

dies im zweiten Fall (Bescheidcharakter der Mitteilung?) zumindest strittig.

Ein durchsetzbares Recht auf Meldung durch die DG – besonders der Schwerarbeitszeiten vor dem 1.1.2007 – ist dem SV-Recht nicht zu entnehmen. Herr K ist auf die „Freiwilligkeit“ des DG angewiesen.

Da für Herrn K die Schwerarbeitspension, mangels der Erfüllung der erforderlichen Beitragsmonate für die Pension für Langzeitversicherte, die einzige Pensionsart ist, nach der er mit Vollendung des 60. Lebensjahres in Pension gehen kann, wird er sich beim PV-Träger besonders um die Feststellung der Schwerarbeitszeiten bemühen und dabei unter Hinweis auf das Angebot des DG (eine leichtere Tätigkeit im Betrieb) die Dringlichkeit und das rechtliche Interesse an einer „vorzeitigen“ Entscheidung des PV-Trägers bekunden. Kann er den DG nicht davon überzeugen, dass er Schwerarbeit im Betrieb geleistet hat,

wird es wohl auch trotz der verfahrenserleichternden Berufsliste, die Bauhilfsarbeiter grundsätzlich zu den Schwerarbeitern zählt, schwer sein, die erforderliche Feststellung beim PV-Träger zu erreichen.

Zum Angebot des DG müsste er die Ergänzung einbringen, dass er dieses zwar gerne annehmen möchte, aber erst ab dem April 2008, weil er sonst die Anspruchsvoraussetzung von 120 Monaten Schwerarbeitszeiten, ungeachtet inwieweit sie nun tatsächlich festgestellt werden, verlieren würde.

Die (verfahrens-)rechtliche Situation gegenüber der SV, aber auch gegenüber der DG ist vor allem für Männer, die das 57. Lebensjahr und für Frauen, die das 52. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, unbefriedigend. Im komplexen Geflecht der Pensionsarten helfen zwar die PV-Träger in Form von Mitteilung, dies reicht in kritischen Fällen nicht aus, die rechtlichen Interessen der DN zu befriedigen. Diese Problematik sollte dieser Fall verdeutlichen.

## Aus der Praxis - für die Praxis

### Notstandshilfe: Anrechnung von fiktivem Partnerunterhalt

Das sozialpolitische Ziel, das mit der Zuerkennung von Notstandshilfe verfolgt wird, liegt darin, Personen, die ihren Anspruch auf Arbeitslosengeld erschöpft haben, ohne wieder in den Arbeitsmarkt eingegliedert zu sein, in Relation zur Höhe des Arbeitslosengeldes und damit des seinerzeitigen Erwerbseinkommens einen „Beitrag“ zur persönlichen Existenzsicherung in Abhängigkeit von den wirtschaftlichen Verhältnissen des Betroffenen zu gewähren.<sup>1)</sup> Diese vom Gesetzgeber verfolgte Absicht, Notstandshilfe eben nur als Beitrag und subsidiär nur dann zuzuerkennen, als kein zur Deckung der Lebensbedürfnisse ausreichendes Einkommen vorliegt, kommt dadurch zum Ausdruck, als das Vorliegen von Notlage gem § 33 Abs 2 AIVG eine Anspruchsvoraussetzung auf die Versicherungsleistung Notstandshilfe darstellt.

Notlage liegt gem § 33 Abs 3 AIVG dann vor, wenn dem Arbeitslosen ohne Notstandshilfe die Befriedigung der notwendigen Lebensbedürfnisse tatsächlich unmöglich ist. Dabei ist aber grundsätzlich auf das *tatsächliche* Einkommen des Arbeitslosen abzustellen und nicht darauf, ob der Arbeitslose durch eine bessere Verwertung seines Vermögens höhere Einkünfte erzielen könnte.<sup>2)</sup> Eine Anrechnung von fiktivem Einkommen durch bestmögliche Vermögensnutzung ist dem Notstandshilferecht im Unterschied zum Sozialhilferecht also fremd. Gegenteiliges wird nur im Falle des Rechtsmissbrauchs bzw bei Umgehungsgeschäften anzunehmen sein, wenn der Arbeitslose sich in Verschleierung des wahren Willens für bestimmte Gestaltungsmöglichkeiten nur deshalb entscheidet, um einer Einkommensanrechnung zu entgehen, so zB seinen Schuldner von seiner Verpflichtung zu Lasten der Versicherungsgemeinschaft befreit.<sup>3)</sup>

Auch gesetzliche oder freiwillige Unterhaltsleistungen stellen arbeitslosenversicherungsrechtlich eigenes Einkommen dar und sind auf die Notstandshilfe anzurechnen (§ 29 Z 1 zweiter Satz EStG).<sup>4)</sup>

Unter Hinweis auf ein Erk des VwGH<sup>5)</sup> ist das Arbeitsmarktservice (AMS) nunmehr dazu übergegangen, auch bloß fiktive Unterhaltsansprüche dann auf die Notstandshilfe anzurechnen, wenn der Anspruchsberechtigte die Durchsetzung dieses Anspruches nicht betreibt und nach Ansicht der Behörde dadurch ein „rechtsmissbräuchliches Verhalten“ setzt.

#### 1. Erkenntnis des VwGH

Dem genannten Erk des VwGH ist der Sachverhalt zugrunde gelegen, dass die Bezieherin der Notstandshilfe ihrem geschiedenen Ehemann gegenüber einem Scheidungsvergleich zufolge einen monatlichen Unterhaltsanspruch in konkret festgelegter Höhe hatte, der vereinbarungsgemäß für die Dauer der Arbeitslosigkeit ihres ehemaligen Ehegatten ruhen sollte. Obwohl aber der geschiedene Gatte den Unterhalt für die bereits volljährigen und berufstätigen Kinder auf das Konto

1) Vgl VwGH 14.1.2004, 2002/08/0038.

2) VwGH 20.12.2000, 95/08/0170.

3) ZB VwGH 26.5.2004, 2001/08/0124; 12.1.1993, 91/08/0167 betreffend eine Abtretungsvereinbarung als mögliches Umgehungsgeschäft; 12.12.1995, 95/08/0133 betreffend Vereinbarung einer Ausgleichszahlung gem § 94 EheG ohne Überlassung entsprechender Vermögenswerte, sowie 20.12.2001, 2001/08/0050; 20.12.2000, 95/08/0170.

4) Vgl VwGH 22.12.2004, 2003/08/0237.

5) 24.1.2006, 2004/08/0213.

seiner früheren Ehegattin weiter überwiesen hat, hat sie ihn nicht um Aufklärung ersucht, warum zwar diese freiwilligen Leistungen für die volljährigen Kinder, nicht aber die geschuldeten Unterhaltszahlungen für sich selbst erfolgen. So hat sie auch nach Ende seiner Arbeitslosigkeit keine Schritte unternommen, die eigenen Unterhaltsforderungen gegen ihren früheren Ehepartner zu verfolgen und den im Scheidungsvergleich vereinbarten Unterhaltsanspruch durchzusetzen.

Die belangte Behörde vertrat die Meinung, dass die Anrechnung auf die Notstandshilfe auch dann stattzufinden habe, wenn die unterhaltsberechtigzte Person auf den festgesetzten Unterhalt verzichte, wobei ein Ruhen nur für die Dauer der Arbeitslosigkeit ihres ehemaligen Ehegatten vereinbart worden sei. Der VwGH hat sich dieser Rechtsmeinung im Ergebnis angeschlossen: Er qualifizierte im konkreten Fall das Unterlassen, die eigenen Unterhaltsforderungen zu verfolgen, insoweit als Missbrauch zu Lasten der Versicherungsgemeinschaft, als der Leistungsbezieherin bei rechtmäßigem Alternativverhalten tatsächlich Einkommen zugeflossen wäre.

## 2. Rechtliche Konsequenzen

Für das AMS liegt ein rechtsmissbräuchliches Verhalten von Leistungsbeziehern, das die Anrechnung des nicht betriebenen Anspruches auf die Notstandshilfe rechtfertigt, offenbar immer dann vor, wenn Ansprüche ohne nachvollziehbare Begründung nicht durchgesetzt oder entsprechend betrieben werden. Lediglich dann, wenn der Verzicht auf eine Unterhaltsklage damit begründet wird, dass Uneinbringlichkeit des Anspruches vorliegt, wäre der Sachverhalt anders zu beurteilen.

Es ist dem AMS zwar zuzugestehen, dass durch nachrangige öffentlich-rechtliche Leistungen, wie zB die Notstandshilfe, unterhaltspflichtige Personen von ihren privatrechtlichen Verpflichtungen nicht entlastet werden sollen. Ob tatsächlich Rechtsmissbrauch vorliegt, ist aber eine nach den Umständen des Einzelfalles zu klärende Rechtsfrage.

Der Rechtsansicht des AMS ist aber grundsätzlich entgegenzuhalten, dass es jedermann frei steht, von seinen Rechten Gebrauch zu machen oder nicht. Lediglich dann, wenn die Ausübung eines Rechts *offenbar* den Zweck hat, einen anderen zu schädi-

gen, also die Leistungslast vom Unterhaltsschuldner auf die öffentliche Hand abgewälzt werden soll, kann Rechtsmissbrauch angenommen werden und wird die Anrechnung von fiktivem Einkommen gerechtfertigt sein. Es muss also ein krasses Missverhältnis zwischen den Interessen des Handelnden und jenen des Beeinträchtigten (hier: Versicherungsgemeinschaft) bestehen. Es wird somit erforderlich sein, dass andere Ziele gegenüber dem Schädigungszweck völlig in den Hintergrund treten, also das unlautere Motiv der Rechtsausübung das lautere Motiv *eindeutig* überwiegt. Der Schädigungszweck muss somit so augenscheinlich im Vordergrund stehen, dass andere Ziele der Rechtsausübung völlig in den Hintergrund treten.<sup>6)</sup>

Die Vollziehungspraxis des AMS wird zeigen, wie weit die subjektiv-konkreten Motive der Leistungsberechtigten, die klagsweise- bzw. exekutionsrechtliche Durchsetzung eines Anspruches nicht zu betreiben, in diese Interessenbeurteilung einbezogen werden und was als „nachvollziehbare Begründung“ Berücksichtigung findet. Ein Verzicht auf wahrscheinlich unrealisierbare Forderungen wird jedenfalls wirksam und zulässig sein, da sich dadurch an der Einkommenssituation des Leistungsbeziehers nichts ändert.<sup>7)</sup> Aber auch ein bestehendes Prozessrisiko wird jedenfalls genauso wie glaubhaft gemachte Gründe aus dem persönlichen Bereich des Leistungsbeziehers (zB begründete Hoffnung auf Wiederherstellen der häuslichen Gemeinschaft) hinreichend sein, um darzutun, dass nicht die Absicht die Versicherungsgemeinschaft zu schädigen, sondern eben andere Gründe ausschlaggebend sind, von einer Anspruchsverfolgung abzusehen.

Im Übrigen wird es nicht vertretbar sein, die Beweislast dafür, dass bei Nichtbetreibung eines Anspruches keine Schädigung der Versicherungsgemeinschaft im Vordergrund steht, dem Leistungsbezieher aufzubürden, sodass dieser die fehlende Rechtsmissbrauchsabsicht zu beweisen hätte. Eine derartige Beweislastumkehr ist dem Gesetz nicht zu entnehmen. Die Behauptungs- und objektive Beweislast für die Umstände, aus denen sich ein eindeutiges Überwiegen der unlauteren Motive ergibt, wird also das AMS treffen, das sich ja auf den Rechtsmissbrauch beruft.<sup>8)</sup> Dabei wird auch zu beachten sein, dass selbst geringe Zweifel am vorsätzlichen Rechtsmissbrauch zugunsten des Rechtsausübenden den Ausschlag geben, weil ja demjenigen, der an sich ein Recht hat, grundsätzlich zugestanden werden muss, dass er innerhalb der Schranken dieses Rechts handelt.<sup>9)</sup>

GÜNTER KRAPF (WIEN)

6) Vgl. *Reischauer in Rummel*, ABGB § 1295 Rz 59 mwN.

7) Vgl. OGH 18.2.2005, 10 ObS 190/04w.

8) Vgl. OGH 19.11.2002, 4 Ob 233/02x.

9) Vgl. OGH 7.5.2003, 9 Ob 50/03y.