

# TE Vwgh ErkenntnisVS 1977/5/4 0898/75

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 04.05.1977

## Index

001 Verwaltungsrecht allgemein;  
10/07 Verwaltungsgerichtshof;  
40/01 Verwaltungsverfahren;  
66/01 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz;

## Norm

ASVG §17 Abs5 idF 1974/023;  
AVG §56;  
AVG §66 Abs4;  
VwGG §13 Z1;  
VwGG §41 Abs1;  
VwGG §63 Abs1;  
VwRallg;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Härtel und die Hofräte Dr. Schmelz, Dr. Zach, Dr. Schima, Dr. Liska, Dr. Iro, Dr. Öhler, Dr. Schubert und Dr. Pichler als Richter, im Beisein der Schriftführerin Finanzoberkommissär Dr. Feitzinger, über die Beschwerde der Pensionsversicherungsanstalt X in Y, vertreten durch Dr. A K, Rechtsanwalt in Y, gegen den Bescheid des Bundesministers für soziale Verwaltung vom 9. April 1975, Zi. 121.873/1-6/75 (mitbeteiligte Partei: C B in L, vertreten durch Dr. A R und Dr. H S, Rechtsanwälte in L), betreffend Weiterversicherung in der Pensionsversicherung X, zu Recht erkannt:

## Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat der Beschwerdeführerin Aufwendungen in der Höhe von S 2.400,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Am 23. November 1967 stellte die mitbeteiligte Partei bei der Beschwerdeführerin einen Antrag auf freiwilliger Weiterversicherung in der Pensionsversicherung X ab 1. November 1965. Sie führte hiezu aus, dass ihre letzte Beschäftigung am 10. November 1958 geendet habe und dass sie vom 1. April 1957 bis 31. März 1958 als arbeitslos gemeldet gewesen sei. Mit Schreiben vom 27. Februar 1973 legte die mitbeteiligte Partei verschiedene Urkunden zum Nachweis von Versicherungszeiten vor und wiederholte ihren Antrag, vom 14. November 1967. Mit Bescheid der

Beschwerdeführerin vom 27. März 1973 wurde der Antrag der mitbeteiligten Partei gemäß § 17 ASVG abgelehnt. Begründend wurde ausgeführt, zufolge des Ausscheidens der mitbeteiligten Partei aus der Pflichtversicherung am 20. Juli 1958 und mangels des Nachweises einer Zeit im Sinne des § 17 Abs. 4 ASVG habe die mitbeteiligte Partei die rechtzeitige Antragstellung auf Weiterversicherung versäumt. Ferner sei die Voraussetzung des § 17 Abs. 5 ASVG, wonach das Recht auf Weiterversicherung jederzeit geltend gemacht bzw. eine beendete Weiterversicherung erneuert werden könne, wenn mindestens 120 Beitragsmonate nachgewiesen seien, gleichfalls nicht erfüllt.

Gegen diesen Bescheid er hob die mitbeteiligte Partei Einspruch, indem sie behauptete, sie habe 148 Versicherungsmonate erworben und sie sei auch nicht am 20. Juli 1958, sondern erst am

10. Noyember 1958 aus der Pflichtversicherung ausgeschieden. Der von ihr bekämpfte Bescheid beruhe auf unrichtiger Tatsachenfeststellung, auf Verfahrensmängeln und auf unrichtiger rechtlicher Beurteilung. In ihrer Stellungnahme zu diesem Einspruch wies die Beschwerdeführerin darauf hin, dass die im § 17 Abs. 3 ASVG vorgesehene Frist auch dann verstrichen sei, wenn die mitbeteiligte Partei nicht am 20. Juli, sondern erst am 31. Oktober 1958 aus der Pflichtversicherung ausgeschieden sei. Im übrigen habe die mitbeteiligte Partei nur 115 Beitragsmonate aufzuweisen; allfällige Ersatzzeiten oder neutrale Zeiten, die die mitbeteiligte Partei in ihrem Versicherungsverlauf geltend gemacht habe, stellten keine Beitragszeiten dar und hätten bei der Prüfung nach § 17 Abs. 5 ASVG außer Betracht zu bleiben.

Mit Bescheid vom 7. November 1973 gab der Landeshauptmann von Oberösterreich dem Einspruch der mitbeteiligten Partei keine Folge und bestätigte den Bescheid der Beschwerdeführerin. Die Einspruchsbehörde führte in der Begründung ihres Bescheides aus, die mitbeteiligte Partei bestreite selbst gar nicht, dass die Frist gemäß § 17 Abs. 3 ASVG längst abgelaufen gewesen sei, als der Antrag auf Weiterversicherung gestellt worden sei. Daher berufe sich die mitbeteiligte Partei auf § 17 Abs. 5 ASVG, doch habe das Verfahren nicht den Beweis erbracht, dass 120 Beitragsmonate erworben worden seien. Zwischen den Beitragszeiten und allfälligen Ersatzzeiten sei aber streng zu unterscheiden; nur die ersten könnten bei Prüfung der Frage, ob die Voraussetzungen für eine Weiterversicherung nach § 17 Abs. 5 ASVG vorlägen, berücksichtigt werden.

In ihrer gegen diesen Bescheid erhobenen Berufung focht die mitbeteiligte Partei diesen Bescheid insoweit an, als ihr Antrag auf zusätzliche Anerkennung von zwei Beitragsmonaten in der Zeit vom 1. April bis 31. Mai 1942 und von sechs Beitragsmonaten in der Zeit vom 1. November 1944 bis 30. April 1945 abgewiesen wurde. Sie machte geltend, es sei durch eine Bescheinigung des Auswärtigen Amtes der Bundesrepublik Deutschland erwiesen, dass zu den von der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte in Berlin ermittelten 17 Beitragsmonaten noch die Monate April, Mai und Juni 1942 als weitere Beitragsmonate hinzukommen müssten. Die Dienstzeit der mitbeteiligten Partei bei der Deutschen Wehrmacht vom 1. November 1944 bis 30. April 1945 sei durch eine Dienstverpflichtung durch das Arbeitsamt V zustandegekommen, nicht aber durch eine Einberufung seitens des Wehrmeldeamtes. Daher sei anzunehmen, dass es sich hiebei um eine versicherungs- und beitragspflichtige Tätigkeit gehandelt habe. Die mitbeteiligte Partei beantragte ferner, über ihre Tätigkeit beim Auswärtigen Amt in B und in den letzten beiden Kriegsjahren bei der Firma C L bestimmte Zeugen zu vernehmen. Schließlich beantragte die mitbeteiligte Partei "in eventu die Bewilligung zur Nachentrichtung der Beiträge gemäß § 226 Abs. 3 ASVG wegen besonderer Härte".

Mit Bescheid vom 9. April 1975 gab die belangte Behörde der Berufung der mitbeteiligten Partei Folge und stellte in Abänderung des angeführten Bescheides des Landeshauptmannes von Oberösterreich fest, dass die mitbeteiligte Partei gemäß § 17 Abs. 5 ASVG in der Fassung der 30. Novelle berechtigt sei, die Weiterversicherung in der Pensionsversicherungsanstalt X jederzeit aufzunehmen. Begründend wurde ausgeführt, aus dem vorgelegten Abschluss- und Reifezeugnis der Städtischen Frauenoberschule L vom 30. September 1937 ergebe sich, dass die mitbeteiligte Partei die Reifeprüfung abgelegt habe. Durch das Hinzutreten der Schulzeiten (Ersatzzeiten gemäß § 228 Abs. 1 Z. 3 ASVG) erfülle die mitbeteiligte Partei nunmehr die Voraussetzungen des § 17 Abs. 5 ASVG in der ab 1. Jänner 1974 gültigen Fassung der 30. Novelle zum Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz, sodass sie vom Recht der Weiterversicherung nunmehr jederzeit Gebrauch machen könne. Die erwähnte Novelle habe nämlich den Begriff der Beitragsmonate durch den Begriff der Versicherungsmonate ersetzt, was zur Folge habe, dass für die Erfüllung der Voraussetzungen zur Weiterversicherung nun auch Ersatzmonate heranzuziehen seien. Angesichts der Stattgebung der Berufung erübrige sich ein Eingehen auf den von der mitbeteiligten Partei in eventu gestellten Antrag nach § 226 Abs. 3 ASVG.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes und wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften erhobene Beschwerde. In ihr wird vorgebracht, es stehe außer Streit, dass im vorliegenden Fall die Voraussetzungen des § 17 Abs. 3 und 4 ASVG nicht erfüllt seien. Es sei daher zu prüfen, ob die Voraussetzungen nach § 17 Abs. 5 leg. cit. und zwar in der zum Zeitpunkt der Bescheiderteilung der Beschwerdeführerin - 27. März 1973 - geltenden Fassung, gegeben gewesen seien. Darnach hätten Personen, die in bestimmten dort genannten Versicherungen 120 Beitragsmonate erworben hätten, das Recht auf Weiterversicherung jederzeit geltend machen oder eine beendete Weiterversicherung erneuern können. Die mitbeteiligte Partei vermöge jedoch nur 115 Beitragsmonate nachzuweisen. Dass die belangte Behörde die Rechtslage nicht zur Zeit der Entscheidung der Beschwerdeführerin, sondern die andere Rechtslage zur Zeit der Berufungsentscheidung herangezogen, somit nicht von Beitrags-, sondern von Versicherungsmonaten ausgegangen sei, widerspreche der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Im Sinne dieser Rechtsprechung (siehe die Erkenntnisse vom 3. März 1971, Zl. 1059/70, und vom 5. April 1974, Zl. 1264/73) sei der Bescheid, mit dem über die Berechtigung zur Weiterversicherung in der Pensionsversicherung nach dem Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz erkannt werde, ein Feststellungsbescheid. Für solche Bescheide sei aber die Rechtslage im Zeitpunkt der erstinstanzlichen Entscheidung maßgebend. Die Neufassung des § 17 Abs. 5 ASVG sei erst mit 1. Jänner 1974 in Kraft getreten, und es stelle sohin einen wesentlichen Verfahrensmangel dar, dass die belangte Behörde mit der angefochtenen Entscheidung, somit in erster Instanz, über die Berechtigung zur Weiterversicherung auf Grund der Bestimmungen der 30. Novelle zum Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz abgesprochen habe. Hinzu komme, dass die belangte Behörde nicht festgestellt habe, über welchen Antrag der mitbeteiligten Partei abgesprochen werde. Überdies habe die belangte Behörde es unterlassen, über den Beginn der Weiterversicherung zu entscheiden, sodass der Bescheid auch unvollständig sei.

In ihrer Gegenschrift wies die belangte Behörde darauf hin, dass nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (siehe das Erkenntnis vom 28. Jänner 1970, Zl. 1062/69) ein Bescheid, mit dem ein Antrag auf Weiterversicherung abgelehnt werde, ein konstitutiver Rechtsakt sei und daher für die Beurteilung des Falles nicht der Zeitpunkt der Erlassung des Bescheides der Beschwerdeführerin, sondern die im Zeitpunkt der Erlassung des Berufungsbescheides gegebene Rechtslage maßgebend gewesen sei. Dafür spreche eher das von der Beschwerdeführerin zitierte Erkenntnis vom 3. März 1971, Zl. 1059/70, während das Erkenntnis vom 5. April 1974, Zl. 1264/73, bei einem anderen Sachverhalt einen gegenteiligen Standpunkt einnehme. Das Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof werde nun Klärung darüber zu erbringen haben, welchem dieser Verwaltungsgerichtshofenkenntnisse mehr Gewicht beizumessen sei und ob das von der Beschwerdeführerin zweitangeführte Erkenntnis überhaupt auf den vorliegenden Beschwerdefall angewendet werden könne. Das Fehlen des genauen Beginnes der Aufnahme der Weiterversicherung im angefochtenen Bescheid stelle im Hinblick auf den Ausdruck "jederzeit" im § 17 Abs. 5 ASVG und den Antragszeitpunkt vom 14. November 1967 (Beginn ab 1. November 1965, § 225 Abs. 1 Z. 3 ASVG) weder eine Verletzung von Verfahrensvorschriften noch eine Rechtswidrigkeit dar. Gegenstand des Verfahrens sei in allen Instanzen die Berechtigung der mitbeteiligten Partei zur Weiterversicherung nach dem Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz ab 1. November 1965 gewesen; von beiden Vorinstanzen habe, ebenso wie von der belangten Behörde, nur hierüber entschieden werden können und es sei auch nur hierüber entschieden worden, sodass auch dieser Vorwurf der Beschwerde ins Leere gehe.

Die mitbeteiligte Partei schloss sich dem Antrag der belangten Behörde, die Beschwerde abzuweisen, an und wies darauf hin, dass in der Lehre die Auffassung vertreten werde, dass Bescheide in Sozialversicherungsangelegenheiten als konstitutive Verwaltungsakte anzusehen seien (Weyr, Zur Lehre von den konstitutiven und deklaratorischen Akten, ZÖR 1918, S. 490 ff; Oberndorfer, ZAS 1973, Heft 6).

Der Verwaltungsgerichtshof hat in einem gemäß § 13 Z. 1 VwGG 1965 verstärkten Senat über die Beschwerde nach Vorliegen der genannten Gegenschriften erwogen:

§ 17 Abs. 5 ASVG lautete in der zur Zeit der Erlassung des Bescheides der Beschwerdeführerin geltenden Fassung der 24. Novelle zum Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz, BGBl. Nr. 446/1969:

"Personen, die in einer oder mehreren der im Abs. 1 lit. a genannten Pensions(Renten)versicherungen, in der Pensionsversicherung nach dem Gewerblichen Selbständigen Pensionsversicherungsgesetz oder in der Pensionsversicherung nach dem Bauern-Pensionsversicherungsgesetz 120 Beitragsmonate erworben haben, können das Recht auf Weiterversicherung jederzeit geltend machen oder eine beendete Weiterversicherung erneuern. Abs. 2

ist mit der Maßgabe anzuwenden, dass die letzten 60 Monate vor dem Ende des zuletzt erworbenen Versicherungsmonates zu berücksichtigen sind."

Durch Art. I Z. 4 der 30. Novelle zum Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz, BGBl. Nr. 23/1974, wurde dieser Gesetzestext insofern abgeändert, als der Ausdruck "120 Beitragsmonate" durch den Ausdruck "120 Versicherungsmonate" ersetzt wurde. Gemäß Abs. 1 des Art. V dieser Novelle trat dieses Bundesgesetz, "soweit im folgenden nichts anderes bestimmt wird", am 1. Jänner 1974 in Kraft. Im Abs. 2 wurde festgelegt, dass gewisse, dort näher umschriebene Bestimmungen dieser Novelle rückwirkend, andere aber erst in weiterer Zukunft nach dem 1. Jänner 1974 in Kraft treten; die vorerwähnte Bestimmung des Art. I Z. 4 ist dort nicht genannt.

Den Parteien des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens ist zuzustimmen, dass die hier zu lösende Rechtsfrage in der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird, nämlich insoweit, als es sich um die Frage handelt, ob der Bescheid, mit dem über die Berechtigung zur Weiterversicherung in der Pensionsversicherung nach dem Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz abgesprochen wird, einen konstitutiven Bescheid oder einen deklarativen Bescheid darstellt und ob demnach die Rechtslage im Zeitpunkt der letztinstanzlichen Entscheidung oder aber im Zeitpunkt der erstinstanzlichen Entscheidung maßgebend ist. Diesbezüglich sagt das Erkenntnis vom 28. Jänner 1970, Zl. 1062/69, aus:

"Im Hinblick darauf, dass ein Bescheid, mit dem ein Antrag auf Weiterversicherung abgelehnt wird, einen konstitutiven Bescheid darstellt, ist für die Beurteilung des vorliegenden Falles nicht der Zeitpunkt der Erlassung des Bescheides der mitbeteiligten Partei, sondern die im Zeitpunkt der Erlassung des angefochtenen Berufungsbescheides gegebene Rechtslage maßgebend gewesen."

Hingegen heißt es im Erkenntnis vom 5. April 1974, Zl. 1264/73:

"Der Bescheid, mit dem über die Berechtigung zur Weiterversicherung in der Pensionsversicherung nach dem Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz erkannt wird, ist ein Feststellungsbescheid. Es ist daher die Rechtslage im Zeitpunkt

der erstinstanzlichen Entscheidung ..... maßgebend."

Das dritte in den Schriftsätzen der Parteien genannte Erkenntnis vom 3. März 1971, Zl. 1059/70, wird von der Beschwerdeführerin zur Stützung ihrer Meinung, derartige Bescheide seien Feststellungsbescheide, zitiert, während die belangte Behörde ausführt, dieses Erkenntnis spreche eher für ihre Rechtsansicht.

Letzterwähnte Auslegung des zitierten Erkenntnisses trifft zu, heißt es doch dort (mit dem angefochtenen Bescheid war über einen Antrag auf freiwillige Weiterversicherung stattgebend abgesprochen worden und waren dem Weiterversicherungswerber bestimmte Beitragszahlungen vorgeschrieben worden):

"Da es sich tatsächlich bei dem angefochtenen Bescheid um einen konstitutiven Bescheid handelt und sich aus der Bestimmung des Art. III der bereits oben erwähnten 23. Novelle zum Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz keine Anwendbarkeit der vorher in Geltung gestandenen Vorschriften für den gegenständlichen Fall ableiten lässt, hätte die belangte Behörde von der im Zeitpunkt der Bescheiderlassung gegebenen Rechtslage, somit von den auf Grund der 23. Novelle zum Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz gegebenen Regelungen über die Weiterversicherung ausgehen müssen."

Außer in den von den Parteien zitierten Erkenntnissen befasste sich der Verwaltungsgerichtshof mit der hier zu lösenden Frage der Weiterversicherung unter anderem im Erkenntnis vom 11. Juli 1962, Zl. 2042/60. Er spricht dort vom Wortlaut des § 17 Abs. 5 ASVG "in der zur Zeit der Erlassung des angefochtenen Bescheides in Geltung gestandenen Fassung" und ferner davon, dass die von der Beschwerde behauptete Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides nach der für seine Überprüfung maßgebenden Rechtslage im Zeitpunkt seiner Erlassung nicht vorliege.

In der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes wurden die Begriffe des konstitutiven und des deklarativen Bescheides, offenbar anknüpfend an die Fragebeantwortung zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen 1925 (FB VIII 64: "Bei Berufungen gegen rechtsgestaltende (konstitutive) Verwaltungsakte hat die Berufungsbehörde ihrem Bescheid die Rechtslage am Tage der Erledigung der Berufung zu Grunde zu legen, bei Berufungen gegen rechtsfeststellende (deklarative) Verwaltungsakte dagegen die Rechtslage im Zeitpunkt der Verwirklichung des festzustellenden

Tatbestandes, falls der Rechtsnorm im Zeitpunkt der Berufungsentscheidung noch Wirkung zukommt"), des Öfteren zur Lösung der Frage herangezogen, welche gesetzlichen Bestimmungen bei Änderung der Rechtslage zwischen dem erstinstanzlichen Bescheid und der Berufungsentscheidung maßgebend seien. So wurden z. B. Begünstigungsbescheide nach den §§ 500 ff ASVG durchwegs als rechtsfeststellende Bescheide bezeichnet (vgl. etwa das Erkenntnis vom 13. September 1967, Zl. 693/67); allerdings gab der Verwaltungsgerichtshof trotz Festhaltens an dem bloß feststellenden Charakter solcher Bescheide die Möglichkeit ihrer Vollstreckung im Sinne des § 30 Abs. 2 VwGG 1965 und damit die Möglichkeit, Beschwerden gegen solche Bescheide die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen, zu (vgl. etwa die Erkenntnisse vom 9. November 1966, Zl. 807/66, und vom 27. März 1968, Slg. N. F. Nr. 7325/A), an welcher Rechtsprechung trotz des Beschlusses des verstärkten Senates vom 22. November 1967, Slg. N. F. Nr. 7226/A, festgehalten wurde.

Nach mehreren zum Baurecht ergangenen Erkenntnissen stellt die Erteilung einer Baubewilligung einen konstitutiven Verwaltungsakt dar (vgl. z.B. das Erkenntnis vom 9. September 1963, Slg. N. F. Nr. 6082/A); bei Änderungen der zur Zeit der angefochtenen erstinstanzlichen Entscheidung in Geltung gestandenen gesetzlichen Bestimmungen hat daher die Berufungsbehörde auf Grund der neuen Rechtslage zu entscheiden (vgl. etwa das Erkenntnis vom 15. Dezember 1948, Slg. N. F. Nr. 632/A). Andererseits wurde ausgesprochen, dass bauliche Abänderungen ohne baubehördliche Genehmigung das Gebäude nur dann konsenswidrig machen, wenn die Abänderungen zur Zeit ihrer Vornahme genehmigungspflichtig waren; nur dann kommt ein Auftrag, den konsensmäßigen Zustand herzustellen, in Frage (vgl. etwa die Erkenntnisse vom 1. April 1960, Slg. N. F. Nr. 5257/A, und vom 29. April 1968, Zl. 67/67).

In einer weiteren Reihe von Erkenntnissen kam der Verwaltungsgerichtshof zum Ergebnis, dass trotz gesetzlicher Bestimmungen, die das Wort "feststellen, Feststellung" verwenden, es sich bei ihrer Anwendung jeweils um rechtsgestaltende Bescheide handelt; so z.B. bei einem Bescheid, mit dem festgestellt wurde, dass der Beschwerdeführer die österreichische Staatsbürgerschaft rückwirkend verloren habe (Erkenntnis vom 1. Juni 1949, Slg. N. F. Nr. 869/A), ferner in Sachen der Vorschreibung bzw. Nachberechnung von Sozialversicherungsbeiträgen (vgl. etwa die Erkenntnisse vom 27. November 1968, Zl. 887/68, vom 11. Dezember 1968, Zl. 987/68, und vom 25. Juni 1969, Zl. 1258/68).

Eine Reihe von Erkenntnissen befasste sich mit der Verpflichtung des Liegenschaftseigentümers, Schutt von seiner Liegenschaft zu beseitigen, wobei es zwischen der Entscheidung erster Instanz und jener der Berufungsbehörde zu einer Änderung der Rechtslage gekommen war. Grundsätzlich wurde der Auftrag, den Schutt zu beseitigen, als konstitutiver Verwaltungsakt, für den die Sach- und Rechtslage zur Zeit seiner Erlassung maßgebend sei, bezeichnet (vgl. etwa das Erkenntnis vom 25. September 1951, Slg. N. F. Nr. 2239/A), woraus sich in weiterer Folge ergab, dass die seit Erlassung des erstinstanzlichen Bescheides eingetretene Änderung des Sachverhaltes zu berücksichtigen sei, allerdings mit der weiteren Einschränkung, dass diese nicht auf eine Vollstreckungshandlung zurückgeführt werden dürfe, die wieder auf der Aberkennung der aufschiebenden Wirkung der Berufung beruhe (vgl. das Erkenntnis vom 10. November 1953, Slg. N. F. Nr. 3184/A). In der Folge sprach allerdings ein verstärkter Senat am 27. Februar 1956, Anhang Nr. 79 zur Sammlung aus, in der Herstellung des Zustandes, der einem erlassenen, im Instanzenzug angefochtenen baupolizeilichen Auftrag entspreche, sei keine von der Berufungsbehörde zu beachtende Änderung des maßgeblichen Sachverhaltes zu erblicken. Dieser Rechtssatz führte das Erkenntnis vom 16. April 1956, Slg. N. F. Nr. 4040/A, zu der Anschauung, die Unterscheidung, ob in solchen Fällen der Berufung gegen den baupolizeilichen Auftrag aufschiebende Wirkung zuerkannt worden sei oder nicht, könne nicht mehr aufrechterhalten werden; dadurch werde nämlich der Aberkennung der aufschiebenden Wirkung in diesem Zusammenhang eine größere rechtliche Bedeutung beigemessen als der Rechtskraft selbst.

Die in dieser Rechtsprechung aufgezeigten Schwierigkeiten bei der Verwendung der Begriffe des konstitutiven Verwaltungsaktes und des deklarativen Verwaltungsaktes kamen auch zum Teil in der Rechtsprechung selbst zum Ausdruck. Nach dem Erkenntnis vom 27. November 1968, Zl. 887/68, genügt die Tatsache, dass der Gesetzgeber im § 68 Abs. 1 ASVG von der Verjährung des "Rechtes auf Feststellung der Verpflichtung zur Zahlung von Beiträgen" spricht, noch nicht, jeden Bescheid, mit dem die Verpflichtung des Dienstgebers zur Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen ausgesprochen wird, als Feststellungsbescheid anzusehen. Im schon erwähnten Erkenntnis vom 29. April 1968, Zl. 67/67, war sich der Verwaltungsgerichtshof ausdrücklich der Schwierigkeit bewusst, die mit der Verwendung der Begriffe "deklarativer" und "konstitutiv" verbunden sind; er hielt aber an der Rechtsprechung fest, die diese Unterscheidung so vornehme, dass von konstitutiven Akten dann gesprochen werden

könne, wenn zu deklarativen Elementen noch konstitutive hinzuträten. In den so genannten Schuttbeseitigungsfällen mussten sich beide Gerichtshöfe des öffentlichen Rechtes mit Rechtsansichten belanger Behörden auseinander setzen, wonach zwischen echt-konstitutiven und unechtkonstitutiven Verwaltungsakten zu unterscheiden sei, wobei die letzteren eher zu den deklarativen Verwaltungsakten zu zählen seien. Der Verfassungsgerichtshof lehnte es im Erkenntnis vom 21. Juni 1951, Slg. Nr. 2136, ab, sich mit der diesbezüglichen Rechtsansicht theoretisch auseinander zu setzen; im vorliegenden Fall, so erklärte er kurz, liege ein konstitutiver Verwaltungsakt vor. Der Verwaltungsgerichtshof hingegen begnügte sich im Erkenntnis vom 25. September 1951, Slg.N.F. Nr. 2239/A, damit, der belangten Behörde die eben erwähnte Ansicht des Verfassungsgerichtshofes entgegenzuhalten.

Die Problematik der Verwendung der Begriffe des konstitutiven und des deklarativen Bescheides im Zusammenhang mit dem zeitlichen Geltungsbereich einer Norm wurde aber auch schon von der Lehre seit längerer Zeit erkannt. Nachdem vor rund 60 Jahren Weyr, Zur Lehre von den konstitutiven und deklaratorischen Akten, ZÖR 1918, S. 490, und Kormann, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte (S. 73) die Bedeutung des Unterschiedes bezweifelt hatten, legten Merkl im "Allgemeinen Verwaltungsrecht" (S. 186 bis 191) und Winkler in seiner Monographie "Der Bescheid" (S. 50 ff) die Relativität und daher letztliche Unbrauchbarkeit der getroffenen Unterscheidung dar. Auch nach Antonioli, Allgemeines Verwaltungsrecht (S. 202), besteht in der Wirklichkeit des Rechtslebens selten eine scharfe Trennung zwischen Verfügung, und Entscheidung. Jüngst hat Funk, Die rechtliche Qualität von Prüfungsentscheidungen (Festschrift "Die Entwicklung der österreichischen Verwaltungsgerichtsbarkeit") darauf hingewiesen, dass der Gegensatz zwischen Verfügungen und Entscheidungen lediglich gradueller Natur sei (S. 187). Aber auch die von Oberndorfer in "Grundprobleme des Verwaltungsverfahrens in der österreichischen Sozialversicherung" ZAS 1973, S. 203, gebrachte Unterscheidung, man müsse nach dem überwiegenden Inhalt und Ziel eines Bescheides entweder das gestaltende Element oder die Feststellung bereits gesetzlich begründeter Rechtsverhältnisse schwergewichtig betonen, kann mangels eines Kriteriums zur Erfassung des Begriffes der "Schwergewichtigkeit" die von den weiter oben angeführten Autoren geäußerten Zweifel nicht beseitigen. Schließlich ist es bezeichnend, dass auch zwei Autoren, die sich mit den Rechtsfragen der aufschiebenden Wirkung von Rechtsmitteln im Verwaltungsrecht befassen (Kopp, Rechtsfragen der aufschiebenden Wirkung im Verwaltungsverfahren und im Verfahren vor den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts, JBI 1973, S. 57; Hengstschläger, Die aufschiebende Wirkung von Rechtsmitteln im Verwaltungsrecht, ÖJZ 1973, S. 534) die Relevanz der Unterscheidung zwischen rechtsgestaltenden und rechtsfeststellenden Verwaltungsakten für ihre Problemstellung verneinen (Kopp, S. 59 f, Hengstschläger, S. 537 f).

Der Verwaltungsgerichtshof vermag daher die bisher vertretene Rechtsanschauung, dass im Zusammenhang mit der Frage der zeitlichen Anwendbarkeit von Rechtsnormen bei konstitutiven Bescheiden die Rechtslage im Zeitpunkt der Erlassung des letztinstanzlichen Bescheides und bei deklarativen Bescheiden die Rechtslage im Zeitpunkt des erstinstanzlichen Bescheides maßgebend sei, in dieser allgemeinen Form nicht mehr aufrechtzuerhalten.

Wegen des Wegfalles dieser bisher in der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes als wesentlich angesehenen Unterscheidung stellt sich nunmehr die Frage, welcher Zeitpunkt bezüglich der Rechtslage in der gegenständlichen Angelegenheit als maßgebend anzusehen ist.

Der Verfassungsgerichtshof vertritt in ständiger Rechtsprechung den Standpunkt, dass eine gesetzliche Änderung des Instanzenzuges während des Laufes eines anhängigen Verfahrens von der Verwaltungsbehörde zu beachten ist (vgl. u.a. die Erkenntnisse Slg. Nr. 7512, 7574 und 7576). Diese Rechtsmeinung war auch die Ausgangsbasis für das Erkenntnis eines verstärkten Senates des Verwaltungsgerichtshofes vom 28. November 1967, Slg. N. F. Nr. 7227/A, und weiters für das hg. Erkenntnis vom 19. November 1976, Zl. 448/76, auf das unter Erinnerung an Art. 14 Abs. 4 der hg. Geschäftsordnung, BGBl. Nr. 45/1965, hingewiesen wird.

Der Verwaltungsgerichtshof kommt nunmehr zur Anschauung, dass im allgemeinen die Rechtsmittelbehörde das im Zeitpunkt der Erlassung ihres Bescheides geltende Recht anzuwenden hat. Eine andere Betrachtungsweise wird dann geboten sein, wenn etwa der Gesetzgeber in einer Übergangsbestimmung zum Ausdruck bringt, dass "auf anhängige Verfahren noch das bisher geltende Gesetz anzuwenden ist. Weiters wird eine andere Betrachtungsweise auch dann Platz zu greifen haben, wenn darüber abzusprechen ist, was an einem bestimmten Stichtag oder in einem konkreten Zeitraum rechtens war. In der gegenständlichen Angelegenheit ist aber kein Raum für die beiden letztangeführten Betrachtungsweisen gegeben, denn die 30. Novelle zum Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz, BGBl. Nr. 23/1974, enthält keine Übergangsregelung der bezeichneten Art und die belangte Behörde sprach mit ihrem Bescheid auch nicht darüber ab, ob die mitbeteiligte Partei seinerzeit Beitrags- oder Versicherungsmonate erworben hatte. Die von

den Parteien unbestritten gebliebene Tatsache, dass im Zeitpunkt der Erlassung des angefochtenen Bescheides (nach der seinerzeitigen Rechtslage als solche zu qualifizierende) 120 in der Vergangenheit erworbene Versicherungsmonate vorlagen, war vielmehr ein Teil des gegebenen Sachverhaltes, welcher von der belangten Behörde in der Richtung beurteilt werden müsste, ob dadurch ein nach der Rechtslage im Zeitpunkt der Berufungsentscheidung gefordertes Tatbestandsmerkmal erfüllt war.

Damit gelangt der Verwaltungsgerichtshof in der vorliegenden Beschwerdesache zu demjenigen Ergebnis, das sich aus der bisherigen Rechtsprechung des Gerichtshofes hinsichtlich konstitutiver Bescheide ergibt, nämlich dass die belangte Behörde das im Zeitpunkt der Erlassung des angefochtenen Bescheides geltende Recht anzuwenden hatte. Diese sich auch aus § 66 Abs. 4 AVG 1950 ("in der Sache selbst") ergebende Auffassung entspricht auch dem österreichischen Verwaltungsaufbau. Die instanzenmäßig gegliederten Behörden bilden immer eine Einheit, mögen sie auch innerhalb der Verwaltungsorganisation verschiedenen Rechtsstufen zugehören (vgl. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 19. Jänner 1977, Zl. 241/76, auf das ebenfalls unter Erinnerung an Art. 14 Abs. 4 der hg. Geschäftsordnung, BGBl. Nr. 45/1965, hingewiesen wird).

Aus diesen Erwägungen ist - entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin - die Anschauung der belangten Behörde, dass zur Beurteilung des vorliegenden Sachverhaltes der § 17 Abs. 5 ASVG in der ab 1. Jänner 1974 geltenden Fassung herangezogen werden muss und dass demnach zu Gunsten der mitbeteiligten Partei nicht nur Beitragsmonate, sondern auch Ersatzzeiten zu berücksichtigen sind, nicht rechtswidrig.

Was jedoch die weitere Beschwerdeeinwendung betrifft, die belangte Behörde habe nicht festgestellt, über welchen Antrag der mitbeteiligten Partei abgesprochen werden sollte, so ist dem entgegenzuhalten, dass - wie sich aus dem gesamten Inhalt des angefochtenen Bescheides ergibt - keinerlei Zweifel bestehen können, dass die belangte Behörde tatsächlich über den ursprünglichen, am 23. November 1967 gestellten Antrag der mitbeteiligten Partei absprechen wollte.

Was jedoch schließlich die Einwendung der Beschwerdeführerin anlangt, dass die belangte Behörde es unterlassen habe, über den Beginn der Weiterversicherung zu entscheiden und in dieser Hinsicht eine Unvollständigkeit vorliege, so ist dem diesbezüglichen Beschwerdevorbringen beizupflichten; denn mit der Feststellung, dass die mitbeteiligte Partei gemäß § 17 Abs. 5 ASVG in der Fassung der 30. Novelle zum Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz berechtigt sei, die Weiterversicherung in der Pensionsversicherung X "jederzeit" aufzunehmen, ist doch im Hinblick auf die angeführte Gesetzesstelle nur darüber abgesprochen worden, ob die mitbeteiligte Partei das Recht auf Weiterversicherung auch nach Ablauf der im § 17 Abs. 3 ASVG vorgesehenen sechsmonatigen Frist geltend machen konnte, nicht aber auch darüber, wann die Weiterversicherung unter Berücksichtigung der Bestimmungen des § 17 Abs. 6 ASVG zu beginnen habe. Da die belangte Behörde über die letztangeführte Frage nicht entschied, obwohl diese im Hinblick auf den Antrag der mitbeteiligten Partei vom 23. November 1967 jedenfalls Gegenstand des durchgeführten Verwaltungsverfahrens gewesen war, war angesichts des Umstandes, dass die bezeichnete Frage im gegenständlichen Falle mit der Frage der rechtzeitigen Geltendmachung des Rechtes auf Weiterversicherung in untrennbarem Zusammenhang stand, der angefochtene Bescheid zur Gänze gemäß § 42 Abs. 2 lit. a VwGG 1965 wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes aufzuheben.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG 1965 in Verbindung mit der Verordnung des Bundeskanzlers vom 19. Dezember 1974, BGBl. Nr. 4/1975.

Wien, am 4. Mai 1977

## **Schlagworte**

Maßgebende Rechtslage maßgebender Sachverhalt Anzuwendendes Recht Maßgebende Rechtslage  
VwRallg2 Maßgebende Rechtslage maßgebender Sachverhalt Beachtung einer Änderung der Rechtslage sowie neuer  
Tatsachen und Beweise Beschwerdepunkt Beschwerdebegehren Rechtslage Rechtsgrundlage  
Rechtsquellen Zeitraum Bezogenheit Stichtagsbezogenheit Zeitraum Stichtag Übergangsregelung

## **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:1977:1975000898.X00

## **Im RIS seit**

13.02.2002

**Zuletzt aktualisiert am**

15.02.2018

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

© 2026 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)