



IM NAMEN DER REPUBLIK!

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Bachler, den Hofrat Dr. Strohmayr, die Hofrätin Dr. Julcher sowie die Hofräte Mag. Berger und Mag. Stickler als Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Dr. Gruber, über die Revision der Pensionsversicherungsanstalt in Wien (als belangte Behörde vor dem Verwaltungsgericht), vertreten durch Dr. Josef Milchram, Dr. Anton Ehm und Mag. Thomas Mödlagl, Rechtsanwälte in 1010 Wien, Singerstraße 12/9, gegen den Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. September 2014, W131 2002669-1/9E, betreffend Selbstversicherung in der Pensionsversicherung nach § 18b ASVG (mitbeteiligte Partei: Ing. F A in S; weitere Partei: Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz), zu Recht erkannt:

Der angefochtene Beschluss wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhalts aufgehoben.

Der Antrag der revisionswerbenden Partei auf Zuerkennung von Aufwandersatz wird abgewiesen.

Entscheidungsgründe:

1.1. Der Mitbeteiligte stellte am 28. März 2012 bei der Revisionswerberin einen Antrag auf Selbstversicherung in der Pensionsversicherung nach § 18b ASVG für Zeiten der Pflege einer nahen Angehörigen - seiner Mutter - ab dem 1. September 2011. Er gab an, er lebe mit der Mutter, die Anspruch auf Pflegegeld der Stufe 3 habe, im gemeinsamen Haushalt. Seine Arbeitskraft werde durch die Pflege erheblich beansprucht. Daneben gehe er einer unselbständigen Erwerbstätigkeit im Ausmaß von 24 Stunden wöchentlich nach.

1.2. Mit Bescheid vom 3. April 2012 sprach die Revisionswerberin aus, dass der Anspruch auf Selbstversicherung ab dem 1. September 2011 anerkannt werde.

==



2.1. Am 2. Jänner 2013 teilte der Mitbeteiligte der Revisionswerberin telefonisch mit, dass er für die weitere Pflege seiner Mutter eine 24-Stunden-Betreuung „besorgen“ werde. Er wurde daraufhin aufgefordert, den Pflegevertrag vorzulegen, kam dieser Aufforderung aber nicht nach.

2.2. In der Folge trug die Revisionswerberin dem Mitbeteiligten mit Schreiben vom 7. März, 2. Mai und 3. Juli 2013 auf, bekanntzugeben, ob bzw. wann die 24-Stunden-Pflege aufgenommen wurde, sowie den Pflegevertrag und eine Aufstellung über die von ihm selbst und von der beigezogenen Pflegekraft verrichteten Tätigkeiten zu übermitteln. Der Mitbeteiligte kam diesen Aufträgen nicht nach.

3.1. Daraufhin sprach die Revisionswerberin mit Bescheid vom 10. September 2013 aus, dass die Selbstversicherung mit 28. Februar 2013 ende. Sie führte begründend aus, die Arbeitskraft des Mitbeteiligten werde durch die Pflege nicht erheblich beansprucht, sodass die Voraussetzungen für die Selbstversicherung nicht (mehr) gegeben seien.

3.2. Gegen diesen Bescheid erhob der Mitbeteiligte mit Eingabe vom 3. Oktober 2013 Einspruch. Er brachte darin im Wesentlichen vor, seine Mutter habe inzwischen Anspruch auf Pflegegeld der Stufe 5 und benötige eine 24-Stunden-Betreuung. Seine Arbeitskraft werde durch die - gemeinsam mit der 24-Stunden-Kraft ausgeübte - Pflege jedenfalls erheblich beansprucht. Daneben sei er im Umfang von 24 Stunden wöchentlich als Angestellter unselbständig erwerbstätig, er könne sich die Arbeitszeit aber weitgehend selbst einteilen.

3.3. In der Folge forderte die Revisionswerberin den Mitbeteiligten wiederholt telefonisch und schriftlich auf, einen Nachweis über die Beschäftigung einer 24-Stunden-Kraft zu erbringen, eine Aufstellung über die einerseits von ihm selbst und andererseits von der Pflegekraft auszuführenden Pflegetätigkeiten unter Angabe des jeweiligen Zeitaufwands vorzulegen sowie Angaben über seine wöchentliche Arbeitszeit in der von ihm zusätzlich betriebenen Landwirtschaft zu machen.





3.4. Der Mitbeteiligte gab letztlich mit Schreiben vom 22. November 2013 die (im Einzelnen aufgelisteten) Pflegetätigkeiten und den damit verbundenen Zeitaufwand von insgesamt 15 Stunden täglich bekannt, er führte aber nicht aus, welcher Teil von ihm selbst bzw. von der 24-Stunden-Kraft geleistet werde. Weiters legte er Meldebestätigungen mehrerer Pflegerinnen und einen (mit einer der Pflegerinnen abgeschlossenen) „Werkvertrag“ vor.

Mit Schreiben vom 26. November 2013 teilte der Mitbeteiligte ergänzend mit, dass der „ausschließliche Hauptgrund“ für die Inanspruchnahme einer 24-Stunden-Kraft seine unselbständige Erwerbstätigkeit im Umfang von 24 Stunden wöchentlich sei, wobei seine Mutter in jener Zeit von der Pflegekraft allein betreut werde. Ferner gab er bekannt, dass es für ihn als Landwirt keine verpflichtende Arbeitszeit bzw. keine zwingende Arbeitsleistung gebe, für nicht übertragbare administrative bzw. organisatorische Tätigkeiten wende er fünf Stunden wöchentlich auf.

3.5. Die Revisionswerberin erachtete eine Einspruchsvorentscheidung - mangels Bekanntgabe, welche Pflegeleistungen vom Mitbeteiligten selbst bzw. von der 24-Stunden-Kraft erbracht würden - als nicht möglich und legte die Akten dem Landeshauptmann zur Entscheidung vor. In ihrer Stellungnahme vom 3. Dezember 2013 hielt sie fest, nach dem ermittelten Sachverhalt sei nicht davon auszugehen, dass der Mitbeteiligte - im Hinblick auf seine unselbständige Erwerbstätigkeit von 24 Stunden wöchentlich und seine zusätzliche selbständige Tätigkeit als Landwirt - die Mutter unter erheblicher Beanspruchung der Arbeitskraft pflege.

4.1. Mit dem nunmehr angefochtenen Beschluss hob das Verwaltungsgericht - auf das die Zuständigkeit zur Entscheidung über den als Beschwerde zu behandelnden Einspruch übergegangen ist (vgl. etwa den hg. Beschluss vom 1. Dezember 2015, Ra 2015/08/0172) - ohne weitergehende Beweisaufnahmen und ohne Durchführung einer mündlichen Verhandlung den bekämpften Bescheid gemäß § 28 Abs. 3 Satz 2 VwGVG auf und verwies die Sache zur Verfahrensergänzung und neuerlichen Entscheidung an die Revisionswerberin zurück.



4.2. Das Verwaltungsgericht stellte fest, der Mitbeteiligte lebe mit seiner Mutter, die inzwischen Pflegegeld der Stufe 5 beziehe, in gemeinsamer häuslicher Umgebung. Nach der Aktenlage werde die Mutter - jedenfalls auch - von einer mit Werkvertrag verpflichteten rumänischen Pflegerin betreut.

Was das strittige Ausmaß der Beanspruchung der Arbeitskraft des Mitbeteiligten durch die Pflege betreffe, so seien im bekämpften Bescheid und auch im Verwaltungsakt keine genauen Ermittlungen ersichtlich, welche konkreten Pflegeleistungen die Mutter benötige, welche Kenntnisse und Fähigkeiten eine Pflegeperson hierfür aufweisen müsse, ob der Mitbeteiligte nach seinen Fertigkeiten und Fähigkeiten unter Berücksichtigung seiner unselbständigen Erwerbstätigkeit sowie seiner selbständigen Tätigkeit als Landwirt zeitlich in der Lage sei, die Pflege im rechtlich erforderlichen Ausmaß von durchschnittlich 20 Stunden wöchentlich zweckentsprechend zu leisten, sowie ob der Mitbeteiligte die Pflegetätigkeiten auch tatsächlich leiste bzw. bisher geleistet habe.

4.3. Rechtlich folgte das Verwaltungsgericht, strittig sei, ob eine erhebliche Beanspruchung der Arbeitskraft des Mitbeteiligten durch die Pflege im Sinn des § 18b Abs. 1 ASVG - wobei diese Bestimmung eine Selbstversicherung auch neben Erwerbstätigkeiten zulasse - vorliege.

Pfeil (in *Mosler/Müller/Pfeil* (Hrsg.), *Der SV-Komm* (2. Lfg.), § 18b ASVG Rz 7) vertrete die Ansicht, dass im Hinblick auf die im § 18b Abs. 1 ASVG angeführte Pflegestufe 3 eine Pflegeleistung von mehr als 120 Stunden monatlich bzw. 30 Stunden wöchentlich bereits als mehr als erheblich anzusehen sei, und daher eine solche Inanspruchnahme nicht erforderlich sei, um den Anspruch auf Selbstversicherung zu begründen. Weiters sei mit *Windisch-Graetz* (in *Mosler/Müller/Pfeil*, *Der SV-Komm.* (20. Lfg.), § 123 ASVG Rz 33) im Hinblick auf § 123 Abs. 7b ASVG - wonach Krankenversicherungsansprüche pflegender Angehöriger bei notwendigem Vorliegen zumindest der Pflegestufe 3 von einer ganz überwiegenden Beanspruchung der Arbeitskraft durch die Pflege abhängig seien - davon auszugehen, dass eine Pflegeleistung von mehr als etwa 30 Stunden



wöchentlich bereits als ganz überwiegende Beanspruchung der Arbeitskraft zu erachten sei.

Die aufgezeigte Auslegung werde durch den allgemeinen Sprachgebrauch bestätigt, wonach etwas Erhebliches weniger bzw. von geringerer Intensität sei als etwas ganz Überwiegendes. Auch im Hinblick auf § 3 Arbeitszeitgesetz (AZG), wonach eine Vollzeitbeschäftigung bei 40 Stunden wöchentlich anzusetzen sei, erscheine es sachgerecht, von einer ganz überwiegenden Beanspruchung der Arbeitskraft bei 30 Stunden wöchentlich, von einer erheblichen Inanspruchnahme hingegen bei rund 20 Stunden auszugehen.

Eine solche Abgrenzung gewährleiste, dass die Selbstversicherung nach § 18b ASVG nicht inflationär bzw. allzu leicht zu Lasten des beitragszahlenden Bundes ermöglicht werde. Andererseits werde damit die Selbstversicherung nicht bloß für Personen eröffnet, die ihre bisherige Berufstätigkeit ganz überwiegend zur Pflege naher Angehöriger einschränkten bzw. aufgäben.

Bei der Ermittlung der Pflegestunden sei freilich nur auf eine zweckentsprechende Pflege Bedacht zu nehmen, könne doch nicht jedwede länger als erforderlich aufgewendete Zeit in Ansatz gebracht werden.

Ausgehend von den dargelegten Grundsätzen erscheine es möglich und lebensnah, dass der Mitbeteiligte neben seiner Tätigkeit als Angestellter im Umfang von 24 Stunden wöchentlich und seiner Tätigkeit als Landwirt noch durchschnittlich 20 Stunden wöchentlich zur Pflege seiner Mutter aufwenden könne. Eine zweckentsprechende Pflege in diesem Umfang erfordere nicht zwingend eine Reduktion der daneben ausgeübten Erwerbstätigkeiten, insbesondere wenn die Pflege flexibel auch außerhalb der für die Erwerbstätigkeiten aufgewendeten Zeiten erbracht werden könne.

Allerdings habe die Revisionswerberin die erforderlichen Ermittlungen bislang nicht durchgeführt, sodass der maßgebende Sachverhalt nicht feststehe (§ 28 Abs. 2 Z 1 VwGVG). Eine Vornahme der Ermittlungen durch das Verwaltungsgericht komme nicht in Betracht, weil dies nicht im Interesse der Raschheit gelegen wäre und auch mit keiner erheblichen Kostenersparnis



verbunden wäre (§ 28 Abs. 2 Z 2 VwGVG). Die Durchführung der - bislang nicht einmal ansatzweise erfolgten - umfangreichen und schwierigen (weil die Privatsphäre betreffenden) Ermittlungen durch das Verwaltungsgericht wäre zumindest mit einem gleich hohen Zeit- und Kostenaufwand verbunden. Im Übrigen trage die Nachholung der Ermittlungen durch die Revisionswerberin dem Umstand Rechnung, dass nach Art. 47 Grundrechte-Charta (GRC) die Gewährleistung eines Rechtsmittels an ein Gericht mit voller Kognitionsbefugnis in Tat- und Rechtsfragen geboten sei. Auch insofern sei daher die Zurückverweisung der Sache an die Revisionswerberin nach § 28 Abs. 3 Satz 2 VwGVG erforderlich, um dem Mitbeteiligten im fortgesetzten Verfahren ein effektives (volles) Rechtsmittel an ein Gericht zu gewährleisten. Der Rechtszug an den Verfassungsgerichtshof und den Verwaltungsgerichtshof werde dem nicht gerecht.

Die Revisionswerberin werde im fortgesetzten Verfahren unter Bindung an die oben dargestellte Rechtslage nach Vernehmung des Mitbeteiligten und dessen Mutter sowie nach Beiziehung von Sachverständigen festzustellen haben, welche konkreten Pflegeleistungen nötig seien, welche Kenntnisse und Fähigkeiten eine Pflegeperson hierfür aufweisen müsse, ob der Mitbeteiligte nach seinen Fertigkeiten und Fähigkeiten unter Berücksichtigung seiner ausgeübten Erwerbstätigkeiten zeitlich in der Lage sei, die Pflege im Ausmaß von durchschnittlich 20 Stunden wöchentlich zweckentsprechend zu leisten, sowie ob er die Pflege im zu beurteilenden Zeitraum geleistet habe bzw. leisten werde. Allenfalls werde das Verwaltungsgericht auch die beigezogenen Pflegekräfte zu befragen haben, welche Leistungen der Mitbeteiligte selbst erbracht habe bzw. weiterhin erbringe.

4.4. Das Verwaltungsgericht sprach aus, dass die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig sei, weil Rechtsprechung zur Auslegung des § 18b Abs. 1 ASVG (insbesondere zur Voraussetzung einer erheblichen Beanspruchung der Arbeitskraft durch die Pflege bzw. zur Frage der notwendigen Reduktion einer bisher ausgeübten Erwerbstätigkeit) fehle.

5. Gegen diesen Beschluss wendet sich die ordentliche Revision wegen Rechtswidrigkeit des Inhalts.





Der Mitbeteiligte erstattete eine Revisionsbeantwortung und beantragte (im Ergebnis) die Abweisung der Revision.

Der Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz erstattete ebenso eine „Revisionsbeantwortung“, in der er sich der Rechtsansicht der Revisionswerberin anschloss.

6. Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Die Revision ist zulässig, weil einerseits Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs zur Auslegung und Anwendung des § 18b Abs. 1 ASVG fehlt (vgl. dazu die nachfolgenden Punkte 9. bis 12.) und weil andererseits das Verwaltungsgericht durch das Vorgehen nach § 28 Abs. 3 Satz 2 VwGVG von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs abgewichen ist (vgl. dazu die Punkte 13. bis 15.).

7. § 18b Abs. 1 und Abs. 3 ASVG idF des Sozialversicherungs-Änderungsgesetzes - SVÄG 2005, BGBl. I Nr. 132/2005, lautet:

„Selbstversicherung in der Pensionsversicherung für Zeiten der Pflege naher Angehöriger

§ 18b. (1) Personen, die einen nahen Angehörigen oder eine nahe Angehörige mit Anspruch auf Pflegegeld zumindest in Höhe der Stufe 3 nach § 5 des Bundespflegegeldgesetzes oder nach den Bestimmungen der Landespflegegeldgesetze unter erheblicher Beanspruchung ihrer Arbeitskraft in häuslicher Umgebung pflegen, können sich, solange sie während des Zeitraumes dieser Pflegetätigkeit ihren Wohnsitz im Inland haben, in der Pensionsversicherung selbstversichern. Je Pflegefall kann nur eine Person selbstversichert sein. Die Pflege in häuslicher Umgebung wird durch einen zeitweiligen stationären Pflegeaufenthalt der pflegebedürftigen Person nicht unterbrochen.“

„(3) Die Selbstversicherung endet mit dem Ende des Kalendermonats,

1. in dem die Pflegetätigkeit oder eine sonstige Voraussetzung nach Abs. 1 weggefallen ist oder
2. in dem die pflegende Person den Austritt aus dieser Versicherung erklärt hat.“



8. Vorliegend ist unstrittig, dass der Mitbeteiligte eine nahe Angehörige, nämlich seine Mutter (vgl. zum Angehörigenbegriff die Materialien zum SVÄG 2005, ErläutRV 1111 BlgNR 22. GP 4), pflegt, wobei die Mutter Anspruch auf Pflegegeld zumindest in Höhe der Stufe 3 - zuletzt konkret Stufe 5 - nach dem BPGG hat. Unstrittig ist weiters, dass die Pflege in häuslicher Umgebung erfolgt, da der Mitbeteiligte mit seiner Mutter an derselben Anschrift im gemeinsamen Haushalt lebt und sich die Mutter insbesondere nicht in einer länger dauernden (mehr als zeitweiligen) stationären Pflege befindet. Der Mitbeteiligte hat zudem seinen eingangs angeführten Wohnsitz ununterbrochen im Inland. Ferner nimmt keine andere Person die Selbstversicherung für denselben Pflegefall in Anspruch.

Strittig und im Folgenden näher zu erörtern bleibt indessen, ob der Mitbeteiligte seine Mutter unter „erheblicher Beanspruchung“ seiner Arbeitskraft pflegt, was von der Revisionswerberin im Hinblick auf seine Erwerbstätigkeiten als Angestellter und als selbständiger Landwirt sowie im Hinblick auf die gleichzeitige Beiziehung einer 24-Stunden-Pflegekraft in Zweifel gezogen wird.

9.1. Was unter einer „erheblichen“ Beanspruchung der Arbeitskraft durch die Pflege zu verstehen ist, wird vom Gesetzgeber nicht definiert.

Eine (erste) Eingrenzung des Begriffs ergibt sich daraus, dass im § 18b Abs. 1 ASVG ein Anspruch auf Pflegegeld der Stufe 3 nach dem BPGG - was das Vorliegen eines durchschnittlichen Pflegeaufwands von mehr als 120 Stunden monatlich bedeutet - vorausgesetzt wird. Weiters soll laut den Materialien zum 3. Sozialrechts-Änderungsgesetz - 3. SRÄG 2009, BGBl. I Nr. 84/2009, ErläutRV 197 BlgNR 24. GP 5, mit dem im § 123 Abs. 7b ASVG die beitragsfreie Mitversicherung für pflegende Angehörige in der Krankenversicherung ab Vorliegen von Pflegestufe 3 eingeführt wurde, bei einem derartigen Pflegeaufwand bereits von einer „ganz überwiegenden“ Beanspruchung der Arbeitskraft auszugehen sein.

9.2. Da somit der Pflegeaufwand ab der Pflegestufe 3 (also von mehr als 120 Stunden monatlich bzw. mehr als 28 Stunden wöchentlich) eine „ganz





überwiegende“ Beanspruchung der Arbeitskraft darstellt, ist in einem weiteren Schritt festzulegen, welcher Unterschied zwischen den Begriffen „ganz überwiegend“, „überwiegend“ und „erheblich“ besteht. Dabei kann auf das allgemeine Sprachverständnis abgestellt werden, wonach etwas „Erhebliches“ zwar von einigem Gewicht bzw. einiger Bedeutung, aber weniger als etwas „Überwiegendes“ ist, dem ein größeres Gewicht, nämlich ein „Übergewicht“ im Sinn von mehr als der Hälfte zukommt. Etwas „Überwiegendes“ bleibt wiederum hinter etwas „ganz Überwiegendem“ zurück, dem - als Steigerungsform - ein großes Übergewicht im Sinn von weit mehr als der Hälfte zukommt.

9.3. Nur klarstellend ist festzuhalten, dass § 18a ASVG im gegebenen Zusammenhang nicht zur Auslegung herangezogen werden kann. In jener Bestimmung wurde zwar durch das Sozialversicherungs-Anpassungsgesetz - SVAG, BGBl. I Nr. 2/2015, eine „überwiegende“ (zuvor „gänzliche“) Beanspruchung der Arbeitskraft durch die Pflege eines behinderten Kindes vorgesehen. Die diesbezügliche Legaldefinition des § 18a Abs. 3 ASVG stellt jedoch - im Gegensatz zu § 18b ASVG - nicht (primär) auf eine zeitliche Inanspruchnahme durch die Pflege (hier: Anzahl der Pflegestunden), sondern auf speziell für behinderte Kinder zugeschnittene andere Kriterien ab.

10. Was nun das konkrete Ausmaß einer Pflege betrifft, die eine „erhebliche“ Beanspruchung der Arbeitskraft im Sinn des § 18b Abs. 1 ASVG - im Gegensatz zu einer „ganz überwiegenden“ oder (bloß) „überwiegenden“ Beanspruchung - ausmacht, so ist folgende Abgrenzung vorzunehmen:

10.1. Auszugehen ist davon, dass nach dem Willen des Gesetzgebers eine „ganz überwiegende“ Beanspruchung der Arbeitskraft bei einem durchschnittlichen Pflegeaufwand der pflegenden Person von mehr als 120 Stunden monatlich bzw. mehr als 28 Stunden wöchentlich vorliegen soll.

Eine (bloß) „überwiegende“ Beanspruchung der Arbeitskraft ist daher - im Hinblick auf die Normalarbeitszeit von 40 Stunden wöchentlich (§ 3 AZG) und das oben aufgezeigte Begriffsverständnis (wonach „überwiegend“ ein größeres





Gewicht im Sinn von mehr als die Hälfte bedeutet) - bei einem durchschnittlichen Pflegeaufwand ab 21 Stunden wöchentlich bzw. ab 90 Stunden monatlich (entspricht mehr als der halben Normalarbeitszeit) anzunehmen.

10.2. Eine „erhebliche“ Beanspruchung der Arbeitskraft ist indessen - im Hinblick auf die Normalarbeitszeit von 40 Stunden wöchentlich und das bereits erörterte Begriffsverständnis, wonach „erheblich“ von einigem Gewicht, aber weniger als „überwiegend“ ist (vgl. in dem Sinn auch OGH RIS-JUSTIZ RS0054693 [T2]) - bei einem durchschnittlichen Pflegeaufwand ab 14 Stunden wöchentlich bzw. ab 60 Stunden monatlich anzusetzen.

Ein Pflegeaufwand in diesem Umfang ist bereits von einigem Gewicht, entspricht er doch einem erheblichen Anteil (von ungefähr einem Drittel; vgl. in dem Sinn den Beschluss des OGH vom 8. Juli 1999, 8 ObA 274/98x, sowie neuerlich RIS-JUSTIZ RS0054693 [T2]) an der Normalarbeitszeit und auch einem gewichtigen Anteil am gesamten Pflegebedarf (von zumindest Pflegestufe 3). Durch die genannte Stundenanzahl ist einerseits gewährleistet, dass die Selbstversicherung nicht allzu leicht bzw. in ausufernder Weise zu Lasten des die Beiträge unbefristet und zur Gänze tragenden Bundes (§ 77 Abs. 8 ASVG) beansprucht werden kann. Andererseits ist damit sichergestellt, dass die - auch neben einer die Pflichtversicherung begründenden Erwerbstätigkeit zulässige (vgl. neuerlich ErläutRV 1111 BlgNR 22. GP 4, sowie zum 2. Sozialrechts-Änderungsgesetz - 2. SRÄG 2009, BGBl. I Nr. 83/2009, ErläutRV 179 BlgNR 24. GP 8; siehe ferner das hg. Erkenntnis vom 22. Februar 2012, 2011/08/0050) - Selbstversicherung nicht bloß für Personen eröffnet wird, die ihre bisherige Berufstätigkeit zur Pflege naher Angehöriger überwiegend einschränken oder aufgeben (vgl. ergänzend die Punkte 12.2. und 12.3.).

11. Was die Ermittlung der - für das Ausmaß der Beanspruchung der Arbeitskraft im Sinn der obigen Abgrenzung relevanten - Anzahl von Pflegestunden anbelangt, so sind - wie schon das Verwaltungsgericht zutreffend hervorgehoben hat - nur jene Zeiten zu berücksichtigen, in denen tatsächlich notwendige Leistungen der Betreuung und Hilfe erbracht werden.



Um welche Verrichtungen es sich dabei handelt und welcher zeitliche Aufwand damit jeweils verbunden ist, ist an Hand der Regelungen des BPGG - auf das im § 18b Abs. 1 ASVG (durch Voraussetzung eines Pflegebedarfs zumindest nach Stufe 3) ausdrücklich Bezug genommen wird - sowie der dazu ergangenen Einstufungsverordnung - EinstV, BGBl. II Nr. 37/1999, zu beurteilen.

Da auf den auch für die Ermittlung des Pflegegelds maßgeblichen Pflegebedarf abzustellen ist, wird als Grundlage für die Beurteilung in der Regel ein bereits im Verfahren über die Zuerkennung oder Neubemessung des Pflegegelds eingeholtes - soweit noch aktuelles bzw. sonst entsprechendes - Sachverständigengutachten (§ 8 EinstV) dienen können. Erforderlichenfalls wird ein weiteres Gutachten einzuholen sein.

12. Was die in der Revision vorgebrachten Argumente betrifft, ist ferner Folgendes festzuhalten:

12.1. Die Inanspruchnahme einer 24-Stunden-Pflege mag ein Indiz für die alleinige Vornahme der notwendigen Pflegeleistungen durch die beigezogene Pflegekraft sein, handelt es sich bei dieser doch in der Regel um eine Fachkraft, welche die erforderliche Pflege rund um die Uhr gewährleisten soll. Es ist aber nicht von vornherein ausgeschlossen, dass trotz Beiziehung einer 24-Stunden-Pflege die nahen Angehörigen womöglich einen Teil der notwendigen Pflegeleistungen verrichten müssen; dafür sind vom Antragsteller besondere Gründe konkret vorzubringen.

12.2. Durch die Einführung des § 18b ASVG sollte zwar in erster Linie eine Lücke in Bezug auf die Selbstversicherungsmöglichkeit für pflegende Personen geschlossen werden (vgl. neuerlich ErläutRV 1111 BlgNR 22. GP 4). Dieser Normzweck steht aber - mangels Subsidiaritäts- oder Ausschlussregelungen - einer mehrfachen Versicherung durch Kumulierung einer Selbstversicherung nach § 18b ASVG mit einer oder mehreren Pflichtversicherungen infolge Erwerbstätigkeit nicht entgegen.

12.3. Vorliegend schließt auch der Umstand, dass der Anspruchswerber einer Erwerbstätigkeit als Angestellter im Umfang von 24 Stunden wöchentlich und zusätzlich als selbständiger Landwirt nachgeht, die erhebliche Beanspruchung



seiner Arbeitskraft durch eine notwendige Pflege nicht aus. Wie schon aufgezeigt wurde, ist die Selbstversicherung für pflegende Angehörige neben einer die Pflichtversicherung begründenden Erwerbstätigkeit möglich. Im hier zu beurteilenden Fall erscheint es vorweg auch nicht ausgeschlossen, dass der Mitbeteiligte neben seiner unselbständigen Erwerbstätigkeit als Angestellter im Umfang von 24 Stunden wöchentlich und seiner selbständigen Erwerbstätigkeit als Landwirt noch durchschnittlich 14 Stunden (und mehr) wöchentlich für die Pflege seiner Mutter aufwenden könnte. Eine Pflege in diesem Umfang erfordert nicht zwingend eine Reduktion der daneben ausgeübten Erwerbstätigkeiten, insbesondere wenn die Arbeitszeiten und/oder die Pflegezeiten flexibel gestaltet werden können.

13.1. Soweit die Revisionswerberin (im Ergebnis) geltend macht, das Verwaltungsgericht hätte auf Basis der bereits vorliegenden Beweisergebnisse die weiteren Ermittlungen über die notwendigen Pflegeleistungen des Mitbeteiligten selbst durchführen und nicht nach § 28 Abs. 3 Satz 2 VwGVG vorgehen dürfen, kommt der Revision Berechtigung zu.

13.2. Zu den für kassatorische Entscheidungen nach § 28 Abs. 3 Satz 2 VwGVG geltenden Voraussetzungen kann auf das hg. Erkenntnis vom 26. Juni 2014, Ro 2014/03/0063, verwiesen werden (§ 43 Abs. 2 VwGG).

Demnach ist ein prinzipieller Vorrang der meritorischen Entscheidungspflicht der Verwaltungsgerichte gesetzlich festgelegt. Die nach § 28 VwGVG verbleibenden Ausnahmen von der meritorischen Entscheidungspflicht sind strikt auf den ihnen gesetzlich zugewiesenen Raum zu beschränken. Von der Möglichkeit der Zurückverweisung kann nur bei krassen bzw. besonders gravierenden Ermittlungslücken Gebrauch gemacht werden. Eine Zurückverweisung zur Durchführung notwendiger Ermittlungen kommt nur dann in Betracht, wenn die Verwaltungsbehörde jegliche erforderliche Ermittlungstätigkeit unterlassen hat, lediglich völlig ungeeignete Ermittlungsschritte gesetzt oder bloß ansatzweise ermittelt hat. Gleiches gilt, wenn konkrete Anhaltspunkte bestehen, dass die Verwaltungsbehörde Ermittlungen unterlassen hat, damit diese durch das Verwaltungsgericht



vorgenommen werden (vgl. auch das hg. Erkenntnis vom 16. Oktober 2015, Ra 2015/08/0042).

Der Verwaltungsgerichtshof hat auch bereits ausgesprochen, dass selbst Bescheide, die in der Begründung dürftig sind, keine Zurückverweisung rechtfertigen, wenn brauchbare Ermittlungsergebnisse vorliegen, die im Zusammenhalt mit einer allfälligen mündlichen Verhandlung (§ 24 VwGVG) zu vervollständigen sind (vgl. das hg. Erkenntnis vom 10. September 2014, Ra 2014/08/0005). Auch die Notwendigkeit der Einholung eines (weiteren) Gutachtens rechtfertigt im Allgemeinen nicht die Behebung und Zurückverweisung nach § 28 Abs. 3 Satz 2 VwGVG (vgl. das hg. Erkenntnis vom 17. Februar 2015, Ra 2014/09/0037). Dass gegebenenfalls Vernehmungen erforderlich sind, rechtfertigt ebenso wenig die Zurückverweisung, vielmehr sind die Vernehmungen vom Verwaltungsgericht - zweckmäßiger Weise im Rahmen einer mündlichen Verhandlung - durchzuführen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 22. Juni 2016, Ra 2016/03/0027).

14. Im Hinblick auf die erörterten Grundsätze kommt im vorliegenden Fall eine Zurückverweisung der Sache an die Revisionswerberin nicht in Betracht.

14.1. Aus den Verwaltungsakten geht hervor, dass die Revisionswerberin bereits umfangreiche Ermittlungen zum Ausmaß der Pflegeleistungen des Mitbeteiligten veranlasst hat. Zwar waren die Erhebungen zunächst (bis zur Erlassung des bekämpften Bescheids) nicht zielführend, weil der Mitbeteiligte die notwendige Mitwirkung verweigerte, indem er die behördlichen Anfragen und Aufträge ignorierte. Allerdings führte die Revisionswerberin auch in der Folge - nach Erhebung des Einspruchs mit konkretem Tatsachenvorbringen und Beweisanboten - die Ermittlungen fort, wobei der Mitbeteiligte nunmehr Angaben über die Beschäftigung einer 24-Stunden-Kraft, die insgesamt notwendigen Pfl egetätigkeiten, den damit verbundenen Zeitaufwand und seine Erwerbstätigkeiten machte sowie auch diverse Urkunden vorlegte. Der Mitbeteiligte kam dabei freilich den behördlichen Aufträgen nur unvollständig nach, indem er insbesondere nicht darlegte, welcher Teil der Pflegeleistungen von ihm selbst bzw. von der 24-Stunden-Kraft verrichtet werde und welcher



Zeitaufwand damit verbunden sei, sodass eine Einspruchsvorentscheidung durch die Revisionswerberin nicht möglich war.

14.2. Davon ausgehend hat die Revisionswerberin aber bereits umfangreiche Ermittlungen zum maßgeblichen Sachverhalt durchgeführt. Auf der Grundlage dieser brauchbaren Ermittlungsergebnisse hätte das Verwaltungsgericht zweckmäßiger Weise im Rahmen einer mündlichen Verhandlung die notwendigen weiteren Erhebungen zu den vom Mitbeteiligten verrichteten Pflegestunden - soweit erforderlich unter Vernehmung von Beweispersonen und/oder Einholung eines Sachverständigengutachtens - selbst durchführen müssen. Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts kann jedenfalls keine Rede davon sein, dass die Revisionswerberin - im Sinn des Vorliegens krasser bzw. besonders gravierender Lücken - keinerlei oder nur völlig ungeeignete bzw. ansatzweise Ermittlungen zu den wesentlichen Tatsachenfragen angestellt hätte oder sämtliche notwendigen Erhebungen auf das Verwaltungsgericht hätte übertragen wollen.

15.1. Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts wäre die Vornahme der ergänzenden Ermittlungen durch das Gericht selbst jedenfalls im Interesse der Raschheit gelegen. Der Verwaltungsgerichtshof hat bereits ausgesprochen (vgl. neuerlich das Erkenntnis Ra 2016/03/0027), dass nicht bloß auf die voraussichtliche Dauer des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens allein, sondern auf die Dauer des insgesamt erforderlichen Verfahrens bis zur meritorischen Entscheidung abzustellen ist. Danach ergibt sich jedoch, dass in einem Fall wie dem vorliegenden die Kassation eines Bescheids durch das Verwaltungsgericht - schon im Hinblick auf die damit verbundene Eröffnung eines neuerlichen Rechtszugs gegen den neu ergehenden Bescheid - insgesamt zu einer Verlängerung führen würde.

15.2. Entgegen der Argumentation des Verwaltungsgerichts ist die Zurückverweisung der Sache an die Behörde auch nicht etwa im Hinblick auf Art. 47 GRC geboten, um dem Mitbeteiligten ein effektives Rechtsmittel an ein Gericht mit voller Tatsachenkognition zu gewährleisten.



Das Unionsrecht verlangt, dass zur Gewährleistung des effektiven Rechtsschutzes zumindest ein im Instanzenzug anrufbares Gericht insofern über eine ausreichende Rechts- und Tatsachenkognition verfügt, als es möglich sein muss, alle für die Wahrung der individuellen Unionsrechte relevanten rechtlichen und tatsächlichen Gesichtspunkte zu überprüfen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 15. Dezember 2014, Ro 2014/17/0121). Mit dem Verfahren beim Verwaltungsgericht hat der Mitbeteiligte Zugang zu einem Gericht im Sinn des Art. 47 GRC, das mit voller Kognitionsbefugnis in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht entscheiden kann. Gegen das Erkenntnis kann er sowohl den Verfassungsgerichtshof wegen Verletzung eines verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechts, also auch eines Rechts nach der EMRK, als auch den Verwaltungsgerichtshof bei Vorliegen einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG anrufen, wozu auch Fragen der Einhaltung des Unionsrechts gehören. Damit verfügt er jedoch über einen Rechtsweg, der ihm die Wahrung der durch das Unionsrecht verliehenen Rechte gewährleistet und auf dem er eine Gerichtsentscheidung erwirken kann, mit der die allfällige Unvereinbarkeit einer Regelung mit dem Unionsrecht festgestellt wird. Ein derartiger Rechtsschutz steht mit Art. 13 EMRK und Art. 47 GRC nicht im Widerspruch (vgl. in dem Sinn etwa die hg. Erkenntnisse vom 5. Oktober 2016, Ra 2016/19/0158, und vom 4. August 2016, Ra 2016/18/0123).

16. Insgesamt waren daher die Voraussetzungen für eine Zurückverweisung der Sache an die Revisionswerberin nicht gegeben. Das Verwaltungsgericht wird im fortgesetzten Verfahren die im Sinn der oben dargestellten Rechtslage notwendigen ergänzenden Ermittlungen selbst durchzuführen und auf Grundlage der Ermittlungsergebnisse unter Bindung an die oben aufgezeigte Rechtslage zu entscheiden haben.



17. Gemäß § 47 Abs. 4 VwGG hat die Revisionswerberin im Fall einer Amtsrevision nach Art. 133 Abs. 6 Z 2 B-VG keinen Anspruch auf Aufwandersatz; ein solcher kommt aber auch deswegen nicht in Betracht, weil sie selbst Rechtsträger im Sinn des § 47 Abs. 5 VwGG ist (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 7. April 2016, Ro 2014/08/0085).

W i e n , am 19. Jänner 2017

