

## b) Rechtsfolgen nicht zweckgemäßer Verwendung

Stellt sich heraus, dass das Pflegegeld nicht zweckentsprechend verwendet wird, so kann der Entscheidungsträger in verschiedener Weise reagieren. Die nicht zweckgemäße Verwendung des Pflegegeldes kann Anlass einer Überprüfung des Pflegebedarfs sein, um bei einer eingetretenen Minderung eine Neueinstufung und Herabsetzung oder Entziehung des Pflegegeldes gemäß § 9 BPGG zu verfügen.

Bei unverändertem Pflegebedarf verbleibt dem Entscheidungsträger die Möglichkeit, gemäß § 20 BPGG an Stelle des Pflegegeldes eine Sachleistung zu gewähren, um so die notwendige Pflege des Pflegebedürftigen sicherzustellen, wenn auch in Zukunft der Zweck des Pflegegeldes nicht erreicht werden kann. Dies schließt aus, das Pflegegeld durch Sachleistung zu ersetzen, weil Pflegegeld lediglich in der Vergangenheit zweckwidrig verwendet wurde und der Pflegebedürftige dies nun nach entsprechendem Hinweis durch den Entscheidungsträger für die Sicherstellung der notwendigen Pflege einsetzt. In Verbindung mit § 33a S. 1 BPGG sollte der Entscheidungsträger vor einer Ersetzung des Pflegegeldes durch Sachleistung versuchen, durch Information und Beratung auf die Sicherstellung der notwendigen Pflege hinzuarbeiten.<sup>178</sup> Zurückhaltung bei der Ersetzung ist auch deshalb geboten, weil das Pflegegeld nachzuzahlen ist, wenn die Ersetzung zu Unrecht erfolgte.

## 4. Anwendung der allgemeinen Schadensminderungspflicht

Weder im BPGG noch in den Landesgesetzen existieren Regelungen, die den Pflegebedürftigen zur Duldung von oder Mitwirkung an Maßnahmen anhalten, die seinen gesundheitlichen Zustand bessern und eine Minderung des Pflegebedarfs herbeiführen können. Eine Pflegebedürftige verlangte daher vom Pensionsversicherungsträger als Entscheidungsträger nach § 22 Abs. 1 Nr. 1 BPGG die Zahlung von Pflegegeld, obwohl das zum Pflegebedarf führende Karpaltunnelsyndrom durch einen kleinen operativen Eingriff mit hoher Wahrscheinlichkeit zu vollkommener Beschwerdefreiheit gebessert werden könnte. Der PV-Träger lehnte unter Hinweis auf die Operationsmöglichkeit die Zahlung von Pflegegeld ab, was durch den OGH bestätigt wurde.<sup>179</sup> Der OGH verwies zunächst auf die bisherige Rechtsprechung, wonach der Versicherte die Interessen des Versicherungsträgers und der anderen Versicherten in zumutbarer Weise zu wahren hat, wenn er seinen Leistungsanspruch nicht verlieren will. Dazu gehöre auch, eine notwendige Heilbehandlung durchzuführen, die zur Heilung und Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit führen würde. Diese für das Sozialversicherungsrecht entwickelten Grundsätze übertrug der OGH auf den Anspruch auf Pflegegeld nach dem BPGG. Der OGH räumte zwar ein, dass das Pflegegeld nicht aus Beiträgen, sondern aus Steuermitteln finanziert ist und es somit

178 *Pfeil*, Bundespflegegeldgesetz, S. 196.

179 OGH vom 03.12.1996, Az. 10 ObS 27/96.

an einem Versicherungsverhältnis fehlt. Durch die Zahlung von Steuern und deren Verwendung für die Finanzierung des Pflegegeldes würden jedoch auch die Steuerzahler eine der Gemeinschaft der Sozialversicherten ähnliche Risikogemeinschaft bilden, innerhalb derer die Grundsätze von Treu und Glauben anzuwenden sind. Auch diese Risikogemeinschaft verlange die Rücksichtnahme der Leistung beanspruchenden Mitglieder auf die Interessen der anderen Mitglieder. Die für das Sozialversicherungsrecht entwickelten Duldungs- und Mitwirkungspflichten sind daher auch beim Pflegegeld nach dem BPFG anzuwenden. Die Leistung des Pflegegeldes könnte daher verweigert werden, wenn die Klägerin den Mitwirkungs- und Duldungspflichten nicht nachkomme. Der OGH behandelte die Verletzung der Mitwirkungs- und Duldungspflichten auf der Ebene der Leistungsvoraussetzungen und erkannte einen Anspruch auf Pflegegeld nur bis zu dem Zeitpunkt, zu dem die Klägerin sich der Operation unterzogen haben sollte und Besserung der Beschwerden zu erwarten ist. Ab diesem Zeitpunkt wird für die Beurteilung des Pflegebedarfs von einer erfolgreichen Operation ausgegangen.

Die aus der allgemeinen Schadensminderungspflicht des Haftpflichtrechts entwickelten Duldungs- und Mitwirkungspflichten wandte der OGH auch auf die Frage an, welcher Aufwand zur Sicherstellung der notwendigen Pflege durch das Pflegegeld abzugeulen ist. Anlass war das Leistungsbegehren eines geistig und körperlich Behinderten, der nur noch im Rollstuhl bewegt werden konnte.<sup>180</sup> Streitig war die Einstufung des Klägers in die Pflegestufe 6. Dies setzt neben dem monatlichen Pflegebedarf von 180 Stunden die Notwendigkeit zeitlich unkoordinierter Betreuungsmaßnahmen rund um die Uhr oder die Notwendigkeit der dauernden Anwesenheit einer Pflegeperson aufgrund von Eigen- oder Fremdgefährdung voraus. Ein monatlicher Pflegebedarf von 180 Stunden lag beim Kläger vor. Fraglich war aber, ob tatsächlich die ständige Anwesenheit einer Pflegeperson erforderlich war, um der möglichen Eigengefährdung durch Aufstehversuche aus dem Rollstuhl und damit verbundenen Stürzen zu begegnen. Aufstehversuche des Pflegebedürftigen würden durch eine Fixierung im Rollstuhl verhindert werden, so dass die ständige Anwesenheit einer Pflegeperson nicht notwendig wäre. Dies wurde von der Klägerseite unter Verweis auf die grundrechtlich geschützte Bewegungsfreiheit abgelehnt.<sup>181</sup> Der OGH führte hierzu unter Verweis auf die bereits genannte Entscheidung vom 03.12.1996 aus, dass auch für die Pflegevorsorge der allgemeine Grundsatz der Schadensminderung gelte und sich daraus Duldungs- und Mitwirkungspflichten für den Pflegebedürftigen ergäben. Diese beinhalteten, dass der Pflegebedürftige nicht den Pflegebedarf möglichst aufwändig gestalten dürfte, um das mit einer höheren Pflegestufe verbundene Pflegegeld zu erhalten.<sup>182</sup> Sofern es eine zu-

180 OGH vom 08.07.1997, Az. 10 ObS 183/97 = SSV-NF 11/77.

181 Die Bewegungsfreiheit als Teil der persönlichen Freiheit ist durch Art. 5 EMRK, Bundesverfassungsgesetz vom 29.11.1988 über den Schutz der persönlichen Freiheit (PersFrG), BGBI 1988/684, als Grundrecht anerkannt, vgl. *Öhlinger*, Verfassungsrecht, Rn. 835; *Mayer*, B-VG, Art. 1 PersFrG, Anm. I.1.

182 Der OGH setzte sich mit der vom Kläger gerügten Verletzung der grundrechtlich geschützten Bewegungsfreiheit auseinander, lehnte eine Verletzung aber ab. Die Fixierung des Pflegebe-

mutbare Möglichkeit gäbe, den Pflegebedarf zu minimieren, sei dies wie die Verwendung von Hilfsmitteln nach § 3 EinstVO bei der Bestimmung der Pflegestufe zu berücksichtigen.

## *VI. Schadensminderung bei der Versorgung von Verbrechensopfern*

Das Bundesgesetz über die Gewährung von Hilfeleistungen an Opfer von Verbrechen - VOG<sup>183</sup> beinhaltet eine Reihe von Bestimmungen, die dem bürgerlichen Schadensersatzrecht nachgebildet sind.<sup>184</sup> Zum Beispiel fordern §§ 1 und 3 VOG für den Anspruch auf Leistungen ebenso wie das bürgerliche Schadensersatzrecht die Kausalität zwischen der verletzenden Handlung und dem eingetretenen Körperschaden und in weiterer Folge auch die Kausalität zwischen der Verletzung und dem zu ersetzenen Schaden. Auch § 1304 ABGB als Ausgangspunkt der bürgerlich-rechtlichen Schadensminderungspflicht hat über § 8 Abs. 4 und 5 VOG<sup>185</sup> Eingang in das Entschädigungsrecht für die Opfer von Verbrechen gefunden.<sup>186</sup>

### 1. Der Ausschluss nach § 8 Abs. 4 VOG

Vom Ersatz des Verdienstentgangs nach § 2 Nr. 1 VOG, den Zuschüssen und Darlehen im Rahmen der beruflichen Rehabilitation nach § 2 Nr. 5 Bst. c VOG, den Leistungen zur sozialen Rehabilitation nach § 2 Nr. 6 VOG sowie den Pflege- und Blindenzulagen nach § 2 Nr. 7 VOG sind gemäß § 8 Abs. 4 VOG Personen ausgeschlossen, die ein ihnen zumutbares Heil- oder Rehabilitationsverfahren ablehnen oder durch ihr Verhalten den Erfolg eines solchen Verfahrens gefährden oder vereiteln. Die Verweigerung eines zumutbaren Heil- oder Rehabilitationsverfahrens oder die Gefährdung oder Vereitelung seines Erfolges zieht nach § 8 Abs. 4 VOG den vollständigen Ausschluss der genannten Leistungen nach sich. Anders als bei § 1304 ABGB wird nicht auf den durch das Heil- oder Rehabilitationsverfahren vermeidbaren Schaden abgestellt, also gefragt, inwieweit die Erwerbsfähigkeit hätte wieder hergestellt und ein Verdienst erzielt werden können, sondern der Leistungsanspruch in vollem Umfang ausgeschlossen.

dürftigen zur Minimierung des Pflegeaufwandes wurde auch in anderen Verfahren grundsätzlich gebilligt, z.B. OGH vom 15.04.1997, Az. 10 ObS 86/97p zur Fixierung im Rollstuhl; vom 09.02.1999, Az. 10 ObS 372/97x zur Verwendung eines Steckgitters am Bett, um das Verlassen des Bettes durch den Pflegebedürftigen zu verhindern.

183 Bundesgesetz vom 09.07.1972, BGBI 1972/288.

184 *Ernst/Prakesch*, Die Gewährung von Hilfeleistungen an die Opfer von Verbrechen (VOG), 1974, einleitende Bemerkungen, S. 5; *Marschall*, Grenzfragen der Anwendung des Verbrechensopfer-HilfeleistungsG, ZAS 1976, S. 8, 11.

185 In der ursprünglichen Fassung des VOG § 8 Abs. 3 und 4.

186 *Ernst/Prakesch*, VOG, § 8, Anm. 16.