

# TE OGH 2008/9/28 100bS72/08y

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 28.09.2008

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten Dr. Schinko als Vorsitzenden, die Hofräte Dr. Fellinger und Dr. Hoch sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Johannes Pflug (aus dem Kreis der Arbeitgeber) und Mag. Markus Szelinger (aus dem Kreis der Arbeitnehmer) als weitere Richter in der Sozialrechtssache der klagenden Partei Gabriele H\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Herbert Felsberger und Dr. Sabine Gauper-Müller Rechtsanwälte in Klagenfurt, gegen die beklagte Partei Kärntner Gebietskrankenkasse, Kempfstraße 8, 9020 Klagenfurt, vertreten durch Dr. Gerhard Fink und andere Rechtsanwälte in Klagenfurt, wegen Rückforderung des Zuschusses zum Kinderbetreuungsgeld (Streitwert: 424,20 EUR), über die Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Graz als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 9. April 2008, GZ 8 Rs 7/08y-18, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Landesgerichts Klagenfurt als Arbeits- und Sozialgericht vom 8. Oktober 2007, GZ 32 Cgs 164/07h-13, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den Beschluss gefasst:

## Spruch

Der Oberste Gerichtshof stellt gemäß Art 89 Abs 2 B-VG (Art 140 Abs 1 B-VG) an den Verfassungsgerichtshof den Antrag, Der Oberste Gerichtshof stellt gemäß Artikel 89, Absatz 2, B-VG (Artikel 140, Absatz eins, B-VG) an den Verfassungsgerichtshof den Antrag,

1. a) § 13 letzter Satz KBGG in der Stammfassung (BGBl I 2001/103) und 1. a) Paragraph 13, letzter Satz KBGG in der Stammfassung (BGBl römisch eins 2001/103) und

b) § 31 Abs 2 zweiter Satz KBGG in der Stammfassung (BGBl I 2001/103) als verfassungswidrig aufzuheben; b) Paragraph 31, Absatz 2, zweiter Satz KBGG in der Stammfassung (BGBl römisch eins 2001/103) als verfassungswidrig aufzuheben;

2. auszusprechen, dass

a) § 8 KBGG in der Stammfassung (BGBl I 2001/103) - in eventu, § 8 Abs 1 KBGG in der Stammfassung (BGBl I 2001/103) -, a) Paragraph 8, KBGG in der Stammfassung (BGBl römisch eins 2001/103) - in eventu, Paragraph 8, Absatz eins, KBGG in der Stammfassung (BGBl römisch eins 2001/103) -,

b) in § 12 Abs 1 KBGG in der Stammfassung (BGBl I 2001/103) die Wortfolge „, sofern ihr Ehegatte kein Einkommen erzielt oder der maßgebliche Gesamtbetrag der Einkünfte (§ 8) nicht mehr als 7 200 Euro (Freigrenze) beträgt. Die Freigrenze erhöht sich für jede weitere Person, für deren Unterhalt der Ehepartner aufgrund einer rechtlichen oder sittlichen Pflicht tatsächlich wesentlich beiträgt, um 3 600 Euro“ und b) in Paragraph 12, Absatz eins, KBGG in der Stammfassung (BGBl römisch eins 2001/103) die Wortfolge „, sofern ihr Ehegatte kein Einkommen erzielt oder der maßgebliche Gesamtbetrag der Einkünfte (Paragraph 8,) nicht mehr als 7 200 Euro (Freigrenze) beträgt. Die Freigrenze erhöht sich für jede weitere Person, für deren Unterhalt der Ehepartner aufgrund einer rechtlichen oder sittlichen

Pflicht tatsächlich wesentlich beiträgt, um 3 600 Euro" und

c) § 12 Abs 2 KBGG in der Stammfassung (BGBl I 2001/103) verfassungswidrig waren.c) Paragraph 12, Absatz 2, KBGG in der Stammfassung (BGBl römisch eins 2001/103) verfassungswidrig waren.

Mit der Fortführung des Revisionsverfahrens wird gemäß § 62 Abs 3 VfGG bis zur Zustellung des Erkenntnisses des Verfassungsgerichtshofs innegehalten. Mit der Fortführung des Revisionsverfahrens wird gemäß Paragraph 62, Absatz 3, VfGG bis zur Zustellung des Erkenntnisses des Verfassungsgerichtshofs innegehalten.

### **Text**

Begründung:

Die Klägerin und ihr Lebensgefährte Gernot R\*\*\*\*\* sind die Eltern der am 27. 8. 2002 geborenen Romina R\*\*\*\*\*. Zum Zeitpunkt der Antragstellung der Klägerin auf Gewährung des Kinderbetreuungsgeldes sowie des Zuschusses zum Kinderbetreuungsgeld lebten auch noch der am 7. 11. 1987 geborene Mark-Andre H\*\*\*\*\* und die am 16. 7. 1992 geborene Anja H\*\*\*\*\* mit ihnen im gemeinsamen Haushalt (10 Obs 71/08a).

Über Antrag der Klägerin vom 25. 10. 2002 bezog sie für ihre Tochter Romina vom 23. 10. 2002 bis 31. 12. 2002 einen Zuschuss zum Kinderbetreuungsgeld in Höhe von täglich 6,06 EUR, insgesamt also 424,20 EUR.

In dem von der Klägerin unterfertigten Antragsformular bestätigte sie auch den Erhalt eines Informationsblattes zum Kinderbetreuungsgeld. Darin ist zur Inanspruchnahme des Zuschusses zum Kinderbetreuungsgeld durch in Lebensgemeinschaft mit dem Kindesvater lebenden Bezieherinnen zu finden, dass

- der maßgebliche Gesamtbetrag der Einkünfte des anderen Elternteils

7.200 EUR = Freigrenze pro Kalenderjahr nicht übersteigen darf,

- -Strichaufzählung  
sich für jede Person (auch das KBG-Kind, nicht der/die Antragsteller/in), zu dessen Unterhalt der andere Elternteil wesentlich beiträgt, die Freigrenze um 3.600 EUR pro Kalenderjahr erhöht,
- -Strichaufzählung  
sich der Zuschuss entsprechend verringert, wenn die Freigrenze überschritten wird,
- -Strichaufzählung  
die Überprüfung der Freigrenze analog der Ermittlung der Zuverdienstgrenze im Nachhinein erfolgt,
- -Strichaufzählung  
der nicht gebührende Teil vom zuständigen Krankenversicherungsträger zurückgefordert werden muss, wenn sich bei der rückwirkenden Überprüfung herausstellt, dass der Zuschuss nur teilweise oder überhaupt nicht gebührt hätte.

Die Einkünfte des Lebensgefährten der Klägerin für das Jahr 2002 betrugen laut Einkommensteuerbescheid 48.134,97 EUR. Unter Berücksichtigung der vorgeschriebenen Sozialversicherungsbeiträge ergibt sich ein Einkommen von 49.885,91 EUR, wovon die beklagte Partei am 25. 1. 2005 Kenntnis erlangte.

Mit Bescheid vom 26. 6. 2007 widerrief die beklagte Partei die Zuerkennung des Zuschusses zum Kinderbetreuungsgeld für den Zeitraum vom 23. 10. 2002 bis 31. 12. 2002 und verpflichtete die Klägerin zum Rückersatz der unberechtigt empfangenen Leistung in Höhe von insgesamt 424,20 EUR binnen 4 Wochen, weil ihr Lebensgefährte im Jahr 2002 ein die Freigrenze von 18.000 EUR um 31.885,91 EUR überschreitendes Einkommen erzielt habe und dieser Unterschiedsbetrag auf den im Jahr 2002 erhaltenen Zuschuss anzurechnen sei. Gegen diesen Bescheid erhob die Klägerin rechtzeitig eine Klage auf Feststellung, dass ihr für den Zeitraum vom 23. 10. 2002 bis 31. 12. 2002 ein Zuschuss zum Kinderbetreuungsgeld zustehe. Im Zeitpunkt der Bewilligung des Zuschusses zum Kinderbetreuungsgeld seien der beklagten Partei bereits alle maßgebenden Unterlagen hinsichtlich der Höhe der Einkünfte ihres Lebensgefährten vorgelegen. Außerdem habe sie nicht alle Empfänger von Zuschüssen zum Kinderbetreuungsgeld hinsichtlich eines möglichen Überschreitens der Zuverdienstgrenze überprüft, sondern den Fall der Klägerin nach dem Zufallsprinzip ausgewählt, was dem Gleichheitsgrundsatz widerspreche. Die beklagte Partei habe ihre Betreuungspflichten verletzt, weil sie die Klägerin bei der Antragstellung nicht ausdrücklich auf die Möglichkeit der Rückforderung des Kinderbetreuungsgeldes hingewiesen und ihr die komplizierte Berechnung der Zuverdienstgrenze nicht ausführlich erklärt habe. Darüber hinaus machte die Klägerin Verjährung des Rückforderungsanspruchs, gutgläubigen Verbrauch und das Vorliegen eines Härtefalls geltend.

Die beklagte Partei beantragte die Abweisung des Klagebegehrens und die Verpflichtung der Klägerin zur Rückzahlung der unberechtigt empfangenen Leistung. Die Zuschussleistung sei an gesetzliche Zuverdienstgrenzen geknüpft, welche gemäß § 13 letzter Satz KBGG auch für Lebensgefährten Geltung hätten. Unter Berücksichtigung der Unterhaltsverpflichtungen des Lebensgefährten der Klägerin ergebe sich für das Jahr 2002 eine maßgebliche Freigrenze von 18.000 EUR, welche durch die aus Gewerbebetrieb erzielten Einkünfte deutlich überschritten worden sei. Die Beachtung der Freigrenze falle in den Verantwortungsbereich des jeweiligen Bezugsberechtigten. Eine gesetzliche Verpflichtung der beklagten Partei zur Prüfung des allfälligen Überschreitens der Freigrenze bestehe nicht. Die Bestimmungen des KBGG würden überdies für die Ermittlung des maßgeblichen Gesamtbetrags der Einkünfte auf das Kalenderjahr abstellen, womit ein Überschreiten der Freigrenze jeweils erst nach Ablauf des jeweiligen Kalenderjahres festgestellt werden könne. Die Klägerin sei über ihre Rückzahlungspflicht im Falle der Überschreitung der Zuverdienstgrenze ausreichend informiert worden. Das Erstgericht wies das Feststellungsbegehren der Klägerin ab und erkannte diese schuldig, der beklagten Partei den Zuschuss zum Kinderbetreuungsgeld für den Zeitraum vom 12. 10. 2002 bis 31. 12. 2002 in der Höhe von 424,20 EUR binnen 14 Tagen zurückzuzahlen. In rechtlicher Hinsicht vertrat es die Ansicht, die Freigrenze betreffend die Einkünfte des Lebensgefährten der Klägerin errechne sich unter Berücksichtigung der Sorgepflichten für drei Kinder mit 18.000 EUR. Da der Lebensgefährte der Klägerin im maßgeblichen Zeitraum unter Berücksichtigung der Sozialversicherungsbeiträge über 49.000 EUR verdient habe, sei die Grenze um mehr als 31.000 EUR überschritten. Die Klägerin sei durch Ausfolgung des Informationsblattes ausreichend über die Voraussetzungen für den Bezug des Zuschusses zum Kinderbetreuungsgeld informiert worden. Dass das Einkommen ihres Lebensgefährten bei mehr als dem zweieinhalbfachen der Freigrenze liege, hätte der Klägerin schon bei einem kurzem Vergleich dieser Gesetzesbestimmung mit dem Einkommensteuerbescheid klar sein müssen. Ein Härtefall liege nicht vor.

Die beklagte Partei beantragte die Abweisung des Klagebegehrens und die Verpflichtung der Klägerin zur Rückzahlung der unberechtigt empfangenen Leistung. Die Zuschussleistung sei an gesetzliche Zuverdienstgrenzen geknüpft, welche gemäß Paragraph 13, letzter Satz KBGG auch für Lebensgefährten Geltung hätten. Unter Berücksichtigung der Unterhaltsverpflichtungen des Lebensgefährten der Klägerin ergebe sich für das Jahr 2002 eine maßgebliche Freigrenze von 18.000 EUR, welche durch die aus Gewerbebetrieb erzielten Einkünfte deutlich überschritten worden sei. Die Beachtung der Freigrenze falle in den Verantwortungsbereich des jeweiligen Bezugsberechtigten. Eine gesetzliche Verpflichtung der beklagten Partei zur Prüfung des allfälligen Überschreitens der Freigrenze bestehe nicht. Die Bestimmungen des KBGG würden überdies für die Ermittlung des maßgeblichen Gesamtbetrags der Einkünfte auf das Kalenderjahr abstellen, womit ein Überschreiten der Freigrenze jeweils erst nach Ablauf des jeweiligen Kalenderjahres festgestellt werden könne. Die Klägerin sei über ihre Rückzahlungspflicht im Falle der Überschreitung der Zuverdienstgrenze ausreichend informiert worden. Das Erstgericht wies das Feststellungsbegehren der Klägerin ab und erkannte diese schuldig, der beklagten Partei den Zuschuss zum Kinderbetreuungsgeld für den Zeitraum vom 12. 10. 2002 bis 31. 12. 2002 in der Höhe von 424,20 EUR binnen 14 Tagen zurückzuzahlen. In rechtlicher Hinsicht vertrat es die Ansicht, die Freigrenze betreffend die Einkünfte des Lebensgefährten der Klägerin errechne sich unter Berücksichtigung der Sorgepflichten für drei Kinder mit 18.000 EUR. Da der Lebensgefährte der Klägerin im maßgeblichen Zeitraum unter Berücksichtigung der Sozialversicherungsbeiträge über 49.000 EUR verdient habe, sei die Grenze um mehr als 31.000 EUR überschritten. Die Klägerin sei durch Ausfolgung des Informationsblattes ausreichend über die Voraussetzungen für den Bezug des Zuschusses zum Kinderbetreuungsgeld informiert worden. Dass das Einkommen ihres Lebensgefährten bei mehr als dem zweieinhalbfachen der Freigrenze liege, hätte der Klägerin schon bei einem kurzem Vergleich dieser Gesetzesbestimmung mit dem Einkommensteuerbescheid klar sein müssen. Ein Härtefall liege nicht vor.

Das Berufungsgericht gab der Berufung der Klägerin keine Folge. Es schloss sich im Wesentlichen der Rechtsansicht des Erstgerichts an. Eine Verjährung des Rückforderungsanspruchs nach § 31 Abs 7 KBGG sei nicht eingetreten. Die Berücksichtigung des von der Klägerin behaupteten gutgläubigen Verbrauchs komme nicht in Betracht, weil es auf die Vorhersehbarkeit der Überschreitung gar nicht ankomme. Gemäß § 31 Abs 2 letzter Satz KBGG bestehe die Rückersatzverpflichtung vielmehr auch ohne Verschulden des Leistungsbeziehers. Im Übrigen sei die Klägerin ausreichend auf ihre Verpflichtung zur Rückzahlung des Zuschusses zum Kinderbetreuungsgeld im Falle der Überschreitung der Zuverdienstgrenze hingewiesen worden. Den Sozialgerichten stehe eine Kompetenz für eine gänzliche oder teilweise Nachsicht zurückzuzahlender Beträge in Härtefällen gemäß § 31 Abs 4 KBGG nicht zu. Schließlich teilte das Berufungsgericht auch nicht die von der Klägerin gegen die geltende Gesetzeslage vorgebrachten verfassungsrechtlichen Bedenken. Es sprach aus, dass die ordentliche Revision mangels Vorliegens einer erheblichen

Rechtsfrage im Sinn des § 502 Abs 1 ZPO nicht zulässig sei. Das Berufungsgericht gab der Berufung der Klägerin keine Folge. Es schloss sich im Wesentlichen der Rechtsansicht des Erstgerichts an. Eine Verjährung des Rückforderungsanspruchs nach Paragraph 31, Absatz 7, KBGG sei nicht eingetreten. Die Berücksichtigung des von der Klägerin behaupteten gutgläubigen Verbrauchs komme nicht in Betracht, weil es auf die Vorhersehbarkeit der Überschreitung gar nicht ankomme. Gemäß Paragraph 31, Absatz 2, letzter Satz KBGG bestehe die Rückersatzverpflichtung vielmehr auch ohne Verschulden des Leistungsbeziehers. Im Übrigen sei die Klägerin ausreichend auf ihre Verpflichtung zur Rückzahlung des Zuschusses zum Kinderbetreuungsgeld im Falle der Überschreitung der Zuverdienstgrenze hingewiesen worden. Den Sozialgerichten stehe eine Kompetenz für eine gänzliche oder teilweise Nachsicht zurückzahlender Beträge in Härtefällen gemäß Paragraph 31, Absatz 4, KBGG nicht zu. Schließlich teilte das Berufungsgericht auch nicht die von der Klägerin gegen die geltende Gesetzeslage vorgebrachten verfassungsrechtlichen Bedenken. Es sprach aus, dass die ordentliche Revision mangels Vorliegens einer erheblichen Rechtsfrage im Sinn des Paragraph 502, Absatz eins, ZPO nicht zulässig sei.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die außerordentliche Revision der Klägerin wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, das angefochtene Urteil im klagestattgebenden Sinn abzuändern; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt. Weiters wird die Einleitung eines Gesetzesprüfungsverfahrens betreffend die Bestimmungen der §§ 8, 12 iVm 13 und 31 KBGG angeregt. Die beklagte Partei hat in der ihr freigestellten Revisionsbeantwortung beantragt, die Revision als unzulässig zurückzuweisen bzw ihr keine Folge zu geben. Gegen diese Entscheidung richtet sich die außerordentliche Revision der Klägerin wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, das angefochtene Urteil im klagestattgebenden Sinn abzuändern; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt. Weiters wird die Einleitung eines Gesetzesprüfungsverfahrens betreffend die Bestimmungen der Paragraphen 8,, 12 in Verbindung mit 13 und 31 KBGG angeregt. Die beklagte Partei hat in der ihr freigestellten Revisionsbeantwortung beantragt, die Revision als unzulässig zurückzuweisen bzw ihr keine Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist zulässig, weil die Bedenken gegen die Verfassungskonformität der präjudiziellen Bestimmungen der §§ 8, 12, 13 und 31 KBGG in der hier anzuwendenden Fassung ein Normenprüfungsverfahren angezeigt erscheinen lassen. Die Revisionswerberin macht in ihrem Rechtsmittel vor allem verfassungsrechtliche Bedenken gegen die §§ 8, 12, 13 und 31 KBGG geltend. Die Revision ist zulässig, weil die Bedenken gegen die Verfassungskonformität der präjudiziellen Bestimmungen der Paragraphen 8,, 12, 13 und 31 KBGG in der hier anzuwendenden Fassung ein Normenprüfungsverfahren angezeigt erscheinen lassen. Die Revisionswerberin macht in ihrem Rechtsmittel vor allem verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Paragraphen 8,, 12, 13 und 31 KBGG geltend.

Der erkennende Senat hat dazu Folgendes erwogen:

#### **1. Zum Anspruch der Klägerin auf Zuschuss zum Kinderbetreuungsgeld:**

Nach § 9 Abs 1 Z 3 KBGG haben nicht alleinstehende Mütter oder Väter nach Maßgabe des § 13 Anspruch auf Zuschuss zum Kinderbetreuungsgeld. Voraussetzung für die Gewährung des Zuschusses ist, dass Kinderbetreuungsgeld zuerkannt worden ist (§ 9 Abs 2 KBGG). Ausgeschlossen vom Zuschuss sind Personen, deren maßgeblicher Gesamtbetrag der Einkünfte einen bestimmten Grenzbetrag übersteigt (§ 9 Abs 3 KBGG). Die Höhe des Zuschusses beträgt 6,06 EUR täglich (§ 10 KBGG). Nach Paragraph 9, Absatz eins, Ziffer 3, KBGG haben nicht alleinstehende Mütter oder Väter nach Maßgabe des Paragraph 13, Anspruch auf Zuschuss zum Kinderbetreuungsgeld. Voraussetzung für die Gewährung des Zuschusses ist, dass Kinderbetreuungsgeld zuerkannt worden ist (Paragraph 9, Absatz 2, KBGG). Ausgeschlossen vom Zuschuss sind Personen, deren maßgeblicher Gesamtbetrag der Einkünfte einen bestimmten Grenzbetrag übersteigt (Paragraph 9, Absatz 3, KBGG). Die Höhe des Zuschusses beträgt 6,06 EUR täglich (Paragraph 10, KBGG).

§ 13 KBGG in der hier anzuwendenden Stammfassung (BGBl I 2001/103 - im Folgenden: Stammfassung) hat samt Überschrift folgenden Wortlaut: Paragraph 13, KBGG in der hier anzuwendenden Stammfassung (BGBl römisch eins 2001/103 - im Folgenden: Stammfassung) hat samt Überschrift folgenden Wortlaut:

„Nicht Alleinstehende

§ 13. Einen Zuschuss erhalten nicht alleinstehende Mütter bzw Väter, das sind Mütter bzw Väter, die ledig, geschieden oder verwitwet sind und mit dem Vater bzw der Mutter des Kindes nach den Vorschriften des Meldegesetzes 1991 an

derselben Adresse angemeldet sind oder anzumelden wären. Hinsichtlich des Einkommens gilt § 12 entsprechend."Paragraph 13, Einen Zuschuss erhalten nicht alleinstehende Mütter bzw Väter, das sind Mütter bzw Väter, die ledig, geschieden oder verwitwet sind und mit dem Vater bzw der Mutter des Kindes nach den Vorschriften des Meldegesetzes 1991 an derselben Adresse angemeldet sind oder anzumelden wären. Hinsichtlich des Einkommens gilt Paragraph 12, entsprechend."

§ 12 KBGG in der hier anzuwendenden Stammfassung (BGBl I 2001/103 - im Folgenden: Stammfassung) hat samt Überschrift folgenden Wortlaut:Paragraph 12, KBGG in der hier anzuwendenden Stammfassung (BGBl römisch eins 2001/103 - im Folgenden: Stammfassung) hat samt Überschrift folgenden Wortlaut:

„Ehegatten

§ 12. (1) Verheiratete Mütter bzw Väter erhalten einen Zuschuss, sofern ihr Ehegatte kein Einkommen erzielt oder der maßgebliche Gesamtbetrag der Einkünfte (§ 8) nicht mehr als 7.200 Euro (Freigrenze) beträgt. Die Freigrenze erhöht sich für jede weitere Person, für deren Unterhalt der Ehepartner aufgrund einer rechtlichen oder sittlichen Pflicht tatsächlich wesentlich beiträgt, um 3.600 Euro.Paragraph 12, (1) Verheiratete Mütter bzw Väter erhalten einen Zuschuss, sofern ihr Ehegatte kein Einkommen erzielt oder der maßgebliche Gesamtbetrag der Einkünfte (Paragraph 8,) nicht mehr als 7.200 Euro (Freigrenze) beträgt. Die Freigrenze erhöht sich für jede weitere Person, für deren Unterhalt der Ehepartner aufgrund einer rechtlichen oder sittlichen Pflicht tatsächlich wesentlich beiträgt, um 3.600 Euro.

(2) Übersteigt das Einkommen des Ehegatten die Freigrenze, so ist der Unterschiedsbetrag auf den Zuschuss anzurechnen."

Nach § 14 erster Satz KBGG gebührt der Zuschuss, solange auf die in§ 9 Abs 2 KBGG genannte Leistung (= Kinderbetreuungsgeld) Anspruch besteht. Im Fall des Antrags auf Gewährung eines Zuschusses gemäß den §§ 12 und 13 KBGG haben beide Elternteile eine Erklärung zu unterfertigen, mit der sie sich zur Leistung der Abgabe gemäß § 18 KBGG verpflichten (§ 15 KBGG).Nach Paragraph 14, erster Satz KBGG gebührt der Zuschuss, solange auf die in Paragraph 9, Absatz 2, KBGG genannte Leistung (= Kinderbetreuungsgeld) Anspruch besteht. Im Fall des Antrags auf Gewährung eines Zuschusses gemäß den Paragraphen 12 und 13 KBGG haben beide Elternteile eine Erklärung zu unterfertigen, mit der sie sich zur Leistung der Abgabe gemäß Paragraph 18, KBGG verpflichten (Paragraph 15, KBGG).

Mit den zitierten Bestimmungen des KBGG wurden im Großen und Ganzen die Regelungen aus dem KGG (§§ 15 ff - Zuschuss) übernommen. Hinsichtlich der Höhe wurde ebenfalls vom geltenden Recht ausgegangen. Den §§ 9 Abs 3 sowie 12 Abs 1 KBGG liegt der Einkommensbegriff (Gesamtbetrag der Einkünfte) des § 8 KBGG zugrunde (vgl RV 620 BlgNR XXI. GP 62). Da der Zuschuss zum Kinderbetreuungsgeld eine zusätzliche Unterstützung darstellt, bestehen sowohl bei der anspruchsberechtigten Person (vgl § 9 Abs 3 KBGG) als auch beim Lebenspartner (vgl § 12 Abs 1 und 13 KBGG) Einkommensgrenzen. Die Ermittlung der Einkünfte hat nach § 8 KBGG zu erfolgen, das heißt, dass auch beim Zuschuss ein allfälliger Verzicht nach den §§ 2 Abs 7, 8 Abs 2 KBGG zu beachten ist. Der Zuschuss gebührt nicht alleinstehenden Müttern oder Vätern gemäß § 13 iVm § 12 KBGG nur dann, wenn der maßgebliche Gesamtbetrag der Einkünfte im Sinn des § 8 KBGG nach der im vorliegenden Fall maßgebenden Rechtslage maximal 7.200 EUR beträgt. Bei weiteren Unterhaltsverpflichtungen erhöht sich dieser Betrag um 3.600 EUR pro Person. Wird diese Freigrenze überschritten, so wird der Überschreibungsbetrag auf den Zuschuss angerechnet, sodass nur noch ein Differenzanspruch besteht. Wenn gemäß den §§ 2 Abs 7, 8 Abs 2 KBGG in einzelnen Monaten auf das Kinderbetreuungsgeld und damit auch auf die Zuschüsse verzichtet wird, darf das Partnereinkommen in diesem Zeitraum bei der Ermittlung des maßgeblichen Gesamtbetrags der Einkünfte nicht berücksichtigt werden (Ehmer ua, Kinderbetreuungsgeldgesetz 126).Mit den zitierten Bestimmungen des KBGG wurden im Großen und Ganzen die Regelungen aus dem KGG (Paragraphen 15, ff - Zuschuss) übernommen. Hinsichtlich der Höhe wurde ebenfalls vom geltenden Recht ausgegangen. Den Paragraphen 9, Absatz 3, sowie 12 Absatz eins, KBGG liegt der Einkommensbegriff (Gesamtbetrag der Einkünfte) des Paragraph 8, KBGG zugrunde vergleiche Regierungsvorlage 620 BlgNR römisch 21 . Gesetzgebungsperiode 62). Da der Zuschuss zum Kinderbetreuungsgeld eine zusätzliche Unterstützung darstellt, bestehen sowohl bei der anspruchsberechtigten Person vergleiche Paragraph 9, Absatz 3, KBGG) als auch beim Lebenspartner vergleiche Paragraph 12, Absatz eins und 13 KBGG) Einkommensgrenzen. Die Ermittlung der Einkünfte hat nach Paragraph 8, KBGG zu erfolgen, das heißt, dass auch beim Zuschuss ein allfälliger Verzicht nach den Paragraphen 2, Absatz 7,, 8 Absatz 2, KBGG zu beachten ist. Der Zuschuss gebührt nicht alleinstehenden Müttern oder

Vätern gemäß Paragraph 13, in Verbindung mit Paragraph 12, KBGG nur dann, wenn der maßgebliche Gesamtbetrag der Einkünfte im Sinn des Paragraph 8, KBGG nach der im vorliegenden Fall maßgebenden Rechtslage maximal 7.200 EUR beträgt. Bei weiteren Unterhaltsverpflichtungen erhöht sich dieser Betrag um 3.600 EUR pro Person. Wird diese Freigrenze überschritten, so wird der Überschreibungsbetrag auf den Zuschuss angerechnet, sodass nur noch ein Differenzanspruch besteht. Wenn gemäß den Paragraphen 2, Absatz 7,, 8 Absatz 2, KBGG in einzelnen Monaten auf das Kinderbetreuungsgeld und damit auch auf die Zuschüsse verzichtet wird, darf das Partnereinkommen in diesem Zeitraum bei der Ermittlung des maßgeblichen Gesamtbetrags der Einkünfte nicht berücksichtigt werden (Ehmer ua, Kinderbetreuungsgeldgesetz 126).

Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass der in § 12 Abs 1 KBGG auch im Hinblick auf den Lebenspartner nicht alleinstehender Mütter bzw Väter enthaltene Freigrenze der Einkommensbegriff (Gesamtbetrag der Einkünfte) des § 8 KBGG zugrunde liegt. § 8 KBGG in der hier anzuwendenden Stammfassung (BGBl I 2001/103) hat samt Überschrift folgenden Wortlaut: Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass der in Paragraph 12, Absatz eins, KBGG auch im Hinblick auf den Lebenspartner nicht alleinstehender Mütter bzw Väter enthaltene Freigrenze der Einkommensbegriff (Gesamtbetrag der Einkünfte) des Paragraph 8, KBGG zugrunde liegt. Paragraph 8, KBGG in der hier anzuwendenden Stammfassung (BGBl römisch eins 2001/103) hat samt Überschrift folgenden Wortlaut:

„Gesamtbetrag der Einkünfte

§ 8. (1) Der maßgebliche Gesamtbetrag der Einkünfte (§ 2 Abs 1 Z 3) ist wie folgt zu ermitteln Paragraph 8, (1) Der maßgebliche Gesamtbetrag der Einkünfte (Paragraph 2, Absatz eins, Ziffer 3,) ist wie folgt zu ermitteln:

1. Soweit im Gesamtbetrag der Einkünfte gemäß § 2 Abs 2 des Einkommenssteuergesetzes 1988 (EStG 1988), BGBl. Nr. 400, solche aus nichtselbständiger Arbeit (§ 25 EStG 1988) enthalten sind, ist von jenen Einkünften auszugehen, die während der Kalendermonate mit Anspruch auf Auszahlung des Kinderbetreuungsgeldes (Anspruchszeitraum) zugeflossen sind. Sonstige Bezüge im Sinn des § 67 EStG 1988 bleiben außer Ansatz. Der danach ermittelte Betrag ist um 30 % zu erhöhen und sodann auf einen Jahresbetrag umzurechnen. Besteht der Anspruch auf die Auszahlung des Kinderbetreuungsgeldes für mehr als die Hälfte des Kalendermonates, zählt dieser Kalendermonat zur Gänze zum Anspruchszeitraum, andernfalls ist dieser Kalendermonat nicht in den Anspruchszeitraum einzubeziehen. Das Arbeitslosengeld und die Notstandshilfe gelten als Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit, abweichend vom vorletzten Satz ist der ermittelte Betrag um 15 % zu erhöhen. 1. Soweit im Gesamtbetrag der Einkünfte gemäß Paragraph 2, Absatz 2, des Einkommenssteuergesetzes 1988 (EStG 1988), Bundesgesetzblatt Nr. 400, solche aus nichtselbständiger Arbeit (Paragraph 25, EStG 1988) enthalten sind, ist von jenen Einkünften auszugehen, die während der Kalendermonate mit Anspruch auf Auszahlung des Kinderbetreuungsgeldes (Anspruchszeitraum) zugeflossen sind. Sonstige Bezüge im Sinn des Paragraph 67, EStG 1988 bleiben außer Ansatz. Der danach ermittelte Betrag ist um 30 % zu erhöhen und sodann auf einen Jahresbetrag umzurechnen. Besteht der Anspruch auf die Auszahlung des Kinderbetreuungsgeldes für mehr als die Hälfte des Kalendermonates, zählt dieser Kalendermonat zur Gänze zum Anspruchszeitraum, andernfalls ist dieser Kalendermonat nicht in den Anspruchszeitraum einzubeziehen. Das Arbeitslosengeld und die Notstandshilfe gelten als Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit, abweichend vom vorletzten Satz ist der ermittelte Betrag um 15 % zu erhöhen.

2. Andere Einkünfte (§§ 21 bis 23 sowie §§ 27 bis 29 EStG 1988) einschließlich jener, die der Steuerabgeltung nach § 97 EStG 1988 unterliegen, sind mit jenem Betrag zu berücksichtigen, der in die Ermittlung des Einkommens für das betreffende Kalenderjahr eingeht. Einkünfte aus Betätigungen, die Grundlage für Pflichtbeiträge in der gesetzlichen Sozialversicherung darstellen, sind um die darauf entfallenden vorgeschriebenen Beiträge zur gesetzlichen Sozialversicherung zu erhöhen. Wird eine Betätigung vor Beginn des Anspruchszeitraumes (Z 1) beendet oder nach Ablauf des Anspruchszeitraumes begonnen, bleiben die aus einer solchen Betätigung bezogenen Einkünfte außer Ansatz. Wird nachgewiesen, in welchem Ausmaß Einkünfte vor Beginn oder nach Ende des Anspruchszeitraumes angefallen sind, sind nur jene Einkünfte zu berücksichtigen, die während des Anspruchszeitraumes angefallen sind. Im Falle eines derartigen Nachweises sind die während des Anspruchszeitraumes angefallenen Einkünfte auf einen Jahresbetrag umzurechnen. Z 1 vorletzter Satz ist anzuwenden. 2. Andere Einkünfte (Paragraphen 21 bis 23 sowie Paragraphen 27 bis 29 EStG 1988) einschließlich jener, die der Steuerabgeltung nach Paragraph 97, EStG 1988 unterliegen, sind mit jenem Betrag zu berücksichtigen, der in die Ermittlung des Einkommens für das betreffende Kalenderjahr eingeht. Einkünfte aus Betätigungen, die Grundlage für Pflichtbeiträge in der gesetzlichen Sozialversicherung darstellen, sind um die darauf entfallenden vorgeschriebenen Beiträge zur gesetzlichen

Sozialversicherung zu erhöhen. Wird eine Betätigung vor Beginn des Anspruchszeitraumes (Ziffer eins,) beendet oder nach Ablauf des Anspruchszeitraumes begonnen, bleiben die aus einer solchen Betätigung bezogenen Einkünfte außer Ansatz. Wird nachgewiesen, in welchem Ausmaß Einkünfte vor Beginn oder nach Ende des Anspruchszeitraumes angefallen sind, sind nur jene Einkünfte zu berücksichtigen, die während des Anspruchszeitraumes angefallen sind. Im Falle eines derartigen Nachweises sind die während des Anspruchszeitraumes angefallenen Einkünfte auf einen Jahresbetrag umzurechnen. Ziffer eins, vorletzter Satz ist anzuwenden.

(2) Wird auf den Anspruch auf Kinderbetreuungsgeld verzichtet (§ 2 Abs 7), so bleiben die während der Dauer des Verzichtes erzielten Einkünfte bei der Ermittlung des maßgeblichen Gesamtbetrages der Einkünfte gemäß Abs 1 außer Ansatz."(2) Wird auf den Anspruch auf Kinderbetreuungsgeld verzichtet (Paragraph 2, Absatz 7,), so bleiben die während der Dauer des Verzichtes erzielten Einkünfte bei der Ermittlung des maßgeblichen Gesamtbetrages der Einkünfte gemäß Absatz eins, außer Ansatz."

Nach den Gesetzesmaterialien zu der hier maßgebenden Bestimmung des§ 8 Abs 1 Z 2 KBGG (RV 620 BlgNR XXI. GP 62) ist bei „anderen Einkünften" eine zeitliche Zuordnung vielfach nicht möglich (etwa bei der Absetzung für Abnutzung oder bei Rückstellungen). Überdies sind Gestaltungen, wie sie für den Bereich der Lohneinkünfte typisch sind (Herabsetzung der Arbeitszeit, Wechsel in ein anderes Dienstverhältnis), kaum gegeben. Es ist daher gerechtfertigt, grundsätzlich die Einkünfte des gesamten Jahres anzusetzen. Auch in diesem Bereich erfolgt eine Bereinigung der Einkünfte um abgezogene Pflichtbeiträge. Im Sinne einer Gleichbehandlung mit den Beziehern von Lohneinkünften soll es auch den selbständig Tätigen ermöglicht werden, eine zeitliche Zuordnung der auf den Anspruchszeitraum entfallenden Einkünfte zu treffen. Voraussetzung dafür ist ein konkreter „Zuordnungsnachweis". Im Bereich der betrieblichen Einkünfte wird vom Vorliegen eines solchen Nachweises dann ausgegangen werden können, wenn ein rechnerischer Zwischenabschluss („Rumpfwirtschaftsjahr") erstellt wird. In weiterer Folge werden die auf den Anspruchszeitraum entfallenden Einkünfte gleich den nichtselbständigen Einkünften auf einen Jahresbetrag hochgerechnet. Aus dem Wortlaut der zitierten Bestimmungen der §§ 8 Abs 1 Z 2 und 12 Abs 1 iVm § 13 KBGG sowie aus den ebenfalls zitierten Gesetzesmaterialien geht eindeutig hervor, dass der maßgebende Zeitraum für die Ermittlung der sogenannten Freigrenze das Kalenderjahr ist. Daraus folgt, dass die für den Lebensgefährten der Klägerin unter Berücksichtigung der Sorgepflichten für drei Kinder maßgebende Freigrenze von insgesamt 18.000 EUR im Hinblick auf die von ihm im Kalenderjahr 2002 erzielten Einkünfte aus Gewerbebetrieb von über 48.000 EUR deutlich überschritten wurde. Die vom Gesetzgeber für die Gewährung des Zuschusses zum Kinderbetreuungsgeld geforderte Einkommensschwäche der Familie der Klägerin im klagsgegenständlichen Zeitraum lag daher tatsächlich nicht vor.

Nach den Gesetzesmaterialien zu der hier maßgebenden Bestimmung des Paragraph 8, Absatz eins, Ziffer 2, KBGG Regierungsvorlage 620 BlgNR römisch 21 . Gesetzgebungsperiode 62) ist bei „anderen Einkünften" eine zeitliche Zuordnung vielfach nicht möglich (etwa bei der Absetzung für Abnutzung oder bei Rückstellungen). Überdies sind Gestaltungen, wie sie für den Bereich der Lohneinkünfte typisch sind (Herabsetzung der Arbeitszeit, Wechsel in ein anderes Dienstverhältnis), kaum gegeben. Es ist daher gerechtfertigt, grundsätzlich die Einkünfte des gesamten Jahres anzusetzen. Auch in diesem Bereich erfolgt eine Bereinigung der Einkünfte um abgezogene Pflichtbeiträge. Im Sinne einer Gleichbehandlung mit den Beziehern von Lohneinkünften soll es auch den selbständig Tätigen ermöglicht werden, eine zeitliche Zuordnung der auf den Anspruchszeitraum entfallenden Einkünfte zu treffen. Voraussetzung dafür ist ein konkreter „Zuordnungsnachweis". Im Bereich der betrieblichen Einkünfte wird vom Vorliegen eines solchen Nachweises dann ausgegangen werden können, wenn ein rechnerischer Zwischenabschluss („Rumpfwirtschaftsjahr") erstellt wird. In weiterer Folge werden die auf den Anspruchszeitraum entfallenden Einkünfte gleich den nichtselbständigen Einkünften auf einen Jahresbetrag hochgerechnet. Aus dem Wortlaut der zitierten Bestimmungen der Paragraphen 8, Absatz eins, Ziffer 2 und 12 Absatz eins, in Verbindung mit Paragraph 13, KBGG sowie aus den ebenfalls zitierten Gesetzesmaterialien geht eindeutig hervor, dass der maßgebende Zeitraum für die Ermittlung der sogenannten Freigrenze das Kalenderjahr ist. Daraus folgt, dass die für den Lebensgefährten der Klägerin unter Berücksichtigung der Sorgepflichten für drei Kinder maßgebende Freigrenze von insgesamt 18.000 EUR im Hinblick auf die von ihm im Kalenderjahr 2002 erzielten Einkünfte aus Gewerbebetrieb von über 48.000 EUR deutlich überschritten wurde. Die vom Gesetzgeber für die Gewährung des Zuschusses zum Kinderbetreuungsgeld geforderte Einkommensschwäche der Familie der Klägerin im klagsgegenständlichen Zeitraum lag daher tatsächlich nicht vor.

2. Zur Rückforderung des Zuschusses zum Kinderbetreuungsgeld gemäß § 31 Abs 2 KBGG: 2. Zur Rückforderung des Zuschusses zum Kinderbetreuungsgeld gemäß Paragraph 31, Absatz 2, KBGG:

Die spezielle Rückzahlungsverpflichtung des Zuschusses in Form der Abgabe gemäß § 19 KBGG berührt nicht die allgemeine Rückzahlungspflicht bei Vorliegen eines Tatbestands gemäß § 31 KBGG (Ehmer ua, Kinderbetreuungsgeldgesetz 181 FN 345). Nach § 31 Abs 1 KBGG ist der Leistungsbezieher bei Einstellung, Herabsetzung, Widerruf oder Berichtigung einer Leistung zum Ersatz des unberechtigt Empfangenen zu verpflichten, wenn er den Bezug durch unwahre Angaben oder durch Verschweigung maßgebender Tatsachen herbeigeführt hat oder wenn er erkennen musste, dass die Leistung nicht oder nicht in dieser Höhe gebührte. Die Verpflichtung zum Ersatz der empfangenen Leistung besteht nach § 31 Abs 2 erster Satz KBGG auch dann, wenn rückwirkend eine Tatsache festgestellt wurde, bei deren Vorliegen kein Anspruch besteht oder die zur Ermittlung des maßgeblichen Gesamtbetrags der Einkünfte (§ 8 KBGG) erforderliche Mitwirkung trotz Aufforderung innerhalb angemessener Frist verweigert wird. Darüber hinaus ist der Empfänger einer Leistung nach diesem Bundesgesetz nach § 31 Abs 2 zweiter Satz KBGG auch dann zum Ersatz des unberechtigt Empfangenen zu verpflichten, wenn sich ohne dessen Verschulden aufgrund des von der Abgabenbehörde an die Niederösterreichische Gebietskrankenkasse übermittelten Gesamtbetrags der Einkünfte ergibt, dass die Leistung nicht oder nicht in diesem Umfang gebührt hat. Die spezielle Rückzahlungsverpflichtung des Zuschusses in Form der Abgabe gemäß Paragraph 19, KBGG berührt nicht die allgemeine Rückzahlungspflicht bei Vorliegen eines Tatbestands gemäß Paragraph 31, KBGG (Ehmer ua, Kinderbetreuungsgeldgesetz 181 FN 345). Nach Paragraph 31, Absatz eins, KBGG ist der Leistungsbezieher bei Einstellung, Herabsetzung, Widerruf oder Berichtigung einer Leistung zum Ersatz des unberechtigt Empfangenen zu verpflichten, wenn er den Bezug durch unwahre Angaben oder durch Verschweigung maßgebender Tatsachen herbeigeführt hat oder wenn er erkennen musste, dass die Leistung nicht oder nicht in dieser Höhe gebührte. Die Verpflichtung zum Ersatz der empfangenen Leistung besteht nach Paragraph 31, Absatz 2, erster Satz KBGG auch dann, wenn rückwirkend eine Tatsache festgestellt wurde, bei deren Vorliegen kein Anspruch besteht oder die zur Ermittlung des maßgeblichen Gesamtbetrags der Einkünfte (Paragraph 8, KBGG) erforderliche Mitwirkung trotz Aufforderung innerhalb angemessener Frist verweigert wird. Darüber hinaus ist der Empfänger einer Leistung nach diesem Bundesgesetz nach Paragraph 31, Absatz 2, zweiter Satz KBGG auch dann zum Ersatz des unberechtigt Empfangenen zu verpflichten, wenn sich ohne dessen Verschulden aufgrund des von der Abgabenbehörde an die Niederösterreichische Gebietskrankenkasse übermittelten Gesamtbetrags der Einkünfte ergibt, dass die Leistung nicht oder nicht in diesem Umfang gebührt hat.

Der erkennende Senat geht davon aus, dass die Klägerin aufgrund der dargelegten Gesetzeslage gemäß § 31 Abs 2 KBGG zum Ersatz des gesamten von ihr im Kalenderjahr 2002 bezogenen Zuschusses zum Kinderbetreuungsgeld aufgrund des nachträglich festgestellten Überschreitens der Freigrenze (§ 12 Abs 1 iVm § 13 KBGG) durch den maßgeblichen Gesamtbetrag der Einkünfte (§ 8 KBGG) ihres Lebensgefährten verpflichtet ist. Der Einwand des gutgläubigen Verbrauchs des Zuschusses zum Kinderbetreuungsgeld durch die Klägerin ist, wie bereits das Berufungsgericht zutreffend dargelegt hat, aufgrund der objektiven Rückzahlungsverpflichtung des § 31 Abs 2 KBGG nicht berechtigt (vgl. RIS-Justiz RS0114485 ua; VwGH 23. 9. 2005, ZI2005/15/0080 mwN zu § 26 Abs 1 FLAG). Der erkennende Senat geht davon aus, dass die Klägerin aufgrund der dargelegten Gesetzeslage gemäß Paragraph 31, Absatz 2, KBGG zum Ersatz des gesamten von ihr im Kalenderjahr 2002 bezogenen Zuschusses zum Kinderbetreuungsgeld aufgrund des nachträglich festgestellten Überschreitens der Freigrenze (Paragraph 12, Absatz eins, in Verbindung mit Paragraph 13, KBGG) durch den maßgeblichen Gesamtbetrag der Einkünfte (Paragraph 8, KBGG) ihres Lebensgefährten verpflichtet ist. Der Einwand des gutgläubigen Verbrauchs des Zuschusses zum Kinderbetreuungsgeld durch die Klägerin ist, wie bereits das Berufungsgericht zutreffend dargelegt hat, aufgrund der objektiven Rückzahlungsverpflichtung des Paragraph 31, Absatz 2, KBGG nicht berechtigt (vergleiche RIS-Justiz RS0114485 ua; VwGH 23. 9. 2005, ZI2005/15/0080 mwN zu Paragraph 26, Absatz eins, FLAG).

Die Entscheidung der Vorinstanzen (Abweisung des Begehrens der Klägerin und Verpflichtung der Klägerin zum Rückersatz des von ihr für den Zeitraum vom 12. 10. 2002 bis 31. 12. 2002 bezogenen Zuschusses zum Kinderbetreuungsgeld) steht daher im Einklang mit der anzuwendenden Gesetzeslage.

3. Zur Präjudizialität:

Der Oberste Gerichtshof hat bei der Entscheidung über das Rechtsmittel der Klägerin, wie bereits dargelegt, unter anderem die Bestimmungen der §§ 8, 12, 13 und 31 Abs 2 zweiter Satz KBGG jeweils in der Stammfassung (BGBl I



2001/103) anzuwenden. Auch nach Ansicht des antragstellenden Senats schließt die spezielle Rückzahlungsverpflichtung des Zuschusses in Form der Abgabe gemäß § 19 KBGG die allgemeine Rückzahlungspflicht bei Vorliegen eines Tatbestands gemäß § 31 KBGG nicht aus. Der Oberste Gerichtshof hat bei der Entscheidung über das Rechtsmittel der Klägerin, wie bereits dargelegt, unter anderem die Bestimmungen der Paragraphen 8,, 12, 13 und 31 Absatz 2, zweiter Satz KBGG jeweils in der Stammfassung (BGBl. römisch eins 2001/103) anzuwenden. Auch nach Ansicht des antragstellenden Senats schließt die spezielle Rückzahlungsverpflichtung des Zuschusses in Form der Abgabe gemäß Paragraph 19, KBGG die allgemeine Rückzahlungspflicht bei Vorliegen eines Tatbestands gemäß Paragraph 31, KBGG nicht aus.

#### 4. Zu den verfassungsrechtlichen Bedenken:

Auszugehen ist davon, dass nach der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs ein Gesetz dann nicht dem Gleichheitssatz entspricht, wenn die in Betracht kommende Regelung sachlich nicht gerechtfertigt ist. Der Gleichheitsgrundsatz verpflichtet den Gesetzgeber, an gleiche Tatbestände gleiche Rechtsfolgen zu knüpfen und wesentliche Unterschiede im Tatsachenbereich durch entsprechende rechtliche Regelungen zu berücksichtigen. Nach ständiger Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs ist mit dem Gleichheitssatz auch vereinbar, wenn der Gesetzgeber von einer Durchschnittsbetrachtung ausgeht und dabei auch eine pauschalierende Regelung trifft, insbesondere wenn dies der Verwaltungsökonomie dient. Solche Regelungen dürfen lediglich, wenn sie im Interesse der Verwaltungsökonomie getroffen werden, nicht den Erfahrungen des täglichen Lebens widersprechen; die gewählten Maßstäbe müssen den wirtschaftlichen Erfahrungen entsprechen. Es wird ein solches Gesetz nicht schon deshalb gleichheitswidrig, weil dabei Härtefälle entstehen (VfSlg 17.315 mwN uva). Der Gesetzgeber kann daher in Grenzen „einfache und leicht handhabbare Regelungen“ schaffen; der Eintritt einer Rechtsfolge darf aber nicht von „Zufälligkeiten“ (insbesondere auch nicht von „manipulativen Umständen“) abhängen. Der Gesetzgeber darf auch ein von ihm selbst geschaffenes Ordnungssystem (zB das des Einkommensteuerrechts) verlassen, indem er einzelne Tatbestände auf eine nicht systemkonforme Art regelt (zB unterschiedliche Besteuerung verschiedener Einkunftsarten oder Vermögensteile). Dies muss nur sachlich begründet sein und damit in sich dem Gleichheitsgrundsatz entsprechen. Die zentrale Bedeutung der „sachlichen Rechtfertigung“ bei der Gleichheitsprüfung hat dazu geführt, dass der Gleichheitssatz heute auch als umfassendes Sachlichkeitsgebot verstanden wird. Dabei wird die Gleichheitsprüfung vom Vergleich zwischen verschiedenen Sachverhalten völlig losgelöst und ausschließlich an der Überlegung orientiert, ob für eine bestimmte Norm „sachliche Gründe“ sprechen. Dabei spielt in der Praxis auch die „Unverhältnismäßigkeit“ einer Regelung eine Rolle (Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> Rz 1359 f mwN). Schließlich ist noch zu berücksichtigen, dass nach der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs vom antragstellenden Gericht im konkreten Normenkontrollverfahren jegliche Verfassungswidrigkeit geltend gemacht werden kann und es daher keine Rolle spielt, ob sich die behauptete Verfassungswidrigkeit im Anlassverfahren auswirkt. Auch die Prüfung der angefochtenen Norm durch den Verfassungsgerichtshof selbst erfolgt stets losgelöst von den Aspekten des Einzelfalls (VfSlg 14.231, 13.015, 11.506 ua).

Gegen die Bestimmungen der §§ 8, 12, 13 und 31 Abs 2 KBGG in der im vorliegenden Fall anzuwendenden Fassung bestehen nach Ansicht des antragstellenden Gerichts folgende verfassungsrechtliche Bedenken: Gegen die Bestimmungen der Paragraphen 8,, 12, 13 und 31 Absatz 2, KBGG in der im vorliegenden Fall anzuwendenden Fassung bestehen nach Ansicht des antragstellenden Gerichts folgende verfassungsrechtliche Bedenken:

a) Gegen die Anknüpfung der Zuverdienstgrenze bzw Freigrenze für den Bezug des Kinderbetreuungsgeldes bzw des Zuschusses zum Kinderbetreuungsgeld an das steuerliche Einkommen (§ 8 Abs 1 Z 2 KBGG) bestehen insofern Bedenken, als das steuerliche Einkommen einzelner Einkunftsarten leicht von einem Jahr in ein anderes Jahr verschoben werden kann, also nicht dem tatsächlich erwirtschafteten Einkommen entsprechen muss (vgl Doralt, Kindergeld: Zuverdienstgrenze verfassungswidrig?, RdW 2007/328, 308). Gegen die in § 8 Abs 1 Z 2 KBGG auch für Einkünfte aus selbständiger Tätigkeit - ebenso wie in § 8 Abs 1 Z 1 KBGG für Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit - vorgesehene Hochrechnung der auf den Anspruchszeitraum entfallenden Einkünfte auf einen Jahresbetrag bestehen insofern Bedenken, als es sich dabei oftmals um Zufallsergebnisse handeln wird, die für die Betroffenen nicht vorhersehbar sind und die insbesondere bei starken Einkommensschwankungen die beim Anspruchsberechtigten bzw dessen Partner tatsächlich bestehenden Einkommensverhältnisse nicht richtig wiedergeben. a) Gegen die Anknüpfung der Zuverdienstgrenze bzw Freigrenze für den Bezug des Kinderbetreuungsgeldes bzw des Zuschusses zum Kinderbetreuungsgeld an das steuerliche Einkommen (Paragraph 8, Absatz eins, Ziffer 2, KBGG) bestehen insofern

Bedenken, als das steuerliche Einkommen einzelner Einkunftsarten leicht von einem Jahr in ein anderes Jahr verschoben werden kann, also nicht dem tatsächlich erwirtschafteten Einkommen entsprechen muss (vergleiche Doralt, Kindergeld: Zuverdienstgrenze verfassungswidrig?, RdW 2007/328, 308). Gegen die in Paragraph 8, Absatz eins, Ziffer 2, KBGG auch für Einkünfte aus selbständiger Tätigkeit - ebenso wie in Paragraph 8, Absatz eins, Ziffer eins, KBGG für Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit - vorgesehene Hochrechnung der auf den Anspruchszeitraum entfallenden Einkünfte auf einen Jahresbetrag bestehen insofern Bedenken, als es sich dabei oftmals um Zufallsergebnisse handeln wird, die für die Betroffenen nicht vorhersehbar sind und die insbesondere bei starken Einkommensschwankungen die beim Anspruchsberechtigten bzw dessen Partner tatsächlich bestehenden Einkommensverhältnisse nicht richtig wiedergeben.

b) Nach der nicht angreifbaren Bestimmung des § 31 Abs 1 KBGG besteht eine Verpflichtung zum Ersatz des unberechtigt Empfangenen, wenn der Leistungsbezieher den Bezug durch unwahre Angaben oder durch Verschweigung maßgebender Tatsachen herbeigeführt hat oder wenn er erkennen musste, dass die Leistung nicht oder nicht in dieser Höhe gebührte. Nach § 31 Abs 2 erster Satz KBGG idF BGBl I 2003/122 besteht die Verpflichtung zum Ersatz der empfangenen Leistung auch dann, wenn rückwirkend eine Tatsache festgestellt wurde, bei deren Vorliegen kein Anspruch besteht oder die zur Ermittlung des maßgeblichen Gesamtbetrags der Einkünfte (§ 8 KBGG) erforderliche Mitwirkung trotz Aufforderung innerhalb angemessener Frist verweigert wird. Darüber hinaus ist der Empfänger einer Leistung nach diesem Bundesgesetz gemäß § 31 Abs 2 zweiter Satz KBGG in der Stammfassung aber auch dann zum Ersatz des unberechtigt Empfangenen zu verpflichten, wenn sich ohne dessen Verschulden aufgrund der von der Abgabenbehörde an die Niederösterreichische Gebietskrankenkasse übermittelten Gesamtbetrags der Einkünfte ergibt, dass die Leistung nicht oder nicht in diesem Umfang gebührt hat. b) Nach der nicht angreifbaren Bestimmung des Paragraph 31, Absatz eins, KBGG besteht eine Verpflichtung zum Ersatz des unberechtigt Empfangenen, wenn der Leistungsbezieher den Bezug durch unwahre Angaben oder durch Verschweigung maßgebender Tatsachen herbeigeführt hat oder wenn er erkennen musste, dass die Leistung nicht oder nicht in dieser Höhe gebührte. Nach Paragraph 31, Absatz 2, erster Satz KBGG in der Fassung BGBl römisch eins 2003/122 besteht die Verpflichtung zum Ersatz der empfangenen Leistung auch dann, wenn rückwirkend eine Tatsache festgestellt wurde, bei deren Vorliegen kein Anspruch besteht oder die zur Ermittlung des maßgeblichen Gesamtbetrags der Einkünfte (Paragraph 8, KBGG) erforderliche Mitwirkung trotz Aufforderung innerhalb angemessener Frist verweigert wird. Darüber hinaus ist der Empfänger einer Leistung nach diesem Bundesgesetz gemäß Paragraph 31, Absatz 2, zweiter Satz KBGG in der Stammfassung aber auch dann zum Ersatz des unberechtigt Empfangenen zu verpflichten, wenn sich ohne dessen Verschulden aufgrund der von der Abgabenbehörde an die Niederösterreichische Gebietskrankenkasse übermittelten Gesamtbetrags der Einkünfte ergibt, dass die Leistung nicht oder nicht in diesem Umfang gebührt hat.

Den Empfänger des Kinderbetreuungsgeldes bzw des Zuschusses trifft somit nach dieser Bestimmung schlechthin das Risiko, dass er die Leistung zur Gänze zu Unrecht empfangen hat, weil seine (fiktiven) Einkünfte die Zuverdienstgrenze oder die (fiktiven) Einkünfte seines Partners die Freigrenze überschreiten. Die verfassungsrechtlichen Bedenken des erkennenden Senats gehen nun dahin, ob das mit dem erklärten Zweck der teilweisen Abgeltung der Betreuungsleistung und der mit einer außerhäuslichen Betreuung von Kindern verbundenen finanziellen Belastung der Eltern gewährte Kinderbetreuungsgeld bzw der Zuschuss ohne jede weitere Voraussetzung, insbesondere auch ohne jedes Verschulden des Leistungsempfängers, auch nach Verbrauch des Geldes noch zur Gänze zurückverlangt werden darf, wenn das Überschreiten der Zuverdienstgrenze bzw Freigrenze im Jahreseinkommen im Zeitpunkt des Empfangs (Verbrauchs) der Leistung noch nicht voraussehbar, sondern erst nachträglich erkennbar war oder überhaupt erst durch nachfolgende Ereignisse ausgelöst wurde (vgl VfSlg 14.095 betreffend die Verpflichtung zur Rückzahlung von Arbeitslosengeld bzw Notstandshilfe zur Gänze infolge Überschreitung der Geringfügigkeitsgrenze des Einkommens eines selbständig Erwerbstätigen ohne Vorhersehbarkeit der Ungebührlichkeit der Leistung wegen Verstoßes gegen den Gleichheitssatz). Durch die Einschleifregelung des § 12 Abs 2 KBGG in der Stammfassung sowie die Regelung des § 1 lit b der KBGG-Härtefall-Verordnung (BGBl II 2001/405 idgF) wird eine mögliche Verletzung des aus dem verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz abzuleitenden Sachlichkeitsgebots zwar gemildert, aber nicht grundsätzlich behoben. Den Empfänger des Kinderbetreuungsgeldes bzw des Zuschusses trifft somit nach dieser Bestimmung schlechthin das Risiko, dass er die Leistung zur Gänze zu Unrecht empfangen hat, weil seine (fiktiven) Einkünfte die Zuverdienstgrenze oder die (fiktiven) Einkünfte seines Partners die Freigrenze überschreiten. Die verfassungsrechtlichen Bedenken des erkennenden Senats gehen nun dahin, ob das mit dem erklärten Zweck der teilweisen Abgeltung der Betreuungsleistung und der mit einer außerhäuslichen Betreuung von Kindern verbundenen

finanziellen Belastung der Eltern gewährte Kinderbetreuungsgeld bzw der Zuschuss ohne jede weitere Voraussetzung, insbesondere auch ohne jedes Verschulden des Leistungsempfängers, auch nach Verbrauch des Geldes noch zur Gänze zurückverlangt werden darf, wenn das Überschreiten der Zuverdienstgrenze bzw Freigrenze im Jahreseinkommen im Zeitpunkt des Empfangs (Verbrauchs) der Leistung noch nicht voraussehbar, sondern erst nachträglich erkennbar war oder überhaupt erst durch nachfolgende Ereignisse ausgelöst wurde vergleiche VfSlg 14.095 betreffend die Verpflichtung zur Rückzahlung von Arbeitslosengeld bzw Notstandshilfe zur Gänze infolge Überschreitung der Geringfügigkeitsgrenze des Einkommens eines selbständig Erwerbstätigen ohne Vorhersehbarkeit der Ungebührlichkeit der Leistung wegen Verstoßes gegen den Gleichheitssatz). Durch die Einschleifregelung des Paragraph 12, Absatz 2, KBGG in der Stammfassung sowie die Regelung des Paragraph eins, Litera b, der KBGG-Härtefall-Verordnung (BGBl. römisch II 2001/405 idGF) wird eine mögliche Verletzung des aus dem verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz abzuleitenden Sachlichkeitsgebots zwar gemildert, aber nicht grundsätzlich behoben.

#### 5. Zum Umfang der Anfechtung:

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs müssen die Grenzen der Anfechtung sowie dann der Aufhebung in einem auf Antrag eingeleiteten Gesetzesprüfungsverfahren so gezogen werden, dass einerseits der verbleibende Gesetzesteil nicht einen völlig veränderten Inhalt bekommt und andererseits die mit der aufzuhebenden Gesetzesstelle in untrennbarem Zusammenhang stehenden Bestimmungen auch erfasst werden (VfSlg 14.890 mwN). Dass gesetzliche Bestimmungen durch die Aufhebung anderer Bestimmungen unanwendbar werden, führt für sich allein noch nicht dazu, dass diese Bestimmungen miteinander in untrennbarem Zusammenhang stehen (VfSlg 16.948 mwN). Die im Hinblick auf den Anfechtungsumfang gebotene Abwägung obliegt in einem auf Antrag eingeleiteten Gesetzesprüfungsverfahren zunächst dem Antragsteller (VfSlg 13.772 mwN).

Der antragstellende Senat geht im Sinne dieser Grundsätze davon aus, dass die Regelungen des § 8 KBGG betreffend die Ermittlung des Gesamtbetrags der Einkünfte eine sachlich untrennbare Einheit bildet, sodass sie nur gemeinsam angefochten werden können. § 8 Abs 1 Z 1 KBGG regelt die Berechnungsweise für Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit; § 8 Abs 1 Z 2 KBGG jene für „andere Einkünfte“, wobei auch in dieser Regelung inhaltlich ausdrücklich auf die Definition des „Anspruchszeitraums“ und die Berechnungsweise in § 8 Abs 1 Z 1 KBGG Bezug genommen wird. Auch § 8 Abs 2 KBGG nimmt ausdrücklich Bezug auf die Ermittlung des maßgeblichen Gesamtbetrags der Einkünfte nach Abs 1 dieser Gesetzesstelle. Diese Bestimmung enthält eine Regelung betreffend die Ermittlung des maßgeblichen Gesamtbetrages der Einkünfte bei Verzicht auf den Anspruch auf Kinderbetreuungsgeld bzw Zuschuss zum Kinderbetreuungsgeld und steht damit ebenfalls in einem untrennbaren Zusammenhang mit der Regelung des § 8 Abs 1 KBGG. Es ist daher nach Ansicht des antragstellenden Senats nicht möglich, einzelne - allenfalls nicht aktuell wirksame - Teile aus der Gesamtregelung des § 8 KBGG herauszulösen. Für den Fall, dass jedoch das Vorliegen eines sachlich untrennbaren Zusammenhangs zwischen der Regelung des § 8 Abs 1 KBGG und jener des § 8 Abs 2 KBGG verneint wird, wird eventualiter die Feststellung begehrt, dass § 8 Abs 1 KBGG in der Stammfassung verfassungswidrig war. Weiters bestehen im konkreten Anlassfall aus den bereits dargelegten Gründen auch verfassungsrechtliche Bedenken gegen die angefochtene Wortfolge in § 12 Abs 1 KBGG und die an diese Bestimmung unmittelbar anknüpfende Regelung des § 12 Abs 2 KBGG sowie gegen die Rückförderungsbestimmung des § 31 Abs 2 zweiter Satz KBGG jeweils in der Stammfassung. Der Oberste Gerichtshof sieht sich daher veranlasst, im Hinblick auf eine Verletzung des Gleichheitssatzes und einen unzulässigen Eingriff in das Eigentumsrecht einen entsprechenden Gesetzesprüfungsantrag an den Verfassungsgerichtshof zu stellen. Da die Bestimmungen der §§ 8 und 12 KBGG in der hier jeweils anzuwendenden Fassung nicht mehr in Kraft sind, war im Sinn des Art 89 Abs 3 B-VG insoweit die Entscheidung zu begehren, dass diese Rechtsvorschriften verfassungswidrig waren. Der antragstellende Senat geht im Sinne dieser Grundsätze davon aus, dass die Regelungen des Paragraph 8, KBGG betreffend die Ermittlung des Gesamtbetrags der Einkünfte eine sachlich untrennbare Einheit bildet, sodass sie nur gemeinsam angefochten werden können. Paragraph 8, Absatz eins, Ziffer eins, KBGG regelt die Berechnungsweise für Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit; Paragraph 8, Absatz eins, Ziffer 2, KBGG jene für „andere Einkünfte“, wobei auch in dieser Regelung inhaltlich ausdrücklich auf die Definition des „Anspruchszeitraums“ und die Berechnungsweise in Paragraph 8, Absatz eins, Ziffer eins, KBGG Bezug genommen wird. Auch Paragraph 8, Absatz 2, KBGG nimmt ausdrücklich Bezug auf die Ermittlung des maßgeblichen Gesamtbetrags der Einkünfte nach Absatz eins, dieser Gesetzesstelle. Diese Bestimmung enthält eine Regelung betreffend die Ermittlung des maßgeblichen Gesamtbetrages der Einkünfte

**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)