

2. Die Auslösetatbestände für die Verfahren nach dem SV-ZG

2.1. Überblick

Der Gesetzgeber hat die verfahrensrechtlichen Neuregelungen als §§ 412a–412e in das ASVG eingefügt. In den Übergangsbestimmungen § 194b GSVG bzw. § 182a BSVG wird für den Bereich dieser beiden Gesetze auf die erwähnten Paragraphen des ASVG verwiesen wird: Der Versicherungsträger nach dem GSVG bzw. nach dem BSVG hat im Verfahren nach dem SV-ZG diese Bestimmungen sinngemäß anzuwenden.

Wird die Pflichtversicherung nach dem GSVG bzw. nach dem BSVG:

vom Krankenversicherungsträger nach dem ASVG bejaht (§ 412c Abs 1 Z 2 ASVG), so hat der Versicherungsträger die Pflichtversicherung nach diesem Bundesgesetz

(also die SVA nach dem GSVG bzw. die SVB nach dem BSVG):

mit Bescheid festzustellen.

Die neuen Verfahrensvorschriften werden vom Gesetzgeber mit „Verfahren zur Klärung der Versicherungszuordnung“ bezeichnet. Im Wesentlichen handelt es sich dabei um Vorkehrungen für das Zusammenwirken der Gebietskrankenkassen mit SVA und SVB bei der Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts und um die Schaffung einer einheitlichen Verfahrenserledigung durch einen der beteiligten Versicherungsträger mit erga omnes Wirkung für alle Verfahrensparteien und die Finanzbehörden. In einem Fall soll diese Wirkung sogar durch schlichten Konsens erzielt werden.

Dieses Verfahren soll in folgenden drei Fällen ausgelöst werden:

- a) aufgrund einer amtswegigen Sachverhaltsfeststellung (§ 412b und 412c),
- b) aufgrund der Anmeldung zur Pflichtversicherung nach dem GSVG bzw. BSVG in drei Fällen,
- c) auf Antrag der versicherten Person oder ihres Auftraggebers bei Vorliegen einer Pflichtversicherung nach § 2 GSVG bzw. § 2 Abs 1 letzter Satz BSVG.

Die nachstehende Darstellung folgt dieser Systematik des Gesetzes. Die Verfahrensdetails samt den sich daraus ergebenden Problemen werden daher beim Auslösetatbestand der amtswegigen Sachverhaltsfeststellung dargestellt, wohl wissend, dass dies nicht der häufigste Anwendungsfall ist. Bei den übrigen Tatbeständen sollen nur mehr deren Besonderheiten diskutiert werden. Ziel der Arbeit ist eine erste dogmatische Aufarbeitung des SV-ZG und die Herstellung der Verbindung zur herkömmlichen Verfahrensdogmatik. Der Finger wird auf einige (doch auch) verfassungsrechtlich bedenkliche Schwachpunkte gelegt: Ob das SV-ZG in seiner derzeitigen Form Bestand hat, wird möglicherweise vom Streitverhalten der beteiligten Parteien abhängen, insbesondere ob die darin angelegten Verfassungsfragen auch an den Verfassungsgerichtshof herangetragen werden.

2.2. Die amtswegige Sachverhaltsfeststellung nach §§ 412b und 412c ASVG

2.2.1. Geltungsbereich

Stellt der Krankenversicherungsträger oder das Finanzamt bei der Prüfung nach § 41a dieses Bundesgesetzes oder nach § 86 EStG 1988 für eine im geprüften Zeitraum nach dem GSVG bzw. nach dem BSVG versicherte Person einen Sachverhalt fest, der zu weiteren Erhebungen über eine rückwirkende Feststellung der Pflichtversiche-

2. Die Auslösetatbestände für die Verfahren nach dem SV-ZG

rung nach diesem Bundesgesetz (Neuzuordnung) Anlass gibt, so hat der Krankenversicherungsträger oder das Finanzamt die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft bzw. die Sozialversicherungsanstalt der Bauern ohne unnötigen Aufschub von dieser Prüfung zu verständigen. Die Verständigung hat den Namen, die Versicherungsnummer sowie den geprüften Zeitraum und die Art der Tätigkeit zu enthalten.

Der hervorgehobene Teil des ersten Satzes des § 412b Abs 1 ASVG führte zu unterschiedlichen Deutungen¹² in der grundlegenden Frage, ob von § 412b ASVG alle Fälle von Kenntnisnahmen solcher Umstände, die zu einer amtswegigen Umqualifizierung durch den Krankenversicherungsträger nach dem ASVG führen können, erfasst werden oder nur jene aus Anlass einer GPLA. Auf die Schnelle könnte man diese Bestimmung auch so lesen, dass die Feststellung des Sachverhalts, der Anlass zu Zweifeln gibt, im Rahmen eines GPLA nach § 41a ASVG oder nach § 86 EStG 1988 erfolgt sein muss.

Das wäre aber aus zwei Gründen überraschend:

- Erstens, weil der Gesetzgeber bei Schaffung des die GPLA regelnden § 41a ASVG mit dem 2. AbgabenänderungsG, BGBl I 2002/132, die darüber hinaus schon bis dahin bestehende, im Gesetz verbleibende Möglichkeit der Einschau nach § 42 ASVG ausdrücklich aufrechterhalten wollte, wie sich aus den Materialien ergibt.¹³ Ob es seither neben der GPLA eine nennenswerte Anzahl von Fällen von Einschaumaßnahmen im Sinne des § 42 ASVG gegeben hat, entzieht sich meiner Kenntnis. Es wäre aber im Hinblick auf die völlig gleichgelagerten Probleme erstaunlich, wenn der Gesetzgeber zwar Sachverhaltsfeststellungen im Rahmen der GPLA in die Bahnen der neuen Verfahrensvorschriften hätte lenken wollen – nicht aber vergleichbare Vorkommnisse im Rahmen einer Einschau des Krankenversicherungsträgers nach § 42 ASVG. Denn dann müsste ein Verfahren nach § 42 ASVG weiterhin nach den bisherigen Vorschriften abgeführt werden, so könnte dies wegen der unterschiedlichen Rechtsstellung der beteiligten Träger beim selben Sachproblem sogar ein Gleichheitsproblem aufwerfen.¹⁴
- Zweitens zwingt § 412b Abs 1 erster Satz ASVG nicht zu diesem Interpretationsergebnis: die erste, am Beginn dieses Satzes normierte Voraussetzung für dieses Verfahren – eine Feststellung durch den KV-Träger – kann nämlich für sich allein gelesen und interpretiert werden. Die auf die Erwähnung des Finanzamtes nachfolgende Wendung „bei der Prüfung nach § 41a [...] oder nach § 86 EStG 1988“ soll in dieser Lesart nicht die **Fälle der Feststellung durch den KV-Träger auf die GPLA einschränken**, sondern hat vielmehr nur den Zweck, **aus der Fülle sonstiger finanzamtlicher Verfahren** jene Verfahren, bei denen das Finanzamt in der Frage der sozialversicherungsrechtlichen Versicherungspflicht eine Mitwirkungszuständigkeit hat, **herauszuheben**; dies unabhängig davon, ob die GPLA auf Initiative der Gebietskrankenkasse oder des Finanzamtes stattgefunden hat.

¹² Vgl *Steiger*, Sozialversicherungs-Zuordnungsgesetz – was ändert sich bei der „Umqualifizierung“?, taxlex 2017, 270 (271), zuletzt *Kneihls*, Selbständig oder unselbständig: Neuregelung der Zuordnung von Sozialversicherten, DRdA 2018, 193 (199 f bei FN 60).

¹³ RV 1175 Blg.NR, 21. GP, 25. Insoweit besteht zum Verhältnis des § 41a zu § 42 ASVG eigentlich kein solcher Zweifel, wie ihn *Kneihls*, SV-Komm, § 412b Rz 4 thematisiert.

¹⁴ *Kneihls*, DRdA 2018, 193 (199) scheint in § 41a Abs 1 und 3 ASVG zwei verschiedene Verfahren zu orten. Dem gegenüber regelt diese Bestimmung den Begriff der „Sozialversicherungsprüfung“ im ersten Absatz nach der Aufgabenstellung, und ordnet im dritten Absatz die „Mitnahme“ der lohnsteuerlichen Prüfung an; die „Sozialversicherungsprüfung“ im Sinne des § 41a ASVG ist daher immer beides. Hingegen regelt § 42 ASVG, unabhängig davon, schon immer (also auch schon vor Einführung des § 41a ASVG) das Auskunfts- und Einschaurecht des Krankenversicherungsträgers beim Dienstgeber (also ebenfalls eine vor Ort durchgeführte Prüfung in Bezug auf den Dienstgeber, wobei § 42 Abs 1a ASVG den Krankenversicherungsträger bei Vorliegen des Verdachts des Sozialbetrugs mit erweiterten Rechten ausstattet).

Ein eindeutiger Text schaut möglicherweise anders aus.¹⁵ Aber die hier vertretene Lesart dieses Satzes kann sich immerhin auf deutliche Hinweise in den Materialien stützen: Einerseits bezieht sich die dem Gesetz vorangegangene Sozialpartnereinigung auf die Anwendung „bei jeder (rechtskräftigen) Versicherungszuordnung“ und andererseits heißt es in den Materialien¹⁶ gleich zu Beginn des besonderen Teils:

Tritt im Rahmen einer versicherungsrechtlichen Prüfung bzw. einer gemeinsamen Prüfung aller lohnabhängigen Abgaben (GPLA) der substantielle Verdacht auf, dass anstelle der bisherigen Pflichtversicherung nach § 2 Abs. 1 Z 1 und 4 GSVG (als freie Gewerbetreibende und neue Selbständige) bzw. § 2 Abs. 1 Z 1 BSVG (als Ausübende eines bäuerlichen Nebengewerbes) eine Pflichtversicherung nach dem ASVG vorliegt, so hat gemäß den neuen Regelungen zur Schaffung von Rechtssicherheit bei der Abgrenzung von selbständiger und unselbständiger Erwerbstätigkeit der Krankenversicherungsträger nach dem ASVG bzw. das Finanzamt die SVA bzw. SVB ohne unnötigen Aufschub über diesen Verdacht zu verständigen.

Angeichts dieser Gegenüberstellung einer versicherungsrechtlichen Prüfung bzw. einer gemeinsamen Prüfung aller lohnabhängigen Abgaben (GPLA) in den Materialien einerseits und eines jedenfalls nicht zwingend in die Gegenrichtung deutenden Gesetzestextes, kann § 412b Abs 1 erster Satz ASVG wohl nur so verstanden werden, dass ein Verdacht auf Scheinselbständigkeit, unabhängig davon, in welchem Zusammenhang er beim Krankenversicherungsträger nach dem ASVG entstanden ist, jedenfalls die Verpflichtung zur Einleitung eines Verfahrens nach § 412b ff ASVG auslöst.

2.2.2. Die Einleitung des Verfahrens nach §§ 412b und § 412c ASVG

Werden also Umstände festgestellt, die bei der GebKK oder beim Finanzamt im Zuge einer GPLA Anlass zu Erhebungen über den Verdacht einer Scheinselbständigkeit geben, dann ist die Folge davon, dass jener Träger nach dem GSVG oder dem BSVG, der die Pflichtversicherung der betroffenen Beschäftigten durchführt, „ohne unnötigen Aufschub“ unter Angabe der „wesentlichen Daten“ von den Erhebungen zu verständigen ist. Der die Pflichtversicherung bisher durchführende Träger soll also möglichst früh die Möglichkeit haben, einerseits seine Pflichtversicherung zu hinterfragen und andererseits an der Aufklärung der Zweifelsfrage auch aus seinem Blickwinkel mitzuwirken.

Diese Verständigung durch den Krankenversicherungsträger nach dem ASVG löst nämlich umgekehrt auch eine Mitwirkungsverpflichtung der SVA bzw. SVB aus. Nach § 412b Abs 2 sind:

[...] die weiteren Ermittlungen vom Krankenversicherungsträger und von der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft bzw. der Sozialversicherungsanstalt der Bauern im Rahmen ihres jeweiligen Wirkungsbereiches durchzuführen.

Die Materialien geben zu dieser Bestimmung keine weiterführende Interpretationshilfe, sieht man von dem Zusatz „*aufeinander abgestimmt*“ einmal ab.

Der Gesetzgeber weist also im Falle der Verständigung vom Zweifel als Auslöser des Verfahrens nach dem SV-ZG die Ermittlungslast nicht allein dem KV-Träger nach dem ASVG zu, sondern erwartet auch vom jeweils gegenbeteiligten Träger Ermittlungen, die das Fragezeichen hinter der bestehenden Pflichtversicherung nach GSVG oder BSVG erhärten oder widerlegen sollen. Als Abschluss dieses Teils eines insoweit zwar

¹⁵ Der Wortlaut der Norm dürfte zumindest für Außenstehende nicht als so „profan“ erscheinen, wie *Thomas Neumann* in Zell am See meinte, als dass man keine Zweifel an ihrer Auslegung haben könnte.

¹⁶ RV 1613 BlgNR 25.GP, Vorblatt 1.

2. Die Auslösetatbestände für die Verfahren nach dem SV-ZG

nicht gemeinsamen, aber aufeinander abgestimmten Ermittlungsverfahrens¹⁷ erwartet der Gesetzgeber dann offenbar, dass die beteiligten Träger einander über ihre Ermittlungsergebnisse wechselseitig schriftlich in Kenntnis setzen, oder diese im unmittelbaren Kontakt, wie etwa bei der Schlussbesprechung einer GPLA oder einer außerhalb der GPLA vereinbarten Sitzung austauschen und in einem Protokoll aktenkundig machen. Im Gesetz ist diese Frage nicht geregelt; wenn man der Meinung ist, dass der Hausverstand zur Lückenschließung genügt (was nahe liegt), dann ist das unter dem Gesichtspunkt des Art 18 B-VG kein Beinbruch. Es wird sich aber empfehlen, eine möglichst formalisierte und gleichbleibende Verwaltungspraxis des Austauschs von divergierenden und der Festlegung übereinstimmender Feststellungen zu entwickeln. Dieses Verfahren sollte ja den Vorteil haben, dass in relativ kurzer Zeit beide Träger zu einem Ergebnis kommen, welches dann zwar im Ergebnis entweder ident oder divergierend sein kann, woran sich aber dann weitreichende Rechtsfolgen knüpfen.

2.2.3. Vorgangsweise bei divergierender Beurteilung

2.2.3.1. Zuständigkeitszuweisung und Bindungswirkung...

Besteht zwischen den Trägern nach dem aufeinander abgestimmten Ermittlungsverfahren Dissens, beharrt also jeder Träger darauf, dass die Pflichtversicherung nach den für ihn geltenden Rechtsvorschriften durchzuführen ist, so wird die **ausschließliche** Verpflichtung zur Bescheiderteilung, der Gebietskrankenkasse zugewiesen, deren Bescheid dann nach Rechtskraft „die Behörden“ (§ 412c Abs 2 letzter Satz ASVG) dh offenbar auch den jeweils gegenbeteiligten Träger in seiner behördlichen Funktion, aber auch die Finanzbehörden bindet. Die Bindung der Verfahrensbeteiligten als Partei (Dienstgeber/ Auftraggeber, beschäftigte Person, SVA/SVB als Parteien des Verfahrens) versteht sich ja von selbst.

Was ergibt sich Besonderes aus dieser Bindungsanordnung? Man muss mE daraus ableiten, dass in dieser Verfahrensart nach dem SV-ZG („Verfahren bei Dissens“) von der Gebietskrankenkasse entgegen dem eher engen Gesetzeswortlaut¹⁸ nicht nur positiv über die Pflichtversicherung nach dem ASVG, sondern aufgrund der angeordneten Bindungswirkung auch implizit negativ über die Pflichtversicherung nach GSVG oder BSVG abgesprochen wird. Denn **die allseitige Bindungswirkung** der rechtlichen Einordnung ein und desselben konkreten Beschäftigungsverhältnisses in das ASVG bedeutet wegen des Verhältnisses eines „entweder – oder“ zu einem der gegenbeteiligten Systeme, dass damit klargestellt sein muss, dass eine Pflichtversicherung nach dem GSVG oder nach dem BSVG für dieses Beschäftigungsverhältnis nicht besteht und dass diese auch nur implizite Klarstellung mit Rechtskraftwirkung ausgestattet ist.

Ein solcher Bescheid, der den gegenbeteiligten Träger bindet,¹⁹ steht daher wegen dieser Wirkung einem Bescheid des gegenbeteiligten Trägers über die Verneinung der Pflichtversicherung nach dem GSVG oder BSVG gleich; einer neuerlichen Bescheiderlassung durch SVA/SVB stünde daher ausnahmsweise die res-iudicata-Wirkung im Wege. Diese Wirkung kommt Bescheiden der Gebietskrankenkasse nach § 410 Abs 1 ASVG über die Versicherungspflicht nach dem ASVG sonst ja gerade nicht zu, weil in

¹⁷ Dh hinsichtlich der jeweiligen Ermittlungsergebnisse auf wechselseitigen Austausch angelegten Ermittlungsverfahrens.

¹⁸ § 412c Abs 2: „[...] so hat der Krankenversicherungsträger die Pflichtversicherung nach diesem Bundesgesetz mit Bescheid festzustellen“.

¹⁹ Diese Bindungswirkung ist mit jener an die rechtskräftig entschiedene Hauptfrage bei einer Vorfragenbeurteilung im Sinne des § 69 AVG vergleichbar – nur dass das SV-ZG die Bindung des Trägers nach GSVG/BSVG an die Hauptfragenentscheidung des Trägers nach ASVG in der Weise anordnet, dass der Träger nach dem GSVG/BSVG auch keine eigene Hauptfragenentscheidung treffen darf, die jener des ASVG-Trägers materiell widerspricht.

diesem System paralleler Versichertengemeinschaften nach dem ASVG, dem GSVG (FSVG) und dem BSVG jeder der beteiligten Versicherungsträger das Recht hat, die Versicherungspflicht eines Beschäftigungsverhältnisses **aufgrund seiner Zuständigkeit nach seinen Vorschriften** unabhängig von den anderen Versicherungsträgern zu beurteilen, dh zu bejahen oder zu verneinen.²⁰

Das SV-ZG will dieser Parallelität nun in den von ihm erfassten Umqualifikationsfällen einen Riegel verschieben. Der jeweils **in einem Verfahren nach den Vorschriften des SV-ZG** erlassene Bescheid soll für das vom Bescheid behandelte Versicherungsverhältnis für alle Beteiligten (Auftraggeber/Dienstgeber, beschäftigte Person, beteiligte Versicherungsträger nach dem ASVG, GSVG und BSVG) und Behörden (Versicherungsträger in ihrer behördlichen Eigenschaft sowie die Finanzbehörden) Rechtssicherheit auch für die Zukunft schaffen.²¹

2.2.3.2. ... daher Einheitlichkeit des Verfahrensgegenstands?

Soll also mit Bejahung der Pflichtversicherung nach dem ASVG die Pflichtversicherung nach dem GSVG bzw BSVG für ein- und dasselbe Beschäftigungsverhältnis implizit allseitig bindend verneint werden, dann setzt dies gedanklich notwendig voraus, dass auch die Pflichtversicherung nach dem jeweils gegenbeteiligten Gesetz (also GSVG oder BSVG) Gegenstand dieses Verfahrens gewesen ist: Wenn die Gebietskrankenkasse und die SVA/SVB verschiedene Auffassung über die versicherungsrechtliche Zuordnung der Versicherungspflicht zum ASVG oder zum GSVG/BSVG haben und das Gesetz daraufhin der Gebietskrankenkasse die Entscheidung über diese Streitfrage einräumt, die dann vom Gesetz für alle Teile als bindend erklärt wird, dann sind denknotwendig beide Varianten Gegenstand des Verfahrens, dh die Gebietskrankenkasse kann (bzw gegebenenfalls: muss) auch – bindend – zum Ergebnis kommen, dass kein Dienstverhältnis vorliegt, sondern eine Versicherungspflicht nach dem GSVG besteht und hätte dies dann auch bescheidmäßig auszusprechen.²²

²⁰ Wie hier auch *Kneihls*, Selbständig oder unselbständig: Neuregelung der Zuordnung von Sozialversicherten, DRdA 2018, 193 (194); dazu, dass wegen dieser Parallelzuständigkeit darin kein Kompetenzkonflikt nach § 412 ASVG liegt *Rudolf Müller in Rebhahn*, aaO, 18 ff; dagegen *Kneihls*, aaO, 196 f. Mein von *Kneihls* (aaO, nach FN 38) bestrittenes Argument der andernfalls bestehenden Möglichkeit einer beliebigen Steuerung der Rechtsfolgen durch die Parteien, wird nicht durch den Hinweis auf eine „ohnehin“ bestehende gesetzliche Regelung darüber widerlegt: erstens ist die gesetzliche Grundlage eine selbstverständliche, rechtsstaatliche Bedingung, die nicht von allen sonstigen Verfassungswidrigkeiten dispensiert, zweitens beruht meine Rechtsauffassung auf der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes, wonach es verfassungswidrig ist, wenn ein Verfahrensergebnis von den verschiedensten Zufälligkeiten abhängt, vor allem aber auch von manipulativen Umständen im Bereich der Behörde (VfSlg 7708/1975, 10620/1985, 14764/1997 – jeweils in zeitlicher Hinsicht). Das kann wohl *minor ad maius* umso weniger anders sein, wenn in einem Mehrparteienverfahren die eintretenden Rechtsfolgen (Beitragspflicht *ex nunc* oder *ex tunc*) von der mit Auswirkungen für die anderen beteiligten Parteien verbundenen Wahl des Rechtswegs durch eine der Parteien abhängen würde. Die obwohl gerade im Punkt „*ex nunc*- *ex tunc*-Wirkung“ die Parteien gegenläufige rechtliche Interessen haben. Bei verfassungskonformer Interpretation kann man daher nicht zum Ergebnis von *Kneihls* kommen.

²¹ Diese Bindungswirkung gilt im Beschwerdefall selbstverständlich auch für die Beschwerdevorentscheidung – *Kneihls*, SV-Komm, § 412c Rz 11.

²² Siehe auch oben 2.2.3.1. Ob und inwieweit die Gebietskrankenkasse das Verfahren in eigenen bzw im übertragenen Wirkungsbereich zu führen hat, bleibt hier unerörtert. Es sei nur darauf hingewiesen, dass eine allseitige Bindungswirkung des Bescheids auch für „Außenstehende“ der Selbstverwaltung verfassungswidrig sein kann, wenn im eigenen Wirkungsbereich (dh in Weisungsfreiheit vom jeweils zuständigen Bundesminister) agiert wird; vgl VfGH 17869/2006 (EDV-Grundsätze für Ärzte), 18548/2008 (Gleichwertigkeit v Jagdprüfungen), 19855/2014 (Eintragung in die Ärzteliste). Selbst wenn man nicht so weit gehen wollte und die Meinung vertritt, dass die Gebietskrankenkasse in derartigen Fällen die Versicherungspflicht nach dem ASVG gegebenenfalls nur verneinen kann, ohne die Versicherungspflicht nach dem GSVG – gegebenenfalls – positiv festzustellen, so käme man aufgrund der Bindungswirkung zum selben Ergebnis einer dann nur impliziten Feststellung der Versicherungspflicht nach dem GSVG, die sich explizit aus der Begründung ergäbe.

2. Die Auslösetatbestände für die Verfahren nach dem SV-ZG

Für das Rechtsschutzverfahren vor der Verwaltungsgerichtsbarkeit hätte dies wieder zur Folge, dass die Gerichtsinstanzen, sofern sie die Rechtsauffassung der Gebietskrankenkasse nicht teilen, den Bescheid dahin abändern könnten, dass er auf Beschwerde bzw Revision der SVA oder der SVB (oder aber auch des Dienstgebers oder des Dienstnehmers) hinsichtlich der Feststellung einer Pflichtversicherung nach dem ASVG behoben und stattdessen vom Bundesverwaltungsgericht bzw vom Verwaltungsgerichtshof die Pflichtversicherung nach dem GSVG oder nach dem BSVG festgestellt wird, ohne dass damit der Gegenstand des gerichtlichen Beschwerde-/Revisionsverfahrens ausgetauscht oder überschritten würde. Die geschilderte Rechtslage, die sich aufgrund der angeordneten Bindungswirkung ergibt, ist also ähnlich jener, wie sie der Gesetzgeber in § 4 Abs 6 ASVG für das Verhältnis der Pflichtversicherungen nach § 4 Abs 1 und Abs 4 ASVG normiert hat.²³

Dafür spricht auch noch Folgendes: an sich besteht zwischen den Versicherungstatbeständen der verschiedenen SV-Gesetze bei erkennbaren Überschneidungsmöglichkeiten nur ausnahmsweise ausdrückliche Subsidiarität. Beispiele dafür ist der ausdrücklich normierte Vorrang des § 4 Abs 1 Z 1 iVm Abs 2 ASVG vor § 2 Abs 1 Z 3 GSVG (geschäftsführende Gesellschafter einer GmbH) oder jener des § 4 Abs 4 ASVG vor dem des § 2 Abs 1 Z 4 GSVG (freie Dienstnehmer als arbeitnehmerähnlich oder als neuer Selbständiger) bzw – umgekehrt der Vorrang des § 2 Abs 1 Z 1 GSVG vor § 4 Abs 4 ASVG (Kammerangehörige sind von der Pflichtversicherung nach § 4 Abs 4 ASVG ausgeschlossen). Bei den Tatbeständen der amtswegigen Prüfung nach § 412b ASVG bzw jenen der Vorabprüfung gem § 412d ASVG liegt aber in den meisten Fällen kein solches Verhältnis der Subsidiarität vor. Ebenso richtig ist aber, dass ein- und dasselbe Beschäftigungsverhältnis nicht gleichzeitig Arbeitsverhältnis und selbständige Beschäftigung sein kann, sondern – auf der Ebene der rechtlichen Beurteilung – nur „entweder – oder“. Wenn eine Zwischenformen vorliegt, die sich nicht eindeutig zuordnen lässt, müssen wir sie daher nach bestimmten Kriterien (im Wesentlichen nach dem Überwiegen der Merkmale) dem „entweder“ bzw dem „oder“ zurechnen. Denn es wäre wohl verfassungswidrig, jemanden **in ein- und derselben Beschäftigung für dieselben Zeiträume** aufgrund eines beziehungslosen Nebeneinanders verschiedener Systeme (und damit verbunden: ebensolchen parallelen Entscheidungszuständigkeiten)²⁴ bei mehreren Sozialversicherungen anzumelden.²⁵

²³ Vgl VwGH 5.6.2002, Slg 15842/A, zuletzt 7.9.2017, Ra 2017/08/0031.

²⁴ Das Problem ist im Sozialversicherungsrecht relativ neu: es entstehen durch den Lückenschluss hinsichtlich der Pflichtversicherung für alle Einkommen mit dem ASRÄG 1997, BGBl I 1997/139, insbesondere der Erfassung der freien Dienstnehmer durch § 4 Abs 4 ASVG und durch § 2 Abs 1 Z 4 GSVG und durch die 23. BSVG-Novelle, BGBl I 1999/176, mit der Einbeziehung der in Anlage 2 zum BSVG genannten Einkünfte in die Beitragspflicht, zahlreiche Verzahnungen zwischen den Versicherungstatbeständen und dadurch Abgrenzungsschwierigkeiten. Der dritte Problembereich resultiert aus der Intensivierung der Umgehungsversuche zur Flucht aus dem ASVG durch absurde Gewerbescheine – siehe zu diesen unten FN 50.

²⁵ Dieser Gedanke war mein Ausgangspunkt dafür, bei zwei Bescheiden über das Bestehen einer Pflichtversicherung für dasselbe Beschäftigungsverhältnis (nämlich sowohl nach dem ASVG als auch dem GSVG oder BSVG), in verfassungskonformer Interpretation ein (im Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehenes) Derogationsverhältnis anzunehmen. Wäre ein res-judicata-Problem vorgelegen, so hätte es des Begründungsaufwands nicht bedurft. Andererseits ist res iudicata nicht der einzige rechtliche Grund für eine verfassungsrechtliche Unverträglichkeit zweier Bescheide (so dürfte aber *Kneihls*, aaO, 195 bei FN 19, zu verstehen sein, der in FN 19 auch gegen die über seine relativ enge Sicht hinausgehende Lehre von *Potacs* Stellung nimmt). Zugegeben sei, dass die Zulässigkeit der Annahme eines Derogationsverhältnisses im Wege der verfassungskonformen Interpretation keine ausgemachte Sache ist; immerhin wird ein und dasselbe Beschäftigungsverhältnis in einer miteinander unvereinbaren Weise dadurch als Dienstverhältnis und zugleich als selbständige Erwerbstätigkeit beurteilt. Das kann man entweder nebeneinander stehen lassen – bis zur Beseitigung einer der Bescheide oder man kann aufgrund des von mir angenommenen verfassungsrechtlichen Verbots und von diesem abgeleitet – mit Blick auf die Identität des beurteilten Gegenstands – Derogation des früheren durch den späteren Bescheid annehmen. Ich halte das noch im Rahmen der zulässigen Interpretationskunst liegend, auch wenn dieses besondere Problem von der allgemeinen Derogationslehre etwas abweicht.

Das SV-ZG will jene Komplikationen, die nach bisherigem Recht mühsam wieder aufgelöst werden mussten, dadurch von vornherein nicht erst eintreten lassen, dass sie einen weiteren Abspruch nach GSVG/BSVG verbietet, wenn die Versicherungspflicht nach ASVG einmal bescheidmäßig festgestellt wurde und umgekehrt. Damit wird zwar kein Subsidiaritätsverhältnis zwischen den Versicherungstatbeständen hergestellt und es liegt auch kein Vorfrage-/Hauptfrage-Problem vor, aber es soll auf eine dritte Weise (nämlich durch die Anordnung der Bindungswirkung eines Bescheides für alle übrigen Beteiligten, auch für die sonst Bescheidzuständigen!) in den vom SV-ZG erfassten Fällen durch einen einzigen Bescheid (im Konsensfall nach ASVG auch ohne Bescheid) ein rechtlich endgültiger Zustand für die Dauer des unveränderten Fortbestands der Sach- und Rechtslage hergestellt werden. Das ist also die gemeinsame Klammer, welche die Versicherungstatbestände nach dem ASVG und dem GSVG/BSVG unter den vom SV-ZG genannten Voraussetzungen in einem gemeinsamen Verfahren verbindet. Wenn die eine Pflichtversicherung die andere für denselben Zeitraum ausschließt, dann sind beide Tatbestände notwendigerweise in einem gemeinsamen Verfahren zu klären, in dem – ohnehin – alle beteiligten Versicherungsträger Parteistellung genießen.²⁶ Normativ kommt dies letztlich auch dadurch zum Ausdruck, dass § 412c Abs 3 ASVG die Gebietskrankenkasse verpflichtet, sich im Rahmen der rechtlichen Beurteilung **mit dem abweichenden Vorbringen der SVA bzw der SVB auseinander zusetzen**, dieses also zum Thema des Verfahrens zu machen.

Das soeben Gesagte ist – zugegeben und mögliche Einwände vorwegnehmend – nicht absolut zwingend: Man könnte natürlich auch der Meinung sein, dass die GebKK auch nach dem SV-ZG nur über den Bestand oder das Nichtbestehen der Versicherungspflicht nach dem ASVG zu entscheiden hat (und umgekehrt die SVA/SVB in den Konsensverfahren); dies ändert aber nichts daran, dass die vom Gesetz normierte Bindungswirkung hinsichtlich einer Entscheidungskompetenz der SVA/SVB (bzw im Konsensfall umgekehrt der GebKK) jedenfalls dann eine Sperrwirkung entfalten soll, wenn die Versicherungspflicht nach dem ASVG bzw GSVG/BSVG bejaht wurde. Auch dann, wenn man den gemeinsamen Verfahrensgegenstand leugnet, hätte der Bescheid kraft Gesetzes dessen ungeachtet genau jene Bindungswirkung die sonst aus dem Verfahrensgegenstand kommt. Die „*Trennungsthese*“ würde also entweder zum selben Ergebnis führen, oder aber dazu, dass im Dissensfall bei **Verneinung** der Versicherungspflicht nach dem ASVG neuerlich ein Bescheid nach dem GSVG erlassen werden müsste, um die gewünschte Rechtssicherheit zu erzeugen. Ein Ergebnis, das dem Grundsatz der Verfahrensökonomie nicht entspricht und auch nicht dem Gedanken des SV-ZG, das Verfahren – sofern überhaupt ein Bescheid zu erlassen ist – grundsätzlich mit einem einzigen Bescheid bindend und rechtssicher zu erledigen. Die an sich unterschiedliche Zuständigkeit der beteiligten Versicherungsträger, über die Versicherungspflicht nach dem jeweils „*eigenen*“ Gesetz autonom zu entscheiden, spricht mE nicht gegen diese Lösung, da die gegenbeteiligte Zuständigkeit ja gerade in den Verfahren, die vom SV-ZG erfasst werden, aufgehoben ist. Die hier vertretene „*Einheitsthese*“ hat mE die besseren, insbesondere prozessökonomische Gründe für sich.²⁷

2.2.4. Vorgangsweise bei Konsens

Wie aber ist nach dem SV-ZG bei Konsens vorzugehen? Das Gesetz sieht zwei Varianten vor: Entweder es besteht Konsens über die Versicherungspflicht nach dem ASVG

²⁶ VwGH 5.6.2002, 2001/08/0107, VwSlg 15.842 A.

²⁷ Die Anregung zu einer näheren Behandlung dieser Frage verdanke ich einem Gespräch mit Frau Honorärin des VwGH Hon. Prof. Dr. Angela Julcher, Mitglied des für Sozialversicherungsangelegenheiten zuständigen Senates 08 des Verwaltungsgerichtshofs, die sich von meiner These freilich (vorerst?) nicht überzeugt zeigte.