder irreführende Rechtsmittelbelehrung an der Zuständigkeit der Gerichte und den für die Klagsführung dort vorgesehenen Fristen nichts zu ändern; ob und unter welchen Umständen eine falsche Rechtsmittelbelehrung im gerichtlichen Verfahren zur Wiedereinsetzung führen kann, ist nach zivilprozessualen Regelungen vom ASG zu beurteilen (vgl in vergleichbarem Zusammenhang VwGH 2006/06/0066 und OGH 3 Ob 2360/96x, SZ 69/224 = JBl 1997, 179 – verstärkter Senat). § 71 Abs 4 AVG ist entsprechend zu reduzieren. Umgekehrt stellt auch ein fälschlich gegebener Hinweis auf eine sukzessive Gerichtszuständigkeit keinen Fall des § 71 Abs 1 Z 2 AVG dar und eröffnet damit keine Wiedereinsetzung im dann zulässigen Einspruchsverfahren in Verwaltungssachen.

- 62) Wobei die Wiederaufnahme den Abschluss des Verfahrens durch einen Bescheid voraussetzt. Sie kommt daher von vornherein nur im Verfahren in Verwaltungssachen oder dann in Betracht, wenn im Verfahren in Leistungssachen keine Klage beim ASG erhoben wurde. Die Entscheidung über die Wiederaufnahme steht der Behörde zu, die den Bescheid in letzter Instanz erlassen hat (§ 69 Abs 4 AVG); in Leistungssachen kann es sich dabei voraussetzungsgemäß nur um den Sozialversicherungsträger handeln, dessen Bescheid nicht beim ASG bekämpft worden ist. Der Halbsatz über die Wiederaufnahme durch den UVS ist im SV-Verfahren unanwendbar. Gegen die Ablehnung eines Antrags auf Wiederaufnahme steht dem Antragsteller das Recht der Berufung an die im Instanzenzug in der Hauptsache übergeordnete Behörde zu, wenn es noch eine gibt (§ 70 Abs 3 erster Satz AVG). Im Verfahren in Verwaltungssachen ist dies gegenüber Entscheidungen der Sozialversicherungsträger der Landeshauptmann; hat dieser bereits entschieden, so ist gegen seine Entscheidung über die Ablehnung der Wiederaufnahme nur noch die Bescheidbeschwerde an VwGH und VfGH zulässig, wenn nicht nach § 415 ASVG in der Hauptsache ein Rechtszug an den

Stand⁶³).

Das ASVG verweist zwar auch abseits seines § 357 an manchen weiteren Stellen auf das AVG. Diese Verweise haben aber entweder keine konstitutive Bedeutung, weil in allen Fällen nur auf Bestimmungen verwiesen wird, die im entsprechenden Zusammenhang sowieso anwendbar sind⁶⁴), oder sie gehören nicht zum Verfahren vor den Sozialversicherungsträgern nach dem siebenten Teil⁶⁵).

2. Nicht verwiesene Bestimmungen

Die Liste der im Verfahren vor den Sozialversicherungsträgern anwendbaren Bestimmungen des AVG in § 357 ASVG ist somit im Ergebnis taxativ. Daher sind alle nicht genannten Bestimmungen im Verfahren vor den Sozialversicherungsträgern *nicht* anzuwenden.

BM besteht. Die Wiederaufnahme des Verfahrens in Leistungssachen ist selbst keine Leistungssache; vielmehr ist die prozessuale Entscheidung über seine Wiederaufnahme vor dem Sozialversicherungsträger eine *Verwaltungssache*, in der ein Einspruch beim Landeshauptmann zulässig ist (vgl. *Dernitl* [FN 41] § 357 Rz 11 mwN auch abweichender Auffassungen). Gegen die Bewilligung oder die Verfügung der Wiederaufnahme ist eine abgesonderte Berufung nicht zulässig (§ 70 Abs 3 Satz 2 AVG). Sie kann in *Verwaltungssachen* nur im Instanzenzug mit dem die Sache neu erledigenden Bescheid bekämpft, in *Leistungssachen* durch Klage mit dem Bescheid aus der Welt geschafft werden.

- 63) Wobei der zweite Wiedereinsetzungsgrund im Verfahren in *Leistungssachen* vor den Sozialversicherungsträgern nicht in Betracht kommt; ob und inwieweit eine Wiedereinsetzung wegen fehlerhafter Rechtsmittelbelehrung vor den ASG zu gewährt ist, ist vielmehr von diesen nach zivilprozessualen Regeln zu entscheiden (vgl. schon oben FN 62). In den übrigen Fällen entscheidet nach § 71 Abs 4 AVG jene Behörde über die Wiedereinsetzung, bei der die versäumte Handlung vorzunehmen war oder die die versäumte Verhandlung angeordnet oder die unrichtige Rechtsmittelbelehrung erteilt hat; im Verfahren in *Verwaltungssachen* also der Sozialversicherungsträger, von dem die fehlerhafte Rechtsmittelbelehrung stammt. Die Wiedereinsetzung kann aber auch in ihrer ersten Alternative im Verfahren vor den Sozialversicherungsträgern in *Leistungssachen* nur gewährt werden, solange der Bescheid nicht durch Klage beim ASG außer Kraft getreten ist. § 71 Abs 6 zweiter Satz AVG ist im Verfahren vor den Sozialversicherungsträgern nicht anzuwenden. Im Verfahren vor den Sozialversicherungsträgern mangels mündlicher Verhandlungen wenig relevant sind § 72 Abs 2 und 3 AVG, wonach durch den Antrag auf Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der mündlichen Verhandlung die Frist zur Anfechtung des infolge der Versäumung erlassenen Bescheides nicht verlängert wird, auf die von derselben Partei erhobene Berufung aber erst einzugehen ist, wenn der Antrag auf Wiedereinsetzung abgewiesen worden ist. Für die Bekämpfung der Entscheidung über die Wiedereinsetzung gilt das zur Wiederaufnahme Gesagte sinngemäß (§ 72 Abs 4 AVG; vgl. oben FN 63).
- 64) So handelt § 368 Abs 1 letzter Satz bloß von der Behandlung jener Zeiten, in denen das Verfahren nach § 38 AVG unterbrochen war; die Anwendbarkeit des § 38 AVG folgt dabei aber schon aus § 357 und wird in § 368 bereits vorausgesetzt.
- 65) In § 415 Abs 2a wird auf § 73 AVG verwiesen. Der Bundesminister hat aber wegen Art I Abs 3 EGVG das AVG insoweit ohnehin anzuwenden (Zuständigkeit als sachlich in Betracht kommende Oberbehörde). Nicht einzugehen ist hier auf den Verweis in § 347 Abs 4, weil das Verfahren vor den dort genannten Kommissionen nicht unter den siebenten Teil des ASVG fällt. Gleiches gilt für den Verweis in § 351j Abs 5.

Dies betrifft zunächst die §§ 1 – 5 über *Zuständigkeit*, *Zuständigkeitskonflikte* und *Zuständigkeitskonkurrenz*, an deren Stelle die §§ 356, 361, 409 ASVG eigene Bestimmungen über die *Zuständigkeit* im Verfahren nach dem siebenten Teil enthalten⁶⁶⁾. Weder verwiesen noch direkt übernommen sind weiters §§ 19, 20 AVG über *Ladungen*. Allerdings enthält § 358 eine Regelung über die Ladung von Parteien und anderen Beteiligten, die inhaltlich an § 19 AVG angelehnt ist und wenigstens im Verfahren in Verwaltungssachen letztlich auch in eine Ladung nach dem AVG mündet, wenn der Geladene der Ladung nicht Folge leistet oder die Aussage verweigert⁶⁷⁾. Die §§ 34 ff AVG über die *Sitzungspolizei* einschließlich Ordnungs- und Mutwillensstrafen finden sich ebenso weder im Katalog des § 357 noch sind sie inhaltlich im Verfahrensrecht des ASVG abgebildet. Der *Angehörigenbegriff* des § 36a AVG ist zwar nicht im Allgemeinen, wohl aber im Zusammenhang mit der *Befangenheit* auch im ASVG-Verfahren maßgeblich⁶⁸⁾.

Aus dem zweiten Teil des AVG über das *Ermittlungsverfahren* wird nur auf § 38 über *Vorfragen* und auf § 39a über die Beiziehung von Dolmetschern für Gebärdensprache direkt verwiesen⁶⁹⁾. Alle anderen Bestimmungen aus dem Ermittlungsverfahren des AVG sind somit im Verfahren vor den Sozialversicherungsträgern nicht anzuwenden. Insb gilt nicht das Erfordernis der Ermittlung der „materiellen Wahrheit“ nach § 37 AVG. Vielmehr begnügt sich das sozialversicherungsrechtliche Massenverfahren mit der „Feststellung des Sachverhaltes“⁷⁰⁾. Jedenfalls nicht anwendbar sind im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren die Vorschriften über die mündliche *Verhandlung*⁷¹⁾, das *Massenverfahren*⁷²⁾ sowie über die *Beweise*⁷³⁾. Insb umfasst der Verweis auf das AVG daher nicht den Grundsatz der *freien Beweiswürdigung*⁷⁴⁾. Judikatur und Schrifttum gehen – zumeist ohne nähere Begründung – dennoch davon aus, dass dieser Grundsatz trotzdem auch im ASVG-Verfahren anwendbar ist⁷⁵⁾. Aus dem vom VwGH postulierten Auftrag, den Sachverhalt zu ermitteln, folgt für die dabei anzuwendenden Beweisregeln allerdings nichts. Ob man aber aufgrund der Annahme zur Geltung des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung kommen kann, dass jene Bestimmungen des AVG mangels ausdrücklicher anderer Anordnung des Ge-

66) Die wiederum – soweit auf die sachliche und örtliche Zuständigkeit der Versicherungsträger abgestellt wird – nicht ohne die §§ 23 ff, 26 ff ASVG und die dort ihrerseits weiterverwiesenen Bestimmungen zu verstehen sind (für die nicht im ASVG geregelten Sozialversicherungsträger und -anstalten vgl § 129 iVm §§ 1, 5 ff, 9 B-KUVG, § 194 iVm §§ 2 ff und 15 GSVG sowie § 182 iVm §§ 2 ff, 13 BSVG).

67) Siehe noch unten vor FN 95.

68) Vgl oben FN 52.

69) Vgl aber auch § 413 Abs 4; siehe oben FN 59.

70) § 358 Abs 1 ASVG. Siehe gleich unten 3.

71) §§ 40 – 44 AVG.

72) §§ 44a – 44g AVG.

73) §§ 45 – 55 AVG.

74) § 45 Abs 2 AVG.

75) Vgl *Dernitl* (FN 41) § 357 Rz 8 mit Hinweis auf VwGH 82/08/0127 und 94/08/0290; vgl weiters VwGH 92/08/0015, ZfVB 1996/2330 = SVSlg 43.487 und VwGH 91/08/0131, ZfVB 1996/2330; ebenso wohl *Oberndorfer/Muzak* (FN 11) 679 und *Majoros* in *Geppert*, Sozialversicherung in der Praxis, 7.4.2.9.

setzgebers stets sinngemäß anwendbar sind, die allgemeine Verfahrensgrundsätze formulieren⁷⁶⁾, ist selbst dann zweifelhaft, wenn man die Prämisse teilt: Das Fehlen des § 45 in der taxativen Aufzählung jener Bestimmungen aus dem AVG, die im ASVG-Verfahren zur Anwendung kommen sollen, kann nämlich einer ausdrücklichen Ausnahme gleich gehalten werden. Es könnte daher durchaus die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein, den Sozialversicherungsträger an ihm vorgelegte Belege und Gutachten zu binden und ihm so zu verbieten, sich etwa über Belege für einen geltend gemachten Leistungsanspruch hinwegzusetzen. Im Fehlen eines Verweises auf § 45 AVG käme dann das – ansonsten ebenso ungeschriebene – Prinzip der sozialen Rechtsanwendung⁷⁷⁾ zum Ausdruck, das – wenn man dem folgen möchte – wenigstens im erstinstanzlichen Verfahren an die Stelle des nicht verwiesenen Grundsatzes der freien Beweiswürdigung tritt.

Die §§ 56 f, 58a und 62 Abs 1 – 3 AVG sollen ebenfalls nicht zur Anwendung gelangen: Aus dem Kanon der Bestimmungen des AVG über die Bescheiderlassung bewusst ausgenommen ist zunächst § 56 AVG, demzufolge der Erlassung eines Bescheides ein *Ermittlungsverfahren* nach den ebenfalls ausgesparten §§ 37 und 39 AVG vorauszugehen hat. Ebenfalls ausgenommen sind § 57 AVG über *Mandatsbescheide* sowie § 58a AVG über *verbundene Verfahren*, die im Verfahren vor den Sozialversicherungsträgern nicht oder nicht in der dort vorgesehenen Form vorkommen können. Ebenso wenig dürfen die Sozialversicherungsträger Bescheide nach § 62 Abs 1 bis 3 AVG *mündlich verkünden*.

Ebenso ausgeschlossen von der Anwendung im ASVG-Verfahren vor den Sozialversicherungsträgern sind die §§ 63 – 67 AVG über die *Berufung*⁷⁸⁾. Naturgemäß sind auch die §§ 67a ff AVG über das *Verfahren vor den UVS* im Verfahren vor den Sozialversicherungsträgern unanwendbar.

§ 68 AVG über die *Abänderung und Aufhebung von Bescheiden* ist im Verfahren vor den Sozialversicherungsträgern nicht anzuwenden. Allerdings dürfen offenkundige Irrtümer jederzeit berichtigt werden⁷⁹⁾. Auch ist die Aufsichtsbehörde dazu berufen, Bescheide der Versicherungsträger in Verwaltungssachen, die den gesetzlichen Bestimmungen über die Versicherungspflicht, über die Berechtigung zur Weiter- und Selbstversicherung, über die Versicherungs- bzw Leistungszugehörigkeit oder die Versicherungs- bzw Leistungszuständigkeit widersprechen, iSd § 68 Abs 4 Z 4 AVG als nichtig zu erklären⁸⁰⁾. Allerdings scheidet die Anwendung jener Bestimmungen, die jener Stelle eine Aufhebungs- oder Abänderungsbefugnis einräumen, die den betroffenen Bescheid erlassen

76) IdS wohl VwGH 2007/11/0157, VwSlg 17.323 A/2007 mwN.

77) Vgl oben bei FN 41.

78) Für den Berufungsverzicht aM *Dernitl* (FN 41) § 357 Rz 12. Zwar wird der Einspruch vor den beteiligten staatlichen Behörden erhoben, die das AVG ohnedies anzuwenden haben. Immerhin müssen aber die Erhebung dieses Einspruchs (§ 412) und die Unterschiede zwischen seiner Erledigung und der Erledigung einer Berufung im ASVG gesondert geregelt werden (§ 412 Abs 2 bis 5, § 413; vgl dazu noch unten B).

79) Verweis auf § 62 Abs 4 AVG; für Irrtümer beim Geburtsdatum vgl § 358 Abs 3 ASVG.

80) § 417 ASVG mit noch nicht richtig gestelltem Verweis auf „lit d“ statt „Z. 4“. Siehe dazu noch unten B.

hat⁸¹⁾, mangels eines Verweises auf die anderen Absätze des § 68 AVG für die Sozialversicherungsträger aus⁸²⁾).

Wohl aber ergibt sich auch ohne Verweis auf § 68 AVG aus § 417 ASVG, aber auch aus dem Verweis auf §§ 69 – 72 AVG, dass die Bescheide der Sozialversicherungsträger der *Rechtskraft* zugänglich sind⁸³⁾.

Im Verfahren vor den Sozialversicherungsträgern nicht anwendbar ist § 73 AVG⁸⁴⁾. Dies hat seinen Grund wohl in dem Umstand, dass die Sozialversicherungsträger als Selbstverwaltungskörper und mangels innerer Gliederung keine sachlich in Betracht kommende Oberbehörde haben. Gegen die gesetzliche Einrichtung von Devolutionszügen bestünden indes keine verfassungsrechtlichen Bedenken⁸⁵⁾; außerdem könnte eine die Selbstverwaltung schonende Lösung in der Einsetzung des Hauptverbandes als Devolutionsinstanz bestehen.

Anstelle des fünften Teils des AVG regelt § 359 ASVG die *Kosten* des Verfahrens⁸⁶⁾. Nicht verwiesen sind auch die *Schlussbestimmungen* des AVG⁸⁷⁾.

3. Indirekt verwiesene und inhaltlich übernommene Bestimmungen

Der siebente Teil des ASVG erhebt somit grundsätzlich den Anspruch, das Verfahren vor den Sozialversicherungsträgern selbständig und – soweit nicht auf das AVG verwiesen ist – abschließend zu regeln. Wo also nicht nach § 357 ASVG das AVG zur Anwendung kommt, ist nach den Vorschriften des siebenten Teils des ASVG zu verfahren.

Allerdings enthalten die Verfahrensbestimmungen des siebenten Teils des ASVG mancherorts Anordnungen, die eine Inanspruchnahme von Behörden vorsehen, die ihrerseits das AVG anzuwenden haben, womit im Ergebnis wiederum das AVG zur Anwendung kommt. An wieder anderen Stellen wird das AVG nicht durch Verweisung zum Inhalt des ASVG-Verfahrens gemacht, sondern durch – zT stark modifizierte – inhaltliche Übernahme.

So enthält § 358 ASVG für das *Verfahren in Leistungs- und in Verwaltungssachen* Bestimmungen über die *Ladung* und *Einvernahme* der Parteien oder sonstiger Beteiligter, die vage an §§ 19, 48 ff AVG erinnern, jedenfalls aber in Verwaltungssachen im Ergebnis dorthin verweisen: Wenn die Meldungen und Anträge im Beitrags- und Leistungsverfahren nicht ausreichen, um den maßgebenden Sach-

81) § 68 Abs 2 Fall 1, § 68 Abs 3 Fall 2 AVG.

82) VwGH 83/08/0125, VwSlg 11.172 A/1983.

83) VwGH 1682/78, VwSlg 10.285 A/1980; VwGH 89/08/0163, VwSlg 13.097 A/1990 und VwGH 2001/08/0057, VwSlg 15.694 A/2001; überschießend *Oberndorfer/Muzak* (FN 11) 707 f. Mangels Verweises auf § 68 Abs 1 AVG könnte allerdings fraglich sein, wann die Rechtskraft der Bescheide der Versicherungsträger eintritt. Folgt man dem allgemeinen Grundsatz, dass die materielle Rechtskraft der formellen Rechtskraft folgt, die wiederum eintritt, wenn ein Bescheid mit ordentlichen Rechtsmitteln nicht mehr anfechtbar ist, dann führt dies zur Annahme, dass Bescheide in Leistungssachen sofort, Bescheide in Verwaltungssachen erst mit Ablauf der Einspruchsfrist nach § 412 ASVG rechtskräftig sind.

84) Vgl zu Entscheidungsfrist und Säumnisfolgen aber noch gleich unten 3.

85) Siehe schon oben II.B.

86) Siehe gleich unten 2.

87) Verweisungen, sprachliche Gleichbehandlung, Vollziehung, Übergangsrecht.

verhalt festzustellen, können die Versicherungsträger Parteien, sonstige Beteiligte und Auskunftspersonen vernehmen. Dazu dürfen sie die jeweils Betroffenen ganz offenbar auch laden, was jedenfalls darin zum Ausdruck gelangt, dass für den Fall der Nichtbefolgung einer solchen Ladung vorgesorgt wird. Allerdings gilt für die Ladung mangels Erwähnung in § 357 ASVG nicht § 19 AVG. Daher kann der Versicherungsträger auch weder eine Zwangsvorführung veranlassen noch Beugestrafen verhängen oder androhen; auch kann er nicht ohne Anhörung des Betroffenen entscheiden. Vielmehr muss er – wenn der Geladene der Ladung nicht folgt – je nach Art des Verfahrens die *Gerichts- oder Verwaltungsbehörde beziehen*, die nach ihrem jeweiligen Verfahrensrecht lädt und vernimmt. Leistet der Geladene der Ladung nämlich keine Folge oder verweigert er die Aussage, so hat im Leistungsverfahren das ersuchte Bezirksgericht, im Verfahren in Verwaltungssachen aber die ersuchte *Bezirksverwaltungsbehörde* die Ladung und Vernehmung durchzuführen, die dabei ihrerseits das AVG anzuwenden hat.

Wenigstens zum Teil auch in das AVG führt letztlich in beiden Verfahren § 360 ASVG über die wechselseitige *Rechts- und Verwaltungshilfe* zwischen den Sozialversicherungsträgern und anderen Behörden. Soweit nämlich diese anderen Behörden im Rahmen dieser Sonderform der Amtshilfe das AVG anzuwenden haben⁸⁸⁾, werden im Ergebnis wiederum sozialversicherungsrechtliche Aufgaben nach diesem Gesetz besorgt⁸⁹⁾.

Das Gleiche gilt *im Verfahren in Leistungssachen* für § 365 ASVG über die behördliche Untersuchung von Arbeitsunfällen. Die darum ersuchte *Bezirksverwaltungsbehörde* hat wegen Art I Abs 2 lit A Z 1 EGVG das AVG anzuwenden. Dabei ist anzunehmen, dass sie – da ihre Einschaltung zur Sachverhaltsfeststellung für den Unfallversicherungsträger sonst sinnlos wäre – die Vorschriften über das Ermittlungsverfahren anzuwenden hat, auch wenn sie hier keinen Bescheid erlassen darf. *Nicht* zur Anwendung kommen aber die Bestimmungen über die *mündliche Verhandlung* (§§ 40 ff) und über *Großverfahren* (§§ 44a ff): Mündliche Verhandlungen sind nur von der entscheidenden Behörde durchzu-

88) Dies gilt wegen Art I Abs 2 Z 12 EGVG im Grundsatz – etwa im Vollzug des Ausländerbeschäftigungsrechts – auch für die in § 360 Abs 7 ASVG hervorgehobenen Abgabenbehörden, selbst wenn sie in vielen Fällen nach der BAO vorzugehen haben.

89) § 360 ASVG ersetzt die (derzeit noch) fehlende Erfassung der Sozialversicherungsträger in Art 22 B-VG. Diese Bestimmung wird durch zahlreiche spezifische Hilfeleistungspflichten, insb auf dem Gebiet der Informationshilfe, ergänzt. So sind den Sozialversicherungsträgern von anderen Stellen etwa nach §§ 67c, 321 Abs 1, 459a – c und g Daten zu übermitteln (vgl auch §§ 229a – d und f GSVG, §§ 217 – 217c BSVG, §§ 159d und e B-KUVG; vgl dazu auch die VO BGBl II 2010/28); darüber hinaus sind den Sozialversicherungsträgern nach § 37 KBGG, § 53 Karenzgeldgesetz sowie §§ 7 und 18 BMSVG Daten zu übermitteln. Darüber hinaus kommt aber aufgrund von § 360 ASVG auch in jedem anderen denkbaren Zusammenhang eine derartige Informationshilfe in Betracht, in dem die ersuchte Stelle über Daten verfügt, die in einem konkreten Anlassfall zum Vollzug des ASVG (seiner Parallelgesetze) erforderlich sind. Sonderfälle des § 360 sind auch die Einvernahmen, die das örtlich zuständige BG oder die örtlich zuständige Bezirksverwaltungsbehörde für den Sozialversicherungsträger nach § 358 Abs 1 und 2 durchzuführen hat (siehe oben bei FN 71 und vor FN 95).

führen⁹⁰⁾; das Leistungsverfahren des Unfallversicherungsträgers ist außerdem auch dann stets nur ein Einparteiverfahren, wenn von einem Unfall mehrere Versehrte betroffen sind. Das Verfahrensrecht der §§ 37 ff AVG wird außerdem durch die *Spezifikationen* des § 365 Abs 2 ASVG modifiziert⁹¹⁾. Hinsichtlich der Untersuchung von *Bergbauunfällen* hat das Ersuchen des Unfallversicherungsträgers an den BMWFJ zu ergehen. Dieser hat das AVG in einem solchen Fall zwar selbst nicht anzuwenden, weil er hier mangels Bescheidkompetenz weder in erster Instanz noch als Aufsichts- oder Rechtsmittelbehörde auftritt (Art I Abs 3 EGVG). Allerdings sind nach § 171 MineralrohstoffG für die ausschließlich ober-tägige Gewinnung und Aufbereitung grundeigener mineralischer Rohstoffe die *Bezirksverwaltungsbehörde* und der *LH* zuständig, die das AVG uneingeschränkt anzuwenden haben und die der BMWFJ diesfalls mit der bei ihm beantragten Untersuchung beauftragen kann⁹²⁾. Im Übrigen gelten auch für die Erhebungen des Bundesministers die Spezifikationen des § 365 Abs 2 ASVG⁹³⁾.

§ 361 Abs 4 ASVG enthält die bereits erwähnte Sonderbestimmung zu § 6 AVG, mit der die Weiterleitung von Leistungsanträgen von der Gemeinde oder vom unzuständigen zum zuständigen Sozialversicherungsträger für den Ein-

90) § 44 Abs 3 AVG; vgl auch §§ 41 f: In der Verhandlung wird nicht nur der Sachverhalt erörtert. Fraglich ist außerdem, ob eine mündliche Verhandlung *überhaupt* (vgl *Wiederin*, Art 22 B-VG, in *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht – Textsammlung und Kommentar [1. Lieferung, 1999] Rz 42) und ob sie im Speziellen dann im Amtshilfeweg durchgeführt werden kann, wenn das Ausgangsverfahren – wie jenes des ASVG – keine mündliche Verhandlung kennt (*Mayer*, B-VG-Kommentar⁴ [2007] Art 22 Anm II.1). AM offenbar *Oberndorfer/Muzak* (FN 11) 678 f.

91) So sind die Erhebungen „ohne Verzug“ und „in der Regel“ an Ort und Stelle, also am Unfallort vorzunehmen. Im Verfahren über seine Leistungsansprüche ist der Versehrte nach § 8 AVG (iVm § 357) Partei. Abs 2 stellt sicher, dass auch die ersuchte Behörde ihn „nach Möglichkeit“ (insb also unter Berücksichtigung seiner Verletzung) schon bei der Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts „bezieht“. Von der Vornahme der Erhebung sind „außerdem“ – also abgesehen vom Versehrten – der Unfallversicherungsträger, das zuständige Arbeitsinspektorat (Verkehrs-Arbeitsinspektorat, Land- und Forstwirtschaftsinspektion) sowie, wenn der Unfall einen Dienstnehmer betroffen hat, der Dienstgeber und der Betriebsrat (die Vertrauens-männer) des Betriebs zu verständigen. Der Unfallversicherungsträger muss selbstverständlich nicht vom bloßen Umstand der von ihm beantragten Untersuchung, sondern von den *konkreten bzw konkret geplanten Untersuchungshandlungen* verständigt werden. Lege non distinguente ist das Gleiche aber auch für die übrigen genannten Stellen anzunehmen, die sich zudem an den Erhebungen auch beteiligen dürfen. Das Ergebnis der Erhebungen ist dem Unfallversicherungsträger so bald wie möglich mitzuteilen, der auf ihrer Basis die Entscheidung über die Zuerkennung von Leistungen aus der Unfallversicherung trifft.

92) Auch der Bundesminister verfügt außerdem über die Aufsichtsbefugnisse und Informationsrechte des § 177, die allgemeinen Anordnungsbefugnisse des § 178 sowie insb über die Befugnisse des § 179 MineralrohstoffG im Falle von Ereignissen oder Gegebenheiten, die den Bestand des Betriebs oder das Leben oder die Gesundheit der Dienstnehmer bedrohen oder bedrohen können, sowie bei Betriebsunfällen (beachte jedoch die Ausnahme für Arbeitsunfälle in § 97, auf den § 179 MineralrohstoffG verweist – im Ergebnis werden die dort genannten Befugnisse daher nur einschlägig sein, wenn der Arbeitsunfall zugleich ein Betriebsunfall oder ein sonstiges Ereignis nach § 179 MineralrohstoffG darstellt).

93) Siehe oben FN 92.

schreiter günstiger geregelt wird⁹⁴). Danach gelten beim unzuständigen Versicherungsträger eingebrachte Anträge mit dieser Einbringung unabhängig vom Zeitpunkt ihres Einlangens beim zuständigen Versicherungsträger als eingebracht; Gleiches gilt für den Fall der Einbringung bei einer Gemeinde, wenn bis zum Einlangen des weitergeleiteten Leistungsantrags bei einem Versicherungsträger nicht mehr als zwei Monate vergehen. Diese Regelungen sind nicht nur dann von Bedeutung, wenn ein Leistungsantrag ausnahmsweise fristgebunden ist, sondern auch und vor allem dann, wenn von seiner Einbringung der Leistungsanfall abhängig ist. Unklar ist bloß, was geschehen soll, wenn zwischen dem Einlangen bei einer Gemeinde und einem Versicherungsträger mehr als zwei Monate vergehen. Auf Grund des Verweises in § 357 ASVG, der nur insoweit Ausnahmen kennt, als § 361 Abs 4 ASVG anderes bestimmt, ist davon auszugehen, dass diesfalls die Grundregelung des § 6 AVG zur Anwendung kommt, dass also diesfalls die Weiterleitung auf Gefahr des Einschreiters erfolgt, der somit das verspätete Einlagen bei der Versicherung gegen sich gelten lassen muss. Da die Gemeinde aber nicht zur Weiterleitung an den zuständigen, sondern bloß an irgend einen Versicherungsträger verpflichtet ist, und da bei ursprünglicher Einbringung bei einem Versicherungsträger das Gleiche gälte, wird man allerdings anzunehmen haben, dass der Antrag diesfalls auch dann als eingebracht gilt, wenn er nicht beim zuständigen, sondern bei irgendeinem Versicherungsträger eingelangt ist.

§ 362 enthält – wie §§ 88, 99f ASVG – einerseits spezielle Regelungen über die *Rechtskraft* von Entscheidungen in Leistungssachen⁹⁵). Andererseits enthält diese Bestimmung ein *Verbesserungsverfahren* für neuerliche Anträge, das § 13 Abs 3 AVG nachempfunden erscheint⁹⁶): Ist die Zuerkennung oder Erhöhung einer Versehrtenrente mangels entsprechender Einbuße der Erwerbsfähigkeit abgewiesen oder eine solche Rente aus dem gleichen Grund entzogen worden, so sind diesbezügliche neuerliche Anträge zurückzuweisen, wenn sie innerhalb eines Jahres nach der Abweisung eingebracht werden, ohne dass eine wesentliche Änderung⁹⁷) glaubhaft gemacht wird. Nach Einlangen des Antrags hat der Sozialversicherungsträger allerdings den Versicherten zur Vorlage einer Bescheinigung über die wesentliche Änderung aufzufordern, bevor er den Antrag zurückweisen darf. Dabei hat der Versicherungsträger eine angemessene Frist festzusetzen. Im Verbesserungsverfahren wird keine glaubhafte, sondern nur noch eine Bescheinigung der wesentlichen Veränderung verlangt. Es ist daher davon auszugehen, dass es im Verbesserungsverfahren tatsächlich nicht mehr auf eine Glaubhaftmachung, sondern bloß noch auf die bloße Tatsache des Vorliegens einer Bescheinigung ankommen soll. Legt der Versicherte demnach innerhalb der Verbesserungsfrist irgendeine Bescheinigung der wesentlichen Änderung der Umstände vor, so darf der Versicherungsträger nicht mehr wegen entschie-

94) Vgl oben bei und in FN 51.

95) Abs 1 und 2. § 68 AVG ist in § 357 ASVG nicht für anwendbar erklärt – siehe schon oben bei FN 80 ff.

96) Abs 1 letzter Satz.

97) § 183 Abs 1 zweiter Satz ASVG.

dener Sache zurückweisen, sondern muss die wesentliche Änderung und damit den Antrag inhaltlich überprüfen⁹⁸).

§ 410 Abs 2 ASVG legt für die Fälle des § 410 Abs 1 Z 7 ASVG⁹⁹) anstelle von und ganz analog zu § 73 AVG die *Entscheidungsfrist* für die Sozialversicherungsträger in *Verwaltungssachen* und den *Zuständigkeitsübergang* auf den Landeshauptmann für den Fall ihrer Säumnis fest, der seinerseits das AVG anzuwenden hat und von dem wiederum ein Devolutionszug zum Sozialminister vorgesehen ist¹⁰⁰).

Im *Verfahren in Verwaltungssachen* steht an der Schnittstelle zwischen dem Verfahren vor den Sozialversicherungsträgern und dem Verfahren vor den staatlichen Behörden außerdem § 412 ASVG über den *Einspruch* gegen die Bescheide der Sozialversicherungsträger, der an den Landeshauptmann zu richten ist, der das AVG anzuwenden hat¹⁰¹). Für den Einspruch selbst ist – schon wegen seiner Einordnung zum „Verfahren vor den Sozialversicherungsträgern“, aber auch deshalb, weil es sich nicht um eine Berufung gegen einen nach dem AVG erlassenen Bescheid handelt – § 63 AVG nicht anzuwenden. Wohl aber gelten wegen § 357 ASVG die dort verwiesenen Bestimmungen, insb also die §§ 6 ff, 10 ff und 13 ff sowie 32 f AVG. § 412 ASVG ist § 63 AVG außerdem ersichtlich nachgebildet. Anders als die Berufung nach § 63 AVG ist allerdings der Einspruch innerhalb *eines Monats* nach der Zustellung des Bescheides des Sozialversicherungsträgers zu erheben¹⁰²). Der Einspruch ist bei jenem Sozialversicherungsträger

98) In diese Richtung auch *Teschner/Widlar/Pöltner* (FN 41) § 362 Anm1a mwN

99) Ausdrücklich vorgesehener Feststellungsbescheid über die sozialversicherungsrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen auf Antrag des Versicherten oder seines Dienstgebers. Alle anderen Fälle der Säumnis überlässt sie besonderen Anordnungen bzw – im Verfahren in Leistungssachen im Zusammenhalt mit § 368 ASVG der sukzessiven Gerichtszuständigkeit nach § 67 ASGG. *Herstellungsanträge nach § 101* werden dabei in der Judikatur offenbar als Unterfälle des § 410 Abs 1 Z 7 ASVG behandelt, obwohl dort nur von einer *Feststellung* die Rede ist (VwGH 2003/08/0003 ua, ZfVB 2004/473 unter irreführender Berufung auf VfGH KI-5/93, VfSlg 13.824/1994; ähnlich *Bartos* in Sonntag [FN 41] § 410 Rz 17; kritisch auch *Oberndorfer/Muzak* in *Tomandl*, System, 707). In anderen Fällen wird auf andere Weise Vorsorge getroffen: So verjährt etwa das Recht zur Geltendmachung einer *Weiterversicherung* erst sechs Monate nach Rechtskraft eines Bescheides nach § 410 Abs 1 Z 1 oder 2 (§ 17 Abs 4 ASVG); der Eintritt der *Formalversicherung* schützt denjenigen, dessen Beiträge vom Versicherungsträger widerspruchslos hingenommen werden, weshalb kein Bescheid nach Abs 1 Z 1 oder 3 abgewartet werden muss (§§ 21 f ASVG); in den Fällen der Z 4 und 5 des § 410 Abs 1 ASVG besteht kein Bedürfnis nach einem besonderen Säumnisschutz, weil hier von vornherein nur belastende Bescheide in Rede stehen, die von Amts wegen zu erlassen sind, und die Sozialversicherungsanstalt der Gewerblichen Wirtschaft muss nicht länger als einen Monat auf eine Entscheidung der zuständigen Gebietskrankenkasse über die Versicherungspflicht nach § 4 Abs 4 warten, bevor sie diese Vorfrage selber entscheiden darf; eine verspätete Entscheidung wirkt nur ex nunc (§ 410 Abs Z 8 iVm § 194a GSVG).

100) § 415 Abs 2a ASVG; vgl gleich unten B.

101) Siehe gleich unten B.

102) Eine mündliche Verkündung von Bescheiden ist im ASVG zwar nicht schlechthin ausgeschlossen (§ 357 iVm § 18 AVG – aus § 62 AVG ist nur auf Abs 4, nicht aber auch auf Abs 1 verwiesen; vgl § 410 Rz 4); die Rechtsmittelfrist des § 412 knüpft nichtsdestotrotz ausschließlich an einer Zustellung der Erledigung des Sozialversicherungsträgers an. Für ihre Berechnung gilt § 357 ASVG iVm § 32 AVG.

einzubringen, von dem die bekämpfte Erledigung stammt; er ist allerdings jedenfalls auch dann richtig eingebracht, wenn er beim zuständigen Landeshauptmann¹⁰³⁾ eingebracht wird¹⁰⁴⁾. Der Einspruch hat den Bescheid zu bezeichnen, gegen den er sich richtet¹⁰⁵⁾ und einen „begründeten Entscheidungsantrag“ zu enthalten¹⁰⁶⁾. Mangels Anwendbarkeit des § 65 AVG muss nicht der Sozialversicherungsträger, sondern erst der *Landeshauptmann* allfällige andere Parteien vom Einspruch in Kenntnis setzen.

Mit der 50. ASVG-Novelle¹⁰⁷⁾ wurde in Gestalt der *Einspruchsvorentscheidung* ein Analogon zur Berufungsvorentscheidung in das Sozialversicherungsverfahren eingeführt¹⁰⁸⁾. Die Einspruchsvorentscheidung nach § 412 weicht allerdings im Einzelnen von der Berufungsvorentscheidung nach § 64a AVG ab: Die zweimonatige Frist für die Erlassung der Einspruchsvorentscheidung beginnt mit „Einbringung (Einlangen)“ des Einspruchs. Nun gilt der Einspruch zwar schon mit der rechtzeitigen Postaufgabe oder mit der persönlichen Abgabe beim Landeshauptmann als eingebracht¹⁰⁹⁾, langt aber in beiden Fällen erst zu einem späteren Zeitpunkt beim Sozialversicherungsträger ein¹¹⁰⁾. Von vornherein gelten dabei aber auch rechtzeitig zur Post gegebene Anbringen nur dann als „eingebracht“, wenn sie auch tatsächlich bei der Behörde „einlangen“¹¹¹⁾. Aus § 73 AVG und der dazu ergangenen Judikatur ergibt sich außerdem, dass die Entscheidungsfrist des § 73 AVG erst mit dem Einlangen des (vollständigen) Anbringens bei der Behörde beginnt¹¹²⁾. Mangels Anwendbarkeit des § 73 AVG gilt dies aber nicht ohne Weiteres auch im Verfahren vor den Sozialversicherungsträgern, weshalb § 412 Abs 2 ASVG diesen Grundsatz dafür eigens positiviert. Die Frist für die Einspruchsvorentscheidung soll nach dieser Bestimmung außerdem

103) §§ 413f ASVG.

104) § 412 Abs 1 letzter Satz ASVG.

105) § 412 Abs 1 Satz 2, 1. Halbsatz ASVG.

106) § 412 Abs 1 Satz 2, 2. Halbsatz ASVG.

107) BGBl 1991/676.

108) Damit sollte dem Sozialversicherungsträger die Möglichkeit gegeben werden, Verwaltungssachen aus der Welt zu schaffen, bevor die Verwaltungsbehörden damit befasst werden. Dies dient nicht nur der Selbstverwaltung, die auf diese Weise zumindest die Chance hat, ihre Angelegenheiten ohne Einschaltung der Staatsverwaltung zu organisieren, sondern auch der Wirtschaftsökonomie und der Entlastung des Landeshauptmanns (ähnlich *Bartos* [FN 100] § 412 Rz 13; *Teschner/Widlar/Pöltner* [FN 41] § 412 Anm 1).

109) Vgl oben bei FN 105.

110) Auf die Abgabe beim Landeshauptmann ist § 6 AVG nicht anzuwenden, weil sie schon als Einbringung gilt (vgl VwGH 2008/08/0274).

111) Vgl bloß VwGH 2002/12/0235, VwSlg 15.914 A/2002 und VwGH 2010/12/0060, ZfVB 2011/1115. Dies gilt sinngemäß auch für Anbringen, die mittels Telefax eingebracht werden sollen und die – wenn nicht ausschließlich auf Seiten der Behörde liegende Defekte dies verhindern (VwGH 2009/09/0133) – erst mit ihrem vollständigen Einlangen bei der Behörde (hier also: beim Landeshauptmann oder beim Sozialversicherungsträger) als eingebracht gelten können (VwGH 2005/17/0269, VwSlg 16.911 A/2006).

112) Mag es auch schon zuvor durch rechtzeitige Postaufgabe eingebracht worden sein (vgl VwGH 2001/17/0207; VwGH 2005/17/0269, VwSlg 16.911 A/2006; VwGH 2006/07/0040, JBl 2010, 267 = JUS A/5036)!

– trotz rechtzeitiger Einbringung beim Landeshauptmann – erst zu laufen beginnen, wenn der Einspruch *beim Sozialversicherungsträger* einlangt¹¹³).

Die Einspruchsvorentscheidung ist „auf Grund des Einspruches“¹¹⁴), außerdem ist sie aber „auf Grund ... allfälliger weiterer Ermittlungen“ zu erlassen¹¹⁵). Mit der Einspruchsvorentscheidung darf der Sozialversicherungsträger – anders als die Verwaltungsbehörde im Rahmen des § 64a AVG – nur „im Sinne des Einspruchsbegehrens“ eine Neuregelung der Verwaltungssache durchführen¹¹⁶). Darüber hinaus ist aber auch eine ausdrückliche Einengung der Entscheidungsmöglichkeiten des Sozialversicherungsträgers auf bestimmte Erledigungen angeordnet: Der ursprüngliche Bescheid darf nämlich kraft ausdrücklicher Anordnung in § 412 Abs 2 ASVG mit der Einspruchsvorentscheidung bloß *abgeändert, ergänzt oder aufgehoben* werden¹¹⁷).

So wie die Berufungsvorentscheidung nach § 64a AVG Vorbild der Einspruchsvorentscheidung ist, ist auch der *Vorlageantrag* nach § 64a AVG Vorbild für den Vorlageantrag nach § 412 Abs 3 ASVG. Er steht jeder Partei des Ausgangsverfahrens, in den Fällen des § 411 ASVG wohl *auch dem mitbeteiligten Sozialversicherungsträger* offen. Der Vorlageantrag ist innerhalb von zwei Wochen nach Zustellung der Einspruchsvorentscheidung zu erheben, wobei für ihn – obwohl er selbst kein Rechtsmittel nach dem AVG ist – wegen § 357 ASVG die §§ 6,

-
- 113) Undeutlich *Oberndorfer/Muzak* (FN 11)712/1; irreführend *Bartos* (FN 100) § 412 Rz 1.
- 114) Darin kommt eine Bindung an die Einspruchsgründe und das Einspruchsbegehren zum Ausdruck, die durch die nachfolgende Wendung noch verstärkt wird, die ausdrücklich nur eine Entscheidung „im Sinne des Einspruchsbegehrens“ erlaubt (siehe gleich unten bei und in FN 117).
- 115) Damit wird dem Sozialversicherungsträger hinsichtlich der Durchführung solcher Ermittlungen – wie überhaupt hinsichtlich der Erlassung einer Vorentscheidung – Ermessen eingeräumt. Allfällige weitere Ermittlungen sind nach den Vorschriften über das Verfahren vor den Sozialversicherungsträgern, insb nach § 358 ASVG, aber auch nach den durch § 357 ASVG verwiesenen Vorschriften des AVG durchzuführen.
- 116) Damit wird eine *Bindung an das Einspruchsvorbringen* (vgl schon oben bei und in FN 115), jedenfalls aber – anders als durch § 64a AVG für die Berufungsvorentscheidung (VwGH 96/05/0126, BauSlg 1996/241) – ein Verschlechterungsverbot zum Ausdruck gebracht.
- 117) Eine *Zurückweisung* des Einspruches kommt damit – schon auf Grund des auffälligen Unterschiedes zur Berufungsvorentscheidung nach § 64a Abs 1 AVG – für die Einspruchsvorentscheidung von vornherein nicht in Betracht (*Bartos* [FN 100] § 412 Rz 17). Dass damit aber auch eine *Teilabweisung* unzulässig wäre (*Oberndorfer/Muzak* [FN 11] 712/1), die das logische Gegenstück zu einer *Teilstattgabe* ist, ist vielleicht überschießend: Auch mit einer Teilstattgabe wird jedenfalls „im Sinne des Einspruches“ entschieden. Hätte der Gesetzgeber anordnen wollen, dass die Einspruchsvorentscheidung dem Einspruch vollinhaltlich stattgeben muss, so hätte er dies getan – und vielleicht auf den Vorlageantrag verzichtet, der dann wohl kaum mehr erforderlich gewesen wäre, zumal im Sozialversicherungsrecht Mehrparteienverfahren die Ausnahme sind (VwGH 2007/11/0113, ZfVB 2011/159 und VwGH 2005/10/0222, ZfVB 2010/902 mwN). Jedenfalls unzulässig ist aber nach Abs 2 die *vollständige Abweisung* des Einspruchs und Bestätigung des ursprünglichen Bescheides; sie ist nach § 64a Abs 1 AVG auch der Verwaltungsbehörde bei Erlassung einer Berufungsvorentscheidung verwehrt.

13 ff, 32 f AVG Geltung haben. Der Vorlageantrag ist allerdings anders als nach dem AVG nicht bei der Einspruchsbehörde, sondern *beim Versicherungsträger* zu stellen. Es fehlt an einer Vorschrift, die analog Abs 1 die rechtzeitige Einbringung auch dann fingierte, wenn der Vorlageantrag beim Landeshauptmann eingebracht wird. Folglich gilt für den Fall der Erhebung des Vorlageantrags beim Landeshauptmann § 6 AVG¹¹⁸).

Eine *Zurückweisung* verspäteter Vorlageanträge durch den Sozialversicherungsträger kommt mangels Anwendbarkeit des § 64a Abs 3 AVG – dessen letzter Satz gerade nicht in Abs 3 übernommen wurde – nicht in Betracht, weil es sich dabei nicht um einen allgemeinen Verfahrensgrundsatz handelt, der auch außerhalb des AVG – insb bei Selbstverwaltungskörpern – zur Anwendung kommt¹¹⁹). Auf die Möglichkeit des Vorlageantrags ist in der Einspruchsvorentscheidung *hinzuweisen*¹²⁰). Diesbezüglich gelten wegen § 357 ASVG die §§ 61 und 71 AVG¹²¹).

Vom Außerkrafttreten der Einspruchsvorentscheidung durch rechtzeitige Erhebung eines Vorlageantrags sind alle Parteien analog § 64a Abs 3 AVG zu *informieren*¹²²). Es liegt im *Ermessen* des Sozialversicherungsträgers, ob er eine Einspruchsvorentscheidung erlässt¹²³). Sieht er davon ab, so hat er den Einspruch unter Anschluss der Akten und seiner Stellungnahme „ungesäumt“ dem Lan-

118) *Bartos* (FN 100) § 412 Rz 23. In diesem Falle zählen daher die Tage des Postenlaufes zum Landeshauptmann zur Frist; nicht eingerechnet werden die Tage des Postenlaufes vom Landeshauptmann zum Versicherungsträger.

119) VwGH 2001/10/0223, ZfVB 2006/565/588/673/702; aM *Bartos* (FN 100) § 412 Rz 24. Da der verspätete Vorlageantrag den Landeshauptmann nicht zuständig macht, kann aber auch dieser ihn nicht zurückweisen. Dies alles schadet indessen nicht, weil verspätete Vorlageanträge keine Rechtswirkungen entfalten (VwGH 2007/11/0113, ZfVB 2011/159; VwGH 2009/07/0151, JusGuide 2011/38/2380 mwN). Wer dann allerdings die Untätigkeit des Landeshauptmanns mittels Devolutionsantrags (§ 415 Abs 2a ASVG iVm § 73 AVG) bekämpft, erhält Rechtssicherheit, weil in seiner Zurückweisung auszusprechen sein wird, dass der verspätete Vorlageantrag die Zuständigkeit des Landeshauptmanns nicht bewirkt hat.

120) § 412 Abs 3 ASVG.

121) Vgl VwGH 1855/71, VwSlg 8147 A/1972; siehe oben bei und in FN 62, 64. Da der Vorlageantrag als ordentliches Rechtsmittel gegen die Einspruchsvorentscheidung anzusehen ist, ist daher der Vorlageantrag rechtzeitig, wenn er innerhalb der gesetzlichen Frist eingebracht wird, auch wenn der Sozialversicherungsträger diese Frist nicht oder kürzer angibt. Gibt der Sozialversicherungsträger eine längere Frist an, so ist der Vorlageantrag rechtzeitig, wenn er innerhalb der angegebenen Frist eingebracht wird. Außerdem ist der vom Sozialversicherungsträger nicht oder nicht korrekt ausgeführte Hinweis unter Umständen ein Wiedereinsetzungsgrund nach § 357 ASVG iVm § 71 Abs 1 Z 2 AVG.

122) § 412 Abs 3 letzter Satz ASVG.

123) Arg: „kann“; vgl zur Berufungsvorentscheidung idS VwGH 2007/02/0180, VwSlg 17.265 A. Allerdings ist dieses Ermessen mangels Anwendbarkeit des § 39 AVG und mangels anderer gesetzlicher Parameter idS Art 18 Abs 1 B-VG *mangelhaft determiniert* (aM *Bartos* [FN 100] § 412 Rz 14).

deshauptmann vorzulegen¹²⁴). Gleiches gilt sinngemäß bei Außerkräfttreten der Einspruchsvorentscheidung durch Stellung eines Vorlageantrags¹²⁵).

Anders als die Berufung nach § 64 AVG hat der Einspruch zunächst keine *aufschiebende Wirkung*. Sie kann ihm aber auf Antrag – vom *Landeshauptmann*, also von der Einspruchsinstanz – zugesprochen werden¹²⁶). Der Antrag ist auf Grund des klaren Wortlautes des § 412 Abs 6 ASVG innerhalb der für die Einbringung des Einspruchs geltenden Frist – aber nicht unbedingt zugleich mit dem Einspruch – *beim Versicherungsträger* zu stellen¹²⁷). Da der Antrag somit beim Versicherungsträger richtig eingebracht ist, kommen nicht § 357 und § 6 AVG zur Anwendung; wohl aber muss der Antrag dem Landeshauptmann unverzüglich weitergeleitet werden, da dieser ausweislich des Einleitungssatzes des Abs 6 allein zur Entscheidung über die aufschiebende Wirkung zuständig ist und die Entscheidung gerade darüber keinen Aufschub duldet¹²⁸). Im Übrigen gelten für den Antrag wegen § 357 ASVG §§ 13 ff, 32 f AVG.

Für die Gewährung der aufschiebenden Wirkung entscheidend ist¹²⁹), dass *entweder die Erfolgsaussichten* des Einspruchs bei einer groben Einschätzung posi-

-
- 124) Entscheidet der Sozialversicherungsträger daher schon vor Ablauf seiner Entscheidungsfrist, von der Erlassung einer Einspruchsvorentscheidung abzusehen, so hat er sofort und ohne weiteren Parteienantrag den Einspruch, die Akten und eine allfällige Stellungnahme vorzulegen: § 412 Abs 4 ASVG; vgl *Bartos* (FN 100) § 412 Rz 18. Ob die Vorlage einer Stellungnahme dabei zwingend ist, könnte zweifelhaft sein. Angesichts der Parteistellung des Sozialversicherungsträgers im Einspruchsverfahren (§ 413 Abs 2 ASVG) wäre eine solche Stellungnahme als *Parteienäußerung* zu werten, deren Nichtvorlage im Ermessen des Sozialversicherungsträgers steht, dann aber der freien Beweiswürdigung unterliegt. Auf Basis dieser Überlegungen kann auch die Auffassung des VwGH für richtig gehalten werden, wonach der Landeshauptmann eine verspätete Stellungnahme nicht förmlich zurückweisen muss (VwGH 82/08/0206, VwSlg 11.170 A/1983 mit Fehlzitat der einschlägigen Bestimmung).
- 125) § 412 Abs 5 ASVG. Das Gesetz verpflichtet den Sozialversicherungsträger hier zwar ausdrücklich nur zur Vorlage des Vorlageantrags; da dieser aber wiederum eine Verpflichtung des Landeshauptmanns zur Entscheidung über den ursprünglichen Einspruch auslöst, ist auch dieser dem Landeshauptmann ungesäumt vorzulegen.
- 126) § 412 Abs 6 ASVG.
- 127) Vollkommen unerfindlich die irrige Gegenmeinung von *Bartos* (FN 100) § 412 Rz 26; richtig hingegen *Teschner/Widlar/Pöltner* (FN 41) § 412 aE der Anm 7.
- 128) Dies gilt auch dann, wenn der Versicherungsträger eine Einspruchsvorentscheidung erlässt, weil er dafür zwei Monate Zeit hat, während derer ansonsten der Antrag auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung unerledigt bliebe. In diese Richtung deutet auch der vierte Satz des Abs 6, weil die Anordnung einer Geltung des Antrags auch für den Fall der Erhebung eines Vorlageantrags nur Sinn ergibt, wenn der Antrag auch schon für die Zeit bis zur Erlassung einer Einspruchsvorentscheidung Bedeutung hat.
- 129) Infolge der Neufassung des § 412 Abs 6 ASVG nach Aufhebung durch VfSlg 13.305/1992; durch sie ist auch die Parallele zu § 30 Abs 2 VwGG weggefallen, auf die der VwGH in seiner früheren ständigen Rechtsprechung zur Auslegung des § 412 zurück gegriffen hatte (vgl bloß etwa VwGH 86/08/0077, ZfVB 1987/647; VwGH 90/08/0029, ZfVB 1991/673; VwGH 90/08/0230, ZfVB 1992/493 mwN). Es entfallen damit insb die in dieser Judikatur verankerten Darlegungs- und vor allem Konkretisierungspflichten des Einspruchswerbers (völlig unverständlich die irrige Fortschreibung der aufgehobenen Bestimmung bei *Bartos* [FN 100] § 412 Rz 29 ff).

tiv beurteilt werden¹³⁰) oder das Verhalten des Einspruchswerbers nicht auf eine Gefährdung der *Einbringlichkeit* von Sozialversicherungsbeiträgen gerichtet ist¹³¹). Die aufschiebende Wirkung gilt wie im AVG für das gesamte Rechtsmittelverfahren. § 412 Abs 6 ASVG macht idS deutlich, dass der Antrag auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung bei Wiedereintritt in dieses Verfahren infolge Vorlageantrags nicht wiederholt werden muss, sondern weiter gilt¹³²).

B. Vor den staatlichen Behörden

1. Unmittelbar anwendbare Bestimmungen

Im Sozialversicherungsverfahren in Verwaltungssachen vor den staatlichen Behörden – namentlich dem Landeshauptmann und dem (jeweiligen) Bundesminister¹³³) – gilt wegen Art I Abs 2 Z 1 und Art I Abs 3 EGVG das AVG¹³⁴). Dabei haben sowohl der Landeshauptmann als auch der Bundesminister einerseits vor allem die Vorschriften über das Ermittlungsverfahren und die Erlassung von Erledigungen anzuwenden, wenn sie als Devolutionsinstanzen¹³⁵) oder bei Ausschluss eines Bescheidrechtes der beteiligten Sozialversicherungsträger von vornherein in erster Instanz entscheiden¹³⁶). Beide haben andererseits vor allem die Vorschriften über das Berufungsverfahren unter Ausschluss der Sonderbestimmungen über das Verfahren vor den UVS anzuwenden, wenn sie als Einspruchs- bzw Berufungsinstanz angerufen werden¹³⁷).

130) § 412 Abs 6 Z 1 ASVG. Bei Abschätzung der Erfolgsaussichten hat der Landeshauptmann nur eine grobe Ersteinschätzung vorzunehmen. Keineswegs hat er im Verfahren über die aufschiebende Wirkung die Ermittlungen oder gar das Ergebnis des Einspruchsverfahrens vorwegzunehmen (vgl VwGH 2007/08/0159, JusGuide 2010/29/1549).

131) § 412 Abs 6 Z 2 ASVG. Die Einbringlichkeit von Sozialversicherungsbeiträgen ist von vornherein nicht gefährdet, wenn der beeinspruchte Bescheid ein anderes Thema hat, also insb keine Vorschreibung von Beiträgen betrifft. Soweit in einem solchen Fall überhaupt aufschiebbare Vollstreckungshandlungen vorkommen, ist daher in einer solchen Konstellation jedenfalls die aufschiebende Wirkung zu gewähren, da es für die Gewährung der aufschiebenden Wirkung genügt, wenn eine der beiden genannten Alternativen vorliegt. Im Übrigen wird nicht immer schon dann, wenn der Einspruchswerber die aufschiebende Wirkung gegen einen Beitragsbescheid begehrt, zu unterstellen sein, dass er damit die Einbringlichkeit der Beiträge gefährden möchte. Vielmehr bedarf es konkreter Anhaltspunkte für eine solche Annahme, in diesem Sinne also wenigstens rudimentärer Ermittlungen über die Verhältnisse des Einspruchswerbers.

132) Dies auch dann, wenn der Vorlageantrag von einer anderen Partei erhoben wird (§ 412 Abs 6 letzter Satz ASVG).

133) Siehe schon oben bei und in FN 24 und gleich unten B.2.

134) Siehe schon oben bei und in FN 9.

135) §§ 410 Abs 2 und 415 Abs 2a ASVG, wobei dessen Z 2 systematisch auf den Fall der Säumnis *bloß* des Versicherungsträgers zu reduzieren ist.

136) §§ 413 Abs 1 Z 2, 416 ASVG.

137) §§ 413 Abs 1 Z 1, 415 Abs 1 ASVG.

2. Durch das ASVG modifizierte oder ausgeschlossene Bestimmungen

Im 2. Unterabschnitt des III. Abschnitts seines siebenten Teils enthält das ASVG Vorschriften über das „Verfahren vor den Verwaltungsbehörden“. Diese Vorschriften sind allerdings größtenteils nicht verfahrensrechtlicher Art, wenn man die Regelung der Zuständigkeit¹³⁸⁾ und der Parteistellung einschließlich der Formalparteistellung¹³⁹⁾ genauso wenig zum Verfahrensrecht zählt¹⁴⁰⁾ wie Bestimmungen über die zeitliche Wirkung von Entscheidungen¹⁴¹⁾ oder die vorläufige Vorsorge für die Versicherung während der Dauer des Verfahrens¹⁴²⁾. Schichtet man dann noch die im Grunde auf das Verfahren vor den Sozialversicherungsträgern bzw den Arbeits- und Sozialgerichten gerichtete Vorschrift des § 413 Abs 4 ASVG¹⁴³⁾ ab, dann verbleiben nur noch die §§ 415 Abs 2, 417 und 417a ASVG als Vorschriften mit verfahrensrechtlichem Gehalt, die vom AVG abweichen oder es modifizieren.

Dabei regelt § 415 Abs 2 AVG die *Einbringung* der Berufung jenes Sozialversicherungsträgers, der den beim Landeshauptmann beeinspruchten Bescheid erlassen hat, im Berufungsverfahren vor dem Bundesminister: Auch im Falle eines dreigliedrigen Instanzenzuges ist die Berufung nach § 63 Abs 5 AVG bei jener Behörde, einzubringen, „die den Bescheid in erster Instanz erlassen hat“¹⁴⁴⁾. In jenen Fällen, in denen der Versicherungsträger in erster Instanz entschieden hat¹⁴⁵⁾, ist daher dieser als jene Behörde anzusehen, „die den Bescheid“ iSd § 63 Abs 5 AVG „in erster Instanz erlassen hat“¹⁴⁶⁾, weshalb auch die an den Bundesminister gerichtete Berufung beim Sozialversicherungsträger einzubringen ist. Erhebt jedoch der Versicherungsträger, der den Bescheid in erster Instanz erlassen hat, nunmehr selbst als Partei¹⁴⁷⁾, Berufung gegen den Einspruchsbescheid, so kann er diese Berufung nicht bei sich selbst „einbringen“¹⁴⁸⁾. Dem trägt Abs 2 Rechnung und ordnet (nur) für diesen Fall der Berufung des Versicherungsträ-

138) §§ 413 Abs 1, 414, 415 Abs 1 und 2a, 416 ASVG.

139) §§ 413 Abs 2, 415 Abs 2 und 3 ASVG.

140) *Walter/Kolonovits/Muzak/Stöger* (FN 54) 16f. Auch § 3 AVG ist keine Verfahrensbestimmung, sondern eine Vorschrift materiellrechtlicher Art, die nicht von der Bedarfskompetenz des Bundes nach Art 11 Abs 2 B-VG gedeckt ist (für §§ 4f AVG mag anderes gelten; vgl *Walter/Kolonovits/Muzak/Stöger* [FN 54] 17f). Ob sie deswegen mangels – dem § 2 AVG nachempfunderer – Einschränkung auf Angelegenheiten der Bundesvollziehung verfassungswidrig ist (vgl *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 1 Rz 10 mwN), kann hier dahinstehen, weil das Sozialversicherungsrecht jedenfalls in Gesetzgebung und Vollziehung eine Bundesangelegenheit ist (Art 10 Abs 1 Z 11, Art 102 Abs 2 B-VG). Daher sind die §§ 4ff AVG – soweit § 414 ASVG keine Verfügung trifft – auch im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren anzuwenden (uneindeutig *Teschner/Widlar/Pöltner* [FN 41] § 414 Anm 1).

141) § 413 Abs 3 ASVG.

142) § 413 Abs 5 ASVG.

143) Siehe oben FN 59.

144) *Walter/Kolonovits/Muzak/Stöger* (FN 54) 301.

145) Und nicht etwa eine Angelegenheit des § 413 Abs 1 Z 2 zur Diskussion stand oder auf Grund seiner Säumnis der Landeshauptmann als Devolutionsinstanz angerufen wurde.

146) VwGH 91/08/0022, ZfVB 1994/694.

147) § 413 Abs 2 ASVG.

148) VwGH 96/08/0177, SVSlg 43.528.

gers die Einbringung beim Landeshauptmann an; für alle anderen Parteien bleibt es dabei, dass sie ihre Berufung bei der Behörde einzubringen haben, die den Bescheid in erster Instanz erlassen hat – also beim Träger der Sozialversicherung¹⁴⁹).

§ 417 ASVG regelt die *Nichtigerklärung* von Bescheiden in Verwaltungssachen¹⁵⁰ durch Landeshauptmann und Bundesminister nach § 68 Abs 4 Z 4 AVG¹⁵¹). Mangels Anwendbarkeit des § 68 AVG im Verfahren vor den Sozialversicherungsträgern, deren Bescheide auch Gegenstand des § 417 ASVG sind¹⁵²), handelt es sich bei § 417 ASVG aber um mehr als bloß um eine gesetzliche Nichtigkeitsdrohung iSd § 68 Abs 4 Z 4 AVG. § 417 ASVG *importiert* vielmehr erst dessen Anwendbarkeit in den Bereich des Sozialversicherungsverfahrens, soweit es vor den Versicherungsträgern ausgetragen wurde. Zugleich *beschränkt* er für diese Bescheide auch die Möglichkeit der Aufhebung nach Rechtskraft auf die hier genannten Fälle iSd § 68 Abs 4 AVG¹⁵³). § 417 ASVG geht außerdem über die bloße ausdrückliche Nichtigkeitsdrohung hinaus und modifiziert nicht nur die dort getroffene *Zuständigkeitsregelung*¹⁵⁴), sondern erweitert auch die *Kompetenz*

149) *Oberndorfer/Muzak in Tomandl* (FN 11) 712/6.

150) Bescheide der Versicherungsträger in *Leistungssachen* können also nicht nach § 417 für nichtig erklärt werden. Dies auch dann nicht, wenn es eine vergleichbare Kompetenz für die Arbeits- und Sozialgerichte nicht gibt und der betroffene – voraussetzungsgemäß rechtskräftige (vgl oben FN 84) – Bescheid mangels Anfechtung auch anders nicht mehr beseitigt werden kann. Als Bescheid des Versicherungsträgers nach § 417 ASVG kommt auch eine Einspruchsvorentscheidung nach § 412 Abs 2 ASVG in Betracht, gegen die kein Vorlageantrag erhoben wurde.

151) Im ASVG noch – seit BGBl 1991/51 falsch – mit „lit d“ zitiert. Der Verweis auf diese Bestimmung im Einleitungssatz des Abs 1 macht wegen des systematischen Zusammenhanges zwischen § 68 Abs 1 und 4 AVG deutlich, dass nur rechtskräftige Bescheide taugliche Gegenstände einer Nichtigerklärung sind (VwGH 2009/06/0237, bbl 2011, 275 mH auf die Vorjudikatur; *Bartos* [FN 100] § 417 Rz 1).

152) Vgl oben bei und in FN 84.

153) Die Anwendung der Abs 2 und 3 des § 68 AVG kommt für sie mangels Anwendbarkeit dieser Bestimmung von vornherein nicht in Betracht (vgl § 357 Rz 44; vgl VwGH 83/08/0125, VwSlg 11.172 A/1983).

154) Als Selbstverwaltungskörper haben die Versicherungsträger keine „sachlich in Betracht kommende Oberbehörde“. Abweichend von § 68 AVG beruft § 417 Abs 2 ASVG daher die „unmittelbare Aufsichtsbehörde“ (iSd § 448 ASVG) zur Wahrnehmung der Nichtigkeit der Bescheide der Versicherungsträger. Diese Formulierung stammt zwar ersichtlich aus der Zeit vor der Zentralisierung der Aufsicht (BGBl I 2009/147), ist aber durch sie nicht sinnlos oder obsolet geworden. Für die Bescheide der Versicherungsträger kommt seit der Zentralisierung der Aufsicht, die auf Grund des Art 102 Abs 2 B-VG nunmehr eben nur noch vom (jeweiligen) Bundesminister wahrgenommen wird eine Nichtigerklärung nur durch Bescheid des (jeweiligen) Bundesministers in Betracht. Was die Bescheide der Landeshauptleute betrifft, so bleibt es indes bei der Anordnung des § 68 AVG. Dies ist nur folgerichtig, ist doch auf das Verfahren vor den Landeshauptleuten von vornherein das AVG anzuwenden. Zuständig für eine Nichtigerklärung ist demnach die „sachlich in Betracht kommende Oberbehörde“, also ebenfalls der Bundesminister. Obwohl es sich dabei nicht um eine Agende der Aufsicht handelt, richtet sich auch dafür die Zuständigkeit nach den Anlagen 2 C und E zu § 2 BMG (siehe schon oben in FN 24): In den Angelegenheiten der Pensionsversicherung ist demnach der *Sozialminister*, in den Angelegenheiten der Kranken- und Unfallversicherung der *Gesundheitsminister* sachlich in Betracht kommende Oberbehörde iSd § 68 Abs 1 und 4 AVG.

der zuständigen Behörden¹⁵⁵). Diese Abweichungen vom AVG sind wohl zur Regelung des Gegenstandes unbedingt erforderlich iSd Art 11 Abs 2 B-VG: Die Versicherungsträger haben nur in den Fällen des § 410 Abs 2 eine sachlich in Betracht kommende Oberbehörde, weshalb § 68 Abs 4 AVG ohne Adaption insoweit ins Leere ginge und mit der Nichtigerklärung eine Neuregelung der Sache erforderlich wird, die – weil laufende (Beitrags-) Verpflichtungen und (Leistungs-) Ansprüche betroffen sind – keinen Aufschub duldet. Die Regelung der Folgen der Nichtigerklärung für die betroffenen sozialversicherungsrechtlichen Verhältnisse in § 417 Abs 4 ASVG ist als Regelung des *materiellen Rechts* anzusehen, die sich vor Art 11 Abs 2 B-VG nicht rechtfertigen muss¹⁵⁶).

Eine Nichtigerklärung kommt nach § 417 ASVG nur in Betracht, wenn der Bescheid gegen spezifische gesetzliche Bestimmungen verstößt, namentlich gegen jene betreffend die *Versicherungspflicht*¹⁵⁷), über die Berechtigung zur *Weiter- und Selbstversicherung*¹⁵⁸), über die *Versicherungs- oder Leistungszugehörigkeit*¹⁵⁹)

155) Anders als im Regelfall des § 68 Abs 4 AVG „kann“ die zur Wahrnehmung der Nichtigkeit berufene Behörde – wenn es denn zur Vermeidung die Angelegenheit, die durch den für nichtig erklärten Bescheid geregelt war, nunmehr selbst entscheiden, geht es hier doch typischerweise um *Dauerrechtsverhältnisse*, in denen durch eine solche Konstellation keine Lücke entstehen soll (§ 417 Abs 3 ASVG). Diese wenigstens im Verhältnis zu den Sozialversicherungsträgern als Selbstverwaltungskörper ungewöhnliche Konstruktion ist mangels Verweises auf Art 119a Abs 5 B-VG in Art 120b Abs 2 leg cit verfassungsrechtlich unbedenklich (siehe schon oben II.B). Soweit indessen die Bescheide des Landeshauptmanns in Rede stehen, stellen sich diese Probleme nicht; hier erhebt sich allerdings mit Blick auf Art 11 Abs 2 B-VG die Frage der Notwendigkeit der Abweichung vom AVG. Sie ist wiederum aus dem eben schon vorgetragenen Grund der Vermeidung der Störung der Dauerrechtsbeziehungen zwischen Versicherungsträgern und Versicherten zu bejahen.

156) § 417 Abs 4 ASVG legt im Ergebnis unmissverständlich fest, dass es auf Grund der Nichtigerklärung eines Bescheides im davon betroffenen Umfang auch dann zu keinen Beitragsnach- oder Rückzahlungen und zu keinem Rückersatz bezogener Leistungen kommt, wenn die Voraussetzungen dafür mit Blick auf den Nichtigkeitsgrund gegeben wären. Dieser Ausschluss jeglicher Rückabwicklung bezieht sich freilich nur auf die Nichtigkeit des dem Versicherungsverhältnis (also der Versicherungspflicht, der Versicherungszuständigkeit oder -zugehörigkeit) zu Grunde liegenden Bescheides. Abs 4 stellt maW nur klar, dass aus der Nichtigerklärung selbst wechselseitig keine Ansprüche geltend gemacht werden sollen. Sind aber während der Zeit, in der die nunmehr aufgehobene Entscheidung noch ihre Geltung besaß, Fehler aufgetreten, so lassen sich diese – unabhängig von der Nichtigerklärung – nach §§ 69, 101, 107 ASVG korrigieren. Abs 4 stellt darüber hinaus auch klar, dass Zeiten einer womöglich nach Abs 1 nachfolgend ex nunc für nichtig erklärten Versicherung, für die Beiträge zur Pensionsversicherung geleistet worden sind, jedenfalls als Beitragszeiten dieser Versicherung gelten. Diese Regelung vermeidet damit den allenfalls völlig unverschuldeten Verlust von womöglich wesentlichen Beitragszeiten und sorgt für Kontinuität im Versicherungsverlauf, wo immerhin der Behörde – die den nichtigen Bescheid zu verantworten hat – Fehler unterlaufen.

157) §§ 4 ff ASVG.

158) §§ 16 ff ASVG.

159) §§ 24 ff, 245 ASVG.

sowie die *Versicherungs- oder Leistungszuständigkeit*¹⁶⁰). Andere Bestimmungen – insb jene des siebenten Teiles – finden in seiner Aufzählung keinen Platz. Ebenso wenig wie materiellrechtliche Verstöße gegen die eben erwähnten anderen Bestimmungen führen daher *Verfahrensfehler* zur Nichtigkeit nach § 417 ASVG.

§ 417a handelt – trotz seiner etwas unglücklichen Verortung – ersichtlich vom Rechtsmittelverfahren nach §§ 413, 415. Im Rechtsmittelverfahren vor dem Landeshauptmann und dem Bundesminister ist das AVG jedenfalls anzuwenden. Es gilt in diesem Verfahren daher grundsätzlich auch § 66 Abs 2 AVG über die Aufhebung des angefochtenen Bescheides und die Zurückverweisung der Angelegenheit zur Ergänzung des Verfahrens und neuerlichen Entscheidung. Allerdings wird diese Bestimmung durch § 417a modifiziert. Anders als nach dem AVG sollen nämlich Ermittlungsmängel nicht nur dann zu einer Aufhebung und Zurückverweisung führen können, wenn die Durchführung einer mündlichen Verhandlung unerlässlich erscheint¹⁶¹) – andernfalls müssten die Sozialversicherungsträger gegebenenfalls verhandeln, wofür das ASVG mangels Anwendbarkeit der einschlägigen Bestimmungen des AVG und in Ermangelung eigener Bestimmungen für eine Verhandlung gar keine Handhabe enthält. Anders als nach dem AVG können aber auch nicht nur Ermittlungs-, sondern *auch Begründungsmängel* Anlass für eine Zurückverweisung geben¹⁶²). Und schließlich ist nach § 417a – anders als nach § 66 Abs 2 AVG – klar definiert, *an wen* die Zurückverweisung erfolgt¹⁶³). Im Ergebnis ist § 417a ASVG damit so abschließend geregelt, dass für eine Anwendung des § 66 Abs 2 AVG daneben kein Raum mehr besteht¹⁶⁴).

160) §§ 24 ff, 246 ASVG. In allen diesen Fällen handelt es sich um grundlegende Vorschriften, deren Nichtbeachtung zu grundlegenden Fehlern, insb zur Begründung, Verweigerung oder Beendigung von Versicherungsverhältnissen führt, womit gewissermaßen die Weichen schon dem Grunde nach falsch gestellt werden, während andere – nach Abs 1 nicht mit Nichtigkeit bedrohte – Fehler etwa in der Beitragsberechnung sozusagen nur *Details innerhalb der Versicherungsverhältnisse* betreffen.

161) *Bartos* (FN 100) § 417a Rz 1; *Teschner/Widlar/Pöltner* (FN 41) § 417a Anm 1.

162) *Welche* Unvollständigkeiten der Begründung die Berufungsbehörde selbst sanieren und welche sie zum Anlass einer Behebung und Zurückverweisung nehmen kann, verrät das Gesetz leider nicht. Nach dem Grundsatz *iura novit curia* ist davon auszugehen, dass Mängel der rechtlichen Beurteilung jedenfalls von der Berufungsbehörde ausgebessert werden können. Fehlende Sachverhaltsfeststellungen wiederum fallen unter die andere Alternative des Abs 1. Somit verbleiben für den hier zu diskutierenden Fall nur *Mängel der Beweiswürdigung* oder der Übertragung des festgestellten Sachverhaltes in eine subsumtionsfähige Entscheidungsgrundlage, die auch im Bescheid sichtbar werden muss. *Widersprüche* der Begründung ermächtigen nicht zur Behebung und Zurückverweisung (arg: „unvollständig“ und „Ergänzung“).

163) Im Falle der Aufhebung des Bescheides des Sozialversicherungsträgers an diesen, im Falle der Behebung des Bescheides des Landeshauptmanns an ihn.

164) Eine Aufhebung und Zurückverweisung *zur Durchführung einer mündlichen Verhandlung* scheidet danach jedenfalls aus. Ob der Landeshauptmann allenfalls im Falle einer Zurückverweisung an ihn eine mündliche Verhandlung nach §§ 40 ff AVG durchführt, liegt in seinem Ermessen – den Sozialversicherungsträgern fehlt mangels Anwendbarkeit der einschlägigen Bestimmungen des AVG von vornherein das rechtliche Instrumentarium für eine solche Vorgangsweise.

IV. Ausblick auf die neue Verwaltungsgerichtsbarkeit

Die Regierungsvorlage 1618 BlgNR der XXIV. Gesetzgebungsperiode schlägt – erstmals mit echter Realisierungschance – die Einführung einer zweistufigen Verwaltungsgerichtsbarkeit vor. Das Modell ist insofern denkbar radikal, als zugleich – mit Ausnahme des eigenen Wirkungsbereichs der Gemeinde – alle Instanzen- und Devolutionszüge in der Verwaltung wegfallen sollen¹⁶⁵). Ob damit auch die Instanzenzüge von den Sozialversicherungsträgern zum Landeshauptmann beseitigt werden sollen, ist nicht ganz gewiss – Immerhin handelt es sich nicht um eine reguläre Berufung nach dem AVG und spricht schon angesichts des rudimentären Verfahrens vor den Sozialversicherungsträgern, aber auch angesichts der Notwendigkeit zahlreicher Sonderregelungen zur Bewältigung der auftretenden Schwierigkeiten in den zu Grunde liegenden elementaren Dauerrechtsverhältnissen viel für eine Beibehaltung des Einspruchsrechtes. Sicher werden aber die weitere Berufung und Devolution an den Bundesminister mit Inkrafttreten der Reform der Geschichte angehören.

Damit wird die Reform nicht nur Antlitz und Bedeutung des AVG grundlegend verändern; auch seine Rolle im Sozialversicherungsverfahren wird damit grundlegend modifiziert. In ihrer milderen Variante wird die Reform bloß zum Entfall der hier noch referierten Bestimmungen über das Rechtsmittel- und Devolutionsverfahren vor dem Bundesminister führen. In ihrer radikaleren Form führt sie indessen auch zum Entfall des Einspruchsrechtes vor dem Landeshauptmann und damit praktisch zum vollständigen Verlust des Sozialversicherungsverfahrens vor den staatlichen Behörden mit Ausnahme jener Angelegenheiten, in denen sie mangels Bescheidrechts der Sozialversicherungsträger schon jetzt zur Entscheidung in erster Instanz berufen sind¹⁶⁶). Es ist selbstverständlich überhaupt nicht seriös vorherzusagen, ob und wie das Verfahrensrecht des AVG und des ASVG auf all das reagieren werden. Es ist aber vermutlich nicht verwegen anzunehmen, dass – sei es im hier referierten Dialog mit dem AVG oder durch verstärkte Übernahme der hier referierten Regelungen in eigenständiges ASVG-Verfahrensrecht – zahlreiche wesentliche Prägungen des Sozialversicherungsverfahrens durch das Verfahrensrecht des AVG inhaltlich überleben werden – und damit ein Stück des Lebenswerks von *Robert Walter*.

165) Dies wird zwar nicht im Text des Gesetzesvorschlags, wohl aber in den erläuternden Bemerkungen (1618 BlgNR XXIV. GP, 6f) deutlich zum Ausdruck gebracht.

166) Vgl oben FN 137.