

# TE OGH 2024/7/9 10ObS116/23s

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 09.07.2024

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten Hon.-Prof. Dr. Nowotny als Vorsitzenden, den Senatspräsidenten Mag. Ziegelbauer und den Hofrat Mag. Schober sowie die fachkundigen Laienrichter Mag. Gerald Fuchs (aus dem Kreis der Arbeitgeber) und Nicolai Wohlmuth (aus dem Kreis der Arbeitnehmer) als weitere Richter in der Sozialrechtssache der klagenden Partei A\*, Ungarn, gegen die beklagte Partei Österreichische Gesundheitskasse, 1030 Wien, Haidingergasse 1, vertreten durch Dr. Anton Ehm, Dr.in Simone Metz, Mag. Thomas Mödlagl, Rechtsanwälte in Wien, wegen Kinderbetreuungsgeld, über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 28. Juni 2023, GZ 8 Rs 47/23z-17, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Arbeits- und Sozialgerichts Wien vom 16. November 2022, GZ 8 Cgs 48/22i-12, teilweise abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird teilweise Folge gegeben.

Die angefochtene Entscheidung wird dahin abgeändert, dass das Urteil unter Einschluss des bereits in Rechtskraft erwachsenen Teils insgesamt zu lauten hat:

„1. Es wird festgestellt, dass die klagende Partei nicht zum Rückersatz des in der Zeit vom 24. Mai 2020 bis 31. Jänner 2021 bezogenen Kinderbetreuungsgeldes in Höhe von 14.251,49 EUR an die beklagte Partei verpflichtet ist.

2. Das weitere Begehren festzustellen, dass die klagende Partei nicht zum Rückersatz des für die Zeit von 1. Februar 2021 bis 14. März 2021 bezogenen Kinderbetreuungsgeldes in Höhe von 2.365,86 EUR an die beklagte Partei verpflichtet ist, wird abgewiesen.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei binnen 4 Wochen 2.365,86 EUR an im Zeitraum vom 1. Februar 2021 bis 14. März 2021 zu viel ausgezahltem Kinderbetreuungsgeld zurückzuzahlen.“

## Text

Entscheidungsgründe:

[1] Die Klägerin, ihr am 15. 3. 2020 geborener Sohn M\* und der Vater des Kindes wohnen in Ungarn. Der Vater des Kindes ist in Ungarn unselbständig erwerbstätig.

[2] Die Klägerin war seit 2007 in Österreich erwerbstätig, und zwar bis 2011 bei der K\* A\* GmbH und in unmittelbarem Anschluss daran bis 5. 11. 2013 bei der K\* S\* GmbH. Nach der Geburt ihrer ersten beiden Kinder war sie seit 26. 6. 2017 wieder bei der K\* S\* GmbH unselbständig erwerbstätig und bis 31. 1. 2020 zur Sozialversicherung angemeldet. Vom 1. 2. 2020 bis 23. 5. 2020 bezog die Klägerin Wochengeld.

[3] Die Klägerin vereinbarte mit ihrem Arbeitgeber am 22. 4. 2020 eine Karenz nach dem Mutterschutzgesetz bis

15. 3. 2021. Bereits vor Beginn des Mutterschutzes aufgrund der bevorstehenden Geburt von M\* besprach die Klägerin mit dem Arbeitgeber, dass sie erst nach dem ersten Geburtstag ihres Kindes „zurückkommen“ werde. Bei Unterzeichnung der Karenzvereinbarung am 22. 4. 2020 war besprochen, dass die Klägerin in Teilzeit wieder zurückkommen und – wahrscheinlich – in die Einkaufsabteilung wechseln wird.

[4] Dass der Arbeitgeber den österreichischen Markt verlassen wird, war am 22. 4. 2020 noch nicht fix. Erst „ein paar Wochen“ vor dem 2. 7. 2020 teilte der Arbeitgeber der Klägerin mit, dass er den österreichischen Markt verlassen werde. Am 2. 7. 2020 vereinbarten die Klägerin und ihr Arbeitgeber die einvernehmliche Auflösung ihres Arbeitsverhältnisses zum 31. 1. 2021. Es gab Gespräche, dass die Arbeitnehmer der K\* S\* GmbH von der K\* A\* GmbH übernommen werden. Auch im August 2020, als die Klägerin bei der Beklagten vorsprach, hatte die Klägerin noch den Plan und Wunsch einer weiteren Beschäftigung bei der K\* A\* GmbH. Zwar wurden diese beiden Gesellschaften verschmolzen, aber von der übernehmenden Gesellschaft nur ein Arbeitnehmer übernommen, sodass „Ende des Sommers/Herbst 2020“ für die Klägerin feststand, dass sie nicht bei der K\* A\* GmbH weiter arbeiten kann.

[5] Nach dem Ende ihres Arbeitsverhältnisses zur K\* S\* GmbH bezog die Klägerin von 1. 2. 2021 bis 16. 3. 2021 Urlaubersatzleistung. Von 15. 3. 2021 bis 31. 5. 2021 war die Klägerin bei einem anderen Arbeitgeber in Österreich in Teilzeit beschäftigt.

[6] Mit Bescheid vom 4. 3. 2022 aberkannte die beklagte Österreichische Gesundheitskasse rückwirkend für den Zeitraum vom 15. 3. 2020 bis 14. 3. 2021 die von der Klägerin beantragte Zuerkennung der Ausgleichszahlung zum Kinderbetreuungsgeld als Ersatz des Erwerbseinkommens für ihr Kind M\*. Die Beklagte widerrief die Gewährung der Ausgleichszahlung zum Kinderbetreuungsgeld für den Zeitraum vom 24. 5. 2020 bis 14. 3. 2021 in der Höhe von 56,33 EUR täglich und verpflichtete die Klägerin zur Rückzahlung der Ausgleichszahlung zum Kinderbetreuungsgeld im Ausmaß von insgesamt 16.617,35 EUR.

[7] Mit ihrer gegen diesen Bescheid erhobenen – am 13. 4. 2022 zur Post gegebenen – Klage begehrt die Klägerin die Feststellung, dass sie nicht zum Rückersatz des aus Anlass der Geburt ihres Sohnes M\* bezogenen Kinderbetreuungsgeldes in Höhe von 16.617,35 EUR verpflichtet sei.

[8] Die Beklagte wandte dagegen, soweit für das Revisionsverfahren noch von Bedeutung, das Vorliegen einer Scheinkarenz ein.

[9] Das Erstgericht gab der Klage statt. Die Klägerin habe sowohl im Zeitpunkt der Besprechung der bevorstehenden Karenz mit ihrem Arbeitgeber vor Beginn des Mutterschutzes, als auch im Zeitpunkt der Unterzeichnung der Karenzvereinbarung am 22. 4. 2020 einen Rückkehrwillen gehabt. Auch noch im (Spät-)Sommer habe sie den Wunsch gehabt, von der K\* A\* GmbH als übernehmender Gesellschaft übernommen zu werden. Tatsächlich habe die Klägerin ja auch wieder ein Beschäftigungsverhältnis in Österreich aufgenommen. Eine Scheinkarenz liege nicht vor.

[10] Das Berufungsgericht gab der Berufung der Beklagten teilweise Folge. Es bestätigte die Entscheidung des Erstgerichts für den Zeitraum 24. 5. 2020 bis 31. 1. 2021, wies hingegen das Feststellungsmehrbegehren für den Zeitraum 1. 2. 2021 bis 14. 3. 2021 ab.

[11] Eine Scheinkarenz im Sinn des § 24 Abs 3 KBGG setze voraus, dass die Unterbrechung der Tätigkeit zum Zweck der Kinderbetreuung nur vorgetäuscht werde, obwohl die Tätigkeit tatsächlich beendet werde. Der Täuschungsvorsatz müsse bereits im Zeitpunkt der Inanspruchnahme der Karenz vorliegen, woran es hier fehle. Allerdings liege nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses der Klägerin am 31. 1. 2021 keine gleichgestellte Situation im Sinn des § 24 Abs 2 KBGG mehr vor, woran der Bezug der Urlaubersatzleistung nichts ändere. Der Klägerin habe klar sein müssen, dass sie in einem solchen Fall das erhaltene Kinderbetreuungsgeld zurückzahlen müsse. Daher sei festzustellen, dass sie Kinderbetreuungsgeld in Höhe von 56,33 EUR täglich für den Zeitraum vom 1. 2. 2021 bis 14. 3. 2021 zurückzahlen müsse. Allerdings sei der Klägerin keine Verpflichtung zur Rückzahlung aufzuerlegen: Denn § 89 Abs 4 ASGG in der geltenden Fassung sei nicht anwendbar, weil diese Bestimmung nur auf Klagen anwendbar sei, die nach dem 30. 4. 2022 eingebracht werden. § 89 Abs 4 ASGG aF sei vom Verfassungsgerichtshof mit Ablauf des 31. 12. 2021 aufgehoben worden und wirke nicht weiter. Da der maßgebliche verfahrensrechtliche Tatbestand – hier die Entscheidung des Berufungsgerichts – sich erst nach dem 31. 12. 2021 verwirklicht habe, sei auch § 89 Abs 4 ASGG aF nicht anwendbar. Es fehle daher an einer Rechtsgrundlage, die Klägerin zur Rückzahlung des zu Unrecht empfangenen Kinderbetreuungsgeldes zu verpflichten. Das Berufungsgericht ließ die Revision zu, weil Rechtsprechung

zur Anwendbarkeit des § 89 Abs 4 ASGG aF in Fällen, in denen § 89 Abs 4 ASGG idgF nicht anwendbar sei, fehle. [11] Eine Scheinkarenz im Sinn des Paragraph 24, Absatz 3, KBGG setze voraus, dass die Unterbrechung der Tätigkeit zum Zweck der Kinderbetreuung nur vorgetäuscht werde, obwohl die Tätigkeit tatsächlich beendet werde. Der Täuschungsvorsatz müsse bereits im Zeitpunkt der Inanspruchnahme der Karenz vorliegen, woran es hier fehle. Allerdings liege nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses der Klägerin am 31. 1. 2021 keine gleichgestellte Situation im Sinn des Paragraph 24, Absatz 2, KBGG mehr vor, woran der Bezug der Urlaubersatzleistung nichts ändere. Der Klägerin habe klar sein müssen, dass sie in einem solchen Fall das erhaltene Kinderbetreuungsgeld zurückzahlen müsse. Daher sei festzustellen, dass sie Kinderbetreuungsgeld in Höhe von 56,33 EUR täglich für den Zeitraum vom 1. 2. 2021 bis 14. 3. 2021 zurückzahlen müsse. Allerdings sei der Klägerin keine Verpflichtung zur Rückzahlung aufzuerlegen: Denn Paragraph 89, Absatz 4, ASGG in der geltenden Fassung sei nicht anwendbar, weil diese Bestimmung nur auf Klagen anwendbar sei, die nach dem 30. 4. 2022 eingebracht werden. Paragraph 89, Absatz 4, ASGG aF sei vom Verfassungsgerichtshof mit Ablauf des 31. 12. 2021 aufgehoben worden und wirke nicht weiter. Da der maßgebliche verfahrensrechtliche Tatbestand – hier die Entscheidung des Berufungsgerichts – sich erst nach dem 31. 12. 2021 verwirklicht habe, sei auch Paragraph 89, Absatz 4, ASGG aF nicht anwendbar. Es fehle daher an einer Rechtsgrundlage, die Klägerin zur Rückzahlung des zu Unrecht empfangenen Kinderbetreuungsgeldes zu verpflichten. Das Berufungsgericht ließ die Revision zu, weil Rechtsprechung zur Anwendbarkeit des Paragraph 89, Absatz 4, ASGG aF in Fällen, in denen Paragraph 89, Absatz 4, ASGG idgF nicht anwendbar sei, fehle.

[12] Gegen die Entscheidung des Berufungsgerichts richtet sich die Revision der Beklagten mit dem Antrag, das Klagebegehren auch für den Zeitraum vom 1. 8. 2020 bis 31. 1. 2021 abzuweisen und die Klägerin zum Rückersatz der unberechtigt empfangenen Leistungen in Höhe von 12.730,58 EUR zu verpflichten. Mit dem ersten Eventualantrag beantragt die Revisionswerberin, die Klägerin zum Rückersatz der unberechtigt empfangenen Leistungen in Höhe von 2.365,86 EUR zu verpflichten. Mit ihrem zweiten Eventualantrag begehrt sie die Aufhebung der Entscheidungen der Vorinstanzen und die Zurückverweisung der Rechtssache an das Erstgericht.

[13] Die Klägerin beteiligte sich nicht am Revisionsverfahren.

### **Rechtliche Beurteilung**

[14] Die Revision ist aus dem vom Berufungsgericht genannten Grund zulässig. Sie ist auch im Sinn des ersten Eventualantrags berechtigt.

[15] Voranzustellen ist, dass bereits die Entscheidung des Erstgerichts mangels Anfechtung im Berufungsverfahren im Umfang der Stattgebung des Feststellungsbegehrens für den Zeitraum vom 24. 5. 2020 bis 31. 7. 2020 in Rechtskraft erwachsen ist. Die Entscheidung des Berufungsgerichts erwuchs wiederum mangels Anfechtung durch die Klägerin im Umfang der Abweisung des Feststellungsbegehrens für den Zeitraum vom 1. 2. 2021 bis 14. 3. 2021 unangefochten in Rechtskraft. Strittig im Revisionsverfahren ist daher noch die Feststellung der Rückersatzpflicht der Klägerin für den Zeitraum vom 1. 8. 2020 bis 31. 1. 2021 und der Ausspruch ihrer Verpflichtung zum Rückersatz des für den Zeitraum 1. 2. 2021 bis 14. 3. 2021 zu Unrecht empfangenen Kinderbetreuungsgeldes.

1. Zum Feststellungsbegehren für den Zeitraum 1. 8. 2020 bis 31. 1. 2021

[16] 1.1. Den Begriff der „Scheinkarenz“ definiert der Gesetzgeber in § 24 Abs 3 KBGG nicht. Bei einer „Scheinkarenz“ wird nach der vom Berufungsgericht beachteten Rechtsprechung die vorübergehende Unterbrechung der Tätigkeit zum Zweck der Kindererziehung nur vorgetäuscht, obwohl in Wahrheit von einer Beendigung der Tätigkeit auszugehen ist (10 ObS 130/18t; 10 ObS 64/23v Rz 23). Ob eine Täuschung in diesem Sinn vorliegt, kann immer nur nach den Umständen des Einzelfalls beurteilt werden (10 ObS 60/21b; siehe auch RS0014790 [T4]). Es kommt dazu maßgeblich darauf an, ob oder welche Absichten die Klägerin im Zeitpunkt der Inanspruchnahme einer Karenz nach § 15 MSchG oder im Zeitpunkt des Abschlusses einer Karenzierungsvereinbarung hatte (10 ObS 179/21b Rz 14; 10 ObS 130/18t Pkt 1.6). [16] 1.1. Den Begriff der „Scheinkarenz“ definiert der Gesetzgeber in Paragraph 24, Absatz 3, KBGG nicht. Bei einer „Scheinkarenz“ wird nach der vom Berufungsgericht beachteten Rechtsprechung die vorübergehende Unterbrechung der Tätigkeit zum Zweck der Kindererziehung nur vorgetäuscht, obwohl in Wahrheit von einer Beendigung der Tätigkeit auszugehen ist (10 ObS 130/18t; 10 ObS 64/23v Rz 23). Ob eine Täuschung in diesem Sinn vorliegt, kann immer nur nach den Umständen des Einzelfalls beurteilt werden (10 ObS 60/21b; siehe

auch RS0014790 [T4]). Es kommt dazu maßgeblich darauf an, ob oder welche Absichten die Klägerin im Zeitpunkt der Inanspruchnahme einer Karenz nach Paragraph 15, MSchG oder im Zeitpunkt des Abschlusses einer Karenzierungsvereinbarung hatte (10 ObS 179/21b Rz 14; 10 ObS 130/18t Pkt 1.6).

[17] 1.2. Die Revisionswerberin führt aus, dass der Klägerin ein Rückkehrwillen in dasselbe Dienstverhältnis spätestens am 2. 7. 2020, anlässlich der Vereinbarung dessen einvernehmlicher Auflösung, gefehlt habe. Ab diesem Zeitpunkt liege eine Scheinkarenz vor. Bei dieser handle es sich nicht um eine „Voll-Scheinkarenz“, bei der der Rückkehrwille von Anfang an fehle, sondern um eine „Teil-Scheinkarenz“, bei der der Rückkehrwille erst zu einem späteren Zeitpunkt fehle. Da es auf den Willen zur Rückkehr in dasselbe Arbeitsverhältnis ankomme, habe der Rückkehrwille bei der Klägerin spätestens ab der Vereinbarung dessen einvernehmlicher Auflösung gefehlt.

[18] 1.3. Mit diesen Ausführungen übergeht die Revisionswerberin – worauf das Berufungsgericht hingewiesen hat –, dass es sich bei der gesetzlichen Karenz nach den §§ 15 ff MSchG um einen gesetzlichen Anspruch der Arbeitnehmerin handelt. Das entsprechende Verlangen nach § 15 MSchG ist ein einseitiges Gestaltungsrecht der Arbeitnehmerin (9 ObA 99/17z Pkt 6.; 8 ObA 115/20z Rz 6; jeweils mwN). Es modifiziert für die Zeit der Karenz das Arbeitsverhältnis insofern, als es zwar aufrecht bleibt, aber die beiden Hauptleistungspflichten – die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers und die Entgeltzahlungspflicht des Arbeitgebers – ruhen. Ebenso unterscheidet auch der Gesetzgeber die gesetzliche Karenz, die ausschließlich gleichstellungsfähig im Sinn des § 24 Abs 2 KBGG ist, von anderen privatrechtlichen Vereinbarungen über Freistellungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern. In den Gesetzesmaterialien zur Schaffung des § 24 Abs 3 KBGG mit dem BGBl I 2016/53 führt er in Übereinstimmung mit der gesetzlichen Konstruktion der Karenz nach den §§ 15 ff MSchG als Gestaltungsrecht aus, dass „die Inanspruchnahme einer Karenz zum Schein (Scheinkarenz)“ keine der Erwerbsausübung gleichgestellte Zeit ist (ErläutRV 1110 BlgNR 25. GP 11). [18] 1.3. Mit diesen Ausführungen übergeht die Revisionswerberin – worauf das Berufungsgericht hingewiesen hat –, dass es sich bei der gesetzlichen Karenz nach den Paragraphen 15, ff MSchG um einen gesetzlichen Anspruch der Arbeitnehmerin handelt. Das entsprechende Verlangen nach Paragraph 15, MSchG ist ein einseitiges Gestaltungsrecht der Arbeitnehmerin (9 ObA 99/17z Pkt 6.; 8 ObA 115/20z Rz 6; jeweils mwN). Es modifiziert für die Zeit der Karenz das Arbeitsverhältnis insofern, als es zwar aufrecht bleibt, aber die beiden Hauptleistungspflichten – die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers und die Entgeltzahlungspflicht des Arbeitgebers – ruhen. Ebenso unterscheidet auch der Gesetzgeber die gesetzliche Karenz, die ausschließlich gleichstellungsfähig im Sinn des Paragraph 24, Absatz 2, KBGG ist, von anderen privatrechtlichen Vereinbarungen über Freistellungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern. In den Gesetzesmaterialien zur Schaffung des Paragraph 24, Absatz 3, KBGG mit dem BGBl I 2016/53 führt er in Übereinstimmung mit der gesetzlichen Konstruktion der Karenz nach den Paragraphen 15, ff MSchG als Gestaltungsrecht aus, dass „die Inanspruchnahme einer Karenz zum Schein (Scheinkarenz)“ keine der Erwerbsausübung gleichgestellte Zeit ist (ErläutRV 1110 BlgNR 25. Gesetzgebungsperiode 11, ).

[19] 1.4. Dass die Karenz von der Klägerin nicht zum Schein in Anspruch genommen wurde, steht im vorliegenden Fall fest. Die Revisionswerberin stellt auch nicht in Frage, dass die Klägerin im Zeitpunkt des Abschlusses der Karenzvereinbarung am 22. 4. 2020 den Willen hatte, ihre Arbeit beim Arbeitgeber nach Ende der vereinbarten Karenz wieder aufzunehmen. Ebenso steht fest, dass die Klägerin erst zu einem späteren Zeitpunkt erfuhr, dass ihr Arbeitgeber den österreichischen Arbeitsmarkt verlassen will. Aus dem bloßen Umstand, dass die Klägerin ihr Arbeitsverhältnis zu einem späteren Zeitpunkt einvernehmlich auflöste – wozu sie unter den Voraussetzungen des § 10 Abs 7 MSchG (iVm § 15 Abs 4 MSchG) berechtigt ist (vgl ebenso bereits zum Austritt aus Anlass der Geburt eines Kindes bis spätestens drei Monate vor Ende der Karenz, § 15r Z 3 MSchG; 10 ObS 51/17y Pkt 4.3) – folgt nicht, dass sie die Karenz zum maßgeblichen Zeitpunkt der Geltendmachung dieses Anspruchs nur zum Schein in Anspruch genommen hat; dies behauptet die Beklagte auch nicht. Darauf, dass die Klägerin im Zeitpunkt der einvernehmlichen Auflösung keinen „Rückkehrwillen“ in das Arbeitsverhältnis mehr gehabt haben mag, kommt es aus den dargestellten Gründen nicht an. Zutreffend hat das Berufungsgericht daher das Vorliegen einer Scheinkarenz verneint und dem Feststellungsbegehren (auch) für den Zeitraum ab 1. 8. 2020 stattgegeben. [19] 1.4. Dass die Karenz von der Klägerin nicht zum Schein in Anspruch genommen wurde, steht im vorliegenden Fall fest. Die Revisionswerberin stellt auch nicht in Frage, dass die Klägerin im Zeitpunkt des Abschlusses der Karenzvereinbarung am 22. 4. 2020 den Willen hatte, ihre Arbeit beim Arbeitgeber nach Ende der vereinbarten Karenz wieder aufzunehmen. Ebenso steht fest, dass die Klägerin erst zu einem späteren Zeitpunkt erfuhr, dass ihr Arbeitgeber den österreichischen Arbeitsmarkt verlassen will. Aus dem bloßen Umstand, dass die Klägerin ihr Arbeitsverhältnis zu einem späteren Zeitpunkt einvernehmlich

auflöste – wozu sie unter den Voraussetzungen des Paragraph 10, Absatz 7, MSchG in Verbindung mit Paragraph 15, Absatz 4, MSchG) berechtigt ist vergleiche ebenso bereits zum Austritt aus Anlass der Geburt eines Kindes bis spätestens drei Monate vor Ende der Karenz, Paragraph 15 r, Ziffer 3, MSchG; 10 ObS 51/17y Pkt 4.3) – folgt nicht, dass sie die Karenz zum maßgeblichen Zeitpunkt der Geltendmachung dieses Anspruchs nur zum Schein in Anspruch genommen hat; dies behauptet die Beklagte auch nicht. Darauf, dass die Klägerin im Zeitpunkt der einvernehmlichen Auflösung keinen „Rückkehrwillen“ in das Arbeitsverhältnis mehr gehabt haben mag, kommt es aus den dargestellten Gründen nicht an. Zutreffend hat das Berufungsgericht daher das Vorliegen einer Scheinkarenz verneint und dem Feststellungsbegehren (auch) für den Zeitraum ab 1. 8. 2020 stattgegeben.

2. Zur Auferlegung des Rückersatzes nach § 89 Abs 4 ASGG. 2. Zur Auferlegung des Rückersatzes nach Paragraph 89, Absatz 4, ASGG

[20] 2.1. Nach § 65 Abs 1 Z 2 ASGG sind Rechtsstreitigkeiten über den Rückersatz einer zu Unrecht erbrachten Versicherungsleistung oder eines zu Unrecht erbrachten Pflegegeldes Sozialrechtssachen. Von § 65 Abs 1 Z 2 ASGG sind auch Streitigkeiten über den Rückersatz von Kinderbetreuungsgeld erfasst (Klammerverweis auf Z 8; vgl Neumayr in Neumayr/Reissner, ZellKomm<sup>3</sup> § 65 Rz 13). Der Rückersatzwerber hat einen Bescheid zu erlassen, den der Gegner mit Klage bekämpfen kann (Neumayr in Neumayr/Reissner, ZellKomm<sup>3</sup> § 65 Rz 14). Das Klagebegehren hat auf Feststellung zu lauten, dass die Pflicht zum Rückersatz nicht besteht (RS0084315; vgl RS0109892; Neumayr in Neumayr/Reissner, ZellKomm<sup>3</sup> § 65 Rz 15). [20] 2.1. Nach Paragraph 65, Absatz eins, Ziffer 2, ASGG sind Rechtsstreitigkeiten über den Rückersatz einer zu Unrecht erbrachten Versicherungsleistung oder eines zu Unrecht erbrachten Pflegegeldes Sozialrechtssachen. Von Paragraph 65, Absatz eins, Ziffer 2, ASGG sind auch Streitigkeiten über den Rückersatz von Kinderbetreuungsgeld erfasst (Klammerverweis auf Ziffer 8; vergleiche Neumayr in Neumayr/Reissner, ZellKomm<sup>3</sup> Paragraph 65, Rz 13). Der Rückersatzwerber hat einen Bescheid zu erlassen, den der Gegner mit Klage bekämpfen kann (Neumayr in Neumayr/Reissner, ZellKomm<sup>3</sup> Paragraph 65, Rz 14). Das Klagebegehren hat auf Feststellung zu lauten, dass die Pflicht zum Rückersatz nicht besteht (RS0084315; vergleiche RS0109892; Neumayr in Neumayr/Reissner, ZellKomm<sup>3</sup> Paragraph 65, Rz 15).

[21] Nach § 71 Abs 1 ASGG tritt der Bescheid hinsichtlich des von der Klage betroffenen Anspruchs durch die Klageerhebung außer Kraft (vgl RS0085721 [T1]). Aus diesem Grund ist die Anordnung des § 89 Abs 4 ASGG notwendig (Fink, Die sukzessive Zuständigkeit im Verfahren in Sozialrechtssachen [1992] 536; vgl M. K. Greifeneder, Kognitionsbefugnis in Rückersatzfragen verfassungswidrig – zugleich ein Vorschlag zur Neugestaltung, JAS 2021, 195 [206]): Das Sozialgericht hat daher im Fall der Abweisung der negativen Feststellungsklage – wenn also der Rückersatzanspruch materiell zu Recht besteht – unter einem einen Rückzahlungsausspruch zu treffen. [21] Nach Paragraph 71, Absatz eins, ASGG tritt der Bescheid hinsichtlich des von der Klage betroffenen Anspruchs durch die Klageerhebung außer Kraft (vergleiche RS0085721 [T1]). Aus diesem Grund ist die Anordnung des Paragraph 89, Absatz 4, ASGG notwendig (Fink, Die sukzessive Zuständigkeit im Verfahren in Sozialrechtssachen [1992] 536; vergleiche M. K. Greifeneder, Kognitionsbefugnis in Rückersatzfragen verfassungswidrig – zugleich ein Vorschlag zur Neugestaltung, JAS 2021, 195 [206]): Das Sozialgericht hat daher im Fall der Abweisung der negativen Feststellungsklage – wenn also der Rückersatzanspruch materiell zu Recht besteht – unter einem einen Rückzahlungsausspruch zu treffen.

[22] 2.2. § 89 Abs 4 ASGG idF vor der mit BGBl I 2021/21 kundgemachten Aufhebung einer Wortfolge in Satz 1 dieser Bestimmung lautete: [22] 2.2. Paragraph 89, Absatz 4, ASGG in der Fassung vor der mit BGBl I 2021/21 kundgemachten Aufhebung einer Wortfolge in Satz 1 dieser Bestimmung lautete:

„Wird in einer Rechtsstreitigkeit nach § 65 Abs 1 Z 2 oder über die Kostenersatzpflicht des Versicherten nach § 65 Abs 1 Z 5 die Klage abgewiesen, weil eine Rückersatz- oder Kostenersatzpflicht des Klägers besteht, so ist ihm unter einem der Rück(Kosten)ersatz an den Beklagten aufzuerlegen. Hierbei ist die Leistungsfrist unter Berücksichtigung der Familien-, Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Klägers nach Billigkeit zu bestimmen; insoweit kann das Gericht die Zahlung auch in Raten anordnen.“ „Wird in einer Rechtsstreitigkeit nach Paragraph 65, Absatz eins, Ziffer 2, oder über die Kostenersatzpflicht des Versicherten nach Paragraph 65, Absatz eins, Ziffer 5, die Klage abgewiesen, weil eine Rückersatz- oder Kostenersatzpflicht des Klägers besteht, so ist ihm unter einem der Rück(Kosten)ersatz an den Beklagten aufzuerlegen. Hierbei ist die Leistungsfrist unter Berücksichtigung der Familien-, Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Klägers nach Billigkeit zu bestimmen; insoweit kann das Gericht die Zahlung auch in Raten anordnen.“

[23] 2.3. Mit Erkenntnis G 264/2019 vom 11. 12. 2020 hob der Verfassungsgerichtshof über einen Normenkontrollantrag nach § 140 Abs 1 Z 1 lit d B-VG die Wortfolgen „nach § 65 Abs 1 Z 2 oder“ sowie „Rückersatz- oder“ und „Rück(“ sowie das Zeichen „)“ in § 89 Abs 4 ASGG mit Ablauf des 31. 12. 2021 auf und sprach aus, dass frühere gesetzliche Bestimmungen nicht in Kraft treten. [23] 2.3. Mit Erkenntnis G 264 aus 2019, vom 11. 12. 2020 hob der Verfassungsgerichtshof über einen Normenkontrollantrag nach Paragraph 140, Absatz eins, Ziffer eins, Litera d, B-VG die Wortfolgen „nach Paragraph 65, Absatz eins, Ziffer 2, oder“ sowie „Rückersatz- oder“ und „Rück(“ sowie das Zeichen „)“ in Paragraph 89, Absatz 4, ASGG mit Ablauf des 31. 12. 2021 auf und sprach aus, dass frühere gesetzliche Bestimmungen nicht in Kraft treten.

[ 2 4 ] § 89 Abs 4 ASGG in der Fassung der mit BGBl I 2021/21 kundgemachten Aufhebung durch den Verfassungsgerichtshof lautet: [24] Paragraph 89, Absatz 4, ASGG in der Fassung der mit BGBl I 2021/21 kundgemachten Aufhebung durch den Verfassungsgerichtshof lautet:

„Wird in einer Rechtsstreitigkeit über die Kostenersatzpflicht des Versicherten nach § 65 Abs 1 Z 5 die Klage abgewiesen, weil eine Kostenersatzpflicht des Klägers besteht, so ist ihm unter einem der Kostenersatz an den Beklagten aufzuerlegen. Hierbei ist die Leistungsfrist unter Berücksichtigung der Familien-, Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Klägers nach Billigkeit zu bestimmen; insoweit kann das Gericht die Zahlung auch in Raten anordnen.“ „Wird in einer Rechtsstreitigkeit über die Kostenersatzpflicht des Versicherten nach Paragraph 65, Absatz eins, Ziffer 5, die Klage abgewiesen, weil eine Kostenersatzpflicht des Klägers besteht, so ist ihm unter einem der Kostenersatz an den Beklagten aufzuerlegen. Hierbei ist die Leistungsfrist unter Berücksichtigung der Familien-, Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Klägers nach Billigkeit zu bestimmen; insoweit kann das Gericht die Zahlung auch in Raten anordnen.“

[25] 2.4. Der Verfassungsgerichtshof trug mit seiner Entscheidung den geltend gemachten Bedenken betreffend die fehlende Kognitionsbefugnis der Sozialgerichte im Hinblick auf die Möglichkeit der gänzlichen oder teilweisen Nachsicht von der Rückersatzpflicht in Rechtsstreitigkeiten nach § 65 Abs 1 Z 2 ASGG, wie sie im Anlassfall vorlag, Rechnung: [25] 2.4. Der Verfassungsgerichtshof trug mit seiner Entscheidung den geltend gemachten Bedenken betreffend die fehlende Kognitionsbefugnis der Sozialgerichte im Hinblick auf die Möglichkeit der gänzlichen oder teilweisen Nachsicht von der Rückersatzpflicht in Rechtsstreitigkeiten nach Paragraph 65, Absatz eins, Ziffer 2, ASGG, wie sie im Anlassfall vorlag, Rechnung:

[26] Während nämlich dem Sozialversicherungsträger nach (in casu) § 76 Abs 3 GSVG (ebenso § 107 Abs 3 ASVG, § 72 Abs 3 BSVG, § 49 Abs 3 B-KUVG; § 40 Abs 3 NVG 2020) bei Vorliegen berücksichtigungswürdiger Umstände sowohl die Befugnis zur Gewährung von Raten als auch die Befugnis, auf die Rückforderung ganz oder zum Teil zu verzichten, eingeräumt ist, war den Sozialgerichten nach § 89 Abs 4 ASGG nur die Möglichkeit der Ratengewährung eingeräumt, nicht hingegen die Möglichkeit, die gänzliche oder teilweise Nachsicht von der Rückersatzpflicht zu gewähren (RS0085706). [26] Während nämlich dem Sozialversicherungsträger nach (in casu) Paragraph 76, Absatz 3, GSVG (ebenso Paragraph 107, Absatz 3, ASVG, Paragraph 72, Absatz 3, BSVG, Paragraph 49, Absatz 3, B-KUVG; Paragraph 40, Absatz 3, NVG 2020) bei Vorliegen berücksichtigungswürdiger Umstände sowohl die Befugnis zur Gewährung von Raten als auch die Befugnis, auf die Rückforderung ganz oder zum Teil zu verzichten, eingeräumt ist, war den Sozialgerichten nach Paragraph 89, Absatz 4, ASGG nur die Möglichkeit der Ratengewährung eingeräumt, nicht hingegen die Möglichkeit, die gänzliche oder teilweise Nachsicht von der Rückersatzpflicht zu gewähren (RS0085706).

[27] Der Verfassungsgerichtshof führte aus, die verfassungsmäßige Ausgestaltung der sukzessiven Kompetenz in Rückforderungsangelegenheiten setze voraus, dass den ordentlichen Gerichten auch die Kognition über den gänzlichen oder teilweisen Verzicht auf die Rückforderung zustehe (G 264/2019 ErwGr 2.2.4.3.). Diesen Anforderungen genüge § 89 Abs 4 ASGG nicht, weil er dem Arbeits- und Sozialgericht nur eine vollumfängliche Auferlegung der Rückersatzpflicht oder die vollumfängliche Verneinung dieser einräume, ohne die Rückersatzpflicht bei Vorliegen berücksichtigungswürdiger Umstände in einer der Vorgangsweise der Sozialversicherungsträger entsprechenden Weise mindern zu können. Darin erkannte er einen Widerspruch zum Rechtsstaatsprinzip (G 264/2019 ErwGr 2.2.4.4. f). [27] Der Verfassungsgerichtshof führte aus, die verfassungsmäßige Ausgestaltung der sukzessiven Kompetenz in Rückforderungsangelegenheiten setze voraus, dass den ordentlichen Gerichten auch die Kognition über den gänzlichen oder teilweisen Verzicht auf die Rückforderung zustehe (G 264 aus 2019, ErwGr 2.2.4.3.). Diesen Anforderungen genüge Paragraph 89, Absatz 4, ASGG nicht, weil er dem Arbeits- und Sozialgericht nur eine vollumfängliche Auferlegung der Rückersatzpflicht oder die vollumfängliche Verneinung dieser einräume, ohne die

Rückersatzpflicht bei Vorliegen berücksichtigungswürdiger Umstände in einer der Vorgangsweise der Sozialversicherungsträger entsprechenden Weise mindern zu können. Darin erkannte er einen Widerspruch zum Rechtsstaatsprinzip (G 264 aus 2019, ErwGr 2.2.4.4. f).

[28] Diesen Bedenken trug er durch die Aufhebung der genannten Wortfolgen Rechnung, weil dadurch ein Rechtszustand, gegen den die im Antrag dargelegten Bedenken nicht bestünden, hergestellt werde (G 264/2019 ErwGr 2.2.4.5.). [28] Diesen Bedenken trug er durch die Aufhebung der genannten Wortfolgen Rechnung, weil dadurch ein Rechtszustand, gegen den die im Antrag dargelegten Bedenken nicht bestünden, hergestellt werde (G 264 aus 2019, ErwGr 2.2.4.5.).

[29] 2.5. Die Aufhebung bewirkt, dass Rechtsstreitigkeiten nach § 65 Abs 1 Z 2 ASGG nicht mehr von den zuvor auch für Rückersatzstreitigkeiten in § 89 Abs 4 ASGG normierten Anordnungen erfasst sind. Durch die Aufhebung ist die zuvor in § 89 Abs 4 ASGG festgeschriebene Verpflichtung des Gerichts, in Rückforderungsstreitigkeiten nach § 65 Abs 1 Z 2 ASGG im Fall des (materiellen) Bestehens des Anspruchs des Versicherungsträgers auf Rückersatz einer (Versicherungs-)Leistung dem Gegner den Ersatz aufzuerlegen, also einen Leistungsbefehl zugunsten des Sozialversicherungsträgers zu schaffen, entfallen. Durch die Aufhebung wurde ein Rechtszustand geschaffen, nach dem die vom Beschwerdeführer vor dem Verfassungsgerichtshof relevierten Bedenken insofern nicht mehr bestehen, als der Kläger in einer Rechtsstreitigkeit nach § 65 Abs 1 Z 2 ASGG nicht mehr damit konfrontiert ist, dass ihm von einem mit unzureichender Kognitionsbefugnis ausgestatteten Gericht eine Rückersatzpflicht auferlegt werden kann.

[29] 2.5. Die Aufhebung bewirkt, dass Rechtsstreitigkeiten nach Paragraph 65, Absatz eins, Ziffer 2, ASGG nicht mehr von den zuvor auch für Rückersatzstreitigkeiten in Paragraph 89, Absatz 4, ASGG normierten Anordnungen erfasst sind. Durch die Aufhebung ist die zuvor in Paragraph 89, Absatz 4, ASGG festgeschriebene Verpflichtung des Gerichts, in Rückforderungsstreitigkeiten nach Paragraph 65, Absatz eins, Ziffer 2, ASGG im Fall des (materiellen) Bestehens des Anspruchs des Versicherungsträgers auf Rückersatz einer (Versicherungs-)Leistung dem Gegner den Ersatz aufzuerlegen, also einen Leistungsbefehl zugunsten des Sozialversicherungsträgers zu schaffen, entfallen. Durch die Aufhebung wurde ein Rechtszustand geschaffen, nach dem die vom Beschwerdeführer vor dem Verfassungsgerichtshof relevierten Bedenken insofern nicht mehr bestehen, als der Kläger in einer Rechtsstreitigkeit nach Paragraph 65, Absatz eins, Ziffer 2, ASGG nicht mehr damit konfrontiert ist, dass ihm von einem mit unzureichender Kognitionsbefugnis ausgestatteten Gericht eine Rückersatzpflicht auferlegt werden kann.

[30] 2.6. Dass es nicht sachgerecht ist, wenn der Rückforderungsanspruch im Gerichtsverfahren geprüft und als materiell berechtigt erkannt wird, gleichzeitig jedoch eine Rechtsgrundlage für die Auferlegung der Rückersatzpflicht im Urteil fehlt, liegt auf der Hand (vgl nur M. K. Greifeneder, JAS 2021, 195 [206]; siehe unten ErwGr 3.3.2.). [30] 2.6. Dass es nicht sachgerecht ist, wenn der Rückforderungsanspruch im Gerichtsverfahren geprüft und als materiell berechtigt erkannt wird, gleichzeitig jedoch eine Rechtsgrundlage für die Auferlegung der Rückersatzpflicht im Urteil fehlt, liegt auf der Hand vergleiche nur M. K. Greifeneder, JAS 2021, 195 [206]; siehe unten ErwGr 3.3.2.).

[31] Diese Erwägung führt allerdings nicht zum Schluss, der Verfassungsgerichtshof sei von einer aus einer anderen Rechtsgrundlage als § 89 Abs 4 ASGG zu entnehmenden Befugnis des Sozialgerichts zur Schaffung eines Exekutionstitels ausgegangen (vgl dazu Sonntag, Zur Aufhebung des § 89 Abs 4 ASGG durch den VfGH, in FS Neumayr 2972 [2976], wonach der VfGH davon ausgehe, das Gericht habe § 76 GSVG anzuwenden). Dem Verfassungsgerichtshof kann zum Einen nicht unterstellt werden, er halte (ohne diesbezügliche eindeutige Ausführungen) § 76 GSVG bzw die in Punkt 2.4. genannten Parallelnormen, die sich nach ihrem Wortlaut nur an die Sozialversicherungsträger richten, auch für die Gerichte maßgeblich. Zum Anderen ordnete er gemäß Art 140 Abs 5 B-VG das Inkrafttreten seiner Aufhebung mehr als ein Jahr nach seinem Erkenntnis an: Die Möglichkeit der Einräumung einer solchen Frist dient gerade dem Zweck, eine Neuregelung zu ermöglichen, wenn das sofortige Außerkrafttreten einer Regelung wegen der dadurch bewirkten Rechtslücke größere Nachteile mit sich brächte als die übergangsweise Beibehaltung der für verfassungswidrig erkannten Regelung (Rohregger/Pechhacker in Korinek/Holoubek et al, Bundesverfassungsrecht [19. Lfg 2024] Art 140 B-VG Rz 343). Die Einräumung der Frist nach Art 140 Abs 5 B-VG bestätigt insofern den Befund, dass der durch die bloße Aufhebung entstehende Rechtszustand nicht wünschenswert ist. [31] Diese Erwägung führt allerdings nicht zum Schluss, der Verfassungsgerichtshof sei von einer aus einer anderen Rechtsgrundlage als Paragraph 89, Absatz 4, ASGG zu entnehmenden Befugnis des Sozialgerichts zur Schaffung eines Exekutionstitels ausgegangen vergleiche dazu Sonntag, Zur Aufhebung des Paragraph 89, Absatz 4, ASGG durch den VfGH, in FS Neumayr 2972 [2976], wonach der VfGH davon ausgehe, das Gericht habe Paragraph 76, GSVG anzuwenden). Dem

Verfassungsgerichtshof kann zum Einen nicht unterstellt werden, er halte (ohne diesbezügliche eindeutige Ausführungen) Paragraph 76, GSVG bzw die in Punkt 2.4. genannten Parallelnormen, die sich nach ihrem Wortlaut nur an die Sozialversicherungsträger richten, auch für die Gerichte maßgeblich. Zum Anderen ordnete er gemäß Artikel 140, Absatz 5, B-VG das Inkrafttreten seiner Aufhebung mehr als ein Jahr nach seinem Erkenntnis an: Die Möglichkeit der Einräumung einer solchen Frist dient gerade dem Zweck, eine Neuregelung zu ermöglichen, wenn das sofortige Außerkrafttreten einer Regelung wegen der dadurch bewirkten Rechtslücke größere Nachteile mit sich brächte als die übergangsweise Beibehaltung der für verfassungswidrig erkannten Regelung (Rohregger/Pechhacker in Korinek/Holoubek et al, Bundesverfassungsrecht [19. Lfg 2024] Artikel 140, B-VG Rz 343). Die Einräumung der Frist nach Artikel 140, Absatz 5, B-VG bestätigt insofern den Befund, dass der durch die bloße Aufhebung entstehende Rechtszustand nicht wünschenswert ist.

[32] 2.7. Der Gesetzgeber reagierte auf die Aufhebung mit einer Änderung des § 89 Abs 4 ASGG im Zuge der Zivilverfahrens-Novelle 2022 (ZVN 2022, BGBl I 2022/61): [32] 2.7. Der Gesetzgeber reagierte auf die Aufhebung mit einer Änderung des Paragraph 89, Absatz 4, ASGG im Zuge der Zivilverfahrens-Novelle 2022 (ZVN 2022, BGBl I 2022/61):

[33] § 89 Abs 4 wurde durch die neu gefassten Absätze 4 (betreffend die Rückersatzpflicht) und 5 (betreffend die im vorliegenden Fall nicht gegenständliche Kostenersatzpflicht des Versicherten) ersetzt. [33] Paragraph 89, Absatz 4, wurde durch die neu gefassten Absätze 4 (betreffend die Rückersatzpflicht) und 5 (betreffend die im vorliegenden Fall nicht gegenständliche Kostenersatzpflicht des Versicherten) ersetzt.

[34] § 89 Abs 4 ASGG idF ZVN 2022 lautet: [34] Paragraph 89, Absatz 4, ASGG in der Fassung ZVN 2022 lautet:

„Wird in einer Rechtsstreitigkeit nach § 65 Abs 1 Z 2 die Klage abgewiesen, weil eine Rückersatzpflicht des Klägers besteht, so ist ihm unter einem der Rückersatz an den Beklagten aufzuerlegen. Das Gericht kann jedoch bei Vorliegen berücksichtigungswürdiger Umstände, insbesondere unter Berücksichtigung der Familien-, Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Klägers, die Erstattung des zu Unrecht gezahlten Betrages in Teilbeträgen anordnen oder die Rückersatzpflicht zum Teil oder zur Gänze entfallen lassen.“ „Wird in einer Rechtsstreitigkeit nach Paragraph 65, Absatz eins, Ziffer 2, die Klage abgewiesen, weil eine Rückersatzpflicht des Klägers besteht, so ist ihm unter einem der Rückersatz an den Beklagten aufzuerlegen. Das Gericht kann jedoch bei Vorliegen berücksichtigungswürdiger Umstände, insbesondere unter Berücksichtigung der Familien-, Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Klägers, die Erstattung des zu Unrecht gezahlten Betrages in Teilbeträgen anordnen oder die Rückersatzpflicht zum Teil oder zur Gänze entfallen lassen.“

### 3. Zum Übergangsrecht

#### 3.1. Keine Anwendung der aufgehobenen Bestimmung auf den vorliegenden Fall

[35] 3.1.1. Art 140 Abs 7 B-VG ordnet die Bindung aller Gerichte und Verwaltungsbehörden an die Aufhebung eines Gesetzes wegen Verfassungswidrigkeit an. Nach Satz 2 dieser Bestimmung ist jedoch das Gesetz auf die vor der Aufhebung verwirklichten Tatbestände mit Ausnahme des Anlassfalls (ein solcher liegt im vorliegenden Fall nicht vor) weiterhin anzuwenden, sofern der Verfassungsgerichtshof nicht in seinem aufhebenden Erkenntnis anderes ausspricht. [35] 3.1.1. Artikel 140, Absatz 7, B-VG ordnet die Bindung aller Gerichte und Verwaltungsbehörden an die Aufhebung eines Gesetzes wegen Verfassungswidrigkeit an. Nach Satz 2 dieser Bestimmung ist jedoch das Gesetz auf die vor der Aufhebung verwirklichten Tatbestände mit Ausnahme des Anlassfalls (ein solcher liegt im vorliegenden Fall nicht vor) weiterhin anzuwenden, sofern der Verfassungsgerichtshof nicht in seinem aufhebenden Erkenntnis anderes ausspricht.

[36] Maßgeblich für die weitere Anwendung der aufgehobenen Bestimmung ist, dass sich der Sachverhalt vor der Aufhebung verwirklicht hat (Rohregger/Pechhacker in Korinek/Holoubek et al, Bundesverfassungsrecht Art 140 B-VG Rz 363). Ein „verwirklichter“ Tatbestand in diesem Sinn liegt vor, wenn ein noch vor dem Zeitpunkt, in dem die Sache selbst entschieden werden soll, verwirklichter, unveränderter Sachverhalt vorliegt, der den Tatbestand einer vom Verfassungsgerichtshof aufgehobenen Rechtsvorschrift erfüllt (Schäffer/Kneihs in Kneihs/Lienbacher, Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht [18. Lfg 2017] Art 140 B-VG Rz 90). [36] Maßgeblich für die weitere Anwendung der aufgehobenen Bestimmung ist, dass sich der Sachverhalt vor der Aufhebung verwirklicht hat (Rohregger/Pechhacker in Korinek/Holoubek et al, Bundesverfassungsrecht Artikel 140, B-VG Rz 363). Ein „verwirklichter“ Tatbestand in diesem Sinn liegt vor, wenn ein noch vor dem Zeitpunkt, in dem die Sache selbst

entschieden werden soll, verwirklichter, unveränderter Sachverhalt vorliegt, der den Tatbestand einer vom Verfassungsgerichtshof aufgehobenen Rechtsvorschrift erfüllt (Schäffer/Kneihs in Kneihs/Lienbacher, Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht [18. Lfg 2017] Artikel 140, B-VG Rz 90).

[37] 3.1.2. Im Zusammenhang mit der gegenständlichen Aufhebung einer Wortfolge in § 89 Abs 4 ASGG besteht der Sachverhalt, der den Tatbestand der aufgehobenen Rechtsvorschrift erfüllt, darin, dass in Rechtssachen nach § 65 Abs 1 Z 2 ASGG die Klage abgewiesen wird, weil eine Rückersatzpflicht des Klägers besteht (vgl. Sonntag in FS Neumayr 2973 [2977]). [37] 3.1.2. Im Zusammenhang mit der gegenständlichen Aufhebung einer Wortfolge in Paragraph 89, Absatz 4, ASGG besteht der Sachverhalt, der den Tatbestand der aufgehobenen Rechtsvorschrift erfüllt, darin, dass in Rechtssachen nach Paragraph 65, Absatz eins, Ziffer 2, ASGG die Klage abgewiesen wird, weil eine Rückersatzpflicht des Klägers besteht (vergleiche Sonntag in FS Neumayr 2973 [2977]).

[38] 3.1.3. Im vorliegenden Fall wurde zwar die Klage am 6. 12. 2021, also vor dem Inkrafttreten der vom Verfassungsgerichtshof ausgesprochenen Aufhebung mit Ablauf des 31. 12. 2021, eingebracht. Die Abweisung der Klage erfolgte aber erst am 13. 7. 2022. Zu diesem Zeitpunkt war die Aufhebung, die nach dem Ausspruch des Verfassungsgerichtshofs mit Ablauf des 31. 12. 2021 in Kraft trat, bereits nach Art 140 Abs 7 B-VG für die Gerichte bindend. Die vor dem Erkenntnis G 264/2019 geltende Fassung des § 89 Abs 4 ASGG war daher im vorliegenden Rechtsstreit vom Erstgericht nicht mehr anzuwenden. [38] 3.1.3. Im vorliegenden Fall wurde zwar die Klage am 6. 12. 2021, also vor dem Inkrafttreten der vom Verfassungsgerichtshof ausgesprochenen Aufhebung mit Ablauf des 31. 12. 2021, eingebracht. Die Abweisung der Klage erfolgte aber erst am 13. 7. 2022. Zu diesem Zeitpunkt war die Aufhebung, die nach dem Ausspruch des Verfassungsgerichtshofs mit Ablauf des 31. 12. 2021 in Kraft trat, bereits nach Artikel 140, Absatz 7, B-VG für die Gerichte bindend. Die vor dem Erkenntnis G 264 aus 2019, geltende Fassung des Paragraph 89, Absatz 4, ASGG war daher im vorliegenden Rechtsstreit vom Erstgericht nicht mehr anzuwenden.

3.2. Gesetzgeberisches Konzept des Übergangsrechts zu § 89 Abs 4 ASGG idF BGBl I 2022/61 (ZVN 2022) 3.2. Gesetzgeberisches Konzept des Übergangsrechts zu Paragraph 89, Absatz 4, ASGG in der Fassung BGBl I 2022/61 (ZVN 2022)

[39] 3.2.1. Nach der Übergangsbestimmung des § 98 Abs 31 ASGG in der Fassung der Regierungsvorlage zur Zivilverfahrensnovelle 2022 (ZVN 2022, BGBl I 2022/61) sollte die Neufassung des (hier interessierenden) Abs 4 des § 89 ASGG am 1. 1. 2022 in Kraft treten und auf Verfahren anzuwenden sein, in denen die Klage nach dem 31. 12. 2021 eingebracht wird (§ 98 Abs 31 ASGG idF der Regierungsvorlage 1291 BlgNR 27. GP 10). [39] 3.2.1. Nach der Übergangsbestimmung des Paragraph 98, Absatz 31, ASGG in der Fassung der Regierungsvorlage zur Zivilverfahrensnovelle 2022 (ZVN 2022, BGBl I 2022/61) sollte die Neufassung des (hier interessierenden) Absatz 4, des Paragraph 89, ASGG am 1. 1. 2022 in Kraft treten und auf Verfahren anzuwenden sein, in denen die Klage nach dem 31. 12. 2021 eingebracht wird (Paragraph 98, Absatz 31, ASGG in der Fassung der Regierungsvorlage 1291 BlgNR 27. Gesetzgebungsperiode 10, ).

[40] Die Neufassung wäre damit im unmittelbaren Anschluss an das Wirksamwerden der vom Verfassungsgerichtshof ausgesprochenen Aufhebung in Kraft getreten.

[41] 3.2.2. Die Materialien führen dazu aus, im ASGG werde eine Nachfolgeregelung für die vom Verfassungsgerichtshof aufgehobene Sonderbestimmung zu Verfahren über den Rückersatz von zu Unrecht empfangenen Versicherungsleistungen oder eines Pflegegeldes geschaffen und auch das KBGG und das FamZeitbG entsprechend angepasst (ErläutRV 1291 BlgNR 27. GP 3). [41] 3.2.2. Die Materialien führen dazu aus, im ASGG werde eine Nachfolgeregelung für die vom Verfassungsgerichtshof aufgehobene Sonderbestimmung zu Verfahren über den Rückersatz von zu Unrecht empfangenen Versicherungsleistungen oder eines Pflegegeldes geschaffen und auch das KBGG und das FamZeitbG entsprechend angepasst (ErläutRV 1291 BlgNR 27. Gesetzgebungsperiode 3, ).

[42] Zur Aufhebung durch den Verfassungsgerichtshof und den dadurch ausgelösten Regelungsbedarf ist festgehalten, dass Rückzahlungsbescheide der Sozialversicherungsträger über zu Unrecht bezogene Leistungen durch die Erhebung einer Klage außer Kraft und durch die Klageabweisung nicht wieder in Kraft treten. Die abgewiesene Klage beseitigt daher den Rückzahlungsausspruch auf Grund des Bescheids, weshalb im § 89 Abs 4 ASGG vorgesehen sei, dass das Sozialgericht einen Rückzahlungsausspruch treffen müsse. Weiters wird dargelegt, dass die Entscheidungskompetenz des Sozialgerichts nach der Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs auch die Kognition über den gänzlichen oder teilweisen Verzicht enthalten müsse. Im Folgenden wird ausgeführt: [42] Zur Aufhebung

durch den Verfassungsgerichtshof und den dadurch ausgelösten Regelungsbedarf ist festgehalten, dass Rückzahlungsbescheide der Sozialversicherungsträger über zu Unrecht bezogene Leistungen durch die Erhebung einer Klage außer Kraft und durch die Klageabweisung nicht wieder in Kraft treten. Die abgewiesene Klage beseitigt daher den Rückzahlungsausspruch auf Grund des Bescheids, weshalb im Paragraph 89, Absatz 4, ASGG vorgesehen sei, dass das Sozialgericht einen Rückzahlungsausspruch treffen müsse. Weiters wird dargelegt, dass die Entscheidungskompetenz des Sozialgerichts nach der Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs auch die Kognition über den gänzlichen oder teilweisen Verzicht enthalten müsse. Im Folgenden wird ausgeführt:

„Es soll daher eine Rechtsgrundlage für die Festlegung der Rückzahlungsverpflichtung durch die Sozialgerichte geschaffen werden, die diesen Anforderungen entspricht:

Ab 1. Jänner 2022 soll nach Abs 4 zweiter Satz aufgrund von Urteilen über Streitigkeiten nach § 65 Abs 1 Z 2 ASGG die festzulegende Rückzahlungsverpflichtung des unterlegenen Klägers bei Vorliegen berücksichtigungswürdiger Umstände auch zum Teil oder zur Gänze entfallen können [...]“ (ErläutRV 1291 BlgNR 27. GP 15). Ab 1. Jänner 2022 soll nach Absatz 4, zweiter Satz aufgrund von Urteilen über Streitigkeiten nach Paragraph 65, Absatz eins, Ziffer 2, ASGG die festzulegende Rückzahlungsverpflichtung des unterlegenen Klägers bei Vorliegen berücksichtigungswürdiger Umstände auch zum Teil oder zur Gänze entfallen können [...]“ (ErläutRV 1291 BlgNR 27. Gesetzgebungsperiode 15, ).

[43] 3.2.3. Aus der Nennung des Datums („Ab 1. Jänner 2022“) ist der Wille des Gesetzgebers ersichtlich, das zeitliche Übergangsrecht so zu gestalten, dass ohne zeitliche Lücke nach dem 31. 12. 2021 die Sozialgerichte verpflichtet sein sollten, in Fällen des materiellen Bestehens einer Rückersatzpflicht dem Leistungsempfänger im klageabweisenden Urteil den entsprechenden Rückersatz aufzuerlegen.

### 3.3. Geeignete Regelungstechnik zur Erreichung des gesetzgeberischen Ziels

[44] Verfahrensgesetze sind nach ständiger Rechtsprechung, sofern nicht ausdrücklich eine andere Regelung getroffen wurde, immer nach dem letzten Stand anzuwenden (RS0008733 [T1]).

[45] Aus diesem Grundsatz folgt, dass in Fällen, in denen das Gericht die negative Feststellungsklage abweist, weil die Rückersatzpflicht materiell zu Recht besteht, die Frage, ob das Gericht die Befugnis (und Verpflichtung) hat, neuerlich den Rückersatz aufzuerlegen, nach den im Zeitpunkt der Fällung der Entscheidung geltenden Verfahrensvorschriften zu entscheiden ist.

[46] Hätte sich die Übergangsvorschrift darauf beschränkt, das Inkrafttreten des § 89 Abs 4 idF der ZVN 2022 am 1. 1. 2022 anzuordnen, dann hätte der Gesetzgeber damit sein Ziel, trotz der Aufhebung durch den Verfassungsgerichtshof lückenlos eine Befugnis des Gerichts zur Auferlegung der Rückersatzpflicht zu schaffen, erreicht: Für Urteile, die bis einschließlich am 31. 12. 2021 erlassen wurden, ergibt sich diese Verpflichtung aus der weiterhin dem Rechtsbestand angehörenden „alten“ Fassung des § 89 Abs 4 ASGG, für ab dem 1. 1. 2022 erlassene Urteile hätte sie sich (sofern die Novelle tatsächlich am 1. 1. 2022 in Kraft getreten wäre) aus der ab diesem Tag geltenden novellierten Fassung der Bestimmung ergeben. [46] Hätte sich die Übergangsvorschrift darauf beschränkt, das Inkrafttreten des Paragraph 89, Absatz 4, in der Fassung der ZVN 2022 am 1. 1. 2022 anzuordnen, dann hätte der Gesetzgeber damit sein Ziel, trotz der Aufhebung durch den Verfassungsgerichtshof lückenlos eine Befugnis des Gerichts zur Auferlegung der Rückersatzpflicht zu schaffen, erreicht: Für Urteile, die bis einschließlich am 31. 12. 2021 erlassen wurden, ergibt sich diese Verpflichtung aus der weiterhin dem Rechtsbestand angehörenden „alten“ Fassung des Paragraph 89, Absatz 4, ASGG, für ab dem 1. 1. 2022 erlassene Urteile hätte sie sich (sofern die Novelle tatsächlich am 1. 1. 2022 in Kraft getreten wäre) aus der ab diesem Tag geltenden novellierten Fassung der Bestimmung ergeben.

[47] Es ist daher nicht nachvollziehbar, was den Gesetzgeber bewogen hat, die Anwendung des § 89 Abs 4 ASGG idF der ZVN 2022 vom Zeitpunkt der Klageeinbringung abhängig zu machen. Denn dadurch sind zeitliche „Lücken“, in denen eine Rechtsgrundlage für die Befugnis des Gerichts, den Rückersatz aufzuerlegen, fehlt, vorprogrammiert. [47] Es ist daher nicht nachvollziehbar, was den Gesetzgeber bewogen hat, die Anwendung des Paragraph 89, Absatz 4, ASGG in der Fassung der ZVN 2022 vom Zeitpunkt der Klageeinbringung abhängig zu machen. Denn dadurch sind zeitliche „Lücken“, in denen eine Rechtsgrundlage für die Befugnis des Gerichts, den Rückersatz aufzuerlegen, fehlt, vorprogrammiert.

### 3.4. Problematik des zeitlichen Übergangsrechts zu § 89 Abs 4 ASGG idF ZVN 2022

### 3.4. Problematik des zeitlichen Übergangsrechts zu Paragraph 89, Absatz 4, ASGG in der Fassung ZVN 2022

[48] 3.4.1. Stellt man für die Anwendung des novellierten § 89 Abs 4 ASGG auf die Klageeinbringung ab dem (geplant) 1. 1. 2022, also ab dem Tag des In-Kraft-Tretens der Neuregelung, ab, wäre das vom Gesetzgeber angestrebte Ziel, anschließend an die Aufhebung durch den Verfassungsgerichtshof ohne zeitliche Lücke eine neue Rechtsgrundlage für die Auferlegung des Rückersatzes durch die Sozialgerichte zur Verfügung zu stellen, nicht erreichbar. Zur Verwirklichung dieses Ziels bedürfte es einer Rechtsgrundlage, die die Auferlegung des Rückersatzes in ab dem 1. 1. 2022 gefällten Urteilen, unabhängig vom Zeitpunkt der Klageeinbringung, ermöglichte. [48] 3.4.1. Stellt man für die Anwendung des novellierten Paragraph 89, Absatz 4, ASGG auf die Klageeinbringung ab dem (geplant) 1. 1. 2022, also ab dem Tag des In-Kraft-Tretens der Neuregelung, ab, wäre das vom Gesetzgeber angestrebte Ziel, anschließend an die Aufhebung durch den Verfassungsgerichtshof ohne zeitliche Lücke eine neue Rechtsgrundlage für die Auferlegung des Rückersatzes durch die Sozialgerichte zur Verfügung zu stellen, nicht erreichbar. Zur Verwirklichung dieses Ziels bedürfte es einer Rechtsgrundlage, die die Auferlegung des Rückersatzes in ab dem 1. 1. 2022 gefällten Urteilen, unabhängig vom Zeitpunkt der Klageeinbringung, ermöglichte.

[49] Dazu kommt, dass § 89 Abs 4 und 5 ASGG in der Folge nicht, wie angestrebt, am 1. 1. 2022, sondern erst am 1. 5. 2022 in Kraft traten; sie sind nach dem Wortlaut des § 98 Abs 31 ASGG auf Verfahren anzuwenden, in denen die Klage nach dem 30. 4. 2022 eingebracht wird. [49] Dazu kommt, dass Paragraph 89, Absatz 4 und 5 ASGG in der Folge nicht, wie angestrebt, am 1. 1. 2022, sondern erst am 1. 5. 2022 in Kraft traten; sie sind nach dem Wortlaut des Paragraph 98, Absatz 31, ASGG auf Verfahren anzuwenden, in denen die Klage nach dem 30. 4. 2022 eingebracht wird.

[50] 3.4.2. Eine zeitliche Lücke in der Anwendbarkeit der gesetzlichen Verpflichtung zur Auferlegung des Rückersatzes führt zu dem offenkundig unsachlichen Ergebnis, dass der Leistungsempfänger durch die bloße Klageeinbringung und unabhängig vom materiellen Bestand des Rückforderungsanspruchs die Schaffung eines Rückforderungstitels verhindern könnte (vgl nur M. K. Greifeneder, JAS 2021, 195 [206]). Die Sozialgerichte müssten für Urteile, die aufgrund einer vor dem 1. 5. 2022 eingebrachten Klage zu irgendeinem Zeitpunkt nach dem 31. 12. 2021 ergehen, weiterhin die Berechtigung des Rückersatzanspruchs prüfen, könnten aber keinen Leistungsbefehl über den Rückersatz erlassen. [50] 3.4.2. Eine zeitliche Lücke in der Anwendbarkeit der gesetzlichen Verpflichtung zur Auferlegung des Rückersatzes führt zu dem offenkundig unsachlichen Ergebnis, dass der Leistungsempfänger durch die bloße Klageeinbringung und unabhängig vom materiellen Bestand des Rückforderungsanspruchs die Schaffung eines Rückforderungstitels verhindern könnte vergleiche nur M. K. Greifeneder, JAS 2021, 195 [206]). Die Sozialgerichte müssten für Urteile, die aufgrund einer vor dem 1. 5. 2022 eingebrachten Klage zu irgendeinem Zeitpunkt nach dem 31. 12. 2021 ergehen, weiterhin die Berechtigung des Rückersatzanspruchs prüfen, könnten aber keinen Leistungsbefehl über den Rückersatz erlassen.

[51] 3.4.3. Dass ein solches Ergebnis vermieden werden soll, ergibt sich auch aus der systematischen Zusammenschau mit § 72 Z 3 ASGG, der anordnet, dass in einer Rechtsstreitigkeit nach § 65 Abs 1 Z 2 ASGG die Klage nicht zurückgenommen werden kann. Dadurch soll verhindert werden, dass sich der Versicherte seiner Zahlungsverpflichtung dadurch entzieht, dass er den ihn belastenden Bescheid durch Klageerhebung außer Kraft setzt und dann die Klage zurückzieht (Neumayr in Neumayr/Reissner, ZellKomm<sup>3</sup> § 72 ASGG Rz 6). [51] 3.4.3. Dass ein solches Ergebnis vermieden werden soll, ergibt sich auch aus der systematischen Zusammenschau mit Paragraph 72, Ziffer 3, ASGG, der anordnet, dass in einer Rechtsstreitigkeit nach Paragraph 65, Absatz eins, Ziffer 2, ASGG die Klage nicht zurückgenommen werden kann. Dadurch soll verhindert werden, dass sich der Versicherte seiner Zahlungsverpflichtung dadurch entzieht, dass er den ihn belastenden Bescheid durch Klageerhebung außer Kraft setzt und dann die Klage zurückzieht (Neumayr in Neumayr/Reissner, ZellKomm<sup>3</sup> Paragraph 72, ASGG Rz 6).

[52] 3.4.4. Zwar steht dem Gesetzgeber – gerade im Sozialversicherungsbereich – ein Gestaltungsspielraum insofern zu, als er in seinen rechts- und wirtschaftspolitischen Zielsetzungen frei ist. Dieser Gestaltungsspielraum bringt es mit sich, dass er auch die rechtspolitische Freiheit hat, im Weg einer Stichtagsregelung festzulegen, ab wann eine neue materiell-rechtliche Bestimmung zu gelten hat (vgl RS0117654). Eine zeitliche Stichtagsregel verstößt daher nicht grundsätzlich gegen das Gleichheitsgebot (RS0053393; RS0117654). [52] 3.4.4. Zwar steht dem Gesetzgeber – gerade im Sozialversicherungsbereich – ein Gestaltungsspielraum insofern zu, als er in seinen rechts- und wirtschaftspolitischen Zielsetzungen frei ist. Dieser Gestaltungsspielraum bringt es mit sich, dass er auch die rechtspolitische Freiheit hat, im Weg einer Stichtagsregelung festzulegen, ab wann eine neue materiell-rechtliche Bestimmung zu gelten hat vergleiche RS0117654). Eine zeitliche Stichtagsregel verstößt daher nicht grundsätzlich gegen das Gleichheitsgebot RS0053393; RS0117654).

[53] Das aus dem Gleichheitsgrundsatz abgeleitete Sachlichkeitsgebot ist zwar nicht schon dann berührt, wenn das Ergebnis der Normanwendung nicht in allen Fällen als befriedigend angesehen wird (vgl RS0053882). Es ist allerdings verletzt, wenn der Gesetzgeber zur Zielerreichung völlig ungeeignete Mittel vorsieht oder die vorgesehenen, an sich geeigneten Mittel zu einer sachlich nicht begründbaren Differenzierung führen (RS0058455). [53] Das aus dem Gleichheitsgrundsatz abgeleitete Sachlichkeitsgebot ist zwar nicht schon dann berührt, wenn das Ergebnis der Normanwendung nicht in allen Fällen als befriedigend angesehen wird vergleiche RS0053882). Es ist allerdings verletzt, wenn der Gesetzgeber zur Zielerreichung völlig ungeeignete Mittel vorsieht oder die vorgesehenen, an sich geeigneten Mittel zu einer sachlich nicht begründbaren Differenzierung führen (RS0058455).

[54] 3.4.5. Eine zeitliche Lücke in der Anwendbarkeit der Regel, nach der die Sozialgerichte in Fällen einer materiell berechtigten Rückersatzpflicht des Leistungsempfängers verpflichtet sind, diesem den Rückersatz aufzuerlegen, führt zu einer Differenzierung je nach dem Zeitpunkt, zu dem das klageabweisende Urteil in einer Rechtsstreitigkeit nach § 65 Abs 1 Z 2 ASGG ergeht. Diese Differenzierung beruht im vorliegenden Fall nicht bloß auf dem späteren Inkrafttreten der ZVN 2022, sondern auf dem Abstellen auf den Zeitpunkt der Klageeinbringung. [54] 3.4.5. Eine zeitliche Lücke in der Anwendbarkeit der Regel, nach der die Sozialgerichte in Fällen einer materiell berechtigten Rückersatzpflicht des Leistungsempfängers verpflichtet sind, diesem den Rückersatz aufzuerlegen, führt zu einer Differenzierung je nach dem Zeitpunkt, zu dem das klageabweisende Urteil in einer Rechtsstreitigkeit nach Paragraph 65, Absatz eins, Ziffer 2, ASGG ergeht. Diese Differenzierung beruht im vorliegenden Fall nicht bloß auf dem späteren Inkrafttreten der ZVN 2022, sondern auf dem Abstellen auf den Zeitpunkt der Klageeinbringung.

[55] Dieses Abstellen auf den Zeitpunkt der Klageeinbringung in § 98 Abs 31 ASGG ist offenkundig nicht Ausdruck der Inanspruchnahme des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums. Vielmehr wollte der Gesetzgeber eine Stichtagsregelung, die selbst bei einem In-Kraft-Treten am 1. 1. 2022 zu einer zeitlichen Lücke in der Verpflichtung der Gerichte, einen Rückersatzausspruch zu treffen, geführt hätte, gar nicht schaffen. [55] Dieses Abstellen auf den Zeitpunkt der Klageeinbringung in Paragraph 98, Absatz 31, ASGG ist offenkundig nicht Ausdruck der Inanspruchnahme des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums. Vielmehr wollte der Gesetzgeber eine Stichtagsregelung, die selbst bei einem In-Kraft-Treten am 1. 1. 2022 zu einer zeitlichen Lücke in der Verpflichtung der Gerichte, einen Rückersatzausspruch zu treffen, geführt hätte, gar nicht schaffen.

[56] Gemessen an den Intentionen des Gesetzgebers handelt es sich beim Abstellen auf den Zeitpunkt der Klageeinbringung daher um eine offenkundige regelungstechnische Fehlleistung.

[57] 3.4.6. Eine sachliche Rechtfertigung dafür, je nach dem Zeitpunkt der Klageeinbringung und Urteilsfällung trotz materieller Berechtigung des Rückersatzanspruchs dem Gericht die Schaffung eines Titels zu verwehren, ist nicht ersichtlich. Insofern erweist sich das Abstellen auf den Zeitpunkt der Klageeinbringung im Übergangsrecht auch als unsachlich im Sinn des Art 7 B-VG. [57] 3.4.6. Eine sachliche Rechtfertigung dafür, je nach dem Zeitpunkt der Klageeinbringung und Urteilsfällung trotz materieller Berechtigung des Rückersatzanspruchs dem Gericht die Schaffung eines Titels zu verwehren, ist nicht ersichtlich. Insofern erweist sich das Abstellen auf den Zeitpunkt der Klageeinbringung im Übergangsrecht auch als unsachlich im Sinn des Artikel 7, B-VG.

[58] 3.4.7. Die in § 98 Abs 31 ASGG angeordnete Maßgeblichkeit des Zeitpunkts der Klageeinbringung führt darüber hinaus zu Wertungswidersprüchen, die sich aus der systematischen Zusammenschau von § 89 Abs 4 ASGG und § 31 Abs 4 KBGG oder § 7 Abs 3 FamZeitbG ergeben: [58] 3.4.7. Die in Paragraph 98, Absatz 31, ASGG angeordnete Maßgeblichkeit des Zeitpunkts der Klageeinbringung führt darüber hinaus zu Wertungswidersprüchen, die sich aus der systematischen Zusammenschau von Paragraph 89, Absatz 4, ASGG und Paragraph 31, Absatz 4, KBGG oder Paragraph 7, Absatz 3, FamZeitbG ergeben:

[59] 3.4.8. Mit BGBl I 2016/53 wurde im KBGG sowie im neu geschaffenen FamZeitbG für Fälle der Rückforderung angeordnet, dass „abweichend von § 89 Abs 4 letzter Satz ASGG den Gerichten in Angelegenheiten der Leistungen nach diesem Bundesgesetz nicht das Recht [obliegt], Ratenzahlungen anzuordnen, sondern ist dies ausschließlich dem Krankenversicherungsträger im nachgeschalteten Verwaltungsverfahren vorbehalten“ (§ 31 Abs 4 letzter Satz KBGG; § 7 Abs 3 vorletzter Satz FamZeitbG). [59] 3.4.8. Mit BGBl I 2016/53 wurde im KBGG sowie im neu geschaffenen FamZeitbG für Fälle der Rückforderung angeordnet, dass „abweichend von Paragraph 89, Absatz 4, letzter Satz ASGG den Gerichten in Angelegenheiten der Leistungen nach diesem Bundesgesetz nicht das Recht [obliegt],

Ratenzahlungen anzuordnen, sondern ist dies ausschließlich dem Krankenversicherungsträger im nachgeschalteten Verwaltungsverfahren vorbehalten“ (Paragraph 31, Absatz 4, letzter Satz KBGG; Paragraph 7, Absatz 3, vorletzter Satz FamZeitbG).

[60] Mit der ZVN 2022, mit der – wie dargestellt – die Kompetenz der Sozialgerichte dahin erweitert wurde, dass sie in Rückersatzstreitigkeiten nicht nur zur Ratengewährung, sondern auch dazu berechtigt wurden, vom Rückersatz aus Billigkeitsgründen zum Teil oder zur Gänze abzusehen, wurden auch die beiden genannten Bestimmungen des KBGG und des FamZeitbG geändert.

[61] § 31 Abs 4 letzter Satz KBGG und § 7 Abs 3 vorletzter Satz FamZeitbG idF der ZVN 2022 ordnen nun ausdrücklich an, dass den Gerichten abweichend von § 89 Abs 4 ASGG weder das Recht, die Erstattung in Teilbeträgen anzuordnen, noch das Recht, die Rückersatzpflicht zum Teil oder zur Gänze entfallen zu lassen, zukommt, sondern dass beides dem Krankenversicherungsträger im nachgeschalteten Verwaltungsverfahren vorbehalten ist. [61] Paragraph 31, Absatz 4, letzter Satz KBGG und Paragraph 7, Absatz 3, vorletzter Satz FamZeitbG in der Fassung der ZVN 2022 ordnen nun ausdrücklich an, dass den Gerichten abweichend von Paragraph 89, Absatz 4, ASGG weder das Recht, die Erstattung in Teilbeträgen anzuordnen, noch das Recht, die Rückersatzpflicht zum Teil oder zur Gänze entfallen zu lassen, zukommt, sondern dass beides dem Krankenversicherungsträger im nachgeschalteten Verwaltungsverfahren vorbehalten ist.

[62] § 31 Abs 4 KBGG und § 7 Abs 3 FamZeitbG idF der ZVN 2022 traten jeweils am 1. 5. 2022 in Kraft (§ 50 Abs 28 KBGG; § 12 Abs 4 FamZeitbG). Die Anwendbarkeit dieser Bestimmungen wird – anders als bei § 89 Abs 4 ASGG idF der ZVN 2022 – also nicht vom Zeitpunkt der Klageeinbringung abhängig gemacht. [62] Paragraph 31, Absatz 4, KBGG und Paragraph 7, Absatz 3, FamZeitbG in der Fassung der ZVN 2022 traten jeweils am 1. 5. 2022 in Kraft (Paragraph 50, Absatz 28, KBGG; Paragraph 12, Absatz 4, FamZeitbG). Die Anwendbarkeit dieser Bestimmungen wird – anders als bei Paragraph 89, Absatz 4, ASGG in der Fassung der ZVN 2022 – also nicht vom Zeitpunkt der Klageeinbringung abhängig gemacht.

[63] 3.4.9. Die Verschiebung der Befugnis zur Ratengewährung, nach der ZVN 2022 auch jener zum Absehen von der Rückersatzpflicht, ins nachgeschaltete Verwaltungsverfahren setzt logisch zwingend die Möglichkeit des Sozialgerichts voraus, im Fall der Abweisung der negativen Feststellungsklage wegen Berechtigung des Rückersatzanspruchs überhaupt einen Ausspruch über die Rückersatzpflicht in sein Urteil aufzunehmen.

[64] 3.4.10. Dass auch § 72 Z 3 ASGG, wonach die Klage in Rechtsstreitigkeiten nach § 65 Abs 1 Z 2 ASGG nicht zurückgenommen werden kann, nur zusammen mit der Möglichkeit der Sozialgerichte, in Rückforderungsstreitigkeiten den Ersatz aufzuerlegen, die Funktionsfähigkeit des gerichtlichen Rückforderungsverfahrens wahren kann (vgl Fink, Sukzessive Zuständigkeit 420), wurde bereits oben ausgeführt. [64] 3.4.10. Dass auch Paragraph 72, Ziffer 3, ASGG, wonach die Klage in Rechtsstreitigkeiten nach Paragraph 65, Absatz eins, Ziffer 2, ASGG nicht zurückgenommen werden kann, nur zusammen mit der Möglichkeit der Sozialgerichte, in Rückforderungsstreitigkeiten den Ersatz aufzuerlegen, die Funktionsfähigkeit des gerichtlichen Rückforderungsverfahrens wahren kann vergleiche Fink, Sukzessive Zuständigkeit 420), wurde bereits oben ausgeführt.

[65] 3.4.11. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die durch das Abstellen auf den Zeitpunkt der Klageeinbringung in § 98 Abs 31 ASGG entstehende zeitliche „Anwendungslücke“ Widersprüche innerhalb der Systematik der Regelung der Rückforderung von Leistungen hervorruft. Diese tritt in Fällen der Rückforderung von Kinderbetreuungsgeld oder Familienzeitbonus in besonders zugespitzter Weise zutage. [65] 3.4.11. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die durch das Abstellen auf den Zeitpunkt der Klageeinbringung in Paragraph 98, Absatz 31, ASGG entstehende zeitliche „Anwendungslücke“ Widersprüche innerhalb der Systematik der Regelung der Rückforderung von Leistungen hervorruft. Diese tritt in Fällen der Rückforderung von Kinderbetreuungsgeld oder Familienzeitbonus in besonders zugespitzter Weise zutage.

3.5. Zu einer Wertungswidersprüche vermeidenden Auslegung des § 98 Abs 31 ASGG 3.5. Zu einer Wertungswidersprüche vermeidenden Auslegung des Paragraph 98, Absatz 31, ASGG

3.5.1. Grundsätze der Gesetzesauslegung

[66] 3.5.1.1. Für die Auslegung generell-abstrakter Normen sehen §§ 6 und 7 ABGB eine Reihe von Kriterien vor: § 6 ABGB stellt sowohl auf die „eigentümliche Bedeutung der Worte“, und zwar „in ihrem Zusammenhang“ ab, was der Wortinterpretation unter Berücksichtigung des Bedeutungszusammenhanges und der Gesetzssystematik entspricht,

als auch auf die „klare Absicht des Gesetzgebers“ und schreibt damit die Erforschung der Absicht des Gesetzgebers vor (8 Ob 563/85). Dabei sind die einzelnen Auslegungsmethoden nicht mechanisch hintereinander anzuwenden, es ist vielmehr eine Gesamtwürdigung vorzunehmen und unter Heranziehung aller zur Verfügung stehender Kriterien in wertender Entscheidung der Sinn einer Regelung klarzustellen (RS0008877; 8 Ob 563/85; 5 Ob 233/22h). Dass selbst der eindeutige Gesetzeswortlaut keine unübersteigbare Grenze juristischer Argumentation darstellt, ist auf Grundlage des § 7 ABGB in der Rechtsprechung anerkannt (vgl RS00088765 [T1]). [66] 3.5.1.1. Für die Auslegung generell-abstrakter Normen sehen Paragraphen 6 und 7 ABGB eine Reihe von Kriterien vor: Paragraph 6, ABGB stellt sowohl auf die „eigentümliche Bedeutung der Worte“, und zwar „in ihrem Zusammenhang“ ab, was der Wortinterpretation unter Berücksichtigung des Bedeutungszusammenhanges und der Gesetzessystematik entspricht, als auch auf die „klare Absicht des Gesetzgebers“ und schreibt damit die Erforschung der Absicht des Gesetzgebers vor (8 Ob 563/85). Dabei sind die einzelnen Auslegungsmethoden nicht mechanisch hintereinander anzuwenden, es ist vielmehr eine Gesamtwürdigung vorzunehmen und unter Heranziehung aller zur Verfügung stehender Kriterien in wertender Entscheidung der Sinn einer Regelung klarzustellen (RS0008877; 8 Ob 563/85; 5 Ob 233/22h). Dass selbst der eindeutige Gesetzeswortlaut keine unübersteigbare Grenze juristischer Argumentation darstellt, ist auf Grundlage des Paragraph 7, ABGB in der Rechtsprechung anerkannt vergleiche RS0008765 [T1]).

[67] In Fällen, in denen das Gesetz in seinem wörtlichen Verständnis offenbare Wertungswidersprüche in der Rechtsordnung provozieren müsste, mit dem bestehendem Wertekonsens innerhalb der Rechtsgemeinschaft unvereinbar oder der „Natur der Sache“ zuwider wäre, ist die Heranziehung von historischem Interpretationsmaterial erforderlich. Gelingt in einem solchen Fall der Nachweis einer vom Wortlaut abweichenden Absicht des Gesetzgebers, so wird diese, unterstützt von den objektiv-teleologischen Argumenten, durchdringen (RS0008765; 10 ObS 126/88; vgl 5 Ob 118/07z; 5 Ob 6/11k). Dabei geht es nicht darum, unter Außerachtlassung der Gewaltenteilung eine als unbefriedigend empfundene Gesetzgebung durch die Rechtsprechung zu korrigieren (vgl RS0106011), sondern vielmehr darum, einem eindeutig erkennbaren Willen des Gesetzgebers, der mit der Gesetzessystematik und ihren zugrunde liegenden Wertungen im Einklang steht, über einen unzulänglich formulierten Gesetzestext hinaus zum Durchbruch zu verhelfen (vgl RS0009100; RS0008763; Kerschner/Kehrer in Klang<sup>3</sup> §§ 6, 7 ABGB Rz 101: „Redaktionsversehen“). In diesem Zusammenhang ist auch zu beachten, dass die Erzielung eines verfassungswidrigen Auslegungsergebnisses tunlichst zu vermeiden ist (6 Ob 157/14b [ErwGr 4.4.]; RS0008793), sofern sich der Gesetzgeber nicht gezielt über verfassungsgesetzliche Wertungen hinweggesetzt hat (vgl Kerschner/Kehrer in Klang<sup>3</sup> §§ 6, 7 ABGB Rz 79). [67] In Fällen, in denen das Gesetz in seinem wörtlichen Verständnis offenbare Wertungswidersprüche in der Rechtsordnung provozieren müsste, mit dem bestehendem Wertekonsens innerhalb der Rechtsgemeinschaft unvereinbar oder der „Natur der Sache“ zuwider wäre, ist die Heranziehung von historischem Interpretationsmaterial erforderlich. Gelingt in einem solchen Fall der Nachweis einer vom Wortlaut abweichenden Absicht des Gesetzgebers, so wird diese, unterstützt von den objektiv-teleologischen Argumenten, durchdringen (RS0008765; 10 ObS 126/88; vergleiche 5 Ob 118/07z; 5 Ob 6/11k). Dabei geht es nicht darum, unter Außerachtlassung der Gewaltenteilung eine als unbefriedigend empfundene Gesetzgebung durch die Rechtsprechung zu korrigieren vergleiche RS0106011), sondern vielmehr darum, einem eindeutig erkennbaren Willen des Gesetzgebers, der mit der Gesetzessystematik und ihren zugrunde liegenden Wertungen im Einklang steht, über einen unzulänglich formulierten Gesetzestext hinaus zum Durchbruch zu verhelfen vergleiche RS0009100; RS0008763; Kerschner/Kehrer in Klang<sup>3</sup> Paragraphen 6, 7, ABGB Rz 101: „Redaktionsversehen“). In diesem Zusammenhang ist auch zu beachten, dass die Erzielung eines verfassungswidrigen Auslegungsergebnisses tunlichst zu vermeiden ist (6 Ob 157/14b [ErwGr 4.4.]; RS0008793), sofern sich der Gesetzgeber nicht gezielt über verfassungsgesetzliche Wertungen hinweggesetzt hat vergleiche Kerschner/Kehrer in Klang<sup>3</sup> Paragraphen 6, 7, ABGB Rz 79).

[68] 3.5.1.2. Im vorliegenden Fall wurde bereits aufgezeigt, dass das gesetzgeberische Ziel darin bestand, für Rückersatzstreitigkeiten nach § 65 Abs 1 Z 2 ASGG eine Rechtsgrundlage für die Auferlegung des Rückersatzes durch die Sozialgerichte zu schaffen, die lückenlos im Anschluss an das Wirksamwerden der Aufhebung durch den Verfassungsgerichtshof zur Anwendung kommen sollte. [68] 3.5.1.2. Im vorliegenden Fall wurde bereits aufgezeigt, dass das gesetzgeberische Ziel darin bestand, für Rückersatzstreitigkeiten nach Paragraph 65, Absatz eins, Ziffer 2, ASGG eine Rechtsgrundlage für die Auferlegung des Rückersatzes durch die Sozialgerichte zu schaffen, die lückenlos im Anschluss an das Wirksamwerden der Aufhebung durch den Verfassungsgerichtshof zur Anwendung kommen sollte.

[69] Ebenso wurde dargestellt, dass der Gesetzeswortlaut insofern, als er die Anwendbarkeit der Neuregelung von der Klageeinbringung ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens der novellierten Fassung des § 89 Abs 4 ASGG abhängig macht, der Verwirklichung dieses Ziels entgegensteht. Denn das – nach dem Wortlaut gebotene – Abstellen auf den Zeitpunkt der Klageeinbringung (ab dem Tag des Inkrafttretens) führt zu einer vom Gesetzgeber nicht gewollten zeitlichen Lücke in der Befugnis der Sozialgerichte, unberechtigten Leistungsempfängern den Rückersatz aufzuerlegen. Eine Auslegung des § 98 Abs 31 ASGG ausschließlich nach grammatikalischen Gesichtspunkten würde – auch das wurde bereits ausgeführt – bei systematischer Betrachtung zu teleologisch-systematischen Wertungswidersprüchen und zu einem unsachlichen Ergebnis führen. [69] Ebenso wurde dargestellt, dass der Gesetzeswortlaut insofern, als er die Anwendbarkeit der Neuregelung von der Klageeinbringung ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens der novellierten Fassung des Paragraph 89, Absatz 4, ASGG abhängig macht, der Verwirklichung dieses Ziels entgegensteht. Denn das – nach dem Wortlaut gebotene – Abstellen auf den Zeitpunkt der Klageeinbringung (ab dem Tag des Inkrafttretens) führt zu einer vom Gesetzgeber nicht gewollten zeitlichen Lücke in der Befugnis der Sozialgerichte, unberechtigten Leistungsempfängern den Rückersatz aufzuerlegen. Eine Auslegung des Paragraph 98, Absatz 31, ASGG ausschließlich nach grammatikalischen Gesichtspunkten würde – auch das wurde bereits ausgeführt – bei systematischer Betrachtung zu teleologisch-systematischen Wertungswidersprüchen und zu einem unsachlichen Ergebnis führen.

[70] Vor diesem Hintergrund ist es im vorliegenden Fall geboten, die Übergangsvorschrift des § 98 Abs 31 ASGG entgegen ihrem Wortlaut dahin auszulegen, dass für die Anwendbarkeit von § 89 Abs 4 ASGG idF der ZVN 2022 nicht auf den Zeitpunkt der Klageeinbringung nach dem 30. 4. 2022 abgestellt wird. Ob darin eine teleologische Reduktion des Gesetzeswortlauts oder eine analoge Anwendung des § 89 Abs 4 ASGG idF der ZVN 2022 auf Fälle, die nach dem Wortlaut der Übergangsbestimmung von ihr noch nicht erfasst sind, kann dahinstehen. [70] Vor diesem Hintergrund ist es im vorliegenden Fall geboten, die Übergangsvorschrift des Paragraph 98, Absatz 31, ASGG entgegen ihrem Wortlaut dahin auszulegen, dass für die Anwendbarkeit von Paragraph 89, Absatz 4, ASGG in der Fassung der ZVN 2022 nicht auf den Zeitpunkt der Klageeinbringung nach dem 30. 4. 2022 abgestellt wird. Ob darin eine teleologische Reduktion des Gesetzeswortlauts oder eine analoge Anwendung des Paragraph 89, Absatz 4, ASGG in der Fassung der ZVN 2022 auf Fälle, die nach dem Wortlaut der Übergangsbestimmung von ihr noch nicht erfasst sind, kann dahinstehen.

[71] Diese Auslegung verhilft dem aus den zitierten Materialien ersichtlichen wahren Willen des Gesetzgebers unter Berichtigung des unzulänglich gestalteten Wortlauts (eines offenkundigen Redaktionsversehens) des § 98 Abs 31 ASGG zum Durchbruch und vermeidet eine Auslegung, die unter systematischen und teleologischen Gesichtspunkten wertungswidersprüchlich und mit dem allgemeinen Sachlichkeitsgebot des Art 7 B-VG kaum in Einklang zu bringen wäre. [71] Diese Auslegung verhilft dem aus den zitierten Materialien ersichtlichen wahren Willen des Gesetzgebers unter Berichtigung des unzulänglich gestalteten Wortlauts (eines offenkundigen Redaktionsversehens) des Paragraph 98, Absatz 31, ASGG zum Durchbruch und vermeidet eine Auslegung, die unter systematischen und teleologischen Gesichtspunkten wertungswidersprüchlich und mit dem allgemeinen Sachlichkeitsgebot des Artikel 7, B-VG kaum in Einklang zu bringen wäre.

### 3.5.2. Ergebnis

Als Ergebnis der vorstehenden Erwägungen wird festgehalten:

[ 7 2 ] § 98 Abs 31 ASGG ist infolge eines Redaktionsversehens des Gesetzgebers so auszulegen, dass dessen zweiter Satz, wonach § 89 Abs 4 und 5 ASGG idF der BGBl I 2022/61 (ZVN 2022) auf Verfahren anzuwenden sind, in denen die Klage nach dem 30. April 2022 eingebracht wird, zumindest für Rechtsstreitigkeiten nach § 65 Abs 1 Z 2 ASGG nicht gilt. Die Sozialgerichte haben daher § 89 Abs 4 ASGG idF der ZVN 2022 auch in Verfahren, in denen die Klage vor dem 1. Mai 2022 eingebracht wurde und das Urteil nach diesem Zeitpunkt liegt, anzuwenden. [72] Paragraph 98, Absatz 31, ASGG ist infolge eines Redaktionsversehens des Gesetzgebers so auszulegen, dass dessen zweiter Satz, wonach Paragraph 89, Absatz 4 und 5 ASGG in der Fassung der BGBl I 2022/61 (ZVN 2022) auf Verfahren anzuwenden sind, in denen die Klage nach dem 30. April 2022 eingebracht wird, zumindest für Rechtsstreitigkeiten nach Paragraph 65, Absatz eins, Ziffer 2, ASGG nicht gilt. Die Sozialgerichte haben daher Paragraph 89, Absatz 4, ASGG in der Fassung der ZVN 2022 auch in Verfahren, in denen die Klage vor dem 1. Mai 2022 eingebracht wurde und das Urteil nach diesem Zeitpunkt liegt, anzuwenden.

### 3.5.3. Vorliegender Fall

[73] Die unter 3.5.2. angeführten Voraussetzungen liegen auch hier vor, weshalb das Berufungsgericht daher unter einem mit der teilweisen Abweisung der Feststellungsklage der Klägerin den Rückersatz in diesem Umfang an die Beklagte im über die Feststellungsklage ergehenden Urteil hätte auferlegen müssen. Der Revision war daher teilweise im Sinn des ersten Eventualantrags Folge zu geben und die Klägerin zum Rückersatz der für den Zeitraum 1. 2. 2021 bis 14. 3. 2021 zu Unrecht bezogenen Ausgleichszahlung zum Kinderbetreuungsgeld als Ersatz des Erwerbseinkommens in Höhe von 2.365,86 EUR (56,33 EUR x 42 Tage) zu verpflichten.

**Textnummer**

E142118

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2024:010OBS00116.235.0709.000

**Im RIS seit**

02.09.2024

**Zuletzt aktualisiert am**

02.09.2024

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

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