

Intention des Gesetzgebers und Lückenfüllung – Methodische Überlegungen zu 10 ObS 82/23s

Franz-Stefan Meissel und Irene Faber

I. Vorüberlegungen	173
A. Notwendigkeit und Unschärfen der Methoden der Auslegung	174
B. Die „klare Absicht des Gesetzgebers“ und der arbeitsteilige Prozess der Gesetzgebung im Sozialrecht	177
II. Die lückenhafte Umsetzung einer gesetzgeberischen Intention und 10 ObS 82/23s	179
A. Die Rückforderung zu Unrecht bezogener Sozialleistungen im sozialgerichtlichen Verfahren	179
1. Die teilweise Aufhebung des § 89 Abs 4 ASGG durch den VfGH 2020	179
2. Die Neufassung des § 89 Abs 4 ASGG und die zeitliche Lückenhaftigkeit im Übergangsrecht des § 98 Abs 31 ASGG	182
B. Unsachlichkeit einer zeitlichen Lücke im Übergangsrecht	184
C. Der Wertungswidersprüche vermeidende Umgang des OGH mit der Regelung des § 98 Abs 31 ASGG	186
D. Analogie oder teleologische Reduktion?	187

I. Vorüberlegungen

Eine Besonderheit des österreichischen Rechts besteht darin, dass die Materien des Sozialrechts teils den Verwaltungsbehörden und -gerichten, teils aber auch den ordentlichen Gerichten zugewiesen sind. Insbesondere Leistungsansprüche werden vor den Arbeits- und Sozialgerichten verhandelt, der Rechtszug in Sozialrechtssachen geht dann bis zum OGH. Gegenüber anderen Privatrechtsmaterien zeichnet sich das Sozialrecht dadurch aus, dass gerichtliche Entscheidungen weit über den Einzelfall hinaus für eine große Zahl von Anspruchsberechtigten maßgeblich sein können. Mögen dabei auch die Streitwerte im entschiedenen Fall – verglichen mit Streitigkeiten im Wirtschaftsprivatrecht – eher niedrig sein, so kommt den Entscheidungen der Sozialgerichte infolge der Multiplikation größte volkswirtschaftliche und gesellschaftliche Bedeutung zu.

Aber auch in methodischer Hinsicht ist das Sozialrecht eine höchst anspruchsvolle Materie, spielt doch zB das Unionsrecht in vielfältiger Weise ins nationale Recht hinein und wird häufiger, als dies im Privatrecht sonst der Fall ist, der VfGH angerufen, um Normen auf ihre Verfassungsgemäßheit zu überprüfen. Welche Herausforderungen sich aus einer allfälligen Aufhebung sozialrechtlicher Bestimmungen für Gesetzgebung und Gerichtsbarkeit ergeben, soll anhand einer rezenten sozialrechtlichen Entscheidung des 10. Senates des OGH diskutiert werden. Diese wirft grundlegende Fragen zu Auslegung und Lückenfüllung und zur Bedeutung der Intention des Gesetzgebers für die Rechtsfindung auf. Wir hoffen, damit das Interesse des profilierten Sozialrechtlers *Wolfgang Mazal* (der uns 2019, anlässlich einer Tagung in Kyoto, Japan und seine Kultur nahegebracht hat, wofür wir ihm sehr dankbar sind) zu finden.

Bevor aber detailliert auf 10 Obs 82/23s eingegangen wird (II.), gilt es zunächst einige Grundfragen der Methodenlehre im Zusammenhang mit Auslegung und Lückenfüllung (I.A.) sowie Besonderheiten der sozialrechtlichen Gesetzgebung in der österreichischen Praxis (I.B.) anzusprechen.

A. Notwendigkeit und Unschärfen der Methoden der Auslegung

Die Auslegung von Rechtstexten ist ein komplexer hermeneutischer Vorgang, den wir mithilfe der Regeln der Methodenlehre zu rationalisieren versuchen. Zwar wird von manchen etwas flapsig gesagt, über Methode brauche man nicht zu sprechen, man müsse sie nur beherrschen, ein solcher theoretischer Nihilismus ist aber für eine Jurisprudenz, die sich als Wissenschaft versteht, nicht akzeptabel. Die juristische Methodenlehre, wie sie sich herkömmlicherweise in Lehrbüchern und Standardwerken¹ findet, ist eine wichtige Grundlage für die möglichst transparente und nachvollziehbare Analyse von Entscheidungen und Positionen im rechtlichen Diskurs. Zugleich aber muss uns klar sein, dass die konventionelle Methodenlehre auch etwas Schablonenhaftes an sich hat und mit Vereinfachungen und Annäherungen operiert, die vor allem angesichts der Vielschichtigkeit der Entscheidungsfindung bei den nicht durch gleichsam mechanische Subsumtion, sondern nur durch Abwägungen unterschiedlicher Gesichtspunkte entscheidbaren *hard cases* an ihre Grenzen stößt.

Damit stellt die Methodenlehre auf der einen Seite eine Notwendigkeit wissenschaftlich orientierter Rechtsfindung dar, dient aber auf der anderen Seite lediglich als Werkzeug und stellt keinen Selbstzweck dar. Sie fungiert, bildlich gesprochen, als Aufstiegshilfe, die Entscheidungen über das Ziel und die Route sind aber letztlich in die Hände jener Organe gelegt, die nach der Verfassung über die entsprechenden Kompetenzen verfügen: Gesetzgebung und Gerichtsbarkeit.

Als zentrale Aufgabe der Methodenlehre erscheint es, Grenzen der vertretbaren Rechtsfindung aufzuzeigen, um arbiträre oder rein ideologische Entscheidungen zu verhindern. Vor allem Bernd Rüthers hat in seinem epochalen Werk zur „Unbegrenzten Auslegung“² während der Zeit des Nationalsozialismus die enormen Gefahren aufgezeigt, die eine sich nicht mehr an Verfassung und Gesetz, sondern nur an einem Parteiprogramm ausgerichtete Judikatur mit sich bringt. Während Rüthers daraus ein Argument zugunsten des Gesetzespositivismus ableitet, hat zuvor die Nachkriegsdoktrin in der BRD eher umgekehrt die Notwendigkeit einer Renaissance naturrechtlicher Werte vertreten, um so verbrecherisches Unrecht, wie es durch das NS-Regime verschuldet wurde, zu verhindern.³

1 Für Österreich nach wie vor maßgeblich F. Bydlinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff* (2. Aufl. 1991); für den hier im Weiteren vertretenen Ansatz der kontext-bezogenen Auslegung Potacs, *Rechtstheorie* (2. Aufl. 2019) besonders 141 ff.

2 Rüthers, *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus* (1968, 9. Aufl. 2022).

3 Zur sogenannten „Radbruchthese“, wonach der Positivismus die deutschen Juristen „wehrlos“ gegenüber dem Nationalsozialismus gemacht habe, siehe etwa Weinkauff, *Die deutsche Justiz und der Nationalsozialismus* (1968) sowie kritisch-differenziert Rückert, *Justiz und Nationalsozialismus*, in: Möller/Wengst, *50 Jahre Institut für Zeitgeschichte* (1999) 182 ff; Dreier, *Zerrbild Rechtspositivismus*, FS H. Mayer (2011) 61 ff; Foljanty, *Recht oder Gesetz* (2013).

Zumindest aus rechtshistorischer Sicht wird weder die eine noch die andere Position den tatsächlichen Erfahrungen der NS-Opfer völlig gerecht, vielmehr ist mit *Hans-Peter Haferkamp* zu betonen, dass NS-Unrecht sich nicht auf bestimmte methodische Positionen reduzieren lässt, sondern auf die entsprechende politische Identifikation mit der Ideologie des Nationalsozialismus und dem Willen, diese umzusetzen.⁴

Verlassen wir aber diese – für Österreich freilich höchst bedeutsame – zeit-historische Problematik und kehren wir zu den Grenzen der Methodenlehre in anderer Hinsicht zurück: zu den Grenzen der methodischen Kategorisierungen. Traditionellerweise unterscheidet man vier „Auslegungsmethoden“: Verbalinterpretation, systematische Interpretation, subjektiv-historische und objektiv-teleologische Interpretation.⁵ Dabei stehen jeweils andere Gesichtspunkte im Mittelpunkt: Der Wortlaut des Gesetzes (die „eigentümliche Bedeutung der Worte“ iSd § 6 ABGB), der systematische Zusammenhang der gesetzlichen Bestimmung innerhalb des Gesetzes und innerhalb der Rechtsordnung, die subjektive Zielsetzung des historischen Gesetzgebers („klare Absicht des Gesetzgebers“ iSd § 6 ABGB) oder der „natürliche Sinn“ des Gesetzes iSd § 7 ABGB.

Sehr häufig werden in der juristischen Argumentation diese Interpretationsarten sukzessive abgearbeitet und dabei der Eindruck erweckt, dass es sich jeweils um voneinander getrennte Vorgänge der Deutung handle. Das wird aber dem hermeneutischen Vorgang der Decodierung normativer gesetzlicher Vorgaben nicht ganz gerecht. Selbstverständlich ist für die Sinnermittlung zunächst die sprachliche Äußerung des Normgebers der Ausgangspunkt; aber selbst bei scheinbar klarem Wortlaut ist stets ein systematischer Gesichtspunkt implizit mitzudenken, wie zB, dass die Bestimmung als Teil eines Gesetzes vom kompetenten Gesetzgebungsorgan erlassen und ordnungsgemäß publiziert wurde. Fast nie ergibt sich der Inhalt einer Norm nur aus einer einzelnen Bestimmung („Rechtsvorschrift“), praktisch immer sind eine Vielzahl von Bestimmungen zusammen zu lesen, um eine aus Tatbestand und Rechtsfolge bestehende Rechtsnorm zu gewinnen.⁶ Für die historische Auslegung kann die (entstehungszeitliche) Bedeutung der Worte relevant sein, auch lassen sich objektive und subjektive Zwecksetzung oft gar nicht trennen.

Daraus ergibt sich, dass die einzelnen Auslegungskriterien nicht streng voneinander abgegrenzt werden können, sondern häufig ineinander übergehen.⁷ Bereits *Friedrich Carl von Savigny*, auf den der „Kanon der Interpretationsarten“ häufig zurückgeführt wird, hat erkannt, dass die einzelnen Elemente nur im Zusammenwirken eine „Reconstruction des dem Gesetze innewohnenden Gedankens“⁸ ermöglicht:

4 Haferkamp, „Österreichisches“, „Deutsches“ und „Nationalsozialistisches“ in der Rechtsprechung des Reichsgerichts zum ABGB zwischen 1939 und 1945, in Dölemeyer/Mohnhaupt, 200 Jahre ABGB (2011) 159 ff; vgl auch Meissel, „Privatrecht in unsicheren Zeiten“, Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs (BRGÖ) 2017, 169 ff.

5 Siehe nur F. Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff (2. Aufl 1991) 428 ff.

6 Dazu grundlegend R. Walter, Der Aufbau der Rechtsordnung (1964).

7 Potacs, Rechtstheorie (2. Aufl. 2019) 167.

8 Savigny, System des heutigen römischen Rechts I (1840) 213.

„Es sind also nicht vier Arten der Auslegung, unter denen man nach Geschmack und Belieben wählen könnte, sondern es sind verschiedene Tätigkeiten, die vereint wirken müssen, wenn die Auslegung gelingen soll. Nur wird freylich bald die eine, bald die andere wichtiger seyn und sichtbarer hervortreten, so daß nur die stete Richtung der Aufmerksamkeit nach allen diesen Seiten unerläßlich ist.“⁹

Immerhin wird von der hL in Österreich vertreten, dass die „Wortlautgrenze“ als Demarkationslinie zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung fungiere, so dass Analogie und teleologische Reduktion nicht mehr zur Interpretation, sondern zur Rechtsfindung *praeter legem* gehören.¹⁰ Für das österreichische Recht mag dafür sprechen, dass sich die Auslegung in § 6 ABGB, in § 7 ABGB hingegen die Gesetzes- und Rechtsanalogie sowie der ultimative Rückgriff auf die natürlichen Rechtsgrundsätze geregelt finden.

Innerhalb der Mitgliedsstaaten der Europäischen Union zeigen sich diesbezüglich aber durchaus rechtskulturelle Unterschiede: Während es für den deutschsprachigen Rechtskreis gängig ist, Analogie nicht mehr als Auslegung, sondern als Fortbildung des Rechts zu sehen, wird in der romanischen Rechtskultur die vom Wortlaut nicht mehr gedeckte sinngemäße Anwendung einer Norm meist als Form einer erweiternden Auslegung verstanden.¹¹

Michael Potacs zufolge ist zwischen einer semantischen und einer pragmatischen Komponente bei der Auslegung zu unterscheiden, letztere ergibt sich aus dem kommunikativen Zusammenhang einer Äußerung, wobei auch über den Wortlaut hinausgehende oder gar dem Wortlaut widersprechende Bedeutungen von Äußerungen aus sprachphilosophischer Sicht denkbar sind. Als Metakriterium der Auslegung verwendet er daher die „Zusinnbarkeit“ der Bedeutung einer Äußerung, die sich jeweils aus dem spezifischen Kontext des Sprechaktes ergibt. Analogie und teleologische Reduktion sind für ihn daher zwar auch Spielarten der Auslegung, allerdings handelt es sich dabei um Fälle „reiner Pragmatik“,¹² bei der die Grenzen der Semantik überschritten sind und bloß aufgrund des Kontextes eine entsprechende Deutung möglich ist.

Wie *Christian Baldus* zurecht hervorhebt, ist aber unabhängig davon, wie man die Grenzlinie zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung im Einzelnen zieht, die aus der Methodenlehre ableitbare Anforderung dieselbe:

„Im Kern geht es jedenfalls für jede Tradition um einen Transparenzmechanismus, der die Debatte, namentlich eine Überprüfung durch die Obergerichte und gegebenenfalls durch den Gesetzgeber fördert: Der Richter soll offen sagen, daß und warum er weiter geht als der Gesetzgeber. Modern gesprochen muß er einen transparenten Diskussionsprozeß eröffnen, in dem die Richtig-

9 Savigny, System I 215.

10 Statt vieler F. Bydlinki, Juristische Methodenlehre 467 ff.

11 Rechtsvergleichend und historisch instruktiv Baldus, Auslegung und Analogie im 19. Jahrhundert, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre (2006) 33 ff.

12 Potacs, Rechtstheorie² 146 f, 202 und 207.

keit seines Vorgehens besser überprüft werden kann als bei schlichter Subsumtion.¹³

Dabei sei es, wie Baldus weiter ausführte, der Richter selbst, der entscheidet, ob er auslegt oder Analogieschlüsse zieht, wobei letztinstanzlichen Gerichten eine besondere Rolle zukommt, da sie nur mehr vom Gesetzgeber *ex post* korrigiert werden können.

B. Die „klare Absicht des Gesetzgebers“ und der arbeitsteilige Prozess der Gesetzgebung im Sozialrecht

Gemäß § 6 ABGB darf einem Gesetz „in der Anwendung kein anderer Verstand beigelegt werden, als welcher aus der eigentümlichen Bedeutung der Worte in ihrem Zusammenhange und aus der klaren Absicht des Gesetzgebers hervorgeht“. Die „klare Absicht des Gesetzgebers“ ist damit heute¹⁴ der Anknüpfungspunkt für die sogenannte subjektiv-historische Auslegung, bei der es um die Berücksichtigung der Absicht des historischen Gesetzgebers geht.

Bezüglich der Berücksichtigung des Zwecks der historischen Gesetzgebung sind aber zwei Nuancierungen zu unterscheiden: Zum einen kann es darum gehen herauszuarbeiten, wie denn der Rechtszustand im Zeitpunkt der Gesetzgebung war, auf den das Gesetz reagierte und welches spezifische Defizit oder welcher Missstand durch das neue Gesetz behoben werden sollte. Dabei geht es also um die (objektive) Teleologie des Gesetzes im historischen Zeitpunkt seiner Entstehung (in welchem Sinn etwa *Savigny* vom „historischen Element“ bei der Auslegung spricht¹⁵). Zum anderen kann es um die subjektive Sicht des Gesetzgebers gehen, etwa wie dieser einen bestimmten Ausdruck gebrauchen wollte, welche Bedeutung dieser einer spezifischen Regelung beimessen wollte oder wie dieser den vorhandenen Rechtszustand deutete. Letzteres stellt also auf eine subjektive Sichtweise der Person des Gesetzgebers ab.

Die Bestimmung „des Gesetzgebers“ war dabei zu Zeiten eines absolutistischen Monarchen (etwa bei der Oktroyierung des ABGB 1811 durch Franz I.) noch anhand einer natürlichen Person möglich. Dies wandelte sich aber mit der Einführung der konstitutionellen Monarchie und stellt sich heute im demokratischen Verfassungsstaat auf der Grundlage des B-VG 1920 idGF völlig anders dar: Eine einzelne Person, die man als Gesetzgeber identifizieren kann, gibt es nicht mehr, vielmehr ist der Akt der Gesetzgebung ein arbeitsteiliger Prozess, bei dem sowohl in der Vorbereitung des Gesetzes als auch bei der Beschlussfassung eine Vielzahl an Menschen und juristischen Personen involviert sind.

Um vor dem Hintergrund demokratisch-parlamentarischer Gesetzgebung überhaupt von einer „Absicht des Gesetzgebers“ sprechen zu können, müssen wir auf Vorstellungen wie die von der Sozialpsychologie entlehnte Konzeption einer

¹³ Baldus, Auslegung und Analogie in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre 36.

¹⁴ Anzumerken ist, dass noch bei *Savigny* (System I 214) das „historische Element“ der Auslegung den zum Zeitpunkt der Gesetzgebung vorhandenen Rechtszustand meint, in den das Gesetz eingreift sowie die Art und Weise, wie das Gesetz das bestehende Recht verändert.

¹⁵ Siehe vorige Fn.

„kollektiven Intentionalität“ zurückgreifen.¹⁶ Aber nicht nur die Absicht des parlamentarischen Gesetzgebers ist aufgrund der Vielzahl der Akteur:innen schwer festzumachen, die Sache wird umso komplizierter, wenn wir die konkreten Prozesse der Gesetzesentstehung näher in den Blick nehmen: In der Verfassungsrealität beruhen die legislativen Initiativen bekanntlich auf Vorarbeiten des Rechtsstabes, insbesondere der Legislativabteilungen der verschiedenen Ministerien. Dass den von der Legistik in diesem Zusammenhang erstellten Materialien (insbesondere den Erläuternden Bemerkungen zu Regierungsvorlagen) eine gewisse Rolle bei der historischen Auslegung zukommt, wird mit der sogenannten „Paktentheorie“ begründet, der zufolge der Gesetzgeber diese Arbeitsteiligkeit bewusst in Kauf nimmt und ihm daher grundsätzlich auch Vorbereitungsarbeiten der Legist:innen zugerechnet werden können.¹⁷

Gerade im Sozialrechtsbereich sind neben der Ministerialbürokratie aber auch die Rechtsstäbe der gesetzlichen und freiwilligen Interessenvertretungen zu nennen, die auf verschiedenen Ebenen die Gesetzwerdung begleiten: Sei es durch proaktives Lobbying in der Öffentlichkeit oder bei nahestehenden Regierungsparteien, durch gutachterliche Äußerungen im parlamentarischen Begutachtungsprozess oder letztlich durch Druck auf gewählte Volksvertreter:innen (insbesondere jene, die ursprünglich aus den Interessenvertretungen kommen oder dort noch eine aktive Funktion ausüben).

Komplettiert wird die Komplexität der Gesetzesentstehung noch durch andere Akteure auf supra- und nationaler Ebene: Der EU-Gesetzgeber gibt häufig durch Richtlinien Vorgaben, die von den Gesetzgebungen der Mitgliedstaaten umzusetzen sind, wobei bei der Auslegung der Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung zu beachten ist. Aber auch die autoritative Auslegung des EU-Rechts durch den EuGH sowie die Auslegung des Verfassungsrechts durch den VfGH sind vom österreichischen Gesetzgeber zu beachten, wodurch die Identifikation „des Gesetzgebers“ weiter erschwert wird.

Angesichts dieser Vielgestaltigkeit des Gesetzgebungsprozesses ist auch das Abstellen auf „die klare Absicht des Gesetzgebers“ in vielfacher Weise zu relativieren. Die Kodifikationsgeschichte eines Gesetzes kann ergeben, dass hier verschiedene Intentionen mitmaßgeblich waren und sich aus den einzelnen Etappen der Gesetzwerdung unterschiedliche Schlüsse hinsichtlich der „Absicht des Gesetzgebers“ ergeben, die in wertender Sicht bei der Auslegung in ein Hierarchieverhältnis gebracht werden müssen. Darüber hinaus sind höherrangige Vorgaben wie Europa- und Verfassungsrecht in erster Linie zu beachten, während zB technische Pannen bei der Umsetzung des erkennbaren gesetzgeberischen Willens (seien diese auch im Wortlaut oder in den Materialien manifest) als Versehen zu behandeln sind, die durch entsprechende Auslegung und Lückenfüllung zu korrigieren sind, um der Absicht des Gesetzgebers im Lichte der höherrangigen Vorgaben zum Durchbruch zu verhelfen.

¹⁶ Wischmeyer, Der Wille des Gesetzgebers, JZ 2015, 957 ff (960 ff).

¹⁷ Fleischer, Gesetzesmaterialien im Spiegel der Rechtsvergleichung in: Fleischer, Mysterium „Gesetzesmaterialien“ (2013) 15 mwN; F. Bydliński, Methodenlehre 275.

Letztlich ist es daher Sache der Gerichte, in konkreten Fällen den einzelnen Elementen bei der Auslegung jenes Gewicht beizumessen, das zu einer möglichst sachgerechten, gesetzes- und verfassungskonformen Lösung führt. Ob es dabei stets nur eine „richtige“ Lösung gibt, mag man angesichts des Oben Ausgeführten bezweifeln, wohl aber kann die Forderung nach möglichst transparenter Begründung aufgestellt werden, die dann weitere Diskussion ermöglicht (und allenfalls auch den Gesetzgeber zu einer Klarstellung oder Korrektur einer höchstgerichtlichen Entscheidung veranlasst).

Dass solche Überlegungen keineswegs reine theoretische Spekulation sind, sondern der sozialgerichtlichen Praxis entspringen, soll anhand einer rezenten Entscheidung des OGH in Sozialrechtssachen ausgeführt werden, bei der der Gesetzgebungsprozess offenbar zu einer lückenhaften Umsetzung höherrangiger (in diesem Fall verfassungsrechtlicher) Vorgaben geführt hat, sodass die gesetzgeberische Absicht auf verfassungskonforme Neugestaltung der Rechtslage letztlich nur durch über den Wortlaut hinausgehende Rechtsfindung verwirklicht werden konnte.

II. Die lückenhafte Umsetzung einer gesetzgeberischen Intention und 10 ObS 82/23s

In 10 ObS 82/23s musste sich der OGH mit einer speziellen prozessrechtlichen Frage im Zusammenhang mit der Rückforderung zu Unrecht bezogenen Kinderbetreuungsgelds auseinandersetzen. Strittig war dabei nicht die materielle Frage (ein Vater hatte aufgrund zu spät erbrachter Mutter-Kind-Pass-Untersuchungen einen Teil des Kinderbetreuungsgelds zu Unrecht erhalten), sondern die Frage, ob die Neufassung des § 89 Abs 4 ASGG, die infolge der teilweisen Aufhebung dieser Norm durch den VfGH erforderlich wurde, auf den vorliegenden Fall anwendbar sei.

Daher gilt es zunächst die Konzeption des § 89 Abs 4 ASGG, seine teilweise Aufhebung durch den VfGH und die dann versuchte „Reparatur“ dieser Bestimmung durch den Gesetzgeber sowie die Übergangsregelung des § 98 Abs 31 ASGG darzustellen.

A. Die Rückforderung zu Unrecht bezogener Sozialleistungen im sozialgerichtlichen Verfahren

1. Die teilweise Aufhebung des § 89 Abs 4 ASGG durch den VfGH 2020

Rechtsstreitigkeiten über den Rückersatz zu Unrecht bezogener Versicherungsleistungen sind gemäß § 65 Abs 1 Z 2 ASGG Sozialrechtssachen, worunter auch Streitigkeiten über den Rückersatz von Kinderbetreuungsgeld fallen.¹⁸ Dabei besteht eine sukzessive Kompetenz: Der Rückersatzwerber (= Sozialversicherungsträger) hat einen Bescheid zu erlassen, den der Rückersatzpflichtige mit Klage

¹⁸ Neumayr in Neumayr/Reissner, Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht II³ (2018) § 65 ASGG Rz 13.

bekämpfen kann.¹⁹ Die Klage hat dabei nach stRsp auf negative Feststellung zu lauten, dass die Pflicht zum Rückersatz nicht besteht.²⁰

Hinsichtlich des von der Klage erfassten Anspruchs tritt der Bescheid durch die Klageerhebung außer Kraft (§ 71 Abs 1 ASGG). Daher regelte § 89 Abs 4 ASGG für den Fall der Abweisung der negativen Feststellungsklage, dh wenn der Rückersatzanspruch materiell zu Recht besteht, dass das Sozialgericht unter einem einen Rückzahlungsausspruch zu treffen hat.²¹ Bezüglich dieses Rückersatzanspruches durch das Sozialgericht sah § 89 Abs 4 ASGG vor der teilweisen Aufhebung durch den VfGH²² vor, dass die Leistungsfrist unter Berücksichtigung der Familien-, Einkommens- und Vermögensverhältnisse nach Billigkeit zu bestimmen ist und dabei auch eine Ratenzahlung angeordnet werden kann.

§ 89 Abs 4 ASGG idF 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. Hiebei 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.“

Verwehrt war dem Sozialgericht demnach die Möglichkeit der gänzlichen oder teilweisen Nachsicht von der Rückersatzpflicht, wie sie den Sozialversicherungsträgern aufgrund einer Reihe von Bestimmungen²³ bei Vorliegen berücksichtigungswürdiger Gründe bei der Bescheiderlassung eingeräumt war. Diese Diskrepanz bewog den VfGH mit Erkenntnis G 264/2019 vom 11. 12. 2020 über einen Normenkontrollantrag nach Art 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 aufzuheben (und anzuordnen, dass frühere gesetzliche Bestimmungen nicht wieder in Kraft treten).

Der VfGH führte aus, die verfassungsmäßige Ausgestaltung der sukzessiven Kompetenz erfordere auch die Kognition der ordentlichen Gerichte über den gänzlichen oder teilweisen Verzicht auf die Rückforderung.²⁴ Diesen Anforderungen genüge § 89 Abs 4 ASGG nicht, weil er dem Arbeits- und Sozialgericht nur eine vollumfängliche Auferlegung der Rückersatzpflicht oder die vollumfängliche Verneinung einräume, ohne die Rückersatzpflicht bei Vorliegen berücksichtigungswürdiger Umstände in einer der Vorgangsweise der Sozialversicherungs-

19 Neumayr in Neumayr/Reissner, Zeller Kommentar II³ § 65 ASGG Rz 14.

20 RS0084315; vgl RS0109892; Neumayr in Neumayr/Reissner, Zeller Kommentar II³ § 65 ASGG Rz 15.

21 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).

22 VfGH 11. 12. 2020, G 264/2019.

23 § 107 Abs 3 ASVG, § 76 Abs 3 GSVG, § 72 Abs 3 BSVG, § 49 Abs 3 B-KUVG; § 40 Abs 3 NVG 2020.

24 VfGH 20. 11. 2020, G 264/2019 Erwägungsgrund 2.2.4.3.

träger entsprechenden Weise mindern zu können. Darin erkannte er einen Widerspruch zum Rechtsstaatsprinzip.²⁵ 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.²⁶

Die Aufhebung bewirkte, 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 waren. Durch die Aufhebung entfällt 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 auf Rückersatz einer (Versicherungs-)Leistung dem Gegner den Ersatz aufzuerlegen, also einen Leistungstitel zugunsten des Sozialversicherungsträgers zu schaffen.

Hieraus ergibt sich die Problematik,²⁷ dass für den Fall, dass das Gericht die materielle Berechtigung des Rückforderungsanspruchs bejaht, eine Rechtsgrundlage für die Auferlegung der Rückersatzpflicht im Urteil fehlt. Da dies keinesfalls sachgerecht erscheint, wurde in der Literatur zum Teil vermutet, der Verfassungsgerichtshof sei davon ausgegangen, dass das Sozialgericht aufgrund einer anderen Rechtsgrundlage als § 89 Abs 4 ASGG – etwa § 107 ASVG oder § 76 GSVG – eine Befugnis zur Schaffung eines Exekutionstitels habe.²⁸ Der OGH schloss sich dieser Deutung aber nicht an und führte aus, dass dem Verfassungsgerichtshof nicht unterstellt werden könne, er halte (ohne diesbezügliche eindeutige Ausführungen) § 76 GSVG und ähnliche Parallelnormen, die sich ihrem Wortlaut nach nur an die Sozialversicherungsträger richten, auch für die Gerichte für maßgeblich. Dies ergebe sich auch daraus, dass der VfGH das Inkrafttreten seiner Aufhebung erst mehr als ein Jahr nach seinem Erkenntnis angeordnet habe: Die Möglichkeit der Einräumung einer solchen Frist diene dazu, 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.²⁹ Die Einräumung der Frist nach Art 140 Abs 5 B-VG bestätige insofern den Befund, dass der durch die bloße Aufhebung entstehende Rechtszustand auch vom VfGH nicht als wünschenswert angesehen worden sei und es einer gesetzlichen Umsetzung nach Ablauf der Übergangsfrist bedürfe.

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 Anlasses“ (ein solcher lag in 10 ObS 82/23s aber nicht vor) weiterhin anzuwenden, sofern der Verfassungsgerichtshof nicht in seinem aufhebenden Erkenntnis anderes ausspricht. Maß-

25 VfGH 20. 11. 2020, G 264/2019 Erwägungsgrund 2.2.4.4. f.

26 VfGH 20. 11. 2020, G 264/2019 Erwägungsgrund 2.2.4.5.

27 M. K. Greifeneder, JAS 2021, 195 (206).

28 Sonntag, Zur Aufhebung des § 89 Abs 4 ASGG durch den VfGH, in FS Neumayr 2972 (2976).

29 Rohregger/Pechhacker in Korinek/Holoubek et al, Bundesverfassungsrecht (19. Lfg 2024) Art 140 B-VG Rz 343.

geblich für die weitere Anwendung der aufgehobenen Bestimmung ist, dass sich der Sachverhalt vor der Aufhebung verwirklicht hat.³⁰ Ein „verwirklichter“ Tatbestand in diesem Sinn liegt vor, wenn noch vor dem Zeitpunkt, in dem die Sache selbst entschieden werden soll, ein Sachverhalt geschaffen wurde, der den Tatbestand einer vom Verfassungsgerichtshof aufgehobenen Rechtsvorschrift erfüllt.³¹

In dem 10 ObS 82/23s zugrundeliegenden 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.

2. Die Neufassung des § 89 Abs 4 ASGG und die zeitliche Lückenhaftigkeit im Übergangsrecht des § 98 Abs 31 ASGG

Der Gesetzgeber reagierte auf die Aufhebung durch den VfGH mit einer Änderung des § 89 Abs 4 ASGG im Zuge der Zivilverfahrens-Novelle 2022 (ZVN 2022, BGBl I 2022/61): § 89 Abs 4 wurde durch die neu gefassten Absätze 4 (betreffend die Rückersatzpflicht) und 5 (betreffend eine allfällige Kostenersatzpflicht des Versicherten) ersetzt. § 89 Abs 4 ASGG idF ZVN 2022 lautet nun: „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.“

Nach der Übergangsbestimmung des § 98 Abs 31 ASGG in der Fassung der Regierungsvorlage zur ZVN 2022 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.³² Die Neufassung wäre damit im unmittelbaren Anschluss an das Wirksamwerden der vom Verfassungsgerichtshof ausgesprochenen Aufhebung in Kraft getreten. 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.³³

30 Rohregger/Pechhacker in Korinek/Holoubek et al, Bundesverfassungsrecht Art 140 B-VG Rz 363.

31 Schäffer/Kneihls in Kneihls/Lienbacher, Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (18. Lfg 2017) Art 140 B-VG Rz 90.

32 § 98 Abs 31 ASGG idF der Regierungsvorlage 1291 BlgNR 27. GP 10.

33 ErläutRV 1291 BlgNR 27. GP 3.

Zur Aufhebung durch den Verfassungsgerichtshof und dem 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:

„Es soll daher eine Rechtsgrundlage für die Festlegung der Rückzahlungsverpflichtung durch die Sozialgerichte geschaffen werden, die diesen Anforderungen entspricht: Ab 1. Jänner 2022 sollte 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 [...]“.³⁴

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 ermächtigt sein sollen, in Fällen des materiellen Bestehens einer Rückersatzpflicht dem Leistungsempfänger im klageabweisenden Urteil den entsprechenden Rückersatz aufzuerlegen.

Wie hätte nun der Gesetzgeber dieses Ziel in prozessrechtlicher Hinsicht am einfachsten verwirklichen können? Da Verfahrensgesetze nach ständiger Rechtsprechung,³⁵ sofern nicht ausdrücklich eine andere Regelung getroffen wurde, immer nach dem letzten Stand anzuwenden sind, hätte sich die Übergangsvorschrift darauf beschränken können, das Inkrafttreten des § 89 Abs 4 idF der ZVN 2022 am 1. 1. 2022 anzuordnen. Dann hätte der Gesetzgeber 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 31. 12. 2021 erlassen wurden, ergäbe 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 anzuwendenden novellierten Fassung der Bestimmung ergeben.

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. Dazu kommt, dass der ursprünglich anvisierte „nahtlose“ Übergang durch ein Inkrafttreten am 1. 1. 2022 im Gesetzgebungs-

³⁴ ErläutRV 1291 BlgNR 27. GP 15.

³⁵ RS0008733 [T1].

prozess nicht eingehalten wurde, sodass schließlich als Datum für die Anwendung der neuen Rechtslage der 1. 5. 2022 bestimmt wurde und in § 98 Abs 31 ASGG angeordnet ist, dass die neugefassten § 89 Abs 4 und 5 auf Verfahren anzuwenden sind, „in denen die Klage nach dem 30. April 2022 eingebracht wird“.

Stellt man für die Anwendung des novellierten § 89 Abs 4 ASGG auf die Klageeinbringung ab dem Tag des In-Kraft-Tretens der Neuregelung ab, ist aber 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 vollständig umgesetzt. Zur Verwirklichung dieses Ziels hätte es einer Rechtsgrundlage bedurft, die die Auferlegung des Rückersatzes in ab dem 1. 1. 2022 gefällten Urteilen unabhängig vom Zeitpunkt der Klageeinbringung oder mit einer früheren zeitlichen Festlegung ermöglichte. Die Umsetzung erfolgte also – gemessen an der „klaren Absicht des Gesetzgebers“ (§ 6 ABGB) – in unzureichender Weise.

B. Unsachlichkeit einer zeitlichen Lücke im Übergangsrecht

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.³⁶ 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. 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.³⁷

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 materiellrechtliche Bestimmung zu gelten hat. Eine zeitliche Stichtagsregel verstößt daher nicht grundsätzlich gegen das Gleichheitsgebot.³⁸ Das aus dem Gleichheitsgrundsatz abgeleitete Sachlichkeitsgebot ist nicht schon dann berührt, wenn das Ergebnis der Normanwendung nicht in allen Fällen als befriedigend angesehen wird,³⁹ es ist allerdings nach der Rsp des OGH sehr wohl

36 10 Obs 82/23s unter Berufung auf M. K. Greifeneder, JAS 2021, 195 (206).

37 Neumayr in Neumayr/Reissner, Zeller Kommentar II³ § 72 ASGG Rz 6.

38 RS0053393; RS0117654.

39 RS0053882.

verletzt, wenn der Gesetzgeber zur Zielerreichung völlig ungeeignete Mittel vorsieht oder die vorgesehenen, an sich geeigneten Mittel zu einer sachlich nicht begründbaren Differenzierung führen.⁴⁰

Eine zeitliche Lücke in der Anwendbarkeit der Regel, nach der die Sozialgerichte in Fällen einer materiell bestehenden 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. 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.

Daraus schließt der OGH in 10 ObS 82/23s, dass es sich beim Abstellen auf den Zeitpunkt der Klageeinbringung – gemessen an den Intentionen des Gesetzgebers – um eine „offenkundige regelungstechnische Fehlleistung“ handle. 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, sei nicht ersichtlich. Insofern erweise sich das Abstellen auf den Zeitpunkt der Klageeinbringung im Übergangsrecht auch als unsachlich im Sinn des Art 7 B-VG und damit als verfassungswidrig.

Die in § 98 Abs 31 ASGG angeordnete Maßgeblichkeit des Zeitpunkts der Klageeinbringung führt darüber hinaus nach Meinung des OGH zu Wertungswidersprüchen, die sich aus der systematischen Zusammenschau von § 89 Abs 4 ASGG und § 31 Abs 4 KBBG oder § 7 Abs 3 FamZeitbG ergäben: Mit BGBl I 2016/53 wurde im KBBG 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 KBBG; § 7 Abs 3 vorletzter Satz FamZeitbG). Mit der ZVN 2022, mit der – wie dargestellt – die Kompetenz der Sozialgerichte dahingehend 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 KBBG und des FamZeitbG geändert. § 31 Abs 4 letzter Satz KBBG 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 Rück-

40 RS0058455.

ersatzpflicht zum Teil oder zur Gänze entfallen zu lassen, zukommt, sondern dass beides dem Krankenversicherungsträger im nachgeschalteten Verwaltungsverfahren vorbehalten ist. § 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. 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.

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,⁴¹ wurde bereits einleitend ausgeführt.

Zusammenfassend hält der OGH fest, 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 träten in Fällen der Rückforderung von Kinderbetreuungsgeld oder Familienzeitbonus in besonders zugespitzter Weise zutage.

C. Der Wertungswidersprüche vermeidende Umgang des OGH mit der Regelung des § 98 Abs 31 ASGG

Um zu einer Wertungswidersprüche vermeidenden Auslegung des § 98 Abs 31 ASGG zu gelangen, bedient sich der OGH der eingangs bereits angesprochenen Grundsätze der Gesetzesauslegung gemäß §§ 6 und 7 ABGB. Dabei spricht er die oben angeführten Auslegungsgesichtspunkte an, betont aber auch, dass die einzelnen Auslegungsmethoden „nicht mechanisch hintereinander anzuwenden“ seien, es sei „vielmehr eine Gesamtwürdigung vorzunehmen und unter Heranziehung aller zur Verfügung stehender Kriterien in wertender Entscheidung der Sinn einer Regelung klarzustellen“.⁴² Dass selbst der eindeutige Gesetzeswortlaut keine unübersteigbare Grenze juristischer Argumentation darstelle, sei auf Grundlage des § 7 ABGB in der Rechtsprechung anerkannt.

In Fällen, in denen das Gesetz in seinem wörtlichen Verständnis offenbare Wertungswidersprüche in der Rechtsordnung provoziere, die mit dem bestehenden Wertekonsens innerhalb der Rechtsgemeinschaft unvereinbar oder der „Natur der Sache“ zuwider sind, ist nach Auffassung des OGH die Heranziehung von historischem Interpretationsmaterial erforderlich. Gelingt in einem solchen Fall der Nachweis einer vom Wortlaut abweichenden Absicht des Gesetzgebers, so

⁴¹ Fink, Sukzessive Zuständigkeit 420.

⁴² OGH 10 ObS 82/23s unter Berufung auf RS0008877; 8 Ob 563/85; 5 Ob 233/22h.

werde diese, unterstützt von den objektiv-teleologischen Argumenten, durchdringen.⁴³ Dabei gehe es nicht darum, unter Außerachtlassung der Gewaltenteilung eine als unbefriedigend empfundene Gesetzgebung durch die Rechtsprechung zu korrigieren, sondern vielmehr darum, einem eindeutig erkennbaren Willen des Gesetzgebers, der mit der Gesetzssystematik und ihren zugrunde liegenden Wertungen im Einklang steht, über einen unzulänglich formulierten Gesetzestext hinaus zum Durchbruch zu verhelfen.⁴⁴ In diesem Zusammenhang sei auch zu beachten, dass die Erzielung eines verfassungswidrigen Auslegungsergebnisses tunlichst zu vermeiden ist, sofern sich der Gesetzgeber nicht gezielt über verfassungsgesetzliche Wertungen hinweggesetzt hat.⁴⁵

Im vorliegenden Fall sah es der OGH als klar an, 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. Der Gesetzeswortlaut stehe diesem Ziel aber insofern entgegen, als er die Anwendbarkeit der Neuregelung von der Klageeinbringung ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens der novellierten Fassung des § 89 Abs 4 ASGG abhängig zu machen scheint. Aufgrund der gesetzgeberischen Intention sei es daher geboten, die Übergangsvorschrift des § 98 Abs 31 ASGG über ihren Wortlaut hinaus dahingehend zu deuten, dass die Anwendbarkeit von § 89 Abs 4 ASGG idF der ZVN 2022 nicht auf Fälle beschränkt wird, in denen die Klageeinbringung nach dem 30. 4. 2022 erfolgt ist. Die Stichtagsregelung wird damit nicht als abschließende Regelung verstanden, sondern als eine Regelung, die gemessen an der gesetzgeberischen Intention lückenhaft ist, sodass für Fälle, in denen die Klageeinbringung vor dem 30. 4. 2022 erfolgte (und für die die aufgehobene Bestimmung nicht mehr galt) die Geltung des neugefassten § 89 Abs 4 ASGG zu bejahen ist.⁴⁶

D. Analogie oder teleologische Reduktion?

Der OGH macht in 10 Obs 82/23s deutlich, dass er aufgrund der gesetzgeberischen Intention der vollständigen Erfassung aller Verfahren ab der teilweisen Aufhebung der früheren Fassung des § 89 Abs 4 ASGG über den Wortlaut der

⁴³ OGH 10 Obs 82/23s unter Berufung auf RS0008765; 10 Obs 126/88; vgl 5 Ob 118/07z; 5 Ob 6/11k.

⁴⁴ OGH 10 Obs 82/23s unter Verweis auf Kerschner/Kehrer in Klang³ §§ 6, 7 ABGB Rz 101: „Redaktionsversehen“.

⁴⁵ OGH Obs 82/23s unter Berufung auf 6 Ob 157/14b; RS0008793 sowie Kerschner/Kehrer in Klang³ §§ 6, 7 ABGB Rz 79.

⁴⁶ Wenn man, wie der OGH es tut, die vor dem 30. 4. 2022 eingebrachten Klagen als nicht von § 89 Abs 31 ASGG erfasst ansieht, einen Umkehrschluss (dass daher § 89 Abs 4 und 5 idGF nicht auf diese anwendbar sein sollen) aber infolge der gesetzgeberischen Intention für nicht geboten hält, dann ergäbe sich die Rechtsfolge der Anwendbarkeit des § 89 Abs 4 und 5 in der neuen Fassung auch aus den allgemeinen zivilprozessualen Regeln, wie sie oben ausgeführt wurden. Zwar lässt die Anordnung eines Stichtages (zB für den Zeitpunkt der Klageeinbringung wie in § 98 Abs 31 ASGG) im Normalfall an eine abschließende Regelung denken, die im Umkehrschluss davor liegende Sachverhalte ausschließt, im Falle einer – aufgrund der aus den Materialien beweisbaren gegenteiligen gesetzgeberischen Intention – ungewollten Lückenhaftigkeit der Regelung ist dies aber widerlegt.

Übergangsbestimmung des § 98 Abs 31 ASGG hinausgeht. Er verhilft damit dem aus den Gesetzesmaterialien ersichtlichen wahren Willen des Gesetzgebers durch Berichtigung des „unzulänglich gestalteten Wortlautes“ des § 98 Abs 31 ASGG, den der OGH als Redaktionsversehen qualifiziert, zum Durchbruch und vermeidet nach eigenem Bekunden eine Auslegung, die „unter systematischen und teleologischen Gesichtspunkten wertungswidersprüchlich“ und mit dem verfassungsrechtlichen Sachlichkeitsgebot kaum vereinbar wäre.⁴⁷

Der 10. Senat des OGH ließ letztlich offen, ob er damit eine teleologische Reduktion des § 98 Abs 31 im Hinblick auf das Abstellen auf die Klageeinbringung ab einem bestimmten Zeitpunkt vornimmt, oder aber annimmt, dass für die vor dem im Gesetz genannten Stichtag eingebrachten Klagen die Neuregelung deshalb gilt, weil es sich um eine – angesichts des Gesetzgeberwillens der Erfassung aller Fälle – ungewollte Lücke handle.

Im Ergebnis macht das keinen Unterschied, weil es in beiden Fällen um ein aufgrund der Lückenhaftigkeit des Gesetzes erfolgtes Abgehen vom Gesetzeswortlaut ginge. Bei einer Analogie ist der Wortlaut der Regelung zu eng geraten⁴⁸ und insofern – gemessen am gesetzgeberischen Programm – lückenhaft. Im Fall der teleologischen Reduktion⁴⁹ hingegen ist der Wortlaut zu weit, da der Gesetzgeber bestimmte Ausnahmen oder Einschränkungen im Wortlaut nicht adäquat ausgedrückt hat.⁵⁰ Im Fall des § 98 Abs 31 ASGG ist der Wortlaut aber durch das Abstellen auf die Klageeinbringung „nach dem 30. 4. 2022“ zu eng, sodass für die Fälle, die vor diesem Stichtag eingebracht, aber nach dem 31. 12. 2021 zu entscheiden sind (sodass sie nicht mehr unter die vom VfGH aufgehobene Fassung fallen) eine sinngemäße Anwendung des neugefassten § 89 Abs 4 ASGG anzunehmen ist. Es liegt daher unseres Erachtens ein Fall der analogen Rechtsanwendung vor.

Zu betonen ist aber, dass eine Entscheidung wie 10 Obs 82/23s als Ausdruck einer umfassenden Wertung verschiedener Gesichtspunkte zu verstehen ist, bei der der – grundsätzlich im Vordergrund stehende – Wortlaut einer Bestimmung angesichts eines klar abweichenden gesetzgeberischen Willens sowie der Unsachlichkeit der zeitlich lückenhaften Erfassung von Fällen durch eine über den Wortlaut hinausgehende Rechtsfindung überschritten wird. Im konkreten Fall kommt hinzu, dass der Kläger (der seine Klage ja in Unkenntnis der späteren konkreten Umsetzung des Übergangsrechts eingebracht hatte) auch in keinem schützenswerten Vertrauen verletzt wurde.

10 Obs 82/23s illustriert damit, wie komplex der Prozess der Entscheidungsfindung werden kann, und wie subtil die Instrumente der Methodenlehre dazu eingesetzt werden müssen, um sachgerechte, den Intentionen des Gesetzgebers und den Vorgaben der Verfassung entsprechende Lösungen herbeizuführen.

47 OGH 10 Obs 82/23s.

48 Potacs, *Rechtstheorie*² 202 spricht hier von einer „semantischen Lücke“.

49 F, Bydlinski, *Methodenlehre*² 480 f; Kramer, *Juristische Methodenlehre*³ (2016) 213.

50 Vgl etwa das bei Meissel/Ofner/Perthold/Windischgrätz, *Grundbegriffe der Rechtswissenschaften*⁵ (2023) 46 f, angeführte Beispiel des § 1 Abs 1 Z 2 KunstrückgabeG 1998, bei dem der Gesetzgeber übersehen hat, Fälle, in denen ohnedies bereits eine Rückgabe der Kunstwerke nach 1945 stattgefunden hat, auszunehmen.