

D. Länderbericht Österreich

I. Grundlagen

Auch für Österreich erfolgt zunächst eine Darstellung der Verteilung der wichtigsten Gesetzgebungskompetenzen sowie des Systems der Leistungserbringung, um wiederum die leistungsrechtlichen Grundkonstellationen herauszuarbeiten.

1. Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen

Österreich ist ein Bundesstaat. Die Gesetzgebungskompetenzen sind geteilt zwischen dem Bund und den Ländern. Sowohl die einschlägigen Kompetenzen zur Gesetzgebung als auch die zur Vollziehung werden durch das Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) geregelt.⁶²⁵ Dabei erfolgt die Kompetenzverteilung dergestalt, dass die Gesetzgebungskompetenz grundsätzlich bei den Ländern liegt, es sei denn, sie ist ausnahmsweise dem Bund zugewiesen, Art. 15 I B-VG. Seit dem 01.01.2012 steht die Gesetzgebungskompetenz für das „Pflegegeldwesen“ nach Art. 10 I Nr. 11 B-VG allein dem Bund zu.⁶²⁶ Der Bund hat jedoch keine ausdrückliche Gesetzgebungskompetenz für Pflegesachleistungen, und er erbringt auch keine Pflegesachleistungen unter dem Kompetenztitel „Sozialversicherungswesen“, Art. 10 Nr. 11 B-VG, sondern diese werden ausschließlich in Landesgesetzen und dort in der Regel in den Sozialhilfe- oder Mindestsicherungsgesetzen oder im Heimrecht geregelt. Zwar hat der Bund für den Bereich der Sozialhilfe aus

625 Dies ist nicht selbstverständlich, da es keine einheitliche Verfassungsurkunde in Österreich gibt und Normen mit Verfassungsrang in einer Vielzahl von Gesetzen zu finden sind, *Öhlinger*, Verfassungsrecht, Rn. 6f. Hauptgesetzgeber ist der Bund, *Öhlinger*, Verfassungsrecht, Rn. 241.

626 Durch das Pflegegeldreformgesetz 2012, BGBl. I Nr. 58/2011, wurde die bis 31.12.2011 geltende Aufteilung der Kompetenz zwischen dem Bund und den Ländern, welche durch Art. I BPGG und Art. 15 I B-VG erfolgte, abgelöst. Für die Ausübung der Kompetenzen für die Erbringung von Geldleistungen durch Bund und Länder nach den gleichen Grundsätzen wurde die Vereinbarung zwischen dem Bund und den Ländern gemäß Art. 15a B-VG über gemeinsame Maßnahmen des Bundes und der Länder für pflegebedürftige Personen (kurz: Pflege-Vereinbarung), BGBl. I Nr. 110/1993, geschlossen. Die weiteren Bestandteile der Vereinbarung, insbesondere für die Erbringung von Pflegesachleistungen und deren Mindestqualität, gelten weiterhin. Zu den Problemen der geteilten Gesetzgebungskompetenz, siehe *Pfeil*, Bundespflegegeldgesetz und landesrechtliche Pflegegeldregelungen, Art. I, S. 30ff.; OGH, vom 15.09.1997 – 10 ObS 192/97a; (Die in der frei zugänglichen Datenbank RIS, <http://www.ris.bka.gv.at>, abrufbaren Entscheidungen werden, um insbesondere für den deutschen Leser einen einfacheren Zugang zu ermöglichen, mit Datum und Aktenzeichen zitiert, so wie sie in dieser Datenbank zu finden sind. Alle übrigen Entscheidungen werden nach den jeweiligen amtlichen Sammlungen zitiert.).

dem Titel „Armenwesen“ nach Art. 12 I Nr. 1 B-VG die Kompetenz zur Grundsatzgesetzgebung⁶²⁷. Von dieser Kompetenz hat er jedoch bisher keinen Gebrauch gemacht, so dass die Kompetenz zur Regelung des „Armenwesens“ vollständig bei den Ländern liegt, Art. 15 VI S. 5 B-VG.

Auch die Kompetenzen zur Regelung der pflegenahen Berufe sind auf Bund und Länder verteilt. Die Kompetenz zu Erlass des Gesundheits- und Krankenpflegegesetz (GuKG), welches Ausbildung und Berufspflichten für den gehobenen Dienst der Gesundheits- und Krankenpflege und für die Pflegehilfe regelt, steht nach Art. 10 I Nr. 12 B-VG dem Bund zu, da es dabei vorrangig um die Unterstützung ärztlicher Tätigkeiten geht.⁶²⁸ Für die „Sozialbetreuungsberufe“ wie Alten- und Familienhilfe sind hingegen nach Art. 15 I B-VG die Länder zuständig.⁶²⁹ Damit ist zweifelhaft, ob dem Bund die Kompetenz zum Erlass des Hausbetreuungsgesetzes (HBeG) zusteht, da in diesem Gesetz die Betreuung von Personen in Privathaushalten außerhalb von Tätigkeiten, die unter das GuKG fallen, reguliert wird.⁶³⁰

2. Leistungen und Leistungserbringung

a) Leistungen nach dem Bundespflegegeldgesetz

Der Bund erbringt grundsätzlich nur Geldleistungen. Geregelt sind diese Leistungen im Bundespflegegeldgesetz (BPGG). Die Erbringung der Leistungen bei Pflegebedürftigkeit nach dem BPGG wird ausgehend vom nach § 25 I 1 BPGG erforderlichen Antrag des Pflegebedürftigen dargestellt.⁶³¹ Es wird zunächst geprüft, ob ein Pflegebedarf i.S.d. § 4 I, II BPGG besteht. Der Ablauf dieser Prüfung ergibt sich im Wesentlichen aus der Einstufungsverordnung zum Bundespflegegeldgesetz (EinstV), die auf Grundla-

627 Bei der Grundsatzgesetzgebung darf der Bund nur Grundsätze regeln. Die Länder füllen diesen Rahmen nach Art. 15 VI S. 1 B-VG aus. Schwer zu bestimmen ist, wo die genaue Grenze für die maximale Bestimmtheit einer bundesrechtlichen Regelung liegt, *Öhlinger*, Verfassungsrecht, Rn. 245.

628 OGH vom 30.01.2001 – 10 ObS 357/00y.

629 Um eine bundesweite Vergleichbarkeit der Berufsbilder zu gewährleisten, haben der Bund und die Länder in der Vereinbarung gemäß Art. 15a B-VG über Sozialbetreuungsberufe, BGBl. I Nr. 55/2005, vereinbart, die Berufsbilder nach gleichen Zielsetzungen und Grundsätzen zu regeln, Art. 1 I der Vereinbarung.

630 *Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst*, Stellungnahme zum Entwurf des Bundesgesetzes, mit dem die Bestimmungen über die Betreuung von Personen in privaten Haushalten erlassen werden (Hausbetreuungsgesetz - HBeG) und die Gewerbeordnung 1994 geändert wird.

631 Die Zugehörigkeit zu einem der Personenkreise nach den §§ 3, 3a BPGG wird unterstellt. § 3 BPGG erfasst alle Personen, die in Österreich ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben und eine Grundleistung (wie beispielsweise eine Altersrente) beziehen. § 3a BPGG beschreibt den Personenkreis, der ohne Bezug einer Grundleistung für das Pflegegeld leistungsberechtigt ist.

ge des § 4 VII BPGG erlassen wurde. Nach § 8 S. 1 EinstV ist für die Erstentscheidung, ob Pflegebedürftigkeit vorliegt, immer ein Sachverständigengutachten erforderlich.⁶³² Bei Vorliegen von Pflegebedürftigkeit wird der Antragssteller in eine der 7 Pflegestufen eingestuft, wobei Stufe 1 den niedrigsten Pflegebedarf (mehr als 60 Stunden monatlich) und Stufe 7 den höchsten Pflegebedarf (mehr als 180 Stunden monatlich plus zusätzliche Erschwerisfaktoren) voraussetzt. Entsprechend den Pflegestufen ist auch das Pflegegeld der Höhe nach gemäß § 5 BPGG gestaffelt von 154,20 € monatlich in Pflegestufe 1 bis 1655,80 € monatlich in Pflegestufe 7. Die Höhe des Pflegegeldes ist nicht abhängig davon, ob der Pflegebedürftige professionelle oder nichtprofessionelle Hilfe in Anspruch nimmt. Auf Antrag kann nach dem BPGG auch ausschließlich diese Geldleistung und keine Sachleistung erbracht werden. Die Möglichkeit zur Erbringung von Sachleistungen nach § 20 BPGG kann nicht vom Pflegebedürftigen im Antrag gewählt werden, sondern es handelt sich um eine von Amts wegen zu treffende Entscheidung des Leistungsträgers bei nicht zweckentsprechender Verwendung des Pflegegeldes. Es ist damit Instrument zur Qualitätssicherung und wird auch in diesem Zusammenhang dargestellt. Welcher Leistungsträger (im BPGG als Entscheidungsträger bezeichnet) für die Erbringung des Pflegegeldes zuständig ist, hängt davon ab, zu welchem Personenkreis nach den §§ 3, 3a BPGG der Antragsteller gehört.⁶³³ Unter den Voraussetzungen des § 21b II BPGG kann neben dem Pflegegeld eine Unterstützung für eine „bis zu 24 Stunden Betreuung“ in häuslicher Umgebung gewährt werden. Es handelt sich dabei um eine Förderleistung, deren Erbringung im Ermessen des Leistungsträgers steht.⁶³⁴ Die Unterstützung wird als Zuschuss gewährt. Dessen Höhe ergibt sich aus den Richtlinien

632 Die Erstellung erfolgt grundsätzlich durch einen Arzt. Allerdings werden zunehmend auch besonders geschulte Pflegefachkräfte hinzugezogen, *Grasser*, ÖZPR 2010, S. 140f. Bei einer Evaluation der von Ärzten oder Pflegefachkräften erstellten Gutachten wurde festgestellt, dass diese hinsichtlich der Bewertung des zeitlichen Pflegebedarfes zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen. Dieser wurde von den Pflegefachkräften als deutlich höher eingeschätzt, *Greifeneder*, ÖZPR 2011, S. 172f. Hingegen konnten bei der Qualität der Gutachten keine Unterschiede zwischen Pflegefachkräften und Ärzten festgestellt werden, *Greifeneder*, ÖZPR 2011, S. 172, 174f.

633 Das Bestehen mehrerer Leistungsträger ist nur historisch zu erklären. Mit Einführung des BPGG sollte kein neuer Leistungsträger geschaffen werden, so dass an bereits bestehende Zuständigkeiten bei Leistungsträgern für Sozialleistungen im weitesten Sinne angeknüpft wurde, *Pfeil*, Bundespflegegeldgesetz und landesrechtliche Pflegegeldregelungen, § 22, S. 205. So ist beispielsweise der Sozialversicherungsträger, der für die Gewährung der Vollrente zuständig ist, bei Rentenbezug dann auch für die Gewährung des Pflegegeldes zuständig, § 22 I Nr. 1 BPGG. Erst mit dem Pflegegeldreformgesetz 2012 wurde eine Reduzierung der Leistungsträger von über 280 Landesträgern und 23 Bundesträgern auf 7 Bundesträger erreicht, vgl. Erläuterungen Pflegegeldreformgesetz, 276/ME XXIV. GP, S. 1.

634 Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des § 21b BPGG, beispielsweise durch „können erbracht werden...“ und die Bezeichnung des Betreuungsbedürftigen als „Förderungsbewerber“, wird aber auch unter Punkt 2.3.6. der Richtlinien zur Unterstützung der 24-Stunden-Betreuung nochmals klar gestellt. Die Richtlinien zur Unterstützung der 24-Stunden-Betreuung sind abrufbar unter: http://www.bmask.gv.at/site/Soziales/Pflege_und_Betreuung/24_Stunden_Betreuung/ (Stand 19.08.2013).

des Bundesministers für Soziales und Konsumentenschutz⁶³⁵ zur Unterstützung der 24 Stunden Betreuung.⁶³⁶ Die Zahlung des Zuschusses ist gemäß Punkt 3 der Richtlinien vom Einkommen, aber nicht vom Vermögen des Pflegebedürftigen abhängig. Die Förderung wird erbracht aus dem Unterstützungsfonds für Menschen mit Behinderung. Zuständig für die Entscheidung über die Zuschussgewährung ist gemäß der Punkte 4.4 und 4.6 der Richtlinien das Bundessozialamt.⁶³⁷

b) Leistungen der Sozialhilfe

Die Leistungen des BPGG sind in zweifacher Weise nicht bedarfsdeckend. Erreicht der Pflegebedürftige nicht die Pflegestufe 1, so erhält er trotz Bestehen eines Pflegebedarfes kein Pflegegeld (Fallgruppe 1).⁶³⁸ Erreicht er mindestens die Pflegestufe 1, so ist das Pflegegeld dennoch der Höhe nach begrenzt, unabhängig davon wie hoch der pflegebedingte Mehrbedarf tatsächlich ist (Fallgruppe 2). In beiden Fallgruppen kann ein Anspruch auf Leistungen der Sozialhilfe bestehen. Wie bereits beschrieben, gehört die Sozialhilfe zur Gesetzgebungskompetenz der Länder, so dass die Regelungen zur Sozialhilfe aller neun Länder in den Blick zu nehmen sind. Zur Schaffung bundesweit einheitlicher Mindeststandards in der Sozialhilfe⁶³⁹ wurde eine Vereinbarung gemäß Art. 15a B-VG zwischen dem Bund und den Ländern über eine bundesweite bedarfsorientierte Mindestsicherung⁶⁴⁰, die zum 01.12.2010 in Kraft getreten ist, abgeschlossen. Die Hilfe bei Pflegebedürftigkeit gehört jedoch nicht zu den in Art. 3 der Vereinbarung genannten, von der Harmonisierung betroffenen Bedarfsbereichen. Als Folge der Vereinbarung haben alle Länder ein Gesetz zur bedarfsorientierten Mindestsicherung erlassen.⁶⁴¹ Kärnten, Tirol und Vorarlberg haben dabei alle Bedarfsbereiche und damit auch

635 Dieser ist gemäß § 21b IV 1 BPGG für den Erlass der Richtlinien zuständig.

636 Es ist zu unterscheiden, ob die Betreuung durch eine Betreuungskraft erbracht wird, die beim Pflegebedürftigen oder einem Angehörigen beschäftigt ist, oder durch eine selbständige Betreuungskraft. Der Zuschuss beträgt für unselbständige Betreuungskräfte maximal 1100 € im Monat und für selbständige Betreuungskräfte 550 €, vgl. Pkt. 2.1.1 und 2.2.1 der Richtlinien.

637 Die Antragsstellung kann nach Pkt. 4.1 der Richtlinien auch beim Leistungsträger des Bundespflegegeldes oder beim Sozialhilfeträger erfolgen.

638 Diese Fallgruppe wird auch in Österreich teilweise als Pflegestufe 0 bezeichnet, *Ellmer*, Probleme aus Sicht der Länder, in: *Pfeil* (Hrsg.), Die Zukunft der Pflege und Betreuung in Österreich, S. 39, 46.

639 677 der Beilagen XXIV. GP - Vereinbarung Art. 15a B-VG – Materialien, S. 1.

640 BGBl. I Nr. 96/2010; einführend zu den Zielen einer einheitlichen bedarfsorientierten Mindestsicherung, *Pfeil*, ÖZPR 2010, S. 90-92.

641 Burgenland: Burgenländisches Mindestsicherungsgesetz (Bgld. MSG) LGBL. Nr. 76/2010 zuletzt geändert durch LGBL. Nr. 44/2012; Kärnten: Kärntner Mindestsicherungsgesetz (K-MSG) LGBL. Nr. 15/2007 zuletzt geändert durch LGBL. Nr. 16/2012; Niederösterreich: Niederösterreichisches Mindestsicherungsgesetz (NÖ MSG) LGBL. 9205 zuletzt geändert durch LGBL. 9205-1; Oberösterreich: Oberösterreichisches Mindestsicherungsgesetz (Oö. BMSG) LGBL. Nr. 74/2011; Salzburg:

den Pflegebedarf in ihren Mindestsicherungsgesetzen geregelt und die bis dahin geltenden Sozialhilfegesetze außer Kraft gesetzt. Die übrigen Länder regeln in ihren Mindestsicherungsgesetzen nur die von der Harmonisierung betroffenen Bedarfe. Der Bedarf bei Pflegebedürftigkeit wird durch die weiterhin bestehenden Sozialhilfegesetze erfasst.⁶⁴²

Unabhängig vom Ort der Regelung sind die Sozialhilfeleistungen bedürftigkeitsabhängig⁶⁴³ und können regelmäßig auch ohne Antrag von Amts wegen erbracht werden⁶⁴⁴. Alle Länder haben in ihrem Sozialhilfe- oder Mindestsicherungsgesetz ausdrücklich Leistungen bei Pflegebedürftigkeit vorgesehen. Allerdings gibt es Unterschiede bei den Fragen, ob für die Leistung ein bestimmter qualifizierter Pflegebedarf erforderlich ist⁶⁴⁵ und ob auf die Leistung ein Rechtsanspruch⁶⁴⁶ besteht. Grundsätzlich ist kein bestimmter Mindestpflegebedarf für das Einsetzen der Leistungen bei Pflegebedürftigkeit erforderlich. Für Niederösterreich verlangt § 24 II NÖ SHG jedoch eine wesentliche Beeinträchtigung in einem lebenswichtigen Beziehungsfeld. In Tirol hat die Landesregierung die Kompetenz zum Erlass einer Richtlinie, welche die Voraussetzun-

Salzburger Mindestsicherungsgesetz (Salzburger MSG) LGBL. Nr. 63/2010; Steiermark: Steiermärkisches Mindestsicherungsgesetz (StMSG) LGBL. Nr. 14/2011 zuletzt geändert durch LGBL. Nr. 9/2012; Tirol: Tiroler Mindestsicherungsgesetz (TMSG) LGBL. Nr. 99/2010 zuletzt geändert durch LGBL. Nr. 110/2011; Vorarlberg: Vorarlberger Mindestsicherungsgesetz (VMSG) LGBL. Nr. 64/2010 zuletzt geändert durch LGBL. Nr. 34/2012; Wien: Wiener Mindestsicherungsgesetz (WMSG) LGBL. Nr. 38/2010 zuletzt geändert durch LGBL. Nr. 6/2011.

642 Burgenland: Burgenländisches Sozialhilfegesetz (Bgld. SHG) LGBL. Nr. 5/2000 zuletzt geändert durch LGBL. Nr. 44/2012; Niederösterreich: Niederösterreichisches Sozialhilfegesetz (NÖ SHG) LGBL. 9200 zuletzt geändert durch LGBL. 9200-11; Oberösterreich: Landesgesetz über die soziale Hilfe in Oberösterreich (Oö. SHG) LGBL. Nr. 82/1998 zuletzt geändert durch LGBL. Nr. 54/2012; Salzburg: Salzburger Sozialhilfegesetz (Salzburger SHG) LGBL. Nr. 19/1975 zuletzt geändert durch LGBL. Nr. 53/2011; Steiermark: Steiermärkisches Sozialhilfegesetz (StSHG) LGBL. Nr. 29/1998 zuletzt geändert durch LGBL. Nr. 10/2012; Wien: Wiener Sozialhilfegesetz (WSHG) LGBL. Nr. 13/1973 zuletzt geändert durch LGBL. Nr. 28/2012.

643 § 13 Bgld. SHG; §§ 5, 6 K-MSG; § 15 NÖ SHG; §§ 7-9 Oö. SHG; §§ 7, 8 Salzburger SHG; §§ 4-6 StSHG; §§ 15-17 TMSG; § 8 VMSG; §§ 9, 10 WSHG.

644 § 2 II 3 Bgld. SHG; § 52 I K-MSG; § 64 I 2 NÖ SHG; § 3 I 3 Oö. SHG; § 6 II 2 Salzburger SHG; § 2 I StSHG; § 1 III TMSG; § 2 I VMSG; § 6 S. 2 WSHG.

645 Wobei das Prinzip der (vollständigen) Bedarfsdeckung auch im österreichischen Sozialhilferecht gilt, vgl. für Tirol, *Fürweger*, Die Entwicklung von der Sozialhilfe zur bedarfsorientierten Mindestsicherung unter besonderer Berücksichtigung der Verhältnisse im Land Tirol, S. 103.

646 Dass auf Leistungen der Sozialhilfe ein Anspruch besteht, ist nicht selbstverständlich. Die Regelungstechnik der einzelnen Landesgesetze bei der Frage, auf welche Leistungen ein Rechtsanspruch besteht, ist dabei sehr unterschiedlich. Einen Überblick bietet *Pfeil*, Vergleich der Sozialhilfesysteme der österreichischen Bundesländer, S. 49ff. Häufig wird entweder ausdrücklich abschließend bestimmt, auf welche Leistungen ein Anspruch besteht, oder es wird durch die Wendung „die Erbringung obliegt dem Land als Träger von Privatrechten“ gekennzeichnet, dass auf diese Leistung kein Anspruch besteht.

gen für die Hilfe zur Pflege regelt, § 45 lit. b TMSG.⁶⁴⁷ Auf die Hilfe zur Pflege besteht grundsätzlich ein Rechtsanspruch außer in Kärnten⁶⁴⁸, Tirol⁶⁴⁹ und Vorarlberg⁶⁵⁰. Auf darüber hinaus gehende soziale Dienste besteht hingegen in der Regel kein Anspruch.⁶⁵¹

Gleiches gilt für den konkreten Leistungsinhalt.⁶⁵² Wie der Bedarf des einzelnen Pflegebedürftigen gedeckt wird, steht damit im Ermessen des Leistungsträgers. Die Bedarfsdeckung kann durch Geldleistungen oder Sachleistungen⁶⁵³ erfolgen. Für die Ausübung dieses Ermessens gibt es normative Leitlinien, von denen hier einige beispielhaft genannt seien. So enthalten die Sozialhilfegesetze selbst sehr allgemeine Leitlinien für die Ermessensausübung, die sich am Zweck der Sozialhilfe ausrichten.⁶⁵⁴ In Kärnten sind bei der Wahl der Leistung die Besonderheiten der jeweils Hilfe suchenden Person zu beachten und es ist die Leistungsform zu wählen, die zur konkreten Bedarfsdeckung am besten geeignet ist, § 2 I, III K-MSG. § 9 IV lit. b K-MSG enthält zwar einen allgemeinen Vorrang der Geldleistung gegenüber der Sachleistung, allerdings sollen Pflegeleistungen nach § 15 I K-MSG durch persönliche Hilfen, also Sachleistungen erbracht werden. Auch für Oberösterreich wird in § 17 I, V Oö. SHG deutlich, dass Hilfe zur Pflege als persönliche Hilfe oder als Sachleistung erbracht werden soll, wobei ein Nachrang der stationären Leistungen gegenüber ambulanten Leistungen besteht. Teilweise wird auch der im Gesetz nur sehr allgemein beschriebene Leistungsinhalt durch Richtlinien konkretisiert. So enthält für Tirol § 13 TMSG lediglich die Angabe, dass Hilfe zur Pflege auch als „mobile Pflege“, „Kurzzeitpflege zur Entlastung pflegender Angehörü-

647 Gemäß Pkt. 6 der „Richtlinie des Landes Tirol zur Gewährung von Leistungen der mobilen Pflege und Betreuung in Tirol“ genügt jedoch auch Pflegebedürftigkeit unterhalb der Pflegestufe 1 i.S.d. BPGG. Erforderlich ist nur, dass der Pflege- oder Betreuungsbedarf ärztlich festgestellt wurde.

648 § 8 II K-MSG.

649 §§ 4 IV, 27 II TMSG.

650 § 4 II 1 VMSG.

651 Soziale Dienste sind Einrichtungen die Sachleistungen erbringen. In den meisten Ländern enthält das Mindestsicherungs- beziehungsweise Sozialhilfegesetz eine Pflicht ausreichend soziale Dienste bereitzustellen, soweit dies wirtschaftlich vertretbar ist, vgl. u.a. § 33 II Bgld. SHG, § 44 II NÖ SHG. Dabei bleibt es dem Land als Sozialhilfeträger überlassen, wie es dieser Pflicht nachkommt. Es kann die sozialen Dienste selbst bereitstellen oder sich dazu Dritter bedienen, vgl. §§ 44 III NÖ SHG. Ein Anspruch des Einzelnen auf die Bereitstellung eines konkreten Platzes für einen sozialen Dienst steht der Pflicht des Leistungsträgers nicht gegenüber, da die Bereitstellung durch das Land „als Träger von Privatrechten“ erfolgt.

652 Pfeil, Vergleich der Sozialhilfesysteme der österreichischen Bundesländer, S. 57.

653 Bei Sachleistungen (i.w.S.) wird teilweise weiter unterschieden zwischen Sachleistungen (i.e.S.) und persönlichen Hilfen. Den Begriff der persönlichen Hilfe gibt es nicht in allen Ländern. Es handelt sich dabei um Sachleistungen i.w.S., die nicht als Sache im Wortsinn, sondern durch eine Person erbracht werden. Eine Aufzählung der persönlichen Hilfen für Kärnten findet sich in § 9 II K-MSG. Diese Unterscheidung wählt auch Pfeil, Bundespflegegeldgesetz und landesrechtliche Pflegegeldregelungen, Einführung, S. 25.

654 Pfeil, Vergleich der Sozialhilfesysteme der österreichischen Bundesländer, S. 58-60 mit weiteren Beispielen.

ger“ oder Tagespflege zur Entlastung pflegender Angehöriger geleistet werden kann. Auch aus der knappen Beschreibung in § 2 XVI-XVIII TMSG lässt sich kaum entnehmen, wann welcher konkrete Anspruch bestehen soll. Zur Konkretisierung wurden deshalb auf Grundlage der Ermächtigung in § 45 TMSG Richtlinien erlassen.⁶⁵⁵ Werden die Leistungen der Hilfe zur Pflege als Sachleistungen erbracht, so können diese durch den Leistungsträger selbst oder durch Dritte, zu denen der Leistungsträger eine vertragliche Rechtsbeziehung⁶⁵⁶ unterhält, erbracht werden.

c) Erbringung von Sachleistungen

Den Ländern obliegt die Aufgabe, für eine flächendeckende Versorgung mit so genannten sozialen Diensten zu sorgen, zu denen auch ambulante Dienste für die Langzeitpflege gehören. Für die Langzeitpflege ergibt sich eine entsprechende Pflicht aus der Pflegevereinbarung zwischen dem Bund und den Ländern. Von der bisherigen alleinigen Finanzierung der Pflegesachleistungen wurden die Länder durch Einrichtung eines Pflegefonds⁶⁵⁷ durch das Pflegefondsgesetz⁶⁵⁸ (PFG) entlastet, indem der Bund gemäß § 3 PFG zweckgebundene Zuschüsse „für die Sicherung sowie für den Aus- und Aufbau der Betreuungs- und Pflegedienstleistungen der Länder im Bereich der Langzeitpflege“ gewährt.⁶⁵⁹ Die Übernahme der Aufgabe speziell im Hinblick auf Pflegeeinrichtungen erfolgte durch die Länder in Art. 3 I der Pflegevereinbarung. Danach können die Länder die Leistungen entweder selbst erbringen oder durch Dritte erbringen lassen, Art. 3 II der Pflegevereinbarung. In beiden Fällen haben die Länder einen Mindest(qualitäts-)standard zu gewährleisten, Art. 5 i.V.m. Pkt. 2.1 der Anlage A der Pflegevereinbarung. Sowohl für die quantitative, aber auch für die qualitative Sicherstellung des Mindeststandards sind die Länder verpflichtet Bedarfs- und Entwicklungspläne zu erstellen, Art. 6 i.V.m. Anlage B der Pflegevereinbarung.⁶⁶⁰

Die Umsetzung der Verpflichtungen aus der Pflegevereinbarung erfolgt dann im Wesentlichen auf Grundlage des jeweiligen Sozialhilfe- oder Mindestsicherungsgesetzes, das zunächst die allgemeine Verpflichtung zur flächendeckenden Versorgung wieder-

655 Bspw. die „Richtlinie des Landes Tirol zur Gewährung von Leistungen der mobilen Pflege und Betreuung in Tirol“ sowie die „Richtlinie des Landes Tirol zur Förderung der Kurzzeitpflege für pflegebedürftige Personen“.

656 Bspw. § 48 III NÖ SHG; §§ 44 I lit. c, II, 41 TMSG.

657 Es handelt sich um einen Verwaltungsfonds, der nicht mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattet ist, *Pfeil*, ÖZPR 2011, S. 124.

658 BGBl. I Nr. 57/2011.

659 Der „Ausbau“ von Dienstleistungsangeboten erfasst dabei auch die qualitative Verbesserung, *Pfeil*, ÖZPR 2011, S. 124.

660 Anlage B regelt dabei den Mindestinhalt der Bedarfs- und Entwicklungspläne, in denen im Wesentlichen Soll- und Istsituation gegenübergestellt werden und entsprechende Maßnahmen geplant werden, um in Zukunft die Sollsituation zu erreichen.

holt. Bei der Erfüllung dieser Pflicht ist die gesamte Bevölkerung des jeweiligen Bundeslandes in Blick zu nehmen, da jeder, unabhängig von seiner wirtschaftlichen Bedürftigkeit, die Möglichkeit haben soll, seinen (Pflege-)Bedarf durch entsprechende soziale Dienste zu decken.⁶⁶¹ Im Hinblick auf die Qualitätssicherung ist interessant, ob bei der Erfüllung eines Anspruches auf Sozialhilfe bei Pflegebedürftigkeit durch einen sozialen Dienst dann zusätzliche Anforderungen gelten. Ein Rechtsanspruch des Einzelnen auf den Zugang zu einem sozialen Dienst steht der allgemeinen Verpflichtung zur flächendeckenden Versorgung grundsätzlich nicht gegenüber.⁶⁶² Dieser wird vielmehr durch die Sozialhilfe- oder Mindestsicherungsgesetze ausdrücklich ausgeschlossen.⁶⁶³ Ein Rechtsanspruch auf die Erbringung von Pflegeleistungen durch einen sozialen Dienst ist nur dann denkbar, wenn der Anspruch des Einzelnen auf Hilfe zur Pflege nach dem Sozialhilfe- bzw. Mindestsicherungsgesetz im Einzelfall nur durch einen sozialen Dienst erfüllt werden kann,⁶⁶⁴ da das Auswahlermessen des Sozialhilfeträgers dann auf diese einzige Art der Leistungserbringung reduziert ist.

Die Mindestsicherungs- und Sozialhilfegesetze enthalten von Land zu Land zwar im Wesentlichen ähnliche, im Detail aber doch voneinander abweichende Regelungen zur Erbringung von Sachleistungen und zur Einbindung Dritter.⁶⁶⁵ Dabei wird die Pflicht zur Gewährleistung einer flächendeckenden Versorgung von den Ländern einheitlich dem Träger der Sozialhilfe zugeordnet.⁶⁶⁶ Dieser hat die Möglichkeit, soweit er soziale Dienste nicht selbst erbringt, sich Dritter zur Leistungserbringung zu bedienen.⁶⁶⁷ Die Einbindung des Dritten erfolgt regelmäßig durch schriftlichen Abschluss eines privatrechtlichen⁶⁶⁸ Vertrages zwischen dem Träger der Sozialhilfe und dem Dritten oder

661 Pfeil, Neuregelung der Pflegevorsorge in Österreich, S. 100f.; es besteht dann i.d.R. die Pflicht zu einem Kostenbeitrag, vgl. für Salzburg: §§ 11, 12 Soziale Dienste-Verordnung.

662 Pfeil, Neuregelung der Pflegevorsorge in Österreich, S. 101.

663 Die Aufgabe wird in allen Ländern von den Sozialhilfeträgern als Träger von Privatrechten wahrgenommen. Rechtspolitische Kritik zum fehlenden Rechtsanspruch und den vagen Vorgaben zur Qualität in der Pflegevereinbarung äußert, Pfeil, Neuregelung der Pflegevorsorge in Österreich, S. 450f.

664 Pfeil, Neuregelung der Pflegevorsorge in Österreich, S. 101, 363.

665 Eine Sonderstellung vor allem in tatsächlicher Hinsicht bei der Erbringung professioneller ambulanter Pflege nimmt dabei Vorarlberg ein, Wild, Ambulante Pflege und Betreuung in Österreich, in: Kollak (Hrsg.), Internationale Modelle häuslicher Pflege, S. 35. Die örtliche Versorgung erfolgt durch 66 örtliche Krankenpflegevereine. Zum inneren Aufbau der Krankenpflegevereine, vgl. die empirische Untersuchung, Fuchs, Eine Gegenüberstellung der Organisation der mobilen Pflege und Betreuung in den Bundesländern Steiermark und Vorarlberg, S. 77-79. Diese werden staatlich gefördert mit Mitteln des Sozialfonds, §§ 20 I 1, 21 lit. g VSHG. Der Sozialfonds ist rechtsfähig und selbst ein Sozialhilfeträger, § 14 VSHG.

666 Bspw. § 33 I Bgld. SHG; §§ 36, 42 K-MSG; § 44 II NÖSHG; § 22 IV WSHG, wobei in Wien die Besonderheit besteht, dass Sozialhilfeträger für die Erbringung von Pflegeleistungen und für die sozialen Dienste nicht das Land Wien ist, sondern der Fonds Soziales Wien, § 34 II, III WSHG. Ansonsten sind Träger der Sozialhilfe die Länder und teilweise zusätzlich die Gemeinden.

667 Träger der freien Wohlfahrt und andere Trägerorganisationen, vgl. § 48 III 1 NÖ SHG.

668 Da das öffentliche Recht Vorgaben zum Inhalt des privatrechtlichen Vertrages macht, ist es typisch für die Leistungserbringung bei sozialen Diensten, dass öffentliche-rechtliche und privatrechtliche

einer Vereinigung, der der Dritte angehört⁶⁶⁹, wobei es gesetzliche Mindestanforderungen an den Dritten gibt⁶⁷⁰. Der Vertragsabschluss ist davon abhängig, dass ein entsprechender Bedarf für diesen sozialen Dienst in der Sozialplanung prognostiziert wurde.⁶⁷¹ In Niederösterreich kann der Abschluss einer Vereinbarung bei ambulanten Diensten dadurch ersetzt werden, dass die Leistungen entsprechend einer Durchführungsrichtlinie erbracht werden, § 48 III 2 NÖ SHG. Dabei muss die Richtlinie die gleichen Mindestvoraussetzungen für die Leistungserbringung festlegen wie sie für den Abschluss der Vereinbarung erforderlich wären, §§ 48 III 2, 49 IV NÖ SHG.

Nur im Burgenland ist für alle ambulanten Dienste, die Pflegeleistungen erbringen, eine Zulassung durch die Landesregierung erforderlich, §§ 38 I 1, 34 II Nr. 2, 40 Bgld. SHG. Jeder ambulante Dienst, der pflegerische Dienste anbieten will, bedarf hier einer Betriebsbewilligung nach § 40 Bgld. SHG, auch wenn er keine Leistungen für den Sozialhilfeträger erbringt. Zwar gibt es andere Länder, in denen ein vergleichbares Bewilligungs- oder zumindest ein Anzeigepflicht besteht, dort aber nur zur Errichtung und zum Betrieb (teil-)stationärer Einrichtungen.⁶⁷² In anderen Ländern ergibt sich das Bewilligungserfordernis für stationäre Pflegeeinrichtungen jedoch spezieller aus dem jeweiligen Heimgesetz.⁶⁷³ Eine Ausnahme hierzu bildet Salzburg. Hier gibt es kein Heimgesetz. Vielmehr hat das SPG (Salzburger Pflegegesetz) einen umfassenden Anwendungsbereich, zu dem auch die häusliche Pflege gehört. Für die Errichtung entsprechender Einrichtungen gibt es nach § 31 I Nr. 1 SPG eine Pflicht zur Anzeige.

Die ausführliche Darstellung der Qualitätssicherung erfolgt zur Wahrung der Übersichtlichkeit exemplarisch für die Bundesländer Salzburg und Burgenland ausführlich. In ihrer Grundausrichtung haben beide Länder Modellcharakter. Daneben bieten sie die o.g. Besonderheiten. Für andere Bundesländer beschränkt sich die Darstellung auf interessante Einzelaspekte.

Regelungen bestehen, vgl. *Dimmel/Schmid*, Soziale Dienste, in: *Dimmel/Heinzmann/Schenk* (Hrsg.), Handbuch Armut in Österreich, S. 579, 585. Hingegen ist auch mit Blick auf die Soziale Diensteverordnung die Aussage, das Leistungsrecht sei öffentlich-rechtlich und das Leistungserbringungsrecht privatrechtlich, vgl. *Dimmel*, Sozialwirtschaft und Sozialordnung, in: *Dimmel* (Hrsg.), Das Recht der Sozialwirtschaft, S. 9, 27f., zu pauschal. Auch lässt sich die Qualitätssicherung nicht zwingend nur dem Leistungsrecht zuordnen, so aber *Dimmel*, Sozialwirtschaft und Sozialordnung, in: *Dimmel* (Hrsg.), Das Recht der Sozialwirtschaft, S. 9, 27f., vielmehr kann Qualitätssicherung sowohl durch Leistungsrecht als auch durch Leistungserbringungsrecht erfolgen.

669 Bspw. § 61 VII 1 K-MSG; § 59 III Oö SHG; § 20 IV 1 StSHG; anders für Salzburg § 22 II, V, VI Salzburger SHG wo die Voraussetzungen der Einbindung unmittelbar dem Gesetz zu entnehmen sind und insbesondere die Höhe der Kosten, die dem Dritten zu erstatten sind, werden durch Verordnung festgelegt.

670 Bspw. § 61 V K-MSG; § 60 II Oö SHG; § 41 III TMSG.

671 Vgl. § 48 III 1 NÖ SHG.

672 Bspw. Bewilligungspflicht: § 49 I NÖ SHG; Anzeigepflicht: § 64 I Oö SHG.

673 Bspw. § 16 I Kärntner Heimgesetz; § 15 I, II Steiermärkisches Pflegeheimgesetz.

d) Abgrenzung zur medizinischen Hauskrankenpflege

Nach § 151 I ASVG besteht ein Anspruch auf medizinische Hauskrankenpflege, wenn die Art der Krankheit diese erfordert. Zweck der medizinischen Hauskrankenpflege ist die Verkürzung oder Verhinderung von Krankenhausaufenthaltszeiten, § 144 I 3 ASVG.⁶⁷⁴ Sie wird nur gewährt, wenn eine Prognose ergibt, dass die Krankheit einer Behandlung zugänglich ist.⁶⁷⁵ Deshalb beschränkt § 151 V 1 ASVG die Dauer grundsätzlich auf 4 Wochen.⁶⁷⁶ Erbracht wird die medizinische Hauskrankenpflege von den Angehörigen des gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege. Sie umfasst medizinische Leistungen und qualifizierte Pflegeleistungen, § 151 II 1, III 3 ASVG. Da § 151 III 3 ASVG Grundpflege und hauswirtschaftliche Versorgung als Gegenstand der medizinischen Hauskrankenpflege ausschließt,⁶⁷⁷ kann es zu einer Konkurrenz mit den von sozialen Diensten erbrachten und den Trägern der Sozialhilfe geförderten Pflegeleistungen nur bei den qualifizierten Pflegeleistungen i.S.d. § 151 III 3 ASVG kommen und nur, wenn die sonstigen Anspruchsvoraussetzungen des § 151 ASVG vorliegen. In dieser Konkurrenzsituation ist die Leistung nach § 151 ASVG aufgrund der Subsidiarität⁶⁷⁸ der Sozialhilfe vorrangig.

Da die medizinische Hauskrankenpflege nur von professionellen Pflegekräften erbracht wird, kann auf eine ausführliche Darstellung der Qualitätssicherung aus den gleichen Gründen verzichtet werden wie bei der Hauskrankenpflege nach § 37 SGB V.

e) Zusammenfassung der leistungsrechtlichen Grundkonstellationen

Zusammenfassend lassen sich 4 Grundkonstellationen unterscheiden, die leistungsrechtlich im Falle der Pflegebedürftigkeit eintreten können:

(1) Der Pflegebedürftige erhält keine staatlichen Leistungen. Dies ist typischerweise dann der Fall, wenn zwar Pflegebedürftigkeit i.S.d. Sozialhilferechts des jeweiligen

674 *Schober*, in: *Sonntag* (Hrsg.), ASVG, § 151, Rn. 2; *Pfeil*, *SozSich* (Österreich) 2005, S. 88, 93f.

675 Dies wird aus dem Tatbestandsmerkmal: „wenn und soweit die Krankheit es erfordert“, § 151 I ASVG abgeleitet, *Scholz*, *SozSich* (Österreich) 1993, S. 380; *Schober*, in: *Sonntag* (Hrsg.), ASVG, § 144, Rn. 2 sowie *Pfeil*, *SozSich* (Österreich) 2005, S. 88, 96 und *Stöger*, in: *Mosler/Müller/Pfeil* (Hrsg.), SV-Komm, § 144, Rn. 7, die eine Verbindung zum grundsätzlich bestehenden Anspruch auf Anstaltspflege nach § 144 I ASVG herstellen.

676 Damit wird nochmals deutlich, dass Zweck der medizinischen Hauskrankenpflege die Heilung einer Krankheit und nicht die dauerhafte Pflege ist. Vgl. zu umstrittenen rechtlichen Einordnung der danach erforderlichen Bewilligung durch den chef- oder kontrollärztlichen Dienst nach § 151 V 2 ASVG, *Pfeil*, *Neuregelung der Pflegevorsorge in Österreich*, S. 69f.; *Pfeil*, in: *Mosler/Müller/Pfeil* (Hrsg.), SV-Komm, § 151, Rn. 9.

677 Zur Notwendigkeit der anderweitigen Sicherstellung, sei es durch Angehörige oder soziale Dienste, *Pfeil*, in: *Mosler/Müller/Pfeil* (Hrsg.), SV-Komm, § 151, Rn. 7.

678 *Mayr/Pfeil*, *Mindestsicherung und Sozialhilfe*, in: *Pürgy* (Hrsg.), *Das Recht der Länder*, S. 259, 264.

Landes vorliegt, nicht jedoch Pflegebedürftigkeit i.S.d. BPGG und der Pflegebedürftige nicht bedürftig ist.

(2) Der Pflegebedürftige erhält ausschließlich Leistungen nach sozialhilferechtlichen Regelungen eines Landes. Diese Grundkonstellation unterscheidet sich von der ersten nur insoweit, als hier Bedürftigkeit vorliegt.

(3) Der Pflegebedürftige erhält nur Leistungen nach dem BPGG. Auch hier liegt Pflegebedürftigkeit nach beiden Gesetzen vor, aber es wird entweder der gesamte Bedarf durch die Leistungen des BPGG gedeckt oder es fehlt für den verbleibenden Bedarf an der Bedürftigkeit.

(4) Der Pflegebedürftige erhält sowohl Leistungen nach dem BPGG als auch nach den sozialhilferechtlichen Bestimmungen eines Landes. Hier liegt nach beiden Gesetzen Pflegebedürftigkeit vor, der Bedarf wird durch die Leistungen nach dem BPGG nicht vollständig gedeckt und es besteht Bedürftigkeit.

II. Qualitätssicherung in der professionellen Pflege

1. Qualitätssicherungsinstrumente innerhalb des Qualitätskreislaufes

a) Erstellung von Sollensanforderungen

aa) Kein Leistungsbezug

(1) Struktursollensanforderungen

Die Struktursollensanforderungen werden im Wesentlichen durch die Ausbildung bestimmt, die im Bereich der Pflege tätige professionelle Kräfte absolvieren müssen. Pflegeleistungen werden von zwei Berufsgruppen erbracht. Dies sind zum einen die Gesundheits- und Krankenpflegeberufe, welche im GuKG geregelt sind und zum anderen die Sozialbetreuungsberufe, deren Regelung in den Sozialbetreuungsberufegesetzen der Länder zu finden ist. Die Kompetenz zur Regelung der Struktursollensanforderungen ist damit auf Bund und Länder verteilt. Um die Vergleichbarkeit der Ausbildung in den einzelnen Bundesländern zu gewährleisten, aber auch um den Tätigkeitsbereiche der beiden Berufsgruppen zu klären, wurde die Vereinbarung gemäß Art. 15a B-VG zwischen dem Bund und den Ländern über Sozialbetreuungsberufe abgeschlossen.

Zu den Gesundheits- und Krankenpflegeberufen gehören gemäß § 1 GuKG der gehobene Dienst für Gesundheits- und Krankenpflege sowie die Pflegehilfe. Die Be-

schreibung der Berufsbilder der Gesundheits- und Krankenpflegeberufe⁶⁷⁹, aber auch die Beschreibung der einzelnen Tätigkeitsbereiche⁶⁸⁰ zeigt, dass diese Berufsgruppe vor allem für die Betreuung von Menschen zuständig ist, die medizinischer und ärztlicher Hilfe bedürfen.⁶⁸¹ Diese Zuständigkeit ist gemäß § 3 I GuKG auch eine ausschließliche. Ausschließlich bedeutet, dass die dem Berufsbild entsprechenden Tätigkeiten nur von den Angehörigen dieser Berufsgruppe ausgeübt werden dürfen.⁶⁸² Zu diesen Tätigkeiten gehören vor allem die Tätigkeiten in § 14 GuKG, also die eigenverantwortlichen Tätigkeiten des gehobenen Dienstes der Gesundheits- und Krankenpflege, aber auch die Tätigkeiten der Pflegehilfe nach § 84 GuKG. Da solche Tätigkeiten im Rahmen der Altenpflege häufig auszuführen sind, wird die Ausübung bestimmter Tätigkeiten durch Angehörige der Sozialbetreuungsberufe mittels zweier verschiedener Ansätze ermöglicht. Erstens wird im Rahmen der Ausbildung einiger Sozialbetreuungsberufe auch der Abschluss der Pflegehilfe erreicht.⁶⁸³ Zweitens ermöglicht § 3a I GuKG i.V.m. Anlage 2 Punkt 3 der Vereinbarung über Sozialbetreuungsberufe die Durchführung unterstützender Tätigkeiten bei der Basisversorgung für die Sozialbetreuungsberufe, für die der Abschluss zur Pflegehilfe nicht inkludiert ist, wenn sie das Ausbildungsmodul gemäß Anlage 2 Punkt der Vereinbarung über Sozialbetreuungsberufe absolviert haben. In der Gesundheit- und Krankenpflege-Basisversorgungs-Ausbildungsverordnung (GuK-BAV) werden für das Ausbildungsmodul Basisversorgung bundesweit geltende einheitliche Ausbildungsinhalte und ein einheitlicher Ausbildungsumfang normiert. Dies dient der Qualitätssicherung der Ausbildung selbst und rechtfertigt die bundesweite Zulassung für unterstützende Tätigkeiten bei der Basisversorgung.⁶⁸⁴

Die zentrale Bedeutung des gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege für die Langzeitpflege ergibt sich u.a. aus § 26 I Nr. 2 GuKG wonach auch die Leitung eines „Pflegedienstes an Einrichtungen“⁶⁸⁵, die der Betreuung pflegebedürftiger Men-

679 Für den gehobenen Dienst für Gesundheits- und Krankenpflege § 11 GuKG und für die Pflegehilfe § 82 GuKG.

680 Für den gehobenen Dienst für Gesundheits- und Krankenpflege §§ 13ff. GuKG und für die Pflegehilfe §§ 84, 84a GuKG.

681 *Weiss-Faßbinder/Lust*, Gesundheits- und Krankenpflegegesetz - GuKG, § 3, S. 31; OGH, vom 30.01.2001, 10 Obs 357/00y.

682 Soweit dieses Verbot teilweise für nichtprofessionelle Pflegekräfte wegen §§ 3 III, 3b, 3c GuKG nicht gilt, hat dies nur Auswirkungen auf die Qualität der nichtprofessionellen Pflege und wird dementsprechend auch dort dargestellt.

683 Bspw. §§ 3 I, 4 I Burgenländisches Sozialbetreuungsberufegesetz (Bgl. SBBG) für Diplom Sozialbetreuerinnen oder Diplom-Sozialbetreuer und Fach-Sozialbetreuerinnen oder Fach-Sozialbetreuer. Entsprechende Regelungen finden sich für diese beiden Berufe in allen Gesetzen der Länder über Sozialbetreuungsberufe.

684 *Weiss-Faßbinder/Lust*, Gesundheits- und Krankenpflegegesetz - GuKG, § 3a, S. 50.

685 „Einrichtungen“ sind sowohl stationäre Einrichtungen als auch ambulante Dienste, *Weiss-Faßbinder/Lust*, Gesundheits- und Krankenpflegegesetz - GuKG, § 27, S. 78f. Für die Wahrnehmung solcher Führungsaufgaben muss zusätzlich einer Sonderausbildung gemäß § 65 I Nr. 3 GuKG

schen dienen“, zum Tätigkeitsbereich gehört. Um die Berufsbezeichnung „gehobener Dienst für Gesundheits- und Krankenpflege“ nach dem GuKG führen zu dürfen, müssen die Voraussetzungen des § 27 GuKG erfüllt sein. Neben dem Erbringen des Qualifikationsnachweises (§ 27 I Nr. 3 GuKG) ist es insbesondere erforderlich, die für den Beruf erforderliche körperliche und geistige Eignung sowie Vertrauenswürdigkeit nach § 27 I Nr. 2 GuKG und die erforderlichen Deutschkenntnisse nach § 27 I Nr. 4 GuKG zu besitzen. Regelausschlussgründe für die Vertrauenswürdigkeit nennt § 27 II GuKG mit vorsätzlichen Straftaten ab einer bestimmten Schwere und Straftaten, die aufgrund ihrer Eigenart in Widerspruch zu dem Berufsaufgaben stehen. Für den Qualifikationsnachweis kann der Abschluss in Österreich erfolgen, in einem EWR Vertragsstaat oder außerhalb des EWR Raumes. Bei einem Abschluss in Österreich bedarf es der erfolgreichen Absolvierung einer Ausbildung an einer Schule für Gesundheits- und Krankenpflege nach § 28 I Nr. 1 GuKG. Die Errichtung einer Schule für Gesundheits- und Krankenpflege bedarf nach § 50 I GuKG der Bewilligung durch den Landeshauptmann. Die Bewilligung wird nur unter den Voraussetzungen des § 50 II GuKG erteilt. Zu den Voraussetzungen gehören das Vorhandensein von geeigneten Lehrkräften sowie die Verbindung zu einer Krankenanstalt zur Gewährleistung des praktischen Unterrichts (§ 49 II GuKG). Alternativ zu einer Ausbildung an einer Schule für Gesundheits- und Krankenpflege besteht die Möglichkeit des Studiums eines Fachhochschul-Bachelorstudienganges nach § 28 II GuKG.⁶⁸⁶ Der Studiengang muss gemäß § 28 II Nr. 2 GuKG den Anforderungen der FH-Gesundheits- und Krankenpflege-Ausbildungsverordnung entsprechen, was im Rahmen der Akkreditierung des Studienganges nach § 28 IV Nr. 1 GuKG geprüft wird. Zuständig für die Akkreditierung ist die Agentur für Qualitätssicherung und Akkreditierung Austria. Den Ausbildungsinhalt regeln die §§ 42ff. GuKG und die auf Grundlage der §§ 57, 62 GuKG erlassene Gesundheits- und Krankenpflege-Ausbildungsverordnung (GUK – AV). Qualifikationsnachweise im EWR Raum sind gemäß § 28a I GuKG entsprechend der Richtlinie 2005/36/EG anzuerkennen. Bei Abschlüssen außerhalb des EWR Raumes wird eine Gleichwertigkeitsprüfung durchgeführt, § 32 VI GuKG. Abgesehen von einem selbstverständlich anderen Qualifikationsnachweis stellen die §§ 85ff. GuKG vergleichbare Anforderungen an die Berufsberechtigung für die Pflegehilfe, wobei zu beachten ist, dass die Vertrauenswürdigkeit berufspflichtbezogen zu ermitteln ist. Dies hat zur Folge, dass an die Vertrauenswürdigkeit bei der Pflegehilfe aufgrund der weniger selbständigen und nicht mit Führungsaufgaben verbundenen Tätigkeit geringere Anforderungen zu stellen sind. In allen Landesgesetzen zu den Sozialbetreuungsberufen werden

absolvieren. Diese Sonderausbildung umfasst mindestens 1600 Stunden Ausbildung und dauert mindestens ein Jahr, § 72 GuKG.

686 Ziel ist es, eine mit dem Bologna-Prozess übereinstimmende Ausbildungsform zu schaffen, *Weiss-Faßbinder/Lust*, Gesundheits- und Krankenpflegegesetz - GuKG, § 28, S. 146.

drei Berufsabschlüsse geregelt.⁶⁸⁷ Dies sind Heimhelfer und Heimhelferinnen, Diplom-Sozialbetreuer und Sozialbetreuerinnen sowie Fach- und Sozialbetreuer mit Schwerpunkt Behindertenbegleitung.⁶⁸⁸ Die jeweiligen Voraussetzungen für die Berufsberechtigung sind vergleichbar mit denen in § 27 I GuKG.⁶⁸⁹

Für alle beschriebenen Berufe sehen das GuKG und die Sozialbetreuungsberufesetze der Länder Pflichten zur Weiterbildung vor.⁶⁹⁰ Dadurch wird die inhaltlich starre, da nur auf einen bestimmten Zeitpunkt bezogene Pflicht zum Erbringen des Qualifikationsnachweises dynamisch und die Fähigkeiten werden nicht auf den Zeitpunkt der Prüfung eingefroren, sondern an den Wissensfortschritt für den jeweiligen Beruf gekoppelt.

Neben den Anforderungen in den Berufsgesetzen an die einzelnen professionellen Pflegekräfte gibt es landesrechtliche Sollensanforderungen an die Leistungserbringer, welche im Rahmen der Erfüllung der Pflicht der Länder zur flächendeckenden Versorgung mit Pflegesachleistungen aus der Pflegevereinbarung erstellt werden. Diese Pflicht der Länder gemäß Art. 3ff. i.V.m. Anlage A Pkt.2.1, Anlage B der Pflegevereinbarung, „für eine entsprechende Sicherung der fachlichen Qualität und Kontrolle der Dienste...zu sorgen“, wird auf unterschiedliche Weise erfüllt. Auf der reinen Planungsebene müssen und haben die Länder Bedarfs- und Entwicklungspläne erlassen, Art. 6 der Pflegevereinbarung. Die Pflicht einer Sozialplanung sowie die Pflicht der Darstellung der Ergebnisse in einem Bedarfs- und Entwicklungsplan werden in den Sozialhilfe- oder Mindestsicherungsgesetzen nochmals aufgegriffen.⁶⁹¹ In Tirol trägt der aktuelle Plan die Bezeichnung „Strukturplan Pflege 2012 – 2022“ und wurde auf Grundlage von § 39 TMSG erstellt. In Tirol ist der Bedarfs- und Entwicklungsplan zugleich Bestandteil der überörtlichen Raumplanung, wobei es sich bei der Entwicklung der sozialen Infrastruktur, zu denen auch die Einrichtungen für Betreuungs- und Pflegebedürftige gehören, nach § 1 II lit. 1 Nr. 2 TROG um ein Ziel⁶⁹² der überörtlichen Raumplanung handelt. Konkrete Maßnahmen in Bezug auf die soziale Infrastruktur können hingegen nicht durch den Plan festgesetzt werden, da § 7 II TROG die festsetzbaren Maßnahmen abschließend aufzählt und diese nur in Raumordnungsprogrammen, welche von der Lan-

687 Ausführlich zu den verschiedenen Berufsbildern, *Klaushofer*, Sozialbetreuungsberufe, in: *Pürgy* (Hrsg.), *Das Recht der Länder*, S. 311, 325ff.

688 Für die beiden Letztgenannten ist die Pflegehilfesausbildung integraler Bestandteil, Art. 3 II der Vereinbarung nach Art. 15a B-VG zu den Sozialbetreuungsberufen. Diese Vereinbarung wurde abgeschlossen, um eine Harmonisierung der Sozialbetreuungsberufe trotz Gesetzgebungskompetenz der Länder zu erreichen, *Hausreither/Lust*, *ÖZPR* 2010, S. 69, 70.

689 Dabei erfolgt die Bestimmung des Ausbildungsinhaltes in Tirol bereits sehr detailliert durch das Sozialbetreuungsberufesgesetz in den §§ 18ff. TSBBG; in den meisten Ländern gibt es dafür eine Verordnungsermächtigung, beispielsweise in § 3 VIII Bgld. SBBG.

690 *Klaushofer*, Sozialbetreuungsberufe, in: *Pürgy* (Hrsg.), *Das Recht der Länder*, S. 311, 344; dies gilt seit der GuKG-Novelle 2009 nach § 104c GuKG auch für die Pflegehelfer, vgl. dazu *Gepart*, *ÖZPR* 2010, S. 5, 6.

691 Vgl. § 39 I, V TMSG.

692 Die Verknüpfung zwischen Bedarfs- und Entwicklungsplan mit dem Raumordnungsrecht gibt es nur in Tirol.

desregierung durch Verordnung erlassen werden, festgesetzt werden können. Der Strukturplan Pflege ist hingegen nur Raumordnungsplan i.S.d. § 12 TROG. Inhaltlich enthält der Strukturplan Pflege 2012 - 2022 zunächst eine Analyse des gegenwärtigen Pflege- und Betreuungsangebotes sowie Sollzahlen für die regionalen Planungsverbände für die Jahre 2017 und 2022.⁶⁹³ Dabei wird insgesamt ein Ausbau der Pflegeinfrastruktur angestrebt, wobei dies vorrangig durch mobile Dienste und alternative Wohnformen erfolgen soll.⁶⁹⁴ Der Bedarfsplan 2017 für Salzburg enthält vor allem eine quantitative Prognose des Pflegebedarfes bis zum Jahr 2017. Auch der Bedarfsplan- und Entwicklungsplan 2013/2013 für das Burgenland enthält quantitative Prognosen. Planerische Aussagen bezüglich der Pflegequalität und wie diese verbessert werden soll, sind in keinem der Pläne zu finden. Am umfangreichsten befasst sich der Bedarfs- und Entwicklungsplan 2012/2013 für das Burgenland mit der Pflegequalität, aber auch dort vor allem retrospektiv indem die Umsetzung gesetzlich vorgeschriebener Maßnahmen⁶⁹⁵ oder bereits durchgeführte Projekte⁶⁹⁶ beschrieben werden.⁶⁹⁷ Auf der Planungsebene ist eine zukunftsgerichtete Qualitätssicherung auch nicht erforderlich, da der notwendige Inhalt gemäß Art. 6 der Pflegevereinbarung i.V.m. Anlage B die Qualitätssicherung nicht beinhaltet. Die Länder erfüllen damit insoweit ihre Verpflichtungen aus der Pflegevereinbarung.

Auch die Umsetzung der Vorsorgeverpflichtung im Rahmen der Sozialhilfe- oder Mindestsicherungsgesetze soll hier als Bestandteil der Fallgruppe „kein Leistungsbezug“ dargestellt werden. Zwar ist die flächendeckende Versorgung der Bevölkerung mit sozialen Diensten eine Leistung des Sozialhilfeträgers, aber da diese sozialen Dienste dann allen offen stehen, unabhängig von der Schwere des Pflegebedarfes und vor allem unabhängig von der finanziellen Bedürftigkeit, handelt es sich vorrangig um die Bereitstellung einer Infrastruktur und nicht um eine Sozialhilfeleistung an einen konkreten Empfänger zur Deckung eines konkreten Bedarfes. Die Bereitstellung der Infrastruktur erfolgt durch finanzielle Förderung der von den Pflegediensten erbrachten Leistungen. Die Höhe der Förderung ergibt sich aus der Differenz der zwischen dem von Leistungsträger und Leistungserbringer vereinbarten Stundensatz⁶⁹⁸ und der zumutbaren Eigenleistung des Leistungsempfängers⁶⁹⁹.

693 Für die mobilen Dienste: Strukturplan Pflege 2012-2022, S. 54.

694 Strukturplan Pflege 2012-2022, S. 12.

695 Sozialbericht Burgenland 2009/2010, S. 78f.

696 Sozialbericht Burgenland 2009/2010, S. 169f. zum Entlassungsmanagement.

697 Bereits im Jahr 2000 wurde bemängelt, dass der Qualität der Dienste und Einrichtungen nur ein unzureichender Stellenwert in den Bedarfs- und Entwicklungsplänen zukommt, *Rubisch/Schaffnerberger*, SozSich (Österreich) 2000, S. 877, 878, 880f. Ein möglicher Verstoß der Länder gegen die Pflegevereinbarung wurde jedoch nicht in Betracht gezogen.

698 Für die Höhe des Stundensatzes kommt es u.a. auf die Ausbildung des jeweils unmittelbar eingesetzten Pflegenden an. So ist der Stundensatz für diplomiertes Pflegepersonal am höchsten und der für ungelerntes Pflegepersonal am niedrigsten.

699 Im Rahmen der Berechnung des zumutbaren Eigenanteils, dessen Höhe von der finanziellen Leistungsfähigkeit des Leistungsempfängers abhängig ist, wird zwar eine Sozialhilfeleistung erbracht.

In Tirol erfolgt die Umsetzung der Vorsorgeverpflichtung durch Vertrag mit den Trägern der Leistungserbringer, § 41 II, III TMSG. Die einzuhaltenden Standards (Sollensanforderungen) sind nach § 41 III lit. b TMSG Gegenstand der Vereinbarung. Da es nach § 39 III lit. b TMSG Ziel der Sozialplanung ist, landesweit einheitliche Mindeststandards zu gewährleisten, muss Ziel der inhaltlichen Ausgestaltung der vertraglichen Vereinbarung sein, dies zu verwirklichen. Die Zuständigkeit der Landesregierung für den Abschluss der Verträge nach § 27 III 2 TMSG leistet einen Beitrag zur Einheitlichkeit der Standards, indem alle Verträge durch die gleiche Behörde abgeschlossen werden.

Im Burgenland ist gemäß § 33 II 3 Bgld. SHG für die Einbindung eines Dritten in die Erbringung von Pflegesachleistungen durch den Sozialhilfeträger eine Vereinbarung zwischen Leistungsträger und Leistungserbringer erforderlich. Das Burgenländische Sozialhilfegesetz enthält jedoch keine Anforderungen an den Mindestinhalt der Vereinbarung. Dies ist für die Strukturqualität von ambulanten Pflegeeinrichtungen aufgrund des Erfordernisses einer ordnungsrechtlichen Betriebsbewilligung auch nicht erforderlich, könnte im Extremfall aber dazu führen, dass keine Prozess- und Ergebnissollensanforderungen an die Leistungserbringer gestellt werden. Die tatsächlich abgeschlossene Vereinbarung zwischen Sozialhilfeträger⁷⁰⁰ und Leistungserbringern enthält gleichwohl Qualitätsstandards. Der Sozialhilfeträger hat mit der „Arbeitsgemeinschaft Hauskrankenpflege und soziale Dienste“ die „Vereinbarung über die Durchführung professioneller Pflege- und Betreuungsdienste für hilfsbedürftige Menschen im Burgenland“ abgeschlossen. Bestandteil dieser Vereinbarung sind auch die „Richtlinien des Landes Burgenland zur Durchführung professioneller ambulanter Pflege- und Betreuungsdienste“ (Pflegerichtlinien ambulant)⁷⁰¹. Als wesentliche Struktursollensanforderungen ergeben sich aus den Richtlinien ein (Mindest-)Fachpersonalanteil, der auf Grundlage der abge-

Aber selbst bei voller finanzieller Leistungsfähigkeit ist die Eigenleistung i.d.R. nicht kostendeckend und es wird eine Förderleistung an den Leistungserbringer erbracht. Das Ob der Förderung ist letztlich unabhängig von der finanziellen Bedürftigkeit. Damit ist die Einordnung in die Kategorie „kein Leistungsbezug“ zutreffend, da die Förderung und damit auch die daran gestellten Anforderungen unabhängig vom Sozialhilfebezug des Leistungsempfängers gelten.

700 Träger der Sozialhilfe ist nach § 51 I Bgld. SHG das Land. Es gibt auch keine weiteren örtlichen Träger, sondern lediglich Behörden mit regionaler Zuständigkeit, § 51 II Bgld. SHG.

701 Abrufbar unter: http://www.burgenland.at/fileadmin/user_upload/Downloads/Gesundheit_und_Soziales/Gesundheit/Hauskrankenpflege/3036__HKP-Richtlinien_2013-Text.pdf (besucht am 01.08.2014). Die Berechnung der Förderung der Leistungserbringer erfolgt zunächst aus der Differenz zwischen den Normstundensätzen nach Artikel V Absatz 1 der Richtlinien und den gegenüber den Leistungsempfängern grundsätzlich abrechenbaren Stundensätzen (Leistungsentgelt) nach Artikel IV Absatz 8. Diese Differenz wird in Artikel V Absatz 2 als Aufwendungspauschale bezeichnet. Hat der Pflegebedürftige Anspruch auf Hilfe zur Pflege, wird sein Selbstbehalt errechnet. Ist dieser geringer als das Leistungsentgelt, wird ein zusätzlicher Zuschuss an den Leistungserbringer geleistet. Die Abrechnung erfolgt dann in der Form, dass auch das volle Leistungsentgelt vom Leistungsträger an den Leistungserbringer gezahlt wird und der Leistungsträger dem Leistungsempfänger den Selbstbehalt in Rechnung stellt, Artikel VI Absätze 1, 2 der Richtlinien.

leisteten Stunden ermittelt wird (Artikel III Absatz 2 Nr. 2.1)⁷⁰², die Pflicht, als Pflegedienstleitung nur fachlich geeignetes Pflegepersonal einzusetzen (Artikel III Absatz 8), die Einrichtung einer internen Qualitätskontrolle (Artikel III Absatz 20) sowie die Pflicht, die Kontinuität der Pflege zu gewährleisten (Artikel III Absatz 12). Zur Kontinuität der Pflege gehören sowohl die Sicherstellung der Versorgung an Sonn- und Feiertagen als auch die Gestaltung der Dienstpläne in der Weise, dass der Pflegebedürftige möglichst nur von wenigen gleichbleibenden Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen betreut wird. Weiterhin hat der Pflegedienst Fortbildungen zu ermöglichen.

Für Salzburg wiederholt § 22 II 1 Salzburger SHG zunächst die Pflicht zur flächendeckenden Versorgung. § 22 II 2 Salzburger SHG beschreibt lediglich, dass Einrichtungen, die entsprechende Dienste erbringen, zur Leistungserbringung heranzuziehen sind. Die eigentliche Umsetzung erfolgt durch die „Verordnung der Salzburger Landesregierung vom 30. September 2003 über die Erbringung von Sozialen Diensten unter Gewährung von Zuschussleistungen nach dem Salzburger Sozialhilfegesetz“ (Soziale Dienste-Verordnung), die aufgrund der Ermächtigung in § 22 V Salzburger SHG erlassen wurde. Danach gewährt das Land den Leistungserbringern Zuschüsse, wenn diese die in der Sozialen Dienste-Verordnung enthaltenen Anforderungen erfüllen. Die Abrechnung erfolgt in Salzburg im Ergebnis ähnlich wie im Burgenland. Rechtlich ist der Zuschuss in Salzburg aber nicht als Leistung an den Leistungserbringer, sondern als Leistung an den Leistungsempfänger ausgestaltet.⁷⁰³ Die Soziale Dienste-Verordnung normiert mit-

702 Gemäß Artikel V Absatz 1 Nr. 1 der Pflegerichtlinien ambulant wird das eingesetzte Personal in drei Kategorien eingeteilt. Kategorie 1 bildet das Diplompflegepersonal, Kategorie 2 die Pflegehilfe und Kategorie 3 die Heimhilfen. Nach Artikel III Absatz 2 Nr. 2.1 ist ein Mindestfachpersonalanteil der Kategorien 1 und 2 erforderlich. Den Höchstgrenzen für Fachpersonal der Kategorien 1 und 2 nach Artikel III Absatz 2 Nr. 2.2 stehen zwar auch unter Artikel III mit dem Titel „Qualitätsentwicklung und Qualitätssicherung“ dienen jedoch angesichts der höheren Stundenkosten für das Personal der Kategorien 1 und 2 nicht der Qualitätssicherung sondern der Kostenkontrolle.

703 Dieser muss nach § 13 I 1 Soziale Dienste-Verordnung einen Antrag stellen und bekommt nach § 14 I 1 Soziale Dienste-Verordnung auch die Leistungszusage. Vor Erlass der Leistungszusage besteht kein Rechtsanspruch auf den Zuschuss, § 13 IV Soziale Dienste-Verordnung. Die Höhe des Zuschusses berechnet sich aus der Differenz zwischen den anerkannten Kosten der Dienste nach § 10 Soziale Dienste-Verordnung und der zumutbaren Eigenleistung nach §§ 11, 12 Soziale Dienste-Verordnung, wobei die zumutbare Eigenleistung immer nur ein Bruchteil der anerkannten Kosten sein kann. Dass der Zuschuss direkt an den Leistungserbringer ausgezahlt wird, ist der Sozialen Dienste-Verordnung nicht zu entnehmen. Der Wortlaut von § 9 Soziale Dienste-Verordnung legt sogar die Auszahlung an den Leistungsempfänger nahe. In der Praxis erfolgt jedoch eine Auszahlung an den Leistungserbringer, *Land Salzburg*, Zuhause pflegen, S. 13, was aufgrund des nicht zwingenden Wortlautes von § 9 Soziale Dienste-Verordnung und dem freien Ermessen des Leistungsträgers bei der Erbringung von freiwilligen Leistungen im Ergebnis unproblematisch ist. Wirtschaftlich betrachtet, macht es für die Leistungserbringer keinen Unterschied, ob die Förderung objekt- oder subjektbezogen erfolgt, denn im Ergebnis erhält der Leistungserbringer immer ein festes Leistungsentgelt, das aus Eigenleistung des Pflegebedürftigen und einem Zuschuss des Sozialhilfeträgers besteht. Je nach Art der Förderung ändert sich nur der Schuldner des Leistungsentgeltes. Dies ist bei der Objektförderung der Sozialhilfeträger und bei der Subjektförderung der Pflegebe-

telbar Struktursollensanforderungen, indem für Fachpersonal ein höherer Stundensatz abgerechnet werden kann. Die Förderung selbst erfolgt nur für die „rechtmäßigen Anbieter dieser Dienste“, § 3 I Soziale Dienste-Verordnung.

Ein dritter Fall, in dem Sollensanforderungen unabhängig vom Leistungsbezug bestehen, liegt vor, wenn ein Land ordnungsrechtliche Normen erlassen hat, die auch für den Bereich der ambulanten Pflege gelten. Der Anwendungsbereich der Heimgesetze oder der Heimverordnungen⁷⁰⁴ der Länder beschränkt sich auf die stationäre Pflege, so dass Anforderungen an die Erbringung häuslicher Pflege dort nicht zu finden sind. Lediglich für Salzburg enthält das SPG Strukturstandards für die ambulante Pflege und schließt somit die vermeintliche Lücke der Sozialen Dienste-Verordnung. Dabei unterscheidet das Gesetz zwischen Hauskrankenpflege und Haushaltshilfe.⁷⁰⁵ Die Hauskrankenpflege im Sinne dieses Gesetzes meint jedoch nicht nur die Behandlungspflege, sondern auch die allgemein Pflege, § 9 I Nr. 1 SPG. Die Haushaltshilfe umfasst nur solche Tätigkeiten, die nicht den Gesundheitsberufen vorbehalten sind, § 11 I 2 SPG. Für beide Tätigkeitsarten gemeinsam wird eine (in der häuslichen Pflege im Wesentlichen personelle) Mindestausstattung der Einrichtung gefordert. Die Einrichtung muss nämlich nach § 8 I SPG dauerhaft zur Leistungserbringung in der Lage sein sowie dringende Leistungen auch am Wochenende und an Feiertagen erbringen können.⁷⁰⁶ Dies kann jedenfalls bei Aufnahme eines Betriebes nur durch eine Prognose anhand der bestehenden Ausstattung ermittelt werden. Weiterhin muss die Einrichtung den Mitarbeitern erforderliche Fortbildungen ermöglichen, §§ 10 III, 12 III SPG. Erforderlich sind zumindest die von den Berufsgesetzen vorgeschriebenen Fortbildungen. Darüber hinaus dürfen unzuverlässige Personen weder Träger der Einrichtung sein noch Leitungsaufgaben wahrnehmen, § 8 II SPG mit Verweis auf die entsprechenden Vorschriften der Gewerbeordnung (GewO). Wirklich unterschiedliche Standards für Hauskrankenpflege und Haushaltshilfe gelten für die Einrichtungen nur für den Einsatz des geeigneten Personals, denn für die Hauskrankenpflege wird klargestellt, dass für (vorbehaltene) Pflegeleistungen nur qualifiziertes Pflegepersonal i.S.d. GuKG eingesetzt werden darf, § 10 I SPG.

Ähnliche, wenn auch etwas allgemeiner formulierte, Anforderungen wie das SPG stellt auch das Bgld. SHG an den Betrieb einer ambulanten Pflegeeinrichtung, damit

dürftige. Zu diesen beiden Arten der Förderung von sozialen Dienste, siehe *Dimmel*, Sozialwirtschaft und Sozialordnung, in: *Dimmel* (Hrsg.), Das Recht der Sozialwirtschaft, S. 9, 21-23.

704 So haben Nieder- und Oberösterreich kein Heimgesetz. Vielmehr gibt es im jeweiligen Sozialhilfegesetz gibt bzw. gab es eine Ermächtigungsgrundlage zum Erlass einer Heimverordnung. So enthielt das Oö SHG in der Fassung der Änderung LGBl. Nr. 9/1995 mit § 37 I Nr. 1 eine entsprechende Ermächtigungsgrundlage, welche in der aktuellen Fassung nicht mehr existiert. Die Verordnung gilt jedoch aufgrund § 70 XII Nr. 3 OöSHG weiterhin als Verordnung des Sozialhilfegesetzes.

705 Zur Sonderstellung von Salzburg, *Mayr*, ÖZPR 2010, S. 155, 156.

706 § 9 II SPG für Hauskrankenpflege und § 11 II SPG für Haushaltshilfe; die dauerhafte Leistungsfähigkeit wird noch zusätzlich dadurch abgesichert, dass eine beabsichtigte Betriebseinstellung nach § 31 V SPG 6 Monate zuvor angezeigt werden muss.

diese nach § 40 Bgld. SHG bewilligungsfähig ist. Das Bewilligungserfordernis besteht nicht für Einrichtungen, die „nur“ Hilfen zur Weiterführung des Haushaltes nach § 34 II Nr. 1 Bgld. SHG erbringen. Verglichen mit dem SPG erfasst das Bgld. SHG damit nur die Hauskrankenpflege und nicht die Haushaltshilfe i.S.d. SPG. Bei ambulanten Pflegeeinrichtungen i.S.d. § 34 II Nr. 2 Bgld. SHG darf die Bewilligungsbewerberin bzw. der Bewilligungsbewerber gemäß § 40 IV Bgld. SHG nicht unzuverlässig sein. Entgegen des Wortlautes von § 40 IV Bgld. SHG kann sich die Prüfung der Zuverlässigkeit nicht nur auf den Zeitraum zwischen Einrichtungsbewilligung nach § 39 Bgld. SHG und Betriebsbewilligung beschränken, da ambulante Einrichtungen anders als stationäre und teilstationäre Einrichtungen keiner Einrichtungsbewilligung bedürfen und die Zuverlässigkeit damit nur einmalig im Rahmen des Verfahrens der Betriebsbewilligung zu prüfen ist. Die Leitung der Einrichtung muss gemäß § 40 I Nr. 2 Bgld. SHG durch eine fachlich geeignete Person erfolgen und gemäß § 40 I Nr. 3 Bgld. SHG muss das Personal nach Anzahl und Qualifikation in der Lage sein, die geplanten Leistungen zu erbringen.

(2) Prozesssollensanforderungen

Anforderungen hinsichtlich Steuerung, Planung, Aufzeichnung, Beratung oder Information für die Erbringung der Pflegeleistungen ergeben sich aus den Berufsgesetzen. Als allgemeine Berufspflicht, die damit für beide im GuKG geregelten Berufe gilt, ist dabei vor allem die Dokumentationspflicht nach § 5 I, II GuKG einschließlich der Aufbewahrungspflicht bei freiberuflicher Tätigkeit nach § 5 IV GuKG von Bedeutung.⁷⁰⁷ Diese Pflicht trifft auch Angehörige der Sozialbetreuungsberufe, die zugleich Pflegehelfer beziehungsweise Pflegehelferin sind, wenn sie Aufgaben als Pflegehelfer oder Pflegehelferin wahrnehmen.⁷⁰⁸ Die Auskunftspflicht nach § 9 GuKG, besteht gegenüber dem Personenkreis des § 9 I GuKG, zu dem auch der Pflegebedürftige gehört, und dem Personenkreis nach § 9 II GuKG. Die Auskunft ist umfassend und ohne Aufforderung⁷⁰⁹ zu erteilen. Die Auskunftspflicht hat im Rahmen der Qualitätssicherung zwei Funktionen. Zum einen erhält der Pflegebedürftige Informationen, die er für die Kontrolle der erbrachten Leistungen benötigt und nutzen kann.⁷¹⁰ Die Pflicht nach § 9 II GuKG dient hingegen der Koordinierung von (Pflege-)Leistungen unterschiedlicher

707 Eine allgemeine Pflicht zur Dokumentation besteht bereits als Nebenpflicht aus dem Pflegevertrag. Ebenso lässt sich ein Anspruch des Pflegebedürftigen auf Herausgabe der Dokumentation aus dem Pflegevertrag herleiten, vgl. zum Behandlungsvertrag zwischen Arzt und Patient, *Stellamör/Steiner*, Handbuch des österreichischen Arztrechts Band 1, S. 159, 162f. § 5 GuKG hat damit vor allem die Funktion, die Dokumentationspflicht und den Herausgabeanspruch zu konkretisieren und den Pflegebedürftigen seine Rechte deutlicher vor Augen zu führen.

708 Dass § 5 GuKG auch für die Pflegehilfe gilt, zeigt *Mayer*, ÖZPR 2011, S. 100.

709 *Weiss-Faßbinder/Lust*, Gesundheits- und Krankenpflegegesetz - GuKG, § 9, S. 49.

710 Deshalb wird die Pflicht nach § 9 I GuKG dieser Stufe des Qualitätskreislaufes zugeordnet.

Professionen und soll u.a. Doppelbehandlungen vermeiden, aber auch Informationen liefern für die Entscheidung, welche Behandlungsalternative zu wählen ist.⁷¹¹

In den Sozialbetreuungsberufegesetzen der Länder findet sich außer in § 7 Oö Sozialberufegesetz keine ausdrückliche Pflicht zur Dokumentation, wenn Tätigkeiten wahrgenommen werden, die nicht in den Regelungsbereich des GuKG fallen. Allerdings ist die Herausbildung der Fähigkeit zur Dokumentation für die Heimhelfer und Heimhelferinnen in allen Ländern Ausbildungsgegenstand.⁷¹² Auch bei der Beschreibung des Tätigkeitsbereiches wird die Dokumentation genannt.⁷¹³ Ob sich hieraus eine generelle Pflicht zur Dokumentation ableiten lässt, ist zweifelhaft. Es wird vertreten, § 7 Oö Sozialberufegesetz sei entsprechend für alle anderen Bundesländer anzuwenden.⁷¹⁴ Die Regelung eines Landes in allen anderen analog anzuwenden, stünde jedoch in Widerspruch zu dem Grundsatz der föderalen Gesetzgebung, der besagt, dass jedes Land für sein Hoheitsgebiet eine eigenständige und eigenverantwortliche Regelung trifft. Jedenfalls wäre die Herausarbeitung einer unbewussten Regelungslücke für jedes einzelne Land erforderlich. Eine solche Regelungslücke ist jedoch nicht feststellbar. Insbesondere enthält die Vereinbarung nach Art. 15a B-VG zu den Sozialbetreuungsberufen gerade nicht die Verpflichtung aller Länder zur Einführung einer Dokumentationspflicht als Bestandteil der Harmonisierung des Rechts der Sozialbetreuungsberufe. Einfacher zu begründen ist dagegen eine Dokumentationspflicht der Angehörigen der Sozialbetreuungsberufe als Nebenpflicht zum zivilrechtlichen Dienstvertrag zwischen Betreuenden und Betreuer. Zum einen steht die föderale Struktur dem nicht im Wege, denn bei der Auslegung zivilrechtlicher Verträge nach dem ABGB handelt es sich um die Anwendung von Bundesrecht. Zum anderen wird man auch annehmen können, dass die Dokumentation Bestandteil der fachgerechten Ausübung eines Sozialbetreuungsberufes ist.

Zentrale Anforderungen im Rahmen der Erfüllung der Vorsorgepflicht der Länder an den Pflegeprozess ergeben sich im Burgenland aus den Pflegerichtlinien ambulant. Dies sind die Pflegeplanung, welche mit der Bedarfsabklärung nach Artikel III Absatz 2 Nr. 1 beginnt, sowie die Pflicht zur Pflegedokumentation nach Artikel III Absatz 17, welche über die Pflicht nach dem GuKG hinaus geht, da sie auch den Bereich der Heimhilfe, also die Unterstützung bei der Haushaltsführung und den Aktivitäten des täglichen Lebens, erfasst. Hingegen enthalten die Voraussetzungen für die Erteilung der Betriebsbewilligung nach § 40 I Bgld. SHG weder Prozess- noch Ergebnissollensanforderungen.

Auch bei den Prozesssollensanforderungen existiert in Salzburg ein Zusammenspiel von Sozialer Dienste-Verordnung und dem ordnungsrechtlichen Salzburger Pflegegesetz. Während § 14 IV Soziale Dienste-Verordnung das Bestehen einer Pflicht zur Pflegedokumentation voraussetzt, wird diese in § 4 I SPG festgeschrieben. In Abweichung

711 *Weiss-Faßbinder/Lust*, Gesundheits- und Krankenpflegegesetz - GuKG, § 9, S. 50.

712 Bspw. § 10 II Nr. 1 WSBBG; § 19 II lit. a TSBBG; § 5 II lit. a K-SBBG.

713 Bspw. § 11 III Nr. 10 StSBBG; § 5 I 4 Nr. 10 Bgld. SBBG; § 3 III Nr. 8 NÖ SBBG.

714 *Mayer*, ÖZPR 2011, S. 100, 102.

zum GuKG ist dies keine Pflicht des einzelnen Pflegenden. Vielmehr richtet sich die Pflicht an die Pflegeeinrichtung. Da auch Einrichtungen, die nur Haushaltshilfe anbieten Pflegeeinrichtungen im Sinne des SPG sind, § 2 I Nr. 2 SPG, gilt die Dokumentationspflicht auch für diese.

(3) Ergebnissollensanforderungen

Zentrale Bestimmung für die Ergebnissollensanforderungen für die Berufe des GuKG ist § 4 GuKG. Nach § 4 I 2 GuKG sind die Angehörigen der Gesundheits- und Krankenpflegeberufe verpflichtet „das Wohl und die Gesundheit der... pflegebedürftigen Menschen... nach Maßgabe der fachlichen und wissenschaftlichen Erkenntnisse und Erfahrungen zu wahren.“ Diese Pflicht ist dynamisch, da sie auf die jeweils geltenden fachlichen und wissenschaftlichen Erkenntnisse und Erfahrungen verweist. Fundiert wird diese Pflicht durch die Fortbildungspflicht, welche selbst eine dynamische Struktursollensanforderung ist. Vergleichbare Berufspflichten enthält § 5 WSBBG für die Ausübung von Sozialbetreuungsberufen im Land Wien. Die Gesetze der sonstigen Länder zu den Sozialbetreuungsberufen sehen derartige Berufspflichten nicht vor. Allerdings gilt auch hier, dass für Angehörige der Sozialbetreuungsberufe, die zugleich Pflegehelfer beziehungsweise Pflegehelferin sind, soweit sie Aufgaben als Pflegehelfer oder Pflegehelferin wahrnehmen, die Berufspflicht nach § 4 I 2 GuKG gilt.

Klar umschriebene Ergebnissollensanforderungen werden im Burgenland von den Pflegerichtlinien nicht festgeschrieben. Allerdings werden Ziele formuliert, die man als Ergebnisqualität im materiellen Sinne, also im Sinne einer „guten Pflege“ einordnen kann. Nach Artikel II Absatz 15 soll die Pflege aktivierend erfolgen und den Gesamtzustand des Pflegebedürftigen möglichst verbessern. Auch soll die Pflege an der subjektiven Zufriedenheit der Pflegebedürftigen ausgerichtet werden (Artikel III, Absatz 1 Nr. 3, Absatz 21). Auch die Voraussetzungen für die Erteilung der Betriebsbewilligung nach § 40 I Bgld. SHG enthalten keine Ergebnissollensanforderungen. Allerdings lassen sich mittelbar aus der Möglichkeit des Entzugs der Betriebsbewilligung nach § 42 I Nr. 2 Bgld. SHG Ergebnissollensanforderungen herleiten. Nach dieser Vorschrift kann die Betriebsbewilligung entzogen werden, wenn: „festgestellte Mängel nicht fristgerecht behoben (werden)... und dadurch die Wahrung der Interessen und Bedürfnisse der betreuten Personen, insbesondere deren Betreuung, nicht mehr gesichert ist oder daraus eine Gefahr für Leben und Gesundheit oder eine Verletzung der Menschenwürde entsteht.“ Diese festgestellten Mängel können sich dabei nicht auf die Voraussetzungen des § 40 Bgld. SHG für die Erteilung der Betriebsbewilligung beziehen, da mit § 42 I Nr. 1 Bgld. SHG ein spezieller Entziehungsgrund bei Wegfall dieser Voraussetzungen besteht. Fraglich ist, welche „Mängel“ von § 42 I Nr. 2 Bgld. SHG erfasst werden. Mangel bedeutet so viel wie negative Abweichung des Istzustandes vom Sollzustand. Für die Feststellung einer solchen negativen Abweichung muss es jedoch möglich sein, den Sollzustand zu ermitteln. Positiv wird der Sollzustand der Leistungserbringung im Burgenländischen Sozialhilfegesetz nicht beschrieben. In § 42 I Bgld. SHG wird jedoch

beschrieben, wann der Istzustand vom Sollzustand negativ abweicht, nämlich wenn der Leistungszweck nicht erfüllt wird oder eine Gefahr für Leben oder Gesundheit des Pflegebedürftigen oder eine Verletzung der Menschenwürde des Pflegebedürftigen entsteht. Mangel i.S.d. § 42 I Nr. 2 ist damit jeder Istzustand, in dem eine negative Abweichung vom beschriebenen Sollzustand vorliegt. Formuliert man den beschriebenen Sollzustand positiv, erhält man Ergebnissollensanforderungen. Danach ist die Leistung so zu erbringen, dass (1) der Leistungszweck erfüllt wird, (2) keine Gefahren für den Pflegebedürftigen entstehen und (3) seine Menschenwürde gewahrt wird.

Für Salzburg normiert § 3 S. 1 SPG die Pflicht, eine angemessene Pflege sicherzustellen, wobei die aktivierende Pflege zum Leitbild erhoben wird und damit auch als Auslegungsmaßstab dafür dienen kann, um festzustellen, was unter „angemessener Pflege“ im Einzelfall zu verstehen ist. Ähnliche, wenngleich etwas detailliertere Ergebnissollensanforderungen, enthält auch die Soziale Dienste-Verordnung in § 4. Danach sind die fachlichen Standards zu wahren. Zu diesen gehören ausdrücklich die Pflicht zur aktivierenden Pflege und eine Ausrichtung der Pflege an den individuellen Bedürfnissen des Pflegebedürftigen.

bb) Leistungsbezug ausschließlich nach dem BPGG

Das Bundespflegegeldgesetz enthält ausdrücklich keine Struktursollensanforderungen. Insbesondere ist die zu erwartende Zweckerreichung des Pflegegeldes nicht Anspruchsvoraussetzung. Eine solche Anspruchsvoraussetzung lässt sich auch nicht über § 20 BPGG konstruieren, da dieser die Umwandlung der Geldleistung in eine Sachleistung nur dann ermöglicht, wenn rückblickend festgestellt wird, dass der Zweck nicht erreicht wurde. Zum Zeitpunkt der Antragsstellung findet eine Prognose, ob der Zweck erreicht werden kann, nicht statt. Zwar enthält das BPGG mit dem Abschnitt 6a einen eigenen Abschnitt zur Qualitätssicherung. Dort wird in § 33a S. 2 BPGG das Ziel festgeschrieben, dass eine den Bedürfnissen des Pflegebedürftigen entsprechende Pflege gegeben sein soll. Zwar nennt § 33a BPGG keinen Adressaten dieses Ziels, aber aufgrund der Gesamtkonzeption des BPGG, in der keine Rechtsbeziehung zwischen Leistungsträger und Leistungserbringer besteht, bleibt als Adressat grundsätzlich nur der Leistungsempfänger. Da dieses Ziel aber nicht sanktionsbewehrt ist und der Leistungsträger versuchen, soll durch Information und Beratung gemeinsam mit dem Pflegebedürftigen das Ziel der bedürfnisgerechten Pflege zu erreichen, kann man trotz des Wortlautes⁷¹⁵ davon sprechen, dass es sich um ein Optimierungsgebot handelt, welches an die Kooperationsgemeinschaft Leistungsträger und Leistungsempfänger gerichtet ist. Ausschließlich an den Leistungsempfänger gerichtet ist die in § 33b BPGG aufgegriffe-

715 Insbesondere durch das Wort „überprüfen“ spricht eher dafür, dass sich Leistungsträger und Leistungsempfänger in einem hierarchischen Verhältnis gegenüberstehen, als dass sie das Ziel durch Kooperation erreichen sollen und dabei auf der gleichen Ebene stehen.

ne Pflicht aus den §§ 1, 20 BPGG zur zweckgemäßen Verwendung des Pflegegeldes. Diese Pflicht ist auch Sollensanforderung für die Qualität.⁷¹⁶ Die zweckwidrige Verwendung des Pflegegeldes setzt keinen bewussten Missbrauch voraus. Es genügt die objektive Nichterreichung des Pflegegeldzweckes.⁷¹⁷ Für das Erreichen des Pflegegeldzweckes nach § 1 BPGG ist es nötig, dass die Pflegeleistungen eine gewisse Mindestqualität aufweisen. Fraglich ist allerdings, wie die Mindestqualität der Pflegeleistungen, die für die Zweckerreichung genügt, konkretisiert werden kann. Durch Auslegung des § 1 BPGG, der den Zweck des Pflegegeldes beschreibt, lassen sich kaum Anhaltspunkt für den Inhalt der Mindestqualität gewinnen. Sieht man in der möglichst freien Verfügung über das Pflegegeld bereits einen Schritt zur Verwirklichung eines selbstbestimmten Lebens, dann sind an die Mindestqualität nur geringe Anforderungen zu stellen. Dieses Auslegungsergebnis deckt sich mit der Auslegung des Bundesministeriums für soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz⁷¹⁸, welche in der Antwort auf eine parlamentarische Anfrage zum Ausdruck kommt. Danach soll eine zweckwidrige Verwendung des Pflegegeldes erst bei einer festgestellten „Unterversorgung bzw. Verwahrlosung“ vorliegen.⁷¹⁹ Auch systematische Argumente stützen dieses Auslegungsergebnis. § 33b II 2 BPGG, der das intensivste Instrument zur Überwachung der Pflicht zur zweckgemäßen Mittelverwendung enthält, greift erst dann ein, „wenn Hinweise auf eine drohende Unterversorgung vorliegen“.

Aufgrund der Pflicht zur zweckgemäßen Verwendung des Pflegegeldes ist es dann Aufgabe des Pflegebedürftigen die Erbringung von Pflegeleistungen mit der genannten Mindestqualität durch den Leistungserbringer sicherzustellen.

Da es bei der Frage, ob eine Unterversorgung oder Verwahrlosung vorliegt, letztlich nur auf das Ergebnis der Pflege ankommt, handelt es sich bei der Pflicht zur zweckgemäßen Verwendung des Pflegegeldes um eine Ergebnissollensanforderung.⁷²⁰

Eine Koordinierung der Standards nach dem BPGG und den Sozialhilfe- oder Mindestsicherungsgesetzen der Länder, die im Rahmen der Erfüllung der Vorsorgepflicht erstellt werden, ist nicht erforderlich, da nach dem BPGG außer als Sanktion nach § 20

716 Pfeil, Neuregelung der Pflegevorsorge in Österreich, S. 249.

717 Pfeil, Bundespflegegeldgesetz und landesrechtliche Pflegegeldregelungen, § 20, S. 194.

718 Jetzt: Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz (BMASK).

719 2638/AB XXII. GP; in seiner Prüfung des Vollzugs des Bundespflegegeldgesetzes empfahl der Rechnungshof die rechtliche Konkretisierung der Maßstäbe für eine zweckgemäße Verwendung des Pflegegeldes, *Der Rechnungshof*, Bundespensionsamt: Vollzug des Bundespflegegeldgesetzes, Pkt. 15. Dies wurde vom Bundesministerium für Soziales und Konsumentenschutz (heute: BMASK) mit dem Hinweis zurückgewiesen, es gebe bisher nur sehr wenige Fälle, in denen eine Unterversorgung bzw. Verwahrlosung festgestellt wurde.

720 Allerdings lässt sich aus der Mindestergebnisqualität auf gewisse Mindestvoraussetzungen für Struktur und Prozess schließen, soweit diese zwingend zum Erreichen der Mindestergebnisqualität gegeben sein müssen. Die Mindestvoraussetzungen für Struktur und Prozess lassen sich jedoch noch schwerer konkretisieren als die Mindestergebnisqualität. Letztlich können sie jeweils nur in Abhängigkeit von den Umständen des Einzelfalles bestimmt werden.

BPGG keine Sachleistungen erbracht werden und insgesamt keine Anforderungen an die Leistungserbringer gestellt werden.

cc) Ausschließlicher oder ergänzender Sozialhilfebezug

In den Ländern, in denen der Sozialhilfeträger privatrechtliche Verträge mit Dritten zur Erfüllung seiner Vorsorgepflicht abschließt⁷²¹, enthalten i.d.R. bereits die Sozialhilfe- oder Mindestsicherungsgesetze selbst Mindestanforderungen dahingehend, welche Regelungsgegenstände Bestandteil des Vertrages sein müssen, zu denen auch die Vereinbarung von Qualitätsstandards gehört. Dagegen enthalten die Sozialhilfe- und Mindestsicherungsgesetze keine inhaltlichen Vorgaben für diese Regelungsgegenstände. Auch dort, wo es für die vertraglichen Regelungsgegenstände keine gesetzlichen Mindestanforderungen gibt, können und werden in den Verträgen Standards vereinbart oder, wie in Salzburg durch das SPG und die Soziale Dienste-Verordnung, gesetzlich festgelegt. Diese Standards wurden aus den oben genannten Gründen bereits in der Fallgruppe „ohne Leistungsbezug“ erläutert. Hier ist zu klären, ob andere beziehungsweise strengere Standards gelten, wenn mittels eines sozialen Dienstes ein Sozialhilfeanspruch erfüllt wird.

Im Burgenland gibt es über die Sollensanforderungen an soziale Dienste unabhängig vom Leistungsbezug hinaus keine Anforderungen, wenn durch diese ein Sozialhilfeanspruch erfüllt wird.

Für Tirol, wo aber schon kein Anspruch auf die Hilfe zur Pflege besteht, ist dies im Ergebnis ebenso nicht der Fall. Das Land Tirol schließt im Rahmen der Wahrnehmung seiner Vorsorgepflicht mit den Leistungserbringern im Bereich der ambulanten Pflege Vereinbarungen gemäß §§ 44 I, 41 II TMSG. Gemäß § 41 III lit. b, d, e, g, h TMSG gehören zu den Regelungsgegenständen, die die Vereinbarung zwingend enthalten muss, auch die Qualitätsstandards, deren Kontrolle und mögliche Sanktionen. Zwar sollen auch die Richtlinien über die Gewährung der Hilfe zur Pflege nach § 45 lit. a TMSG Regelungen zur Qualität der Pflege enthalten. Für die ambulante Pflege ist dies insbesondere die „Richtlinie des Landes Tirol zur Gewährung von Leistungen der mobilen Pflege und Betreuung im Land Tirol“⁷²² (mobile Pflege Richtlinie). Als Voraussetzung für die Leistungserbringer wiederholt Pkt. 3 der Richtlinie zunächst die Pflicht zum Abschluss der Vereinbarung nach §§ 44 I, 41 II TMSG mit dem Leistungserbringer. Daneben muss auch eine Vereinbarung mit dem Sozialleistungsträger für die Erbringung häuslicher Krankenpflege bestehen und ein schriftlicher Vertrag mit dem Pfl-

721 Die Privatrechtlichkeit dieser Verträge ergibt sich schon daraus, dass der Sozialhilfeträger seine Vorsorgepflicht „als Träger von Privatrechten“ erfüllt, vgl. § 37 I Bgld. SHG, § 23 S. 1 Salzburger SHG, §§ 4 IV, 27 II TMSG.

722 Abrufbar unter: https://www.tirol.gv.at/fileadmin/themen/gesellschaft-soziales/soziales/Gesetze_Richtlinien/Richtlinie_des_Landes_zur_Gewaehrung_von_Leistungen_der_mobilen_Pflege_und_Betreuung_in_Tirol.pdf (besucht am 01.08.2014).

gebedürftigen. Hinsichtlich der Anforderungen an die Qualität der Leistung verweist die Richtlinie in Pkt. 3 auf ein Merkblatt.⁷²³ Dieses Merkblatt enthält Strukturanforderungen hinsichtlich der Qualifikation der Geschäftsführung, der Leitung des Pflegedienstes und der sonstigen Mitarbeiter. Da die sonstigen Mitarbeiter sehr unterschiedliche Qualifikationen haben können (vom diplomierten Gesundheits- und Krankenpfleger bis zur Heimhilfe), wird auch das qualifikationsgerechte Einsatzgebiet für die jeweilige Qualifikation beschrieben. Hinsichtlich der Prozessqualität sind die Pflegedienste verpflichtet ein Qualitätsmanagementsystem einzuführen. Für den Leistungsempfänger führt seine finanzielle Bedürftigkeit und damit auch der Sozialhilfebezug im hier gebrauchten Sinn lediglich zu einem geringeren Selbstbehalt, vgl. Pkt. 9 der Richtlinie, nicht aber zu zusätzlichen Qualitätsstandards.

Auch in Salzburg existieren beim Bezug von Leistungen nach § 13 Salzburger SHG in Form von sozialen Diensten nach § 22 II Salzburger SHG keine weiteren Sollensanforderungen. Zwar besteht hier auf Leistungen bei Pflegebedürftigkeit ein Rechtsanspruch, wird dieser jedoch durch soziale Dienste erfüllt, so gilt die Soziale Dienst-Verordnung. Die finanzielle Leistungsfähigkeit des Einzelnen wird lediglich bei der Berechnung der zumutbaren Eigenleistung nach § 11 der Verordnung berücksichtigt. Durch die Soziale Dienst-Verordnung entsteht schon kein Rechtsverhältnis zwischen Leistungserbringer und Leistungsträger. Der Sozialhilfeträger erbringt letztlich eine Geldleistung in Form eines Zuschusses an den Leistungsempfänger, der sich berechnet, indem von den Anerkannten Kosten des Leistungserbringers die zumutbare Eigenleistung des Leistungsempfängers abgezogen wird, §§ 9ff. Soziale Dienst-Verordnung.

Im Ergebnis entstehen damit allein aus dem Umstand, dass Sozialhilfeleistungen durch soziale Dienste erbracht werden, keine anderen oder strengeren Sollensanforderungen für die Leistungserbringer.

b) Herstellung der Verbindlichkeit

Die Verbindlichkeit berufsrechtlicher Pflichten wird unmittelbar durch Gesetz hergestellt. Dies gilt auch für die Pflichten des Pflegebedürftigen, welche ihm durch das BPGG auferlegt werden. Bei der Erfüllung der Pflicht zur flächendeckenden Versorgung mit Pflegesachleistungen aus der Pflegevereinbarung bedienen sich die Länder bei der Herstellung der Verbindlichkeit der Anforderungen unterschiedlicher Steuerungsinstrumente. Eindeutig hierarchisch handeln sowohl das Burgenland bei den Anforderungen für die Betriebsbewilligung nach § 40 Bgld. SHG als auch Salzburg mit dem Salzburger Pflegegesetz sowie bei der Erbringung von Zuschüssen im Rahmen der Sozialen Dienst-Verordnung. Formal kooperativ erfolgt im Burgenland die Herstellung der Verbindlichkeit der Anforderungen an die Leistungserbringer im Rahmen des Vertrages

723 Das Merkblatt ist abrufbar unter: <http://www.plattformmobilepflege.at/app/download/5666010111/Merkblatt+2012.pdf?t=133344356> (besucht am 01.08.2014).

zwischen Sozialhilfeträger und der Arbeitsgemeinschaft Hauskrankenpflege und soziale Dienste. Allerdings waren jedenfalls die Qualitätsanforderungen nicht Gegenstand der Aushandlung, sondern wurden in Form der Pflegerichtlinien ambulant vom Land, vergleichbar mit allgemeinen Geschäftsbedingungen, gestellt. Da der Abschluss des Vertrages für die Leistungserbringer aber letztlich wirtschaftlich notwendig ist, da ein wirtschaftliches Überleben ohne die Zuschüsse des Landes kaum möglich ist, ist die Situation vergleichbar mit der Zulassung durch Vertrag nach § 72 SGB XI in Deutschland. Die Handlung erfolgt rein formal betrachtet kooperativ, die mit diesem Steuerungsinstrument beabsichtigten besonderen Wirkungen dürften jedoch nicht eintreten.⁷²⁴

c) Überwachung

aa) Staatliche Überwachung

(1) Struktursollensanforderungen

Es erfolgt keine anfängliche Prüfung der Voraussetzungen für die Berufsberechtigung nach § 27 GuKG für den gehobenen Dienst für Gesundheits- und Krankenpflege sowie für die Berufsberechtigung zur Pflegehilfe nach § 85 GuKG. Es gibt keine Zulassung zur Berufsausübung beziehungsweise Verleihung der Berechtigung zur Berufsausübung, sondern bei Erfüllung aller Voraussetzungen besteht die Berufsberechtigung zunächst automatisch.⁷²⁵ Gleichwohl ist eine Entziehung der Berufsberechtigung⁷²⁶ bei Nichtvorliegen der Voraussetzungen für die Berufsberechtigung nach § 40 GuKG für den gehobenen Dienst für Gesundheits- und Krankenpflege und nach § 91 GuKG für die Pflegehilfe vorgesehen. Allerdings enthalten beide Normen keine Hinweise, unter welchen Voraussetzungen oder in welchen Abständen die Voraussetzungen für die Berufsberechtigung geprüft werden sollen. Dies spricht dafür, dass lediglich anlassbezogene Prüfungen stattfinden. Anders ist dies nur, wenn der gehobene Dienst für Gesundheits- und Krankenpflege freiberuflich ausgeübt wird. Die freiberufliche Ausübung ist gemäß § 36 I GuKG „der aufgrund des in Aussicht genommenen Berufssitzes zuständigen Bezirksverwaltungsbehörde zu melden.“ Dies ist die gleiche Behörde, die auch für die Entziehung nach § 40 GuKG zuständig ist. Zwar steht auch die freiberufliche Berufsausübung nicht unten einem Genehmigungsvorbehalt, aber bei der Anzeige nach § 36 I GuKG sind die Voraussetzungen für die Berufsberechtigung durch Vorlage ent-

724 Zur Einordnung des Vertrages nach § 72 SGB XI als Steuerungsinstrument, siehe Pkt. C. II. 1. a) bb) (1) (a).

725 *Schwamberger*, Gesundheits- und Krankenpflegegesetz, § 27, S. 80; bei der Anerkennung ausländischer Abschlüsse ist hingegen immer eine Zulassung zur Berufsausübung erforderlich, § 28a IV GuKG für EWR-Vertragsstaaten und § 32 GuKG für sonstige Staaten.

726 Die Entziehung selbst ist eine Sanktion bei einem Verstoß gegen Struktursollensanforderungen und ihre Voraussetzungen und Wirkungen werden daher auch erst an dieser Stelle erläutert.

sprechender Unterlagen nachzuweisen und nach § 36 II GuKG hat die zuständige Bezirksverwaltungsbehörde die Voraussetzungen für die Berufsausübung zu prüfen und gegebenenfalls die freiberufliche Berufsausübung zu untersagen.

Alle Länder bis auf Kärnten gehen bei der Prüfung der Voraussetzungen für die Berechtigung zum Führen der Berufsbezeichnung beziehungsweise für die Berufsberechtigung einen Weg, der mit dem des GuKG vergleichbar ist, wobei meist⁷²⁷ anstelle der Berufsberechtigung im GuKG die Berechtigung zum Führen der Berufsbezeichnung tritt. Die Berechtigung zum Führen der Berufsbezeichnung entsteht mit Erfüllung der Voraussetzungen.⁷²⁸ Die Voraussetzungen werden anlassbezogen geprüft und die Prüfung kann damit enden, dass das Führen der Berufsbezeichnung untersagt wird.⁷²⁹ In Kärnten unterscheidet das K-SBBG hingegen zwischen Berufsberechtigung und Führen der Berufsbezeichnung. Die Befugnis zum Führen der Berufsbezeichnung entsteht ebenfalls automatisch mit Erfüllung der Voraussetzungen, § 15 I K-SBBG. Eine Kontrolle findet nur anlassbezogen statt, da ein Führen der Berufsbezeichnung ohne Erfüllung der Voraussetzungen eine Verwaltungsübertretung⁷³⁰ i.S.d. § 16 I lit. c K-SBBG darstellt. Die Voraussetzungen für die Berufsberechtigung hingegen enthält § 12 K-SBBG. Erforderlich ist nach § 12 I K-SBBG die Anzeige, den Beruf ausüben zu wollen und der Nachweis der Qualifikation, der Vertrauenswürdigkeit und der gesundheitlichen Eignung. Da mit der Berufsausübung nach § 12 V K-SBBG erst begonnen werden darf, wenn entweder acht Wochen seit der Anzeige vergangen sind oder vorher festgestellt wurde, dass kein Untersagungsgrund vorliegt, hat § 12 K-SBBG, auch wenn keine Erlaubnis erteilt wird, eine Wirkung, die einem Verbotes mit Erlaubnisvorbehalt nahe

727 Dies gilt nicht für Oberösterreich, § 4 Oö. SBG, wo wie im GuKG nur die Bezeichnung „Berufsberechtigung“ verwendet wird und für Wien, wo sowohl „Berufsberechtigung“ als auch die „Berechtigung zum Führen der Berufsbezeichnung“ verwendet werden, aber unter den gleichen Voraussetzungen gegeben sind.

728 §§ 3 VII, 4 IV, 5 II Bgld. SBBG; § 17 NöSBBG; § 4 Oö.SBG; § 23 S.SBBG; § 13 StSBBG; §§ 5, 8, 11 TSBBG; §§ 3 V, 4 IV, 5 III VSozBG; § 3 WSBBG.

729 § 9 Bgld. SBBG; § 18 NöSBBG; § 11 II Oö. SBG; § 17 II Nr. 1, IV StSBBG; § 16 TSBBG; § 9 VSozBG; § 3 VII WSBBG; Eine besondere Stellung innerhalb dieser Gruppe von Ländern nimmt Salzburg ein. Zwar prüft nach § 24 S.SBBG auch dort die zuständige Behörde die Voraussetzungen anlassbezogen, allerdings ist nach § 25 S.SBBG zur Prüfung der Voraussetzungen auch der Dienstgeber verpflichtet.

730 Verwaltungsübertretungen sind Verstöße gegen Verwaltungsvorschriften, bei denen die Verwaltung eine Verwaltungsstrafe aussprechen kann. Rechtsschutz gegen Verwaltungsstrafen ist vor den Verwaltungsgerichten möglich. Das Verwaltungsstrafrecht ist einer der beiden Teile des Strafrechts. Der andere ist das Justizstrafrecht, *Raschauer/Wesseley*, Verwaltungsstrafrecht Allgemeiner Teil, S. 15f. Das Verwaltungsstrafrecht ist zwar hinsichtlich der Zuständigkeit der Verwaltung für das Aussprechen der Sanktion, nicht jedoch hinsichtlich des Charakters der Sanktion mit dem deutschen Recht der Ordnungswidrigkeiten vergleichbar, denn für das Verwaltungsstrafrecht nimmt man an, dass bezüglich der Sanktion kein „Wesensunterschied“ zum Justizstrafrecht besteht, *Thienel*, Verwaltungsverfahrenrecht, S. 394. Die Ordnungswidrigkeiten in Deutschland wurden jedoch gerade geschaffen, um als weniger schwerwiegend empfundene Gesetzesverstöße zwar sanktionieren zu können, die Verstöße aber gleichwohl zu entkriminalisieren, *Rogall*, in: *Senge* (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zum OWiG*, Vorbemerkungen, Rn. 1.

kommt. Der Ablauf der 8 Wochen wirkt wie eine Genehmigungsfiktion und die Feststellung, dass keine Untersagungsgründe vorliegen wie eine Genehmigung. Nach der erstmaligen Prüfung nach § 12 I K-SBBG sind anlassbezogenen Prüfungen nach § 12 VI K-SBBG möglich.

Die Erfüllung der Fortbildungsverpflichtung nach §§ 4 II, 63 GuKG wird nicht kontrolliert. Gleiches gilt für die Weiterbildungsverpflichtungen der Sozialbetreuungsberufe in allen Ländern bis auf die Steiermark. Dort ist nach § 17 II Nr. 2 StSBBG die jederzeitig Überprüfung der Fortbildungsverpflichtung möglich.

Neben den individuellen Pflichten des Pflegepersonals werden auch die im Burgenland nach dem Bgld. SHG und in Salzburg nach dem SPG an die jeweilige Einrichtung gerichteten Struktursollensanforderungen überwacht und zwar vor beziehungsweise zu Beginn der Betriebsaufnahme. Gemäß § 31 I Nr. 1 SPG sind die beabsichtigte Betriebsaufnahme und wesentliche Änderungen von Einrichtungen der Hauskrankenpflege und Haushaltshilfe der Landesregierung anzuzeigen. Die Landesregierung prüft dann nach § 31 IV 1 SPG die Einhaltung der Mindeststandards. Um dies zu ermöglichen, ist die Einrichtung nach § 31 III SPG verpflichtet, mit der Anzeige entsprechende Nachweise einzureichen. Nach § 32 II Nr. 2 SPG ist auch anzuzeigen, wer Leiter der Einrichtung wird. Im Burgenland erfolgt eine vorherige Prüfung der Struktursollensanforderungen im Rahmen des Verfahrens über die Erteilung der Betriebsbewilligung nach § 40 I Bgld. SHG. Die nachträgliche Aufsicht nach § 41 I Bgld. SHG findet zum einen statt, um Auflagen der Betriebsbewilligung zu kontrollieren⁷³¹, zum anderen anlassbezogen, da keine regelmäßigen Kontrollen vorgeschrieben sind.⁷³² Zur Gewährleistung einer einheitlichen Überprüfung der ambulanten Pflegedienste sowohl im Rahmen des Verfahrens über die Betriebsbewilligung als auch bei der anschließenden Aufsicht enthalten die Pflegerichtlinien ambulant gemäß Artikel III Absatz 22 Nr. 2 eine detaillierte Checkliste, die speziell auf ambulante Pflegedienste zugeschnitten ist.

Bei Leistungsbezug nach dem Bundespflegegeldgesetz werden durch dieses Gesetz keine Struktursollensanforderungen gestellt und dementsprechend gibt es dafür auch keine Instrumente zur Überwachung. Dies gilt auch für den ergänzenden oder ausschließlichen Sozialhilfebezug.

(2) Prozess- und Ergebnissollensanforderungen

Es sind keine regelmäßigen Kontrollen der Dokumentationspflicht in § 5 I, II GuKG sowie der Aufbewahrungspflicht in § 5 III GuKG vorgesehen. Gleiches gilt für die Pflicht zur ordnungsgemäßen Berufsausübung in § 4 I GuKG. Da Verstöße allein gegen diese Pflichten auch nicht zur Entziehung der Berufsberechtigung nach § 40 I GuKG führen können, erfolgt auch keine anlassbezogene Prüfung durch die zuständige Be-

731 Dies lässt sich aus § 41 IV Bgld. SHG ableiten, der die Folgen regelt, wenn im Rahmen der Aufsicht die Nichteinhaltung von Auflagen festgestellt wird.

732 Im Zeitraum 2009/2010 erfolgten 11 Kontrollen, Sozialbericht Burgenland 2009/2010, S. 78f.

zirksverwaltungsbehörde. Insbesondere können derartige Pflichtverletzungen nicht zum Wegfall der Vertrauenswürdigkeit i.S.d. § 27 I Nr. 2 GuKG führen, da die Fälle des Fehlens der Vertrauenswürdigkeit in § 27 II GuKG abschließend genannt werden. Voraussetzung dafür ist immer eine strafbare Handlung. Im Zusammenhang mit der Pflicht aus § 4 I GuKG kommt dabei vor allem eine fahrlässige Körperverletzung gemäß § 88 StGB in Betracht. Insoweit erfolgt dann eine anlassbezogene Prüfung durch die Strafverfolgungsorgane. Das zur Pflicht zur ordnungsgemäßen Berufsausübung nach § 4 I GuKG Gesagte gilt entsprechend für die Pflicht zur ordnungsgemäßen Berufsausübung nach § 5 WSBBG.

In Salzburg gibt es unabhängig vom Anzeigeverfahren der §§ 31, 32 SPG auch eine nachträgliche Aufsicht, bei der dann auch⁷³³ Prozess- und Ergebnissollensanforderungen geprüft werden können. Dabei ist jede Einrichtung zumindest einmal jährlich zu überprüfen, § 33 I, II SPG. Hausbesuche beim Pflegebedürftigen sind dabei nicht ausdrücklich vorgesehen, insbesondere nimmt § 33 III SPG für das Betretungsrecht nur die Räumlichkeiten der Einrichtung in den Blick. Auch aus der allgemeinen Pflicht des § 33 I 2 SPG, die Aufsicht zielgerichtet und zweckentsprechend durchzuführen, lässt sich eine Pflicht zur Durchführung von Hausbesuchen, welche mangels Betretungsrecht nur mit Einverständnis des Pflegebedürftigen möglich sind, nicht ableiten, solange sich kein Anlass aus der Pflegedokumentation oder den sonstigen Umständen ergibt.

Auch aus den zur Erfüllen der Infrastrukturverantwortung durch die Sozialhilfeträger abgeschlossenen Verträge und erlassenen Verordnungen ergeben sich Kontrollmöglichkeiten.

Im Burgenland enthalten die Pflegerichtlinien ambulant die Pflicht der Leistungserbringer, alle notwendigen Auskünfte zu erteilen, damit die „widmungsgemäße Verwendung der Mittel“ kontrolliert werden kann (Artikel VII Absatz 2). Auch werden sowohl Landes- als auch Bezirksverwaltungsbehörden verpflichtet die richtliniengemäße Leistungserbringung zu überprüfen (Artikel VII Absatz 2). Wann und wie oft kontrolliert wird, ist jedoch nicht vorgeschrieben. Im Rahmen der Überprüfung der richtliniengemäßen Leistungserbringung nach Artikel VII Absatz 2 der Pflegerichtlinien ambulant, zu der die Leistungserbringer vertraglich verpflichtet sind, kann auch die Einhaltung der Prozess- und Ergebnissollensanforderungen geprüft werden. Allerdings sind die Ergebnisanforderungen nur als unbestimmtes Ziel formuliert, so dass ein Ist-Sollvergleich mangels hinreichend bestimmten Sollzustandes kaum möglich ist.

Für Salzburg regelt die Soziale Dienste-Richtlinie nicht die Kontrolle des Leistungserbringers, da diese bereits nach § 33 SPG erfolgt. Auch die Auskunftspflichten nach § 16 Soziale Dienste-Richtlinie dienen vorrangig der Überprüfung der Erforderlichkeit der Leistungen und der Leistungshöhe. Insbesondere aus der Einsicht in die Pflegedo-

733 Auch die Erfüllung der Struktursollensanforderungen, die dauerhaft wirken oder wie die Fortbildungspflicht dynamisch sind, sind Gegenstand der Aufsicht.

kumentation nach § 16 IV Soziale Dienste-Verordnung können sich jedoch auch Anhaltspunkte für Qualitätsmängel ergeben.

Für Tirol enthält das Merkblatt zur mobilen Pflege Richtlinie die Befugnis, die Qualität der erbrachten Leistungen beim Leistungserbringer zu kontrollieren. Näher konkretisiert wird die Kontrollbefugnis nicht. Die Frage nach demokratischer Legitimation von Richtlinie und Merkblatt wird in Österreich nicht gestellt. Dies ist wahrscheinlich damit zu erklären, dass die mobile Pflege Richtlinie und damit auch das dazugehörige Merkblatt letztlich nur die Voraussetzungen für die Förderung gemäß der Richtlinie enthalten, nicht jedoch die Möglichkeit zur Erbringung von Leistungen insgesamt regulieren.

Eine Überwachung der Ergebnissollensanforderungen durch die Strafverfolgungsbehörden findet nur anlassbezogen statt, wenn diese den Anfangsverdacht für eine strafbare Handlung haben. Bei der Pflege durch Angehörige der Gesundheits- und Krankenpflegeberufe soll die Wahrscheinlichkeit, dass die Strafverfolgungsbehörden von einem Anlass Kenntnis erlangen, durch die Anzeige- und Meldepflicht nach §§ 7 I, 8 I GuKG erhöht werden.⁷³⁴ Ein Verdacht i.S.d. § 7 I GuKG entspricht dem Tatverdacht nach § 170 StPO (Ö) und setzt konkrete Anhaltspunkte für eine entsprechende strafbare Handlung voraus.⁷³⁵

Die als Ergebnissollensanforderungen ausgestalteten Anforderungen des BPGG werden erst überwacht, wenn bereits Pflegeleistungen erbracht wurden, § 33b II 1 1. HS BPGG.⁷³⁶ Nach dieser Vorschrift hat der Leistungsträger zwar die Befugnis („sind berechtigt“) die zweckgemäße Verwendung des Pflegegeldes zu kontrollieren. Konkrete Einzelbefugnisse, wie diese Kontrolle dann erfolgen soll, nennt § 33b II BPGG aber nicht. Vielmehr enthält § 33b II BPGG zwei Pflichten des Pflegebedürftigen. Die Pflicht zur zweckgemäßen Verwendung des Pflegegeldes wird grundsätzlich dadurch überwacht, dass der Pflegebedürftige die erforderlichen Auskünfte erteilen muss, § 33b II 1 2. HS BPGG. Nur wenn es Hinweise auf eine drohende Verwahrlosung gibt, hat der Leistungsempfänger auch die Pflicht, das Betreten seiner Wohnräume zuzulassen, § 33b II 2 BPGG. Eine durchsetzbare Befugnis des Leistungsträgers zum Ermitteln der notwendigen Informationen nach und zum Betreten der Wohnung ist aus § 33b II 1 2. HS, 2 BPGG jedoch nicht herleitbar. Gegen eine solche Herleitung spricht neben dem Wortlaut⁷³⁷ insbesondere die Sanktion des § 33b III BPGG, wenn der Pflegebedürftige seinen Mitwirkungspflichten nach § 33b II BPGG nicht nachkommt. Dieser Sanktion be-

734 Zur Ausnahme von der Anzeigepflicht nach § 7 II GuKG, *Hausreither/Lust*, ÖZPR 2012, S. 36.

735 *Pitzl/Huber*, ÖZPR 2013, S. 102, 103.

736 *Pfeil*, Bundespflegegeldgesetz und landesrechtliche Pflegegeldregelungen, § 29 (entspricht dem heutigen § 33b), S. 260.

737 Adressat der Verpflichtung ist jeweils klar der Leistungsempfänger: „...haben die dazu erforderlichen Auskünfte zu erteilen“ und „...ist Zutritt zu gewähren“.

dürfte es nicht, wenn die Pflichten des Pflegebedürftigen durchgesetzt werden könnten.⁷³⁸

Das kooperativ anzustrebende Optimierungsgebot des § 33a S. 2 BPGG wird durch Hausbesuche überwacht. Zwar findet § 33a S. 2 BPGG unabhängig davon Anwendung, ob die Pflege durch professionelle oder nichtprofessionelle Pflegekräfte erfolgt, dennoch bezweckt er vorrangig der Qualitätsverbesserung im Bereich der Pflege durch nichtprofessionelle Pflegekräfte.⁷³⁹ Daher erfolgt eine genaue Beschreibung der Maßnahmen im Rahmen des § 33a BPGG erst bei der Qualitätssicherung der nichtprofessionellen Pflege.

bb) Sonstige am Pflegeprozess Beteiligte

Die Überwachung erfolgt auch durch sonstige am Pflegeprozess Beteiligte.⁷⁴⁰ Neben der Möglichkeit eigene subjektive Erfahrungen zu sammeln, sind dabei vor allem Auskunfts- und Einsichtsrechte von Bedeutung, da damit die Möglichkeit besteht „objektivere“ Informationen⁷⁴¹ über den Pflegeprozess zu bekommen. § 9 I GuKG enthält zunächst die Pflicht der Angehörigen der Gesundheits- und Krankenpflegeberufe, „alle Auskünfte über die von ihnen gesetzten gesundheits- und krankenpflegerischen Maßnahmen zu erteilen“. Eine Aufforderung durch den Pflegebedürftigen ist dabei nicht erforderlich.⁷⁴² Hinsichtlich der Pflegedokumentation besteht gemäß § 5 III GuKG ein Einsichtsrecht für den Pflegebedürftigen. Für Salzburg enthält § 6 I SPG sowohl ein Auskunftsrecht als auch ein Einsichtsrecht in die Pflegedokumentation gegenüber der jeweiligen Einrichtung, also sowohl im Bereich der Hauskrankenpflege als auch für die Haushaltshilfe. Auch die Formerfordernisse beim Anschluss des Pflegevertrages sind für den Pflegebedürftigen bei der Überwachung hilfreich. So ist es für den Pflegebedürftigen aufgrund des Schriftformerfordernisses in § 25 I 1 SPG zusammen mit dem Mindestinhalt nach § 25 II SPG, zu dem auch die zu erbringenden Leistungen gehören, leichter die für den Ist-Sollvergleich notwendige Bestimmung des Sollzustandes vorzunehmen. Vergleichbare Anforderungen an Form und Inhalt eines Pflegevertrages werden nach Artikel III Absatz 3 der Pflegerichtlinien ambulant auch im Burgenland gestellt.

738 Unklar insoweit *Pfeil*, Bundespflegegeldgesetz und landesrechtliche Pflegegeldregelungen, § 29, S. 260f., der einerseits von Kontrollbefugnissen spricht, andererseits aus den Kontrollbefugnissen des § 29 III BPGG (entspricht dem heutigen § 33b III BPGG) schließt, dass es gerade keine Kontrollen durch eine „Pflegepolizei“ gebe.

739 *Buchinger*, ÖPZ 2008, S. 10, *Freiler*, SozSich (Österreich) 2008, S. 630, *Biringer/Freiler*, SozSich (Österreich) 2010, S. 511, 513.

740 Vgl. dazu die allgemeinen Ausführungen im deutschen Länderbericht, C. II. 1. d) bb).

741 Insbesondere mündliche Auskünfte erhalten sowohl durch den Auskunftserteilenden als auch durch den Empfänger der Auskunft einen subjektiven Einschlag.

742 *Weiss-Faßbinder/Lust*, Gesundheits- und Krankenpflegegesetz - GuKG, § 9, S. 49.

d) Reaktion auf die Überwachungsergebnisse

aa) Staatliche Einheiten

Insbesondere bei Pflegefehlern, die zu einem Körperschaden beim Pflegebedürftigen führen kommt eine Sanktion durch das Strafrecht in Betracht. Dabei handelt es sich um eine staatliche Reaktion aufgrund der grundsätzlichen Leitung der Ermittlungen und Anklageerhebung durch die Staatsanwaltschaft, § 2 StPO, die so genannte Amtswegigkeit des Verfahrens.⁷⁴³ Bei Pflegefehlern dürften regelmäßig die Voraussetzungen für eine fahrlässige Körperverletzung nach § 88 StGB vorliegen. Allerdings ist zu beachten, dass im Strafrecht nach § 6 StGB anders als im Zivilrecht nach § 1299 ABGB ein subjektiver Sorgfaltsmaßstab gilt. Dazu gehören auch Befähigung und Zumutbarkeit bezüglich der Einhaltung der objektiven Sorgfalt.⁷⁴⁴

Bei bereits anfänglichem Fehlen oder nachträglichem Wegfall der berufsrechtlichen Struktursollensanforderungen für die Berufsberechtigung beziehungsweise für die Berechtigung zum Führen der Berufsbezeichnung wird die außer in Kärnten ohne Verwaltungsentscheidung entstandene Berechtigung entzogen. Dies ergibt sich für den gehobenen Dienst für Gesundheits- und Krankenpflege aus § 40 I GuKG und für die Pflegehilfe aus § 91 I GuKG. Auch in allen Landesgesetzen zu den Sozialbetreuungsberufen gibt es entsprechende Ermächtigungsgrundlagen.⁷⁴⁵ Zwar ist bei bereits anfänglichem Fehlen einer Voraussetzung nie eine Berechtigung entstanden. Die Entziehung erfolgt dann lediglich aus Gründen der Rechtssicherheit.⁷⁴⁶ Wird im Rahmen der Anzeige der freiberuflichen Berufsausübung festgestellt, dass die Voraussetzungen nicht vorliegen, so ist die freiberufliche Berufsausübung nach § 36 II 1 GuKG zu untersagen und aufgrund der vergleichbaren Voraussetzungen von § 36 I GuKG und § 27 I GuKG ist nach § 36 II 2 GuKG ein Verfahren nach § 40 I GuKG zur Entziehung der Berufsberechtigung einzuleiten.

Teilweise wird die Anzeigepflicht nach § 36 I GuKG im Vergleich zum früher geltenden Verbot mit Erlaubnisvorbehalt als modernere und weniger bürokratische Form der Steuerung angesehen.⁷⁴⁷ Dies muss dann erst recht für die ohne jegliche Beteiligung der Verwaltung entstehenden Berufsberechtigungen im Vergleich zum Verbot mit Erlaubnisvorbehalt gelten. Der weniger bürokratische Ablauf über die bloße Anzeigepflicht wird jedoch erkauft mit einem Weniger an Rechtssicherheit für den Anzeigepflichtigen im Vergleich zum Antragssteller beim Verbot mit Erlaubnisvorbehalt. Dies gilt vor allem dann, wenn auch nach Ablauf der Entscheidungsfrist wie hier in § 36 II

⁷⁴³ Seiler, Strafprozessrecht, Rn. 24ff.

⁷⁴⁴ Fabrizio, Kurzkommentar StGB, § 6, Rn. 2f.

⁷⁴⁵ Vgl. 729 sowie § 12 VI K-SBBG.

⁷⁴⁶ Weiss-Faßbinder/Lust, Gesundheits- und Krankenpflegegesetz - GuKG, § 40, S. 153.

⁷⁴⁷ Schwamberger/Biechl, Gesundheits- und Krankenpflegegesetz - Kurzkommentar, § 36, S. 199f.; Weiss-Faßbinder/Lust, Gesundheits- und Krankenpflegegesetz - GuKG, § 36, S. 185.

GuKG eine Genehmigung nicht fingiert wird. Noch geringer ist die Rechtssicherheit beim Verfahren nach § 27 GuKG, bei dem das Entstehen der Berufsberechtigung weder bei einer Zulassung noch in einem Anzeigeverfahren durch die Verwaltung überprüft wird. Letztlich trägt der Einzelne mit Blick auf die Verwaltungsstrafvorschrift des § 105 GuKG, aber auch mit Blick auf den nicht vorhandenen Vertrauensschutz bei der Entziehung der Berufsberechtigung nach § 40 I GuKG das Risiko, dass er die Voraussetzungen nicht erfüllt. Dieses Risiko mag für Voraussetzungen wie der Eigenberechtigung nach § 27 I Nr. 1 GuKG, die regelmäßig mit Volljährigkeit eintritt, überschaubar sein. Problematisch wird es jedoch, wenn die Voraussetzungen unbestimmte Rechtsbegriffe wie „erforderliche gesundheitliche Eignung“ oder „Vertrauenswürdigkeit“, vgl. § 27 I Nr. 2 GuKG, enthalten.⁷⁴⁸

Zum Entstehen der Berechtigung ohne Verwaltungsentscheidung ist zu beachten, dass zwar das erstmalige Entstehen der Berufsberechtigung beziehungsweise der Berechtigung zum Führen der Berufsbezeichnung ohne Verwaltungsentscheidung erfolgt, dies sich jedoch nach einer Entziehung der Berechtigung ändert. Zum erneuten Aufleben der Berechtigung oder zum erstmaligen Entstehen bei anfänglichem Nichtbestehen kommt es nur, wenn die zuständige Behörde die Berechtigung nach Antrag der Person, die den Beruf ausüben möchte, erteilt.⁷⁴⁹

Hingegen besteht nach den berufsrechtlichen Vorschriften meist keine Möglichkeit, einen Verstoß gegen die Fortbildungsverpflichtung zu sanktionieren. Lediglich die Sozialbetreuungsberufsgesetze von Kärnten und der Steiermark sehen diese Möglichkeit vor. In Kärnten ist die Berufsausübung zu untersagen, wenn der Fortbildungspflicht trotz Ermahnung und Fristsetzung nicht nachgekommen wurde, § 12 VI 2 K-SBBG. Auch in der Steiermark ist nach erfolglosem Ablauf einer angemessenen Nachfrist die Berufsausübung zu untersagen, § 17 IV StSBBG.

Wird ausschließlich gegen die berufsrechtlichen Prozess- und Ergebnissollensanforderungen verstoßen, werden diese Pflichtverletzungen durch die Berufsgesetze nicht sanktioniert. Kommt es durch eine solche Pflichtverletzung zur Erfüllung eines Straftatbestandes, beispielsweise zu einer fahrlässigen Körperverletzung, dann erfolgt nur in Zusammenhang mit dem eingetretenen strafrechtlich relevanten Erfolg auch eine Sanktion der berufsrechtlichen Pflichtverletzung.

Die Nichteinhaltung der in Salzburg im SPG und im Burgenland nach den § 40 Bgld. SHG geltenden ordnungsrechtlichen Sollensanforderungen wird sanktioniert.

748 Die Situation desjenigen, der den Beruf ausüben möchte, ist vergleichbar mit den Bauherren bei genehmigungsfreien Bauvorhaben in Deutschland, vgl. zur dazu geführten Diskussion um die Risikoverteilung zwischen Bauherr und Verwaltung beispielsweise, *Taft*, in: *Simon/Busse* (Hrsg.), BayBO, Art. 58, Rn. 35. Im Sozialrecht findet sich eine vergleichbare Situation in § 116b II SGB V. Allerdings tritt hier die genehmigende Wirkung erst mit Fristablauf ein, wenn dem potentiellen Leistungserbringer zuvor nicht die Nichterfüllung der Voraussetzungen mitgeteilt wurde, vgl. *Becker*, in: *Becker/Kingreen* (Hrsg.), SGB V, § 116b, Rn. 17.

749 Bspw. § 40 III GuKG.

Wird bereits bei der Anzeige der Einrichtung nach § 31 I SPG deutlich, dass die Anforderungen nicht erfüllt werden, so wird die Betriebsaufnahme oder die wesentliche Änderung der Einrichtung gemäß § 31 IV 1 SPG binnen 2 Monaten untersagt. Nach Ablauf der 2 Monate ist eine Untersagung des Betriebes nur unter den deutlich strengeren Voraussetzungen des § 33 V SPG zulässig, nämlich nur bei Gefährdung von Leben oder Gesundheit oder erheblicher Gefährdung sonstiger durch das SPG geschützter Interessen des Pflegebedürftigen. Der Ablauf der Frist hat also auch hier eine der Genehmigungsfiktion vergleichbare Wirkung. Wenn zwar eine negative Abweichung des Istzustandes von den Sollensanforderungen vorliegt, diese aber nicht die Schwere, die in § 33 V SPG vorausgesetzt ist, erreicht, dann ist § 33 IV SPG Ermächtigungsgrundlage für Maßnahmen zur Mängelbeseitigung. Dabei ist zunächst kooperativ in Form einer Vereinbarung zwischen Landesregierung und Träger der Pflegeeinrichtung vorzugehen, § 33 IV 2 SPG und nur wenn dies erfolglos bleibt durch einseitigen „Auftrag“ nach § 33 IV 3 SPG. Sowohl die Einhaltung der Anzeigepflicht als auch die Einhaltung der Untersagung sollen auch dadurch gewährleistet werden, dass ein Verstoß gegen diese Pflichten eine Verwaltungsübertretung i.S.d. § 36 Nr. 1, 7 SPG darstellt. Eine mit Deutschland vergleichbare Veröffentlichung der Prüfergebnisse findet hingegen auch in Salzburg nicht statt. § 34 III SPG ermächtigt die Landesregierung lediglich dazu, die von den Leistungserbringern angebotenen Leistungen und deren Entgelte zu veröffentlichen.

Im Rahmen der Erteilung der Betriebsbewilligung im Burgenland erfolgt die Sanktion bei ursprünglicher Nichterfüllung der Bewilligungsvoraussetzungen, indem die Bewilligung nach § 40 I 1, IV Bgld. SHG versagt wird oder, wenn dies möglich ist, nur unter Auflagen erteilt wird, § 40 II Bgld. SHG. Werden diese Auflagen nicht rechtzeitig erfüllt, ist grundsätzlich nach § 41 IV 1 Bgld. SHG eine Nachfrist zu setzen, bei Gefahr im Verzug ist nach § 41 IV 2 Bgld. SHG die Ersatzvornahme möglich und nur unter den strengen Voraussetzungen des § 42 I Nr. 3 Bgld. SHG ist auch ein Entzug der Betriebsbewilligung möglich. Neben der nicht fristgerechten Erfüllung der Bescheidaufgaben muss hier hinzukommen, dass die Betreuung der Pflegebedürftigen nicht mehr gesichert ist, eine Gefahr für Leib oder Leben oder eine Verletzung der Menschenwürde vorliegt. Diese zusätzlichen Voraussetzungen für den Entzug der Betriebsbewilligung gelten auch, wenn nachträglich die Voraussetzungen für die Betriebsbewilligung weggefallen sind, § 42 I Nr. 1 Bgld. SHG oder sonstige Qualitätsmängel festgestellt werden, § 42 I Nr. 2 Bgld. SHG. Bei nachträglicher Unzuverlässigkeit der Trägerin oder des Trägers der Einrichtung ist die Betriebsbewilligung immer zu entziehen, § 42 II Bgld. SHG. Das Betreiben einer Einrichtung ohne Bewilligung sowie die Nichterfüllung der Auflagen sind nach § 77 I Nr. 2, 4 Bgld. SHG sanktionsbewehrt.

Werden die Voraussetzungen für die von den Ländern zur Erfüllung ihrer Infrastrukturverantwortung erbrachten Förderleistungen nicht erfüllt, so bestehen ebenfalls Sanktionsmöglichkeiten.

So wird im Burgenland gemäß Artikel VIII Absatz 2 Nr. 1.1 der Pflegerichtlinien ambulant die Förderung, deren Höhe sich nach Stundensätzen bemisst, gekürzt, wenn

der Mindestfachpersonalanteil unterschritten wird. Die Sanktionen hingegen, die gemäß Artikel VIII Absatz 1 Nr. 2, 3 grundsätzlich bei jeder „Missachtung von Bestimmungen dieser Richtlinien“ angewendet werden können, setzen voraus, dass eine zuvor gesetzte angemessene Frist zur Mängelbehebung erfolglos verstrichen ist. Bei den Sanktionen nach Artikel VIII Absatz 1 Nr. 2, 3 handelt es sich um dauerhaft wirkende Sanktionen wie die Kürzung oder Streichung der Fördermittel oder den „Entzug der Anerkennung als förderungswürdige Trägerorganisation“. Nur die nur vorübergehend wirkende Sanktion der Aussetzung der Auszahlung von Fördermitteln nach Artikel VIII Absatz 1 Nr. 1 ist ohne vorherige Fristsetzung möglich.

Die Soziale Dienste-Verordnung in Salzburg enthält hingegen keine zusätzlichen Sanktionsmöglichkeiten neben denen des Salzburger Pflegegesetzes.

Kommt man bei der Überwachung der Pflicht zur zweckentsprechenden Mittelverwendung nach § 33b II BPGG zu dem Ergebnis, dass eine Unterversorgung bzw. Verwahrlosung vorliegt, kann der Leistungsträger das Pflegegeld durch Pflegesachleistungen ersetzen, § 20 I 1 BPGG. Ein Ermessen besteht nach dem Wortlaut des § 20 I 1 BPGG nicht („...sind...zu gewähren“). Allerdings erfolgt eine Einschränkung der Befugnis, das Pflegegeld durch Sachleistungen zu ersetzen, indem dies an die Bedingung geknüpft wird, dass die „Möglichkeit besteht, den Pflegebedarf durch Sachleistungen abzudecken“. Diese setzt vor allem voraus, dass Pflegesachleistungen überhaupt verfügbar sind.⁷⁵⁰ Dies ist aus Sicht eines Leistungsträgers nach dem BPGG alles andere als selbstverständlich. Zum einen ist nicht der Bund für die Gewährleistung einer Infrastruktur für Pflegesachleistungen zuständig, sondern die Länder. Damit ist schon nicht sicher, ob überhaupt Pflegesachleistungen zu Verfügung stehen. Zum anderen enthält das BPGG keine Vorschriften für die Begründung eines Rechtsverhältnisses zwischen Leistungsträger und Leistungserbringer. Verträge zwischen Leistungsträger und Leistungserbringer sind nur in den Sozialhilfe- bzw. Mindestsicherungsgesetzen der Länder vorgesehen.⁷⁵¹ Die Leistungsträger des BPGG sind damit auf die Zusammenarbeit mit den Sozialhilfeträgern angewiesen. Diese Zusammenarbeit sollen die Leistungsträger des BPGG gemäß § 33 der Richtlinien für die einheitliche Anwendung des Bundespflegegeldgesetzes (RPGG)⁷⁵² anzustreben. Gemäß § 20 I 3 BPGG ist eine Erbringung von

750 Pfeil, Bundespflegegeldgesetz und landesrechtliche Pflegegeldregelungen, § 20, S. 195.

751 Pfeil, Neuregelung der Pflegevorsorge in Österreich, S. 249.

752 Ermächtigungsgrundlage für die Richtlinien ist § 31 V Nr. 23 ASVG. Die Richtlinien werden vom Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger erlassen, § 31 I, II ASVG, und sind für alle Versicherungsträger verbindlich, § 31 VI 1. HS ASVG. Im Umkehrschluss zur ausdrücklichen Anordnung der Verbindlichkeit für die Sozialversicherungsträger in § 31 VI 1. HS ASVG schließt der Oberste Gerichtshof, dass die Richtlinien im Außenverhältnis nicht verbindlich sind, OGH vom 13.12.1996 – 100bS2349/96f. § 31 V Nr. 23 ASVG enthalte keine Ermächtigung, den Anspruch auf Pflegegeld mit Wirkung gegenüber dem Bürger zu schaffen oder zu begrenzen. In der Literatur wird überwiegend von einer Bindung auch im Außenverhältnis ausgegangen, Grillberger, Österreichisches Sozialrecht, S. 106; Pfeil, Bundespflegegeldgesetz und landesrechtliche Pflegegeldregelungen, § 4, S. 81f.

Sachleistungen gegen den Willen des Pflegebedürftigen nicht möglich. In diesen Fällen ruht der Pflegegeldanspruch. Verfahrensrechtlich stellt § 20 I 1 BPGG klar, dass die Umwandlung der Geld- in eine Sachleistung durch Bescheid zu erfolgen hat und auch erst ab Zustellung des Bescheides für die Zukunft wirkt. Auch die Ruhensanordnung nach § 20 I 3 BPGG bei Weigerung des Pflegebedürftigen, die Sachleistungen anzunehmen, muss durch Bescheid erfolgen. Die Rechtsprechung verlangt dafür die Ablehnung eines tatsächlichen Angebotes der Sachleistungen. Dieses Angebot darf, um ordnungsgemäß zu sein, aufgrund der Wirkungen des Umwandlungsbescheides nur für die Zukunft auch erst nach Zustellung des Umwandlungsbescheides erfolgen.⁷⁵³ Demzufolge kann der Ruhensbescheid nicht mit dem Bescheid, in dem die Geldleistung durch die Sachleistung ersetzt wird, verbunden werden. Dem ist insoweit zuzustimmen, als ein ordnungsgemäßes Angebot erst nach Zustellung des Umwandlungsbescheides möglich ist. Allerdings liegt es nahe, in Analogie zu den Grundsätzen des zivilrechtlichen Annahmeverzuges,⁷⁵⁴ bei ernsthafter Weigerung des Gläubigers (hier des Pflegebedürftigen), ein wörtliches Angebot der Sachleistungen genügen zu lassen. Dies würde zwar nichts daran ändern, dass der Ruhensbescheid zeitlich erst nach dem Umwandlungsbescheid erlassen werden kann, da auch das mündliche Angebot erst nach Zustellung des Umwandlungsbescheides erfolgen darf, der Leistungsträger könnte sich jedoch ein von vornherein aussichtsloses tatsächliches Angebot sparen.

Eine Rückumwandlung in eine Geldleistung ist nach § 20 III BPGG frühestens nach einem Jahr auf Antrag des Pflegebedürftigen möglich, wenn die Voraussetzungen des § 20 I BPGG nicht mehr vorliegen, wobei unklar ist, wie die vorrangig als Ergebnissollensanforderung wirkende Pflicht zur zweckgemäßen Mittelverwendung dann überprüft werden soll. Für das abgelaufene Jahr ist dies nicht möglich, da in diesem Zeitraum Sachleistungen bezogen wurden. Eine Beurteilung des Ergebnisses für die Zukunft ist nicht möglich. Damit kann für die Zukunft nur eine Prognose durch eine Bewertung der Strukturvoraussetzungen erfolgen, also insbesondere: Wie stark ist die Pflegebedürftigkeit? Wo soll gepflegt werden? Durch wen soll gepflegt werden? In welchem Umfang soll gepflegt werden? Für eine positive Zukunftsprognose genügt es aufgrund des Ausnahmecharakters⁷⁵⁵ des § 20 BPGG, dass aufgrund der Umstände des Einzelfalles eine positive Prognose zumindest wahrscheinlich ist. Ist der Leistungsträger vor Ablauf eines Jahres nicht mehr in der Lage, den Pflegebedarf durch Sachleistungen zu decken, hat entgegen § 20 III BPGG auch bereits vorher eine Rückumwandlung in eine Geldleistung zu erfolgen. Andernfalls würde der Pflegebedürftige bis zum Ablauf der Jahresfrist des § 20 III BPGG trotz Anspruch gar keine Leistungen erhalten.⁷⁵⁶

753 OLG Wien vom 12.09.2003 – 7Rs108/03h.

754 Zum Annahmeverzug im bürgerlichen Recht, der letztlich aus § 1429 ABGB hergeleitet wird, *Koziol/Welser*, Grundriss des Bürgerlichen Rechts, Band II, S. 59f.

755 *Pfeil*, Bundespflegegeldgesetz und landesrechtliche Pflegegeldregelungen, § 20, S. 195.

756 *Pfeil*, Neuregelung der Pflegevorsorge in Österreich, S. 248f.

Die gleiche Sanktionsmöglichkeit gemäß § 20 BPGG besteht nach § 33b III BPGG auch dann, wenn und solange der Pflegebedürftige seinen Mitwirkungspflichten nach § 33b II BPGG bei der Überwachung der zweckentsprechenden Mittelverwendung nicht nachkommt. Daneben bestehen nach § 33b III BPGG die Möglichkeiten, das Pflegegeld zu entziehen oder zu mindern. Sowohl die Entscheidung, ob überhaupt eine Sanktion verhängt wird, als auch die Entscheidung, welche Sanktion gewählt wird, stehen nach § 33b III BPGG im Ermessen des Leistungsträgers.⁷⁵⁷ Danach ist die jeweils mildeste Sanktionsform zu wählen. Die Bildung einer Reihenfolge der Sanktionen ihrer Intensität entsprechend von mild nach stark ist für die Minderung des Pflegegeldes einerseits und den vollständigen Entzug andererseits problemlos möglich. Eine Minderung ist selbstverständlich weniger intensiv als der vollständige Entzug. Die Einordnung des Ersatzes der Geldleistungen durch Sachleistungen ist hingegen nur bezogen auf den jeweiligen Einzelfall möglich. Denn anders als bei den beiden anderen Sanktionsmöglichkeiten erleidet der Pflegebedürftige hier keinen wertmäßigen Verlust, sondern einen Verlust an Selbstbestimmung. Welcher Verlust schwerer wiegt, lässt sich jedoch abstrakt nicht beantworten.

Die möglichen Folgen der Hausbesuche nach § 33a BPGG sollen wegen ihres Schwerpunktes als Maßnahme zur Unterstützung der nichtprofessionellen Pflege auch dort dargestellt werden.

bb) Pflegebedürftiger

Zwischen dem Pflegebedürftigen und dem Anbieter professioneller Pflegeleistungen kommt ein privatrechtlicher Dienstvertrag i.S.d. § 1153 ABGB zustande. Kein Zweifel besteht an der Einordnung als privatrechtlicher Vertrag.⁷⁵⁸ Dass es sich um einen Dienstvertrag handelt, ergibt sich aus einer Gesamtbetrachtung der zu erbringenden Leistungen. Für den überwiegenden Teil der Pflegeleistungen wird kein Erfolg geschuldet, was in Abgrenzung zum Werkvertrag wesentliches Merkmal des Dienstvertrages ist.⁷⁵⁹ Denn ähnlich wie ein Arzt, der regelmäßig nur die Behandlung *lege artis* schuldet und keinen Heilungserfolg,⁷⁶⁰ schuldet auch eine Pflegekraft nur die Pflege und Einhaltung fachlicher Standards. Dass die Pflegeleistungen dem fachlichen Standard entsprechen müssen, ergibt sich vorrangig aus dem Vereinbarten, und nur wenn nichts vereinbart ist aus § 1153 S. 2 ABGB. Allgemein wird man davon ausgehen können, dass die Sollensanforderungen der Berufsgesetze auch Gegenstand der Vereinbarung werden. Bei Abschluss eines Vertrages in dem vereinbart wird, dass bestimmte Leistungen von

⁷⁵⁷ *Pfeil*, Bundespflegegeldgesetz und landesrechtliche Pflegegeldregelungen, § 29, S. 261f.

⁷⁵⁸ Es fehlt jeglicher Anhaltspunkt für eine Zuordnung zum öffentlichen Recht, denn selbst die vertraglichen Beziehungen zwischen Leistungsträger und Leistungserbringer sind privatrechtlich.

⁷⁵⁹ *Koziol/Welser*, Grundriss des Bürgerlichen Rechts, Band II, S. 249, 255; *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht, S. 124f.

⁷⁶⁰ *Krejci*, in: *Rummel* (Hrsg.), Kommentar zum ABGB, § 1165, Rn. 15.

Trägern einer bestimmten Berufsbezeichnung, wie Angehörigen des gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege, erbracht werden, ist die Einhaltung der Berufspflichten für beide Vertragspartner selbstverständlich. Damit werden die beruflichen Standards nach Auslegung der beiden Willenserklärungen nach § 914 ABGB regelmäßig Vertragsbestandteil sein.⁷⁶¹ Als Folge davon, dass der Dienstnehmer nur das Leisten des Dienstes und keinen Erfolg schuldet, gibt es jedoch kein ausdrückliches Gewährleistungsrecht für Schlechtleistungen, insbesondere gilt das allgemeine Gewährleistungsrecht der §§ 922ff. ABGB nur für die entgeltliche Überlassung einer Sache und nicht bei Dienstleistungen.⁷⁶² Der Pflegebedürftige kann somit jedenfalls bei unverschuldeter Schlechtleistung die Vergütung grundsätzlich nicht herabsetzen. Etwas anderes gilt nur für den Bereich der stationären Pflege. Hier wurde mit § 27f Konsumentenschutzgesetz (KSchG) eine spezialgesetzliche Regelung zur Minderung des Heimentgeltes bei mangelhafter Leistung geschaffen.⁷⁶³ Damit besteht in Österreich wie in Deutschland die Möglichkeit zur verschuldensunabhängigen Minderung der Vergütung bei mangelhaften Pflegeleistungen, sei es durch den Leistungsträger nach § 115 III 1 SGB XI, sei es durch den Leistungsempfänger nach § 27f KSchG oder nach § 10 I WBG, nur im Bereich der stationären Pflege. Diese Ungleichbehandlung von stationärer und häuslicher Pflege mag man mit der besonderen Schutzbedürftigkeit von Pflegebedürftigen in stationären Einrichtungen rechtfertigen können. Ist es jedoch Ziel der speziellen Regelungen zur Minderung, eine vermeintliche Lücke im Dienstvertragsrecht bei der Erbringung von Pflegeleistungen zu schließen, so liegt eine Gleichbehandlung von stationärer und häuslicher Pflege nahe.

Nach § 918 I 1. Alt. ABGB hat der Pflegebedürftige Anspruch auf Ersatz des Verzugsschadens, wenn der Leistungserbringer nicht rechtzeitig leistet.⁷⁶⁴ Eine mangelhafte Leistung hat die gleichen Folgen wie eine Nichtleistung, da § 918 I ABGB Erfüllung „auf die bedungene Weise“ verlangt.⁷⁶⁵ Neben dem Anspruch auf den Verzögerungsschaden behält der Pflegebedürftige den Leistungsanspruch. Leistungen aus dem Pflegevertrag, die Fixschuldcharakter haben, werden bei nicht rechtzeitiger mangelfreier Leistung unmöglich. Hier besteht ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, wenn der Leistungserbringer die Unmöglichkeit zu vertreten hat, § 920 ABGB.

761 Dabei ist zunächst der wirkliche Wille der Vertragsparteien zu erforschen, wobei es maßgeblich auf den Horizont des Empfängers der Willenserklärung ankommt, *Dittrich/Tades*, Das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, S. 411f.

762 *Reischauer*, in: *Rummel* (Hrsg.), Kommentar zum ABGB, §§ 922, 923, Rn. 2.

763 Vgl. dazu, *Ganner*, Altenrecht, in: *Dimmel* (Hrsg.), Das Recht der Sozialwirtschaft, S. 267, 277f.; eine analoge Anwendung auf die häusliche Pflege dürfte aufgrund des Ausnahmecharakters wie bei § 115 III 1 SGB XI und § 10 I WBG für Deutschland nicht möglich sein.

764 Ausgeschlossen ist hingegen der Rücktritt vom Pflegevertrag nach § 918 ABGB, da ein Rücktritt bei Dauerschuldverhältnissen im Abwicklungsstadium ausgeschlossen ist, um die Anforderungen an die Kündigung nicht zu unterlaufen, *Reischauer*, in: *Rummel* (Hrsg.), Kommentar zum ABGB, Vor §§ 918-932, Rn. 13.

765 *Reischauer*, in: *Rummel* (Hrsg.), Kommentar zum ABGB, Vor §§ 918-933, Rn. 1.

Fehlt es an einem Verschulden des Leistungserbringers, so dürfte analog § 1447 ABGB der Zahlungsanspruch für die unmöglich gewordenen Leistungen entfallen.

Im Rahmen der Ansprüche des Pflegebedürftigen nach dem allgemeinen Schadensersatzrecht nach den §§ 1293ff. ABGB insbesondere für Verletzungen des Körpers, § 1325 ABGB, ist zwischen Ansprüchen gegen den Pflegedienst und Ansprüchen unmittelbar gegen den Mitarbeiter der Pflegedienstes, der den Schaden verursacht hat, zu unterscheiden. Der Pflegedienst haftet für seine Mitarbeiter, die er als Erfüllungsgehilfen⁷⁶⁶ einsetzt, nach § 1313a ABGB für deren Verschulden.⁷⁶⁷ Der Mitarbeiter, der den Schaden unmittelbar verursacht hat, haftet dem Pflegebedürftigen ebenfalls.⁷⁶⁸ Für die Frage der Haftung gilt grundsätzlich ein individueller Sorgfaltsmaßstab, wobei § 1297 ABGB durchschnittliche Fähigkeiten vermutet, d.h. der Schädiger geringere Fähigkeiten beweisen muss. Bei Pflegefachkräften gilt jedoch § 1299 ABGB.⁷⁶⁹ Dieser führt zu einem strengerem⁷⁷⁰ und vor allem zu einem objektiven Sorgfaltsmaßstab. Danach werden von jeder Pflegefachkraft die Fachkenntnisse und der Fleiß erwartet, die seine Berufskollegen normalerweise haben. Dies entspricht den Fachkenntnissen, die auch die Berufsgesetze voraussetzen, so dass der Sorgfaltsmaßstab auch dynamisch ist und den pflegewissenschaftlichen Fortschritt mit einschließt.⁷⁷¹ Die Pflicht zur Dokumentation ist neben der Möglichkeit zur Überwachung auch im Rahmen der Reaktion auf die Überwachungsergebnisse von Bedeutung. Hier hat die Pflegedokumentation zunächst eine Beweisfunktion. Wurde die Dokumentationspflicht verletzt, kommt es zu Beweiserleichterungen zugunsten des Pflegebedürftigen.⁷⁷²

Unabhängig von einer Vertragsverletzung des Pflegedienstes hat der Pflegebedürftige die Möglichkeit zur Kündigung. Nach den allgemeinen Regeln des ABGB gilt, wenn der Pflegevertrag Dienste höherer Art⁷⁷³ zum Gegenstand hat und das zu kündigende

766 Erfüllungsgehilfen sind Personen, die zu Erfüllung einer gesetzlichen oder vertraglichen Verbindlichkeit eingesetzt werden, *Marold/Friedrich*, Österreichisches Arbeitsrecht, S. 266.

767 Insoweit sind Wirkung und Voraussetzungen von § 1313a ABGB mit § 278 BGB vergleichbar und nicht mit § 831 BGB.

768 Zu den arbeitsrechtlichen Voraussetzungen der Haftung des Mitarbeiters oder des Pflegedienstes vgl. §§ 3, 4 Dienstnehmerhaftpflichtgesetz sowie *Marold/Friedrich*, Österreichisches Arbeitsrecht, S. 265ff.

769 § 1299 ABGB gilt nicht nur für die aufgezählten Personengruppen, sondern „für alle Berufe, die eine besondere Sachkenntnis erfordern“, *Dittrich/Tades*, Das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, § 1299, S. 606, was regelmäßig der Fall ist, wenn für die Ausübung einer Tätigkeit eine Berufsausbildung erforderlich ist, *Harrer*, in: *Schwimann* (Hrsg.), Praxiskommentar zum ABGB, Band 7, § 1299, Rn. 1.

770 *Koziol/Welser*, Grundriss des Bürgerlichen Rechts, Band II, S. 353.

771 Mittelbar werden damit auch die Pflichten zur Weiterbildung erfasst, da von den Durchschnittskenntnissen auch solche umfasst sind, die in Pflichtweiterbildungen vermittelt werden.

772 OGH vom 28.01.2011 – 6 Ob 259/10x.

773 Die häufige Definition über einen Verweis auf § 1 Angestelltengesetz (AngG), vgl. u.a. *Grillberger*, in: *Schwimann* (Hrsg.), Praxiskommentar zum ABGB, Band 4, 2. Halbband, § 1159, Rn. 27, hilft hier nicht weiter, da von § 1 AngG vor allem kaufmännische Tätigkeiten erfasst werden. Allerdings spricht sowohl die medizinische Ausbildung als auch der eigenverantwortliche Tätigkeitsbereich bei

Dienstverhältnis den Dienstnehmer nicht hauptsächlich in Anspruch nimmt⁷⁷⁴, die Kündigungsfrist von 14 Tagen gemäß § 1159b ABGB.⁷⁷⁵ In Salzburg muss im Pflegevertrag von den Kündigungsfristen des ABGB zugunsten des Pflegebedürftigen abgewichen werden. § 25 III Nr. 1 SPG schreibt für den Pflegedienst verbindlich vor, dass dieser dem Pflegebedürftigen im Pflegevertrag ein jederzeitiges Recht zur grundlosen Kündigung gewähren muss.⁷⁷⁶ Darüber hinaus ist die jederzeitige Kündigung aus wichtigem Grund nach § 1162 ABGB möglich.

e) Rechtsschutz

Der Rechtsschutz und dabei insbesondere der Übergang vom verwaltungsinternen zum gerichtlichen Rechtsschutz unterscheidet sich grundlegend vom Rechtsschutz in Deutschland. Insbesondere die auf Grundlage von Art. 94 B-VG entwickelte „sukzessive Zuständigkeit“⁷⁷⁷ und ihre Folgen für den Umfang der gerichtlichen Überprüfbarkeit von Verwaltungsentscheidungen durch die Sozialgerichte sind einen eigenen ausführlichen Vergleich mit dem deutschen System des Rechtsschutzes wert. Gleiches gilt für die Abgrenzung der Zuständigkeit von der Verwaltungsgerichtsbarkeit⁷⁷⁸, die bei unvoreingenommener Leseart des Art. 130 I Nr. 1 B-VG bei jeder Verwaltungsentscheidung in Bescheidform angerufen werden kann, und den bei der ordentlichen Gerichtsbarkeit angesiedelten Arbeits- und Sozialrechtssachen (§ 2 I ASGG). Da es hier aber allein um den Rechtsschutz als Bestandteil des Qualitätskreislaufes geht, beschränkt sich die Darstellung des österreichischen Systems des Rechtsschutzes auf das zum Verständnis der einzelnen Rechtsschutzmöglichkeiten Unerlässliche.

Angehörigen des gehobenen Dienstes der Gesundheits- und Krankenpflege für die Erbringung höherer Dienste.

774 Vgl. § 1159a ABGB; bei einem Dienstvertrag mit einem Pflegedienst dürfte dies regelmäßig der Fall sein, da dieser mehrere Pflegebedürftige betreut.

775 Abweichende Vereinbarungen hinsichtlich der Kündigungsfristen sind möglich, allerdings nur zugunsten des Dienstnehmers, also des Pflegedienstes, da gemäß § 1164 I ABGB die §§ 1159-1159b ABGB nur zugunsten des Dienstnehmers eine vertragliche Abweichung zulassen. Auch dann muss die Kündigungsfrist immer für beide Seiten gleich lang sein, § 1159c ABGB.

776 Für den Pflegedienst ist hingegen eine Kündigungsfrist von 3 Monaten zu vereinbaren, § 25 III Nr. 2 SPG. Eine Abweichung von § 1159c ABGB ist unproblematisch, da dieser nicht von § 1164 I ABGB genannt wird und damit abdingbar ist.

777 Vgl. einführend zum Begriff der sukzessiven Zuständigkeit, *Fink*, Die sukzessive Zuständigkeit im Verfahren in Sozialsachen, S. 7ff.

778 Bis 31.12.2013 gab es als unabhängiges Gericht dazu nur den Verwaltungsgerichtshof. Mit der Verwaltungsgerichtsbarkeit-Novelle 2012, BGBl. I Nr. 51/2012, erfolgten u.a. die notwendigen Änderungen des Bundesverfassungs-Gesetzes und dabei insbesondere der Art. 129ff. B-VG, um einen zwei-stufigen Instanzenzug bei der Verwaltungsgerichtsbarkeit einzuführen. Die erste Instanz bilden seit 01.01.2014 neun Landesverwaltungsgerichte und zwei Verwaltungsgerichte des Bundes, vgl. Nr. 1618 der Beilagen XXIV. GP - Regierungsvorlage - Vorblatt und Erläuterungen, S. 3f. Die zweite Instanz bildet nach Art. 133 B-VG der Verwaltungsgerichtshof.

Aus dem Gebot des Art. 94 I B-VG, welches besagt, dass Justiz und Verwaltung in allen Instanzen getrennt sein müssen, wird von der überwiegenden Meinung ein Verbot für einen Instanzenzug im Sinne eines Nacheinanders von Verwaltung und Gerichten hergeleitet.⁷⁷⁹ Die echte Überprüfung einer Verwaltungsentscheidung durch die Gerichte mit der Möglichkeit zur Aufhebung, Änderung oder Bestätigung der behördlichen Entscheidung ist deshalb grundsätzlich unzulässig.⁷⁸⁰ Verfassungsrechtliche Ausnahmen davon sind die Kontrolle von Bescheiden der Verwaltungsbehörden durch den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 131 B-VG⁷⁸¹ und durch den Verfassungsgerichtshof nach Art. 144 I B-VG⁷⁸². Leitet man aus Art. 131 I B-VG das allgemeine Gebot ab, dass für jeden, der von einem Bescheid individuell betroffen ist, Rechtsschutz bei einem unabhängigen Gericht möglich sein muss,⁷⁸³ bedarf es für Sozialrechtssachen, die durch das ASGG der ordentlichen Gerichtsbarkeit zugewiesen sind, im Hinblick auf das Trennungsgebot des Art. 94 I B-VG einer verfassungskonformen Lösung. Diese Lösung wird von der überwiegenden Meinung darin gesehen, dass mit Klageerhebung der Bescheid der Verwaltung automatisch außer Kraft tritt, § 71 I 1. HS ASGG, und das Gericht neu und unabhängig von der Verwaltungsentscheidung über die Sache entscheidet.⁷⁸⁴ Diese Lösung wird als sukzessive Zuständigkeit oder sukzessive Kompetenz der Gerichte bezeichnet. Dieser Kunstgriff der sukzessiven Zuständigkeit ist seit Einführung des Art. 94 II B-VG mit der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 eigentlich nicht mehr erforderlich, da Art. 94 II B-VG nunmehr ausdrücklich einen Instanzenzug von Verwaltung und ordentlichen Gerichten erlaubt. Eine Änderung von § 71 I 1. HS ASGG ist bisher jedoch nicht erfolgt. Denkbar ist jedoch, dass die mit Blick auf das Trennungsgebot des Art. 94 I B-VG erfolgte enge verfassungskonforme Auslegung der Ausnahmen zu § 71 I 1. HS ASGG, also insbesondere § 72 II ASGG, nunmehr großzügiger erfolgt.

779 VfSlg. 3121; VfSlg. 6537; Mayer, Das österreichische Bundesverfassungsrecht, Art. 94 B-VG, S. 331.

780 Fink, Die sukzessive Zuständigkeit im Verfahren in Sozialsachen, S. 44f.

781 Kahl/Weber, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 101.

782 Kahl/Weber, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 535.

783 Bundesministerium für Justiz (Hrsg.), Gesamtreform der Justiz, S. 56f.

784 VfSlg. 10.452; Mayer, Das österreichische Bundesverfassungsrecht, S. 331; Wetscherek/Proksch, Handbuch für das Sozialgerichtsverfahren, S. 58; ausführlich zu den konkreten Wirkungen des Außerkrafttretens nach § 71 I 1. HS ASGG, Fink, Die sukzessive Zuständigkeit im Verfahren in Sozialsachen, S. 387ff. Kritisiert an dieser Lösung wird vor allem ihre Praxisferne. Tatsächlich neigen die Gerichte zu einer (punktuellen) Prüfung der Verwaltungsentscheidung. Dies gilt vor allem in Fällen in denen nur einzelne rechtliche Punkte problematisch sind und die Verwaltung zugleich komplizierte Berechnungen vorgenommen hat. Während ein Gericht die komplizierten aber unstrittigen Berechnungen nicht selbst nochmals vornehmen wird, wird es sich auf die problematischen rechtlichen Gesichtspunkte konzentrieren. Zu dieser Kritik, siehe Fink, Die sukzessive Zuständigkeit im Verfahren in Sozialsachen, S. 50-52, m.w.N. Zum Ablauf eines solchen Gerichtsverfahrens bei der Klage auf Zahlung von Pflegegeld, Liebhart, ÖZPR 2013, S. 44-47.

Eröffnet Art. 130 I Nr. 1 B-VG gegen alle Verwaltungsentscheidungen, die mittels Bescheid ergehen, auf den ersten Blick die Möglichkeit der Beschwerde bei den Verwaltungsgerichten, ist dies bei näherer Betrachtung gerade bei Sozialrechtssachen keineswegs immer der Fall. Letztlich wird die Zulässigkeit der Beschwerde beim Verwaltungsgerichtshof in den Fällen verneint, in denen ASVG und ASGG sozialrechtliche Streitigkeiten den Arbeits- und Sozialgerichten zuweisen. Wurde dies vor Einführung des Art. 94 II B-VG im Wesentlichen damit begründet, dass es verfassungsrechtlich genüge, wenn irgendein unabhängiges Gericht angerufen werden könne, weshalb die Beschwerde zum Verwaltungsgerichtshof gegen Entscheidungen der Arbeits- und Sozialgerichte nicht erforderlich sei⁷⁸⁵, enthält Art. 94 II B-VG nunmehr die Möglichkeit anstelle der Beschwerde zu den Verwaltungsgerichten bestimmte Rechtsstreitigkeiten den ordentlichen Gerichten zuzuweisen. Allerdings werden auch nicht alle Rechtsstreitigkeiten, die Sozialrecht zum Gegenstand haben, als Sozialrechtssachen der ordentlichen Gerichtsbarkeit zugewiesen. Den ordentlichen Gerichten zugewiesen sind nur die in § 65 ASGG genannten Sozialrechtssachen sowie durch andere Bundesgesetze zugewiesene Sozialrechtssachen (vgl. § 100 ASGG). Dabei handelt es sich im Wesentlichen um Entscheidungen über die Gewährung und Entziehung von Sozialleistungen. Keine der ordentlichen Gerichtsbarkeit zugewiesenen Sozialrechtssachen sind hingegen die Verwaltungssachen i.S.d. § 355 ASVG.⁷⁸⁶

aa) Rechtsschutz unmittelbar gegen Sollensanforderungen

Die wesentlichen Sollensanforderungen, also insbesondere die Pflicht zur Pflege entsprechend der fachlichen und wissenschaftlichen Erkenntnisse sowie die Pflicht zu Fortbildung, vgl. §§ 4 I 2, 63 GuKG, werden unmittelbar durch Gesetz angeordnet. In diesen Fällen besteht die Möglichkeit der Individualbeschwerde zum Verfassungsgerichtshof nach Art. 144 I 4 B-VG.⁷⁸⁷ Die Individualbeschwerde ist nur zulässig, wenn der Eingriff durch das Gesetz unmittelbar erfolgt. Von dieser direkten Wirksamkeit des Gesetzes geht der Verfassungsgerichtshof nur aus, wenn es keinen anderen zumutbaren Weg für den Antragsteller gibt. Dazu müssen das Abwarten des Vollzuges und anschließende Beschreiten des Rechtsweges bei einem Verstoß gegen die gesetzlich ange-

785 VfSlg. 3424; *Bundesministerium für Justiz (Hrsg.)*, Gesamtreform der Justiz, S. 56f; dagegen hält *Fink*, Die sukzessive Zuständigkeit im Verfahren in Sozialsachen, S. 59f., diese Argumentation zwar für zweckmäßig, aber nicht für mit den geltenden Verfassungsbestimmungen vereinbar.

786 Zur Unterscheidung von Leistungssachen und Verwaltungssachen sowie zum Rechtsschutz gegen Verwaltungssachen, vgl. *Fink*, Die sukzessive Zuständigkeit im Verfahren in Sozialsachen, S. 115ff. Verwaltungssachen dürfen von den Gerichten in einer Sozialrechtssache auch nicht als Vorfrage geklärt werden, vielmehr liegt die Entscheidung allein im Zuständigkeitsbereich der Verwaltung, *Tarmann-Prentner*, in: *Sonntag* (Hrsg.), ASVG, § 356, Rn. 2; *Wetscherek/Proksch*, Handbuch für das Sozialgerichtsverfahren, S. 26.

787 An der Verfassungsmäßigkeit der derzeitigen durch Gesetz angeordneten Sollensanforderungen bestehen keine Zweifel.

ordnete Pflicht unzumutbar sein.⁷⁸⁸ Dies ist hier aufgrund des drohenden Entzuges der Berufsberechtigung sowie des umfassenden Haftungsrisikos zu bejahen.

Die durch privatrechtlichen Vertrag zwischen Leistungsträger und Leistungserbringer erstellten und verbindlichen Sollensanforderungen gelten nur, weil auch der Leistungserbringer mit ihnen einverstanden war. Grundsätzlich ist damit auch kein Rechtsschutz gegen diese Sollensanforderungen möglich, da kein Anspruch der Leistungserbringer gegenüber dem Leistungsträger zum Abschluss eines Vertrages mit einem bestimmten Inhalt existiert.⁷⁸⁹ Allerdings gelten nach allgemeiner Ansicht auch bei privatrechtlichem Handeln des Staates die Grundrechte.⁷⁹⁰ Dazu gehört vor allem das aus dem Gleichheitssatz abgeleitete Sachlichkeitsgebot.⁷⁹¹

bb) Rechtsschutz gegen Einzelmaßnahmen

Gegen den Bescheid nach § 20 I 1 BPGG, mit dem das Pflegegeld durch eine Sachleistung ersetzt wird, ist Klage beim Landgericht als Arbeits- und Sozialgericht statthaft, da es sich nach § 65 I Nr. 1 ASGG um eine Sozialrechtssache handelt.⁷⁹² Diese ist „auf die Gewährung von Pflegegeld in Form einer Geldleistung“ zu richten.⁷⁹³ Nach § 87 IV 2 ASGG liegt die Beweislast im gerichtlichen Verfahren für das Vorliegen der Voraussetzungen für die Gewährung von Sachleistungen beim Leistungsträger. Diese Beweislastverteilung zusammen mit der Folge des § 20 II BPGG, wonach bei zu Unrecht erbrachten Sachleistungen das Pflegegeld für den Zeitraum der Sachleistungserbringung ohne Vorteilsanrechnung nachzuzahlen ist, der Pflegebedürftige also die Leistung zweimal erhält, führt dazu, dass der Ersatz der Geldleistung durch eine Sachleistung ein in der Praxis weitgehend bedeutungsloses Instrument ist.⁷⁹⁴

Auch gegen einen ablehnenden Bescheid nach einem Antrag auf Erbringung von Geldleistungen nach § 20 III BPGG ist die Klage beim Landgericht in einer Sozialrechtssache statthaft, wenn der Antrag nach Ablauf der Jahresfrist gestellt wurde. Die Zurückweisung zu früh gestellter Anträge erfolgt mit verfahrensrechtlichem Bescheid, der im Wege des Verwaltungsrechtsschutzes anzugreifen ist.⁷⁹⁵

788 Mayer, Das österreichische Bundesverfassungsrecht, Art. 139 B-VG, S. 470f; Liehr/Griebler, EuGRZ 2006, S. 509, 514.

789 Vgl. allgemein zum Handeln der Sozialhilfeträger als Träger von Privatrechten, Mayer/Pfeil, Behindertenhilfe, in: Pürgy (Hrsg.), Das Recht der Länder, S. 385, 429.

790 VfSlg. 11.651/1988; Zellenberg, Wirtschaftsförderung, in: Pürgy (Hrsg.), Das Recht der Länder, S. 831, 845.

791 Mayer/Pfeil, Behindertenhilfe, in: Pürgy (Hrsg.), Das Recht der Länder, S. 385, 429; Kucsko-Stadlmayer, Die allgemeinen Strukturen der Grundrechte, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band VII/1, § 187, Rn. 48.

792 Fink, Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz, § 65, S. 157.

793 OLG Wien vom 12.09.2003 – 7 Rs108/03h.

794 Dies gibt auch, Pfeil, Neuregelung der Pflegevorsorge in Österreich, S. 248, zu bedenken.

795 Fink, Die sukzessive Zuständigkeit im Verfahren in Sozialsachen, S. 571.

Gegen die Minderung, Entziehung oder das Ersetzen des Pflegegeldes durch eine Sachleistung nach § 33b III BPGG, welche jeweils in Bescheidform erfolgen müssen, ist ebenfalls Klage beim Arbeits- und Sozialgericht statthaft.⁷⁹⁶ Die Entscheidungen der Verwaltung nach § 33b III BPGG sind Ermessensentscheidungen. Damit stellt sich die Frage, inwieweit dieses Ermessen gerade im Hinblick auf die sukzessive Zuständigkeit der Arbeits- und Sozialgerichte gerichtlich überprüfbar ist. Während man bei Leistungen, deren Erbringung im Ermessen der Verwaltung steht, davon ausgeht, es fehle bereits an einem subjektiven Recht, so dass kein gerichtlicher Rechtsschutz möglich sei,⁷⁹⁷ sind bei der Minderung, Entziehung oder dem Ersetzen zumindest das Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen gerichtlich überprüfbar.⁷⁹⁸ Ausgehend von der Forderung, dass gerichtlicher Rechtsschutz nur bei Bestehen eines subjektiven Rechts möglich sei, lässt sich dies mit dem Bestehen des der Minderung, Entziehung oder dem Ersetzen zugrunde liegenden Rechtsanspruchs auf das Pflegegeld begründen.

Gegen die Entziehung der Berufsberechtigung oder Berechtigung zum Führen der Berufsbezeichnung ist letztlich die Beschwerde zum Verwaltungsgerichtshof nach Art. 131 B-VG möglich. Den zuvor zu beschreitenden Rechtsweg nennen regelmäßig die Normen, die zur Entziehung ermächtigen, vgl. §§ 40 IV, 91 IV GuKG sowie § 9 V Bgld. SBBG, § 16 V TSBBG, § 3 VII WSBBG. Wird die Verletzung eines (nur) verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechts durch den Entziehungsbescheid gerügt, so ist Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof nach Art. 144 I B-VG möglich. Voraussetzung ist die vorherige Erschöpfung des Instanzenzuges, § 82 I VfGG.

Gegen Bescheide der Sozialhilfeträger ist verwaltungsintern die Berufung nach §§ 63ff. AVG möglich. Da Sozialhilfestreitigkeiten keine Sozialrechtssachen i.S.d. § 65 ASGG sind, ist für den gerichtlichen Rechtsschutz der Verwaltungsgerichtshof zuständig. Bei diesem kann die Beschwerde nach Art. 131 B-VG erhoben werden.⁷⁹⁹ Allerdings setzt gerichtlicher Rechtsschutz immer das Bestehen eines subjektiven Rechts voraus, Art. 131 I Nr. 1 B-VG. Bei Sozialhilfeleistungen auf die kein Rechtsanspruch

796 *Fink*, Die sukzessive Zuständigkeit im Verfahren in Sozialsachen, S. 570 sowie *Pfeil*, Bundespflegegeldgesetz und landesrechtliche Pflegegeldregelungen, § 29, S. 261, jeweils zur gleichlautenden Vorgängervorschrift § 29 III BPGG a.F.

797 *Kuderna*, Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz, § 65, S. 429f.; *Fink*, Die sukzessive Zuständigkeit im Verfahren in Sozialsachen, S. 150ff.

798 *Kuderna*, Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz, § 65, S. 431f., der jedoch annimmt, dass es keine gesetzlichen Vorgaben für die Ausübung des Ermessens gibt („freies Ermessen“), so dass nur die Tatbestandsvoraussetzungen gerichtlich überprüfbar sind. Teilweise wird angenommen, es gebe gesetzliche Grenzen des Ermessens, vgl. *Pfeil*, Bundespflegegeldgesetz und landesrechtliche Pflegegeldregelungen, § 29, S. 262, und diese seien auch im Verfahren von den Arbeits- und Sozialgerichten überprüfbar. Nach anderer Ansicht folgt aus der sukzessiven Zuständigkeit, dass das Gericht insgesamt neu über die Rechtssache entscheide und damit auch das Ermessen vollständig selbst auszuüben habe, *Fink*, Die sukzessive Zuständigkeit im Verfahren in Sozialsachen, S. 174f.

799 Zur gerichtlichen Überprüfbarkeit von Ermessen und unbestimmten Rechtsbegriffen, *Pfeil*, Österreichisches Sozialhilferecht, S. 43ff.; *Walter/Mayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts, Rn. 1015.

besteht, ist dies grundsätzlich nicht der Fall.⁸⁰⁰ Allerdings kann ein subjektives Recht auch durch Bescheid begründet werden.⁸⁰¹ So besteht beispielsweise ein subjektives Recht, wenn eine Leistung, auf die nach dem Gesetz kein Rechtsanspruch besteht, durch Bescheid gewährt wird und später wieder zurückgefordert werden soll.

Die Verträge, mit denen die Leistungserbringer eingebunden werden, sind zivilrechtliche Verträge, so dass Rechte aus den Verträgen vor den ordentlichen Gerichten geltend zu machen sind und zwar im Verfahren nach der ZPO.

f) Herstellung eines Kreislaufes

aa) Kleiner Kreislauf

Die Herstellung des kleinen Kreislaufs dürfte zum einen durch die Anforderungen der Berufsgesetze und der zivil- und strafrechtlich drohenden Sanktionen erfolgen. Zum anderen wird er im Rahmen der Leistungserbringung der Sozialhilfeträger bei der Gewährleistung der flächendeckenden Versorgung mit sozialen Diensten hergestellt. Letztlich entsteht dieser Kreislauf, der die möglichst weitgehende Erfüllung bestehender Sollensanforderungen beschreibt, wie in Deutschland durch die präventiven aller Reaktionsmöglichkeiten sowie einzelner tatsächlicher Reaktionen auf eine negative Abweichung des Istzustandes- vom Sollzustand.

bb) Großer Kreislauf

Für die Herstellung des großen Kreislaufes, der den Wissenstransfer⁸⁰² in die „nächste Runde“ des Qualitätskreislaufes beschreibt, ist der Blick noch einmal zurück an den Anfang, nämlich auf die Erstellung der Sollensanforderungen zu richten. Eine mit den §§ 113, 113a SGB XI vergleichbare Erstellung von Sollensanforderungen, auf deren Inhalt der Staat unmittelbaren Einfluss ausübt, gibt es in Österreich kaum.⁸⁰³ Zentrale Sollensanforderungen in Österreich sind die fachlichen und wissenschaftlichen Erkenntnisse. Deren Entwicklung erfolgt in der gesellschaftlichen Sphäre, welche nur

800 Lässt sich ein solches Recht im Einzelfall aus der Verfassung ableiten, beispielsweise bei einem Verstoß gegen das Sachlichkeitsgebot, so ist nach Art. 144 B-VG unmittelbar Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu erheben.

801 Pfeil, Österreichisches Sozialhilferecht, S. 508.

802 Eine andere Art des Wissenstransfers, nämlich den innerhalb eines sozialen Dienstes von einer Generation von Pflegekräften auf die nächste beschreibt, Barth, ÖZPR 2013, S. 61f.

803 Zwar werden bei der Steuerung der Leistungserbringung von sozialen Diensten Qualitätsanforderungen zwischen Leistungsträger und Leistungserbringer vertraglich vereinbart. Faktisch werden die Qualitätsanforderungen sogar einseitig vom Leistungsträger gestellt. Dies führt aber noch nicht zu einer Entwicklung von Sollensanforderungen durch die Leistungsträger, da i.d.R. nur auf berufliche Standards Bezug genommen wird.

mittelbar durch Professionalisierung und Akademisierung der Pflegeberufe staatlich gefördert wird. Erfolgt die Erstellung der Sollensanforderungen im pflegewissenschaftlichen Diskurs, so ist es für Informationstransfer entscheidend, dass er auch genau dorthin erfolgt. Dies geschieht jedenfalls nicht planmäßig. Dies mag zu einem daran liegen, dass es keine bundesweit einheitliche Kontrolle professioneller Pflegekräfte gibt. Die nach § 33a S. 2 BPGG durchgeführten Hausbesuche, welche unabhängig davon erfolgen, ob der Pflegebedürftige professionelle oder nichtprofessionelle Pflege erhält, haben allein die Sicherstellung der Pflege zum Ziel und kontrollieren dementsprechend nicht die Einhaltung professioneller Standards. Die Kontrolle der Sollensanforderungen im Rahmen der Leistungserbringung von sozialen Diensten orientiert sich zwar an den beruflichen Standards. Eine wissenschaftliche Auswertung der Kontrollergebnisse zur Weiterentwicklung der bestehenden beruflichen Standards erfolgt nicht planmäßig. Insofern lässt sich feststellen, dass die bestehenden gesetzlichen Instrumente die Verwirklichung des großen Kreislaufes jedenfalls nicht aktiv nicht unterstützen.

2. Qualitätssicherung außerhalb des Qualitätskreislaufes

Hinsichtlich Höchstarbeitszeit und Mindestdauer für den Erholungsurlaub gelten die allgemeinen Vorschriften des Arbeitszeitgesetzes (AZG) und des Urlaubsgesetzes (UrlG). Für die Arbeitnehmer von sozialen Diensten, zu denen auch die angestellten ambulanten Pflegedienste gehören, gilt österreichweit ein verbindlicher Mindestlohn. Dieser, vom Bundeseinigungsamt im Rahmen seiner Zuständigkeit⁸⁰⁴ erlassene, „Mindestlohntarif für Arbeitnehmer/innen in Betrieben soziale Dienste“ differenziert nach Qualifikationsniveau der ausgeübten Tätigkeit und Anzahl der Berufsjahre. Je höher das Qualifikationsniveau und je mehr Berufsjahre desto höher der Mindestlohntarif.⁸⁰⁵

3. Mitwirkungspflichten des Pflegebedürftigen

Mitwirkungspflichten enthält das BPGG für die Feststellung der Pflegebedürftigkeit, § 26 BPGG, sowie bei der Überprüfung der zweckgemäßen Verwendung des Pflegegeldes, § 33b II 2. HS BPGG. Eine ausdrückliche Pflicht des Pflegebedürftigen, bei der

804 Nach § 22 I Arbeitsverfassungsgesetz (ArbVG) ist das Bundeseinigungsamt für die Festsetzung von Mindestlohntarifen zuständig, wenn die Voraussetzungen des § 22 III ArbVG vorliegen. In § 24 I ArbVG sind veröffentlichte Mindestlohntarife unmittelbar rechtsverbindlich.

805 So gilt beispielsweise für eine Pflegehilfe nach 5 Berufsjahren ein Mindestlohntarif von 1482 € monatlich und für diplomiertes Krankenpflegepersonal 1689,50 €. Daneben gibt es im Bereich der Erbringung von sozialen Dienstleistungen einen Tarifvertrag für ganz Österreich, der für einen großen Personenkreis gilt, nämlich den Kollektivvertrag der Sozialwirtschaft Österreich.

Erbringung von Pflegedienstleistungen mitzuwirken, gibt es im Bundespflegegeldgesetz nicht. Gleiches gilt für die Sozialhilfe- bzw. Mindestsicherungsgesetze sowie für die auf deren Grundlage ergangenen Verordnungen und Richtlinien. Jedoch lässt sich aus der Möglichkeit der Ersetzung des Pflegegeldes durch Pflegesachleistungen nach § 20 I 1 BPGG und dem Ruhen des gesamten Anspruches, wenn auch die Annahme der Sachleistungen grundlos verweigert wird, § 20 I 3 BPGG, eine Mitwirkungspflicht konstruieren, die zumindest die Annahme der Leistung beinhaltet. Soweit zur Annahme der Leistung eine Mitwirkungshandlung des Pflegebedürftigen erforderlich ist, ist auch diese Bestandteil der Mitwirkungspflicht. Zivilrechtlich besteht aus dem Pflegevertrag eine Obliegenheit des Pflegebedürftigen bei den Pflegehandlungen mitzuwirken.⁸⁰⁶ Kommt der Pflegebedürftige dieser Obliegenheit nicht nach, so mindert sich beispielsweise unter Anwendung des § 1304 ABGB ein eventueller Schadensersatzanspruch des Pflegebedürftigen gegen den Pflegenden bei mangelhafter Pflege. Die zivilrechtliche Mitwirkungsobliegenheit ist zwar keine Pflicht gegenüber dem Pflegenden, kann von diesem also weder durchgesetzt werden noch hat dieser einen Schadensersatzanspruch wegen einer Pflichtverletzung bei Verletzung der Obliegenheit.⁸⁰⁷ Die Obliegenheitsverletzung führt aber neben Nachteilen bei der Geltendmachung von eigenen Schadensersatzansprüchen des Pflegebedürftigen auch dazu, dass dieser in Annahmeverzug kommt. In diesen Fällen bleibt der Pflegebedürftige nach § 1155 I 1 ABGB zur Zahlung der Vergütung verpflichtet.⁸⁰⁸

III. Qualitätssicherung in der nichtprofessionellen Pflege

Die Bestimmung des Personenkreises, der nichtprofessionellen Pflegekräfte erfolgt nach den in der abstrakten Definition im Grundlagenteil aufgestellten Kriterien.⁸⁰⁹ Professionelle Pflege setzt danach eine formale Ausbildung und das Auftreten am Markt voraus. Zu den nichtprofessionellen Pflegekräften gehören daher alle Personen, die über keine formale Ausbildung i.S.d. GuKG oder nach den Sozialbetreuungsberufegesetzen der Länder verfügen sowie alle, die die Pflege nicht berufsmäßig ausüben. Aus dem Vorbehalt des § 3 I GuKG und der Ausnahme dazu nach § 3 III GuKG für „Hilfeleistungen in der Nachbarschafts-, Familien- und Haushaltshilfe“ lassen sich zwei Gruppen

806 Vgl. OGH vom 28.08.1997 – 3 Ob 2121/96z zur Pflicht des Patienten an den Heilungsbemühungen des Arztes mitzuwirken.

807 Unterscheidet man zwischen Pflicht und Obliegenheit nach diesen allgemeinen Kriterien, vgl. *Ernst*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Band 2, Einleitung, Rn. 14; *Brox*, Allgemeiner Teil des BGB, Rn. 616, dann sind alle hier als Mitwirkungspflichten des Pflegebedürftigen dargestellten Aufgaben letztlich Obliegenheiten.

808 Zum Bestehenbleiben des Entgeltanspruches trotz Nichtleistung bei Annahmeverzug, vgl. *Krejci*, in: *Rummel* (Hrsg.), Kommentar zum ABGB, § 1155, Rn. 9f.

809 Vgl. A. I. 2.

nichtprofessionell Pflegenden unterscheiden, nämlich berufsmäßig pflegende Pflegekräfte ohne formale Ausbildung⁸¹⁰ und nicht berufsmäßig pflegende Pflegekräfte unabhängig von ihrer Ausbildung⁸¹¹. Denn vereinfacht lässt sich sagen, dass bei berufsmäßiger Erbringung von Pflegeleistungen der Vorbehalt des § 3 I GuKG für bestimmte Pflegetätigkeiten (Pflege i.e.S.) zugunsten der professionellen Pflege gilt, während dieser bei der nicht berufsmäßigen Pflege wegen § 3 III GuKG nicht anwendbar ist.

1. Qualitätssicherungsinstrumente innerhalb des Qualitätskreislaufes

a) Erstellung von Sollensanforderungen

aa) Kein Leistungsbezug

Für die Frage, welche Sollensanforderungen im Rahmen der nichtprofessionellen Pflege gelten, ist es von entscheidender Bedeutung, ob die Pflege berufsmäßig ausgeübt wird und ob die Pflegetätigkeit unter den Vorbehalt des § 3 I GuKG fällt. Zunächst sollen nur die Fallgruppen dargestellt werden, die sich aus der Kombination von berufsmäßiger oder nicht berufsmäßiger Pflege sowie der Ausübung einer vorbehaltenen Tätigkeit oder der Ausübung einer nicht vorbehaltenen Tätigkeit ergeben.

Der Vorbehalt des § 3 I GuKG führt dazu, dass die Ausübung von Tätigkeiten, die unter den Vorbehalt fallen, von nichtprofessionelle Pflegenden grundsätzlich nicht ausgeübt werden dürfen. Pflegetätigkeiten, die medizinisches Fachwissen voraussetzen⁸¹², dürfen grundsätzlich nur von professionellen Pflegekräften ausgeübt werden, wodurch ausgeschlossen wird, dass Laien diese Tätigkeiten ausüben. Damit wird für die Reichweite des Vorbehaltes gewährleistet, dass die für die professionelle Pflege geltenden Standards eingehalten werden.

810 Von diesen Pflegekräften werden Pflege und Betreuung gegen Entgelt erbracht, aber sie haben selbst keine formale Ausbildung und sie Erbringen die Leistungen auch nicht (vollständig) unter Anleitung einer ausgebildeten Pflegekraft.

811 Fehlt es an einem Auftreten am Markt, liegt immer nichtprofessionelle Pflege im Sinne der oben genannten Definition vor, d.h. die Angehörigenpflege ist auch der nichtprofessionellen Pflege zuzuordnen, wenn der Angehörige (zufällig) über eine entsprechende Ausbildung verfügt.

812 Tätigkeiten, die kein medizinisches Fachwissen erfordern, werden von dem Vorbehalt nicht erfasst, vgl. Mitteilung des Bundesministeriums für Gesundheit, BMG-92251/0013-II/A/2/2011, S. 2. Einen Anhaltspunkt, dass es sich grundsätzlich um Laientätigkeiten handelt, liefert der Katalog des § 3b II GuKG. Denn die dort aufgeführten Tätigkeiten fallen nur dann unter den Vorbehalt des § 3 I GuKG und bedürfen der Anordnung nach § 3b III Nr. 4 GuKG, wenn besondere medizinische Voraussetzungen vorliegen. Das heißt im Umkehrschluss, dass die in § 3b II GuKG aufgeführten Tätigkeiten wie die Unterstützung bei der Nahrungsaufnahme und die Unterstützung bei der Körperpflege grundsätzlich keines medizinischen Fachwissens bedürfen und daher auch von Laien vorgenommen werden dürfen.

Ausgenommen vom Vorbehalt des § 3 I GuKG sind gemäß § 3 III GuKG „Hilfeleistungen in der Nachbarschafts-, Familien- und Haushaltshilfe“. Darunter fallen Tätigkeiten, die nicht berufsmäßig ausgeübt werden und die regelmäßig „von Angehörigen oder Freunden zur Hilfestellung“ ausgeübt werden.⁸¹³ Zwar verläuft die Grenze solcher Hilfestellungen dort, wo es sich bei typisierender Betrachtung nicht mehr um Tätigkeiten handelt, die den Fähigkeiten von Laien entsprechen.⁸¹⁴ Die Ausnahme des § 3 III GuKG zu § 3 I GuKG hat jedoch insoweit eine eigenständige Bedeutung, als bei § 3 III GuKG subjektive Kenntnisse und Fähigkeiten zu berücksichtigen sind.⁸¹⁵ Denn während vom Vorbehalt des § 3 I GuKG alle Tätigkeiten erfasst werden, die medizinisches Fachwissen erfordern, können nach § 3 III GuKG bei im Einzelfall vorhandenen Kenntnissen und Fähigkeiten auch grundsätzlich unter den Vorbehalt des § 3 I GuKG fallende Tätigkeiten ausgeübt werden, solange die sonstigen Voraussetzungen des § 3 III GuKG erfüllt sind, also insbesondere die Tätigkeit nicht berufsmäßig ausgeübt wird.

Allerdings gilt auch bei berufsmäßiger Ausübung nichtprofessioneller Pflege der Vorbehalt des § 3 I GuKG nicht uneingeschränkt. Die §§ 3b, 3c GuKG bieten die Möglichkeit der Ausübung einzelner unter den Vorbehalt fallender Tätigkeiten, jedoch unter strengen Voraussetzungen.

Die Delegation von Tätigkeiten nach § 3b GuKG, die eigentlich unter den Vorbehalt des § 3 I GuKG fallen, kann nach § 3b I Nr. 1, 2 GuKG nur auf Personen erfolgen, die entweder Betreuungskräfte i.S.d. HBeG sind oder das Gewerbe der Personenbetreuung nach § 159 Gewerbeordnung (GewO) ausüben.⁸¹⁶ Welche Tätigkeiten zur Betreuung gehören, ist in § 1 III HBeG und § 159 I GewO legal definiert.⁸¹⁷ „Betreuung“ umfasst dabei vor allem die Hilfestellung in allen denkbaren Lebensbereichen. Neben dem Vor-

813 *Schwamberger/Biechl*, Gesundheits- und Krankenpflegegesetz - Kurzkomentar, § 3, S. 30.

814 *Weiss-Faßbinder/Lust*, Gesundheits- und Krankenpflegegesetz - GuKG, § 3, S. 46; *Schwamberger/Biechl*, Gesundheits- und Krankenpflegegesetz - Kurzkomentar, § 3, S. 30; *Hausreither/Lust*, ÖZPR 2011, S. 71, 72.

815 *Weiss-Faßbinder/Lust*, Gesundheits- und Krankenpflegegesetz - GuKG, § 3, S. 46; *Schwamberger/Biechl*, Gesundheits- und Krankenpflegegesetz - Kurzkomentar, § 3, S. 30.

816 Zwar erbringen auch diese Personen Pflegeleistungen im Sinne des der Arbeit zugrunde liegenden weiten Begriffsverständnisses, aber HBeG und GewO bezeichnen diese Tätigkeiten als Betreuung, und die Tätigkeiten, die unter den Vorbehalt des § 3 I GuKG fallen, als Pflege. Zur Gewährleistung begrifflicher Klarheit wird „Pflege“ weiterhin mit dem weiten Begriffsverständnis gebraucht und die Vorbehaltstätigkeiten des § 3 I GuKG in Abgrenzung zur Betreuung i.S.d. HBeG und der GewO als „Pflege i.e.S.“ bezeichnet. Zwar ist es grundsätzlich richtig, dass die Betreuung nur pflegergänzende und nicht pflegeersetzende Funktion hat, wenn man nur von der Pflege i.e.S. ausgeht, *Rupp/Schmid*, SozSich (Österreich) 2007, S. 586, 591. Im Rahmen der übertragenen Tätigkeiten gibt es dann aber doch eine gewisse pflegeersetzende Wirkung.

817 Dabei kann der Katalog des § 159 I GewO auch als Auslegungshilfe für die abstrakte Definition des § 1 III HBeG genutzt werden, *Binder/Fürstl-Grasser*, § 1 HBeG, S. 49. Auch verweist § 1 IV HBeG auf den Katalog des § 3b II Nr. 1-5 GuKG zur näheren Bestimmung, welche Tätigkeiten unter den Begriff Betreuung fallen. Auch können delegierte Tätigkeiten nach § 3 V HBeG und § 159 III GewO ausgeübt werden, ohne etwas am Status des Betreuenden zu ändern, solange sie nicht überwiegend ausgeübt werden.

liegen einer Personenbetreuung nach § 3b I GuKG müssen die Voraussetzungen des § 3b III GuKG erfüllt sein, damit die Betreuungskraft Pflegetätigkeiten im engeren Sinne ausüben darf. Diese Voraussetzungen werden konkret gemeinsam mit den weiteren Sollensanforderungen erläutert, soweit es sich Sollensanforderungen handelt. Gleiches gilt für die Anforderungen nach den §§ 5-7 HBeG und § 160 GewO für die berufsmäßige Ausübung von Tätigkeiten, die nicht unter den Vorbehalt des § 3 I GuKG fallen.

§ 3c GuKG ermöglicht die Delegation anders als § 3b GuKG nicht an berufsmäßige Personenbetreuer, sondern an Laien, § 3c I 1 GuKG. Auch darf der Laie nur eine Person betreuen, § 3c I 2 Nr. 1 GuKG.

Während die §§ 3b, 3c GuKG zunächst nur Tätigkeiten des eigenverantwortlichen Tätigkeitsbereiches des gehobenen Dienstes der Gesundheit- und Krankenpflege i.S.d. § 14 GuKG erfassen, erweitert § 15 VII GuKG die Delegationsmöglichkeiten auf Tätigkeiten des mitverantwortlichen Tätigkeitsbereiches⁸¹⁸ nach § 15 I – V GuKG für die abschließend aufgezählten Tätigkeiten.

Nach § 50b Ärztegesetz kann ein Arzt auch einfache ärztliche Tätigkeiten (vgl. § 50b II Ärztegesetz), die grundsätzlich unter den Ärztevorbehalt nach § 3 I Ärztegesetz fallen, unmittelbar auf die Personengruppen des §§ 3b, 3c GuKG nach § 50b I, III Ärztegesetz übertragen. Dabei ist der Katalog des § 50b II Nr. 1-5 Ärztegesetz identisch mit § 15 VII 1 Nr. 1-5 GuKG. Er enthält jedoch zusätzlich mit Nr. 6 eine Delegationsmöglichkeit für sonstige Tätigkeiten mit vergleichbarem Schwierigkeitsgrad.

Es lassen sich damit fünf Fallgruppen, in denen jeweils unterschiedliche Standards für die Erbringung von Pflegeleistungen gelten, zusammenfassen. Werden ausschließlich Tätigkeiten ausgeübt, die nicht unter den Vorbehalt des § 3 I GuKG fallen (Laientätigkeiten, Betreuung), so gelten abgesehen von den zivil- und strafrechtlichen Anforderungen⁸¹⁹ keine weiteren Sollensanforderungen (Fallgruppe 1). Auch für diese Tätigkeiten gelten Sollensanforderungen, wenn der Anwendungsbereich des HBeG oder der §§ 159f. GewO eröffnet ist (Fallgruppe 2). Werden Tätigkeiten erbracht, die unter den Vorbehalt des § 3 I GuKG fallen und ist keine der Ausnahmen erfüllt, dann dürfen diese Tätigkeiten nur von professionellen Pflegekräften wahrgenommen werden und es gelten die bereits bei der Qualitätssicherung der professionellen Pflege erläuterten Sollensanforderungen (Fallgruppe 3). Greift die Ausnahme des § 3 III GuKG, darf die Tätigkeit ausgeübt werden, ohne dass weitere⁸²⁰ Sollensanforderungen bestehen (Fallgruppe 4). Greift eine der Ausnahmen der §§ 3b, 3c GuKG, so gelten weitere Sollensanforderungen (Fallgruppe 5). Insbesondere ist bei beiden Delegationsmöglichkeiten fraglich, wie

818 Es handelt sich nach § 15 I GuKG um die „Durchführung diagnostischer und therapeutischer Maßnahmen nach ärztlicher Anordnung“.

819 Für den zivilrechtlichen Sorgfaltsmaßstab werden von § 1297 ABGB durchschnittliche Fähigkeiten vermutet. Unterdurchschnittliche Fähigkeiten muss der Schädiger beweisen, *Dittrich/Tades*, Das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, § 1297, S. 605. Für den strafrechtlichen Fahrlässigkeitsbegriff gilt nach § 6 StGB ein individueller Sorgfaltsmaßstab, siehe Fn. 742.

820 Über die zivil- und strafrechtlichen Sollensanforderungen hinaus.

die Verantwortung hinsichtlich der Pflegequalität zwischen Delegierenden und Delegationsempfänger verteilt ist.

Nur bei den Fallgruppen 2 und 5 gibt es Sollensanforderungen, die noch darzustellen sind.⁸²¹ Für die Fallgruppe 2 ist zu unterscheiden, ob die Betreuung selbständig oder unselbständig ausgeübt wird.

Bei selbständiger Ausübung wird das Gewerbe der Personenbetreuung nach § 159 GewO ausgeübt.⁸²² Die betreuende Person ist dann verpflichtet, mit der zu betreuenden Person Handlungsleitlinien für den Alltag und für den Notfall⁸²³ zu vereinbaren, § 160 II Nr. 1 GewO. Weiterhin enthalten zwei Verordnungen, die auf der Grundlage von § 69 I GewO beziehungsweise § 69 II GewO erlassen wurden, Sollensanforderungen für die Ausübung des Gewerbes der Personenbetreuung.⁸²⁴ Dabei verpflichtet die Gefahrenverhütungsverordnung den Personenbetreuer vor allem zum Setzen von Unfallverhütungsmaßnahmen (§ 1 II Nr. 1). Gemäß § 3 der Verordnung zu den Standesregeln enthält die Pflicht der Berufsausübung „mit der Sorgfalt eines ordentlichen Personenbetreuers“. Damit wird ein objektiver Pflichtenmaßstab festgelegt, was jedenfalls für die einfache Fahrlässigkeit die berufsmäßige Ausübung von der Ausübung durch einen Laien unterscheidet. Dabei steht jedoch nicht die Gesundheit des zu Betreuenden, sondern nach § 4 S. 1 der Verordnung zu den Standesregeln stehen die Persönlichkeitsrechte und die wirtschaftlichen Interessen des zu Betreuenden im Vordergrund, was damit zu erklären ist, dass der Personenbetreuer grundsätzlich keine Pflegeleistungen im engeren Sinne erbringt. Der Personenbetreuer hat nach § 1 IV der Verordnung zu den Standesregeln die von ihm erbrachten Leistungen zu dokumentieren.

Wird die Betreuung in unselbständiger Tätigkeit erbracht, so gilt § 5 II HBeG. Danach besteht die Pflicht zur Einhaltung der Handlungsleitlinien gegenüber dem Arbeit-

821 Dabei wirkt der Vorbehalt des § 3 I GuKG der Fallgruppe 3 zwar durch das Verbot auch als Strukturstandard bei der Pflege durch nichtprofessionelle Pflegekräfte. Die für professionelle Pflegekräfte, die die vorbehaltenen Tätigkeiten tatsächlich ausüben, geltenden Standards wurden bereits dargestellt.

822 Das Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend (BMWFJ) stellt für dieses Gewerbe einen Mustervertrag sowie Formulare zur Übertragung pflegerischer und ärztlicher Tätigkeiten zur Verfügung, <http://www.bmwfj.gv.at/Unternehmen/Gewerbe/Seiten/24StundenBetreuungd.aspx> (besucht am 11.07.2014).

823 Ein Gegenstand der Handlungsleitlinien für den Notfall wird dabei in § 160 II Nr. 1 GewO näher bestimmt, nämlich das Verhalten bei Verschlechterung des Zustandes der betreuungsbedürftigen Person. Für das Erkennen müssen der Verschlechterung des Zustandes kommt es auf die subjektiven Fähigkeiten der betreuenden Person an, *Binder/Fürstl-Grasser*, § 5 HBeG, S. 130.

824 Auf Grundlage des § 69 I GewO wurde die „Verordnung des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit über Maßnahmen, die Gewerbetreibende, die das Gewerbe der Personenbetreuung ausüben, zur Vermeidung einer Gefährdung von Leben und Gesundheit bei der Erbringung ihrer Dienstleistungen zu setzen haben“ (Gefahrenverhütungsverordnung) erlassen. Auf Grundlage des § 69 II GewO wurde die „Verordnung des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit über Standes- und Ausübungsregeln für Leistungen der Personenbetreuung“ (Verordnung zu den Standesregeln) erlassen.

geber.⁸²⁵ Es ist dann weiter zu unterscheiden, ob das Arbeitsverhältnis zur betreuungsbedürftigen Person oder zu einem Dritten besteht. Besteht das Beschäftigungsverhältnis mit der betreuungsbedürftigen Person, so soll § 5 II HBeG auch dem Betreuungsbedürftigen verdeutlichen, dass es sinnvoll ist, entsprechende Handlungsleitlinien zu vereinbaren, zu einem Zeitpunkt zu dem er dazu in der Lage ist. Dies gilt insbesondere für die Handlungsleitlinien für den Notfall.⁸²⁶ Besteht das Beschäftigungsverhältnis nicht zwischen Betreuungsbedürftigem und Betreuungskraft sondern beispielsweise mit einem sozialen Dienst, so ist die Betreuungskraft aus dem Arbeitsverhältnis nur gegenüber dem sozialen Dienst zu Einhaltung der Handlungsleitlinien verpflichtet. Der soziale Dienst wiederum ist kraft der Vereinbarung mit dem Betreuungsbedürftigen diesem gegenüber zu Einhaltung der Handlungsleitlinien verpflichtet.

Bei der Delegation von Tätigkeiten in der Fallgruppe 5 ergeben sich die Sollensanforderungen zunächst aus den Voraussetzungen für die Delegation. So sollen durch die Voraussetzungen der Durchführung der Tätigkeit im Privathaushalt der betreuten Person (§ 3b III Nr. 1 GuKG) und der regelmäßigen Anwesenheit der betreuenden Person in diesem Haushalt gewährleistet werden, dass eine Nähebeziehung zwischen betreuter und betreuender Person besteht, von der dann wiederum positive Auswirkungen auf die Qualität der zu erbringenden Tätigkeiten erwartet werden.⁸²⁷ Zur Sicherstellung der Selbstbestimmung der betreuten Person bedarf es deren wirksamer Einwilligung, dass die betreuende Person berechtigt sein soll, die zu delegierende Tätigkeit auszuführen. Auch die Selbstbestimmung des Betreuenden wird geschützt, indem er die Übernahme der Tätigkeit verweigern kann, § 3b III Nr. 4 GuKG. Weiterhin bedarf es der grundsätzlich schriftlichen Anordnung durch einen Angehörigen des gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege (§ 3b III Nr. 4 GuKG) nach Anleitung und Unterweisung (§ 3b III Nr. 3 GuKG). Bei der Anleitung und Unterweisung handelt es sich um Struktursollensanforderungen, welche für die einzelne übertragene Tätigkeit die Ausbildung einer professionellen Pflegekraft ersetzen sollen. Für den Übertragungsprozess selbst gilt die Dokumentationspflicht des § 3b IV 2 GuKG. Bei der Ausübung der übertragenen Tätigkeiten durch den Betreuenden stellen sich zwei zentrale Fragen:

1. Wie ist die Verantwortung zwischen dem Angehörigen des gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege, der die Anordnung erteilt, und dem die Tätigkeit ausführenden Betreuenden verteilt?

2. Gelten bei der Ausführung der Pflegetätigkeit durch den Betreuenden für diesen die objektiven Anforderungen einer professionellen Pflegekraft nach §§ 4ff. GuKG oder

825 Dies ist aufgrund der Weisungsgebundenheit des Arbeitnehmers im Grunde eine Selbstverständlichkeit. Insoweit hat § 5 II HBeG auch nur feststellende Funktion, siehe *Ritzberger-Moser*, Arbeitsrechtliche Aspekte der Betreuung zuhause, in: *Pfeil* (Hrsg.), Die Zukunft der Pflege und Betreuung in Österreich, S. 121, 137.

826 *Binder/Fürstl-Grasser*, § 5 HBeG, S. 130.

827 *Binder/Fürstl-Grasser*, *Binder et al.* 2008, § 1 HBeG, S. 55.

die an den subjektiven Kenntnissen des Einzelnen ausgerichteten Anforderungen, die an einen Laien gestellt werden?

Für die erste Frage wird in einer Mitteilung des Bundesministeriums für Gesundheit⁸²⁸ die Verantwortung hinsichtlich der Anordnung dem Delegierenden zugewiesen. Die Verantwortung für die sachgemäße Durchführung liege hingegen beim ausführenden Laien. Dem wird in der Literatur auch nicht widersprochen,⁸²⁹ teilweise wird lediglich die Mitteilung zitiert.⁸³⁰ Allerdings lassen sich Anordnung und Durchführung dann nicht ohne weiteres trennen, wenn die unsachgemäße Durchführung gerade auf einer fehlerhaften Anordnung beruht, insbesondere wenn die fehlerhafte Anordnung ihrerseits auf einer fehlerhaften Anleitung und Unterweisung beruht. Diesen Fall wird man mit den Aussagen in der Mitteilung des Bundesministeriums für Gesundheit noch lösen können. Denn letztlich war hier die fehlerhafte Anordnung zumindest auch kausal für die unsachgemäße Durchführung, so dass die Verantwortung dafür allein oder gemeinsam mit dem Ausführenden beim Delegierenden liegt. Allerdings ist auch die alleinige Verantwortung für die sachgemäße Durchführung bei fehlerfreier Anordnung des ausführenden Laien zweifelhaft. Dies würde nämlich dazu führen dass die Pflicht des Delegierenden zum Widerruf der Anordnung aus Gründen der Qualitätssicherung nach § 3b V 2 GuKG keine Auswirkungen auf die Verteilung der Verantwortung hat. Zwar enthält § 3b GuKG keine Pflicht des Delegierenden, die Ausführung der Pflegetätigkeit durch den Laien zu überwachen. Es sind jedoch Fälle denkbar, in denen der Delegierende von Fehlern des ausführenden Laien Kenntnis erlangt. Spätestens dann verpflichtet § 3b V 2 GuKG zum Handeln. Ein Angehöriger des gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege, der mit seiner Ausbildung eine besondere Verantwortung für pflegebedürftige Personen übernommen hat und mit dem Delegieren einer Pflegetätigkeit an einen Laien eine potentielle Gefahrenquelle eröffnet hat, ist jedenfalls bei Kenntnis von Fehlern des Laien zum Einschreiten aus § 3b V 2 GuKG verpflichtet. Dieser Pflicht kann man nur gerecht werden, wenn man zumindest ab diesem Zeitpunkt eine Verantwortungsteilung zwischen dem Delegierenden und dem Laien vornimmt. Weitergehend könnte man eine Pflicht zur Überwachung des Laien aus § 14 II Nr. 10 GuKG herleiten, der die „begleitende Kontrolle von Personen nach §§3a bis 3c“ zum eigenverantwortlichen Tätigkeitsbereich des gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege zählt. Dann würde eine Verantwortungsteilung für die sachgemäße Durchführung von Anfang an nahe liegen. Ein vergleichbares Problem stellt sich für die Verantwortungsteilung, wenn sich der Zustand der betreuten Person ändert und der Betreuende dadurch Fehler bei der Pflege macht. Erkennt man die Überwachungspflicht des Delegierenden an, kommt auch hier eine Verantwortungsteilung von Anfang an in Betracht. Erkennt man die Überwachungspflicht des Delegierenden nicht an, führt die Mitteilungspflicht

828 BMG-92251/0013-II/A/2/2011, S. 3.

829 Ohne eigene Stellungnahme zu dieser Frage *Weiss-Faßbinder/Lust*, Gesundheits- und Krankenpflegegesetz - GuKG, § 3b, S. 54ff.; *Hausreither/Lust*, ÖZPR 2011, S. 71, S. 72.

830 *Schwamberger/Biechl*, Gesundheits- und Krankenpflegegesetz - Kurzkommentar, § 3, S. 30ff.

des Betreuenden bei veränderten Verhältnissen nach § 3b VI Nr. 2 GuKG dazu, dass er bis zur Abgabe der Mitteilung die Verantwortung allein trägt, danach jedoch, aufgrund der Pflicht des § 3b V 2 GuKG für den Delegierenden, die Verantwortung geteilt ist.

Für die zweite Frage ist zunächst festzustellen, dass, soweit eine Verantwortung für den Delegierenden besteht, natürlich die Anforderungen des §§ 4ff. GuKG gelten. Unmittelbar gelten diese Anforderungen für den ausführenden Laien nicht, da er nicht Angehöriger der Gesundheits- und Krankenpflegeberufe ist, was die §§ 4ff. GuKG jedoch ausdrücklich voraussetzen. Fraglich ist jedoch, ob durch die Delegation nach § 3b GuKG für die delegierte Tätigkeit die §§ 4ff. GuKG gelten. Dafür könnte sprechen, dass der Betreuende die für die jeweilige Pflegetätigkeit erforderliche Anweisung und Unterweisung bekommt. Für die Prozesssollensanforderung „Dokumentationspflicht“ stellt sich die Frage der Anwendbarkeit des § 5 I GuKG nicht, da diese für den Betreuenden speziell in § 3b VI Nr. 1 GuKG geregelt ist. Bereits diese spezielle Regelung spricht systematisch gegen die Geltung der §§ 4ff. GuKG, da die besondere Anordnung einer Dokumentationspflicht in § 3b VI Nr. 1 GuKG neben den weitergehenden Pflichten aus §§ 5, 9 GuKG überflüssig wäre. Aber auch die Gesamtumstände sprechen gegen eine Geltung der §§ 4ff. GuKG für den Betreuenden. Die Pflicht nach § 4 I GuKG zur Pflege „nach Maßgabe der fachlichen und wissenschaftlichen Erkenntnisse und Erfahrungen“ ist auf Personen zugeschnitten, die eine umfängliche Ausbildung haben. Der Betreuende bekommt jedoch nur eine Anleitung und Unterweisung für die konkrete Pflegetätigkeit. Vor allem aber ist die Pflicht aus § 4 I GuKG dynamisch; es sind also auch neue fachliche und wissenschaftliche Erkenntnisse und Erfahrungen zu berücksichtigen. Die Erfüllung der dynamischen Pflicht durch die Angehörigen der Gesundheits- und Krankenpflegeberufe erreicht man durch Fortbildungspflichten für diese Berufsgruppe. Eine Fortbildungspflicht für den Betreuenden besteht jedoch nicht. Die Pflicht des Betreuenden zur sachgemäßen Durchführung der Pflegetätigkeit kann damit nur die Kenntnisse umfassen, die er bereits hatte, und die Kenntnisse, die er zusätzlich durch Anleitung und Unterweisung hinzubekommen hat. Nach Delegation der Pflegetätigkeit gilt damit ein weniger strenger Sorgfaltsmaßstab als für den Fall, dass die Pflege von einem Angehörigen der Gesundheits- und Krankenpflegeberufe erbracht worden wäre. Begründet werden kann dies zum einen mit dem Selbstbestimmungsrecht des Pflegebedürftigen, der in die Delegation einwilligen muss. Zum anderen führt dies auch zu praktisch sinnvollen Ergebnissen, da auf diese Weise diejenigen Personen, die für die Betreuung häufig vor Ort sind, auch gewisse Pflegetätigkeiten ausüben können.

Die Anforderungen bei der Delegation nach § 3c GuKG sind weitgehend mit denen nach § 3b GuKG vergleichbar. Die Nähebeziehung wird bei § 3c GuKG gewährleistet, indem der Laie nur ein Betreuungsverhältnis zu einer einzigen Person haben darf, § 3c I Nr. 2 GuKG. Damit gelten auch die Überlegungen zur Verantwortungsteilung und zum Sorgfaltsmaßstab entsprechend. Wesentlicher Unterschied ist allerdings, dass der Delegationsempfänger nach § 3c GuKG keine mit § 3b VI Nr. 1 GuKG vergleichbare Dokumentationspflicht hat.

§ 15 VII GuKG enthält keine eigenen Sollensanforderungen, sondern verweist für die Delegation von Tätigkeiten aus dem mitverantwortlichen Tätigkeitsbereich jeweils auf § 3b III-VI GuKG oder auf § 3c II-V GuKG.

Für die unmittelbare Delegation ärztlicher Tätigkeiten nach § 50b Ärztegesetz gelten für die jeweilige Personengruppe nach § 50b III-VII Ärztegesetz mit den §§ 3b, 3c GuKG vergleichbare Anforderungen.

bb) Leistungsbezug nach BPGG und oder Sozialhilfebezug

Für die Leistungsempfänger von Pflegegeld nach dem BPGG gilt auch bei der Inanspruchnahme nichtprofessioneller Pflege die Pflicht zur zweckgemäßen Mittelverwendung nach §§ 1, 20 BPGG. Der Inhalt dieser Pflicht ist unabhängig davon, ob professionelle oder nichtprofessionelle Pflege geleistet wird, so dass auf die Ausführungen zur professionellen Pflege verwiesen werden kann.

Macht der Pflegebedürftige neben dem Pflegegeld auch die Unterstützung für eine 24-Stunden-Betreuung nach § 21b BPGG geltend, so enthält die Anspruchsvoraussetzung des § 21b II Nr. 5 BPGG Struktursollensanforderungen. Danach muss die Betreuungskraft entweder eine theoretische Ausbildung auf dem Niveau des Heimhelfers haben oder ein bereits seit 6 Monaten bestehendes Betreuungsverhältnis vorliegen oder die Betreuungskraft Delegationsempfänger nach zumindest einer der in Betracht kommenden Delegationsmöglichkeiten (§§ 3b, 15 VII GuKG, § 50b Ärztegesetz) sein.⁸³¹ Dabei sind die ersten beiden Varianten als Struktursollensanforderung klar verständlich. So liefert die theoretische Ausbildung eine objektive Voraussetzung für eine gewisse Betreuungsqualität. Das Bestehen des Betreuungsverhältnisses für mindestens 6 Monate baut im Wesentlichen auf den subjektiven Erfahrungen des Betreuungsempfängers auf, der die Fähigkeiten der Betreuungskraft dann bereits seit mindestens einem halben Jahr kennt und bereit ist, sich von dieser weiterhin betreuen zu lassen. Nach einer Betreuung von 6 Monaten vermutet das Gesetz damit, dass die Betreuungskraft zumindest für dieses konkrete Betreuungsverhältnis geeignet ist. Die dritte Variante, dass die Betreuungskraft Delegationsempfänger ist, gibt auf den ersten Blick keine Gewähr für die Erbringung der Betreuungsleistungen, denn eine Delegation setzt lediglich Anordnung und Unterweisung hinsichtlich der delegierten Tätigkeit voraus, welche aber gar keine Betreuungstätigkeit ist, sondern Pflege i.e.S. Dem Gesetz liegt wohl die Vorstellung zugrunde, dass eine Delegation nur stattfindet, wenn die delegierende Pflegefachkraft oder der delegierende Arzt einen positiven Eindruck von den Gesamtfähigkeiten der Betreuungskraft hat. Dies genügt dann, um als geeignete Betreuungskraft für die Förderung der 24-Stunden-Betreuung angesehen zu werden. Neben diesen Strukturanforderungen enthält § 21b IV BPGG eine Ermächtigung zum Erlass von Richtlinien, die auch

831 Die beiden letztgenannten Varianten der Erfüllung der Struktursollensvoraussetzungen wurden erst mit dem Gesundheitsberufe-Rechtsänderungsgesetz 2007 in § 21b BPGG aufgenommen, *Krispl*, ÖZPR 2011, S. 45f.

„Maßnahmen der Qualitätssicherung“ enthalten können. Ausdrückliche Sollensanforderungen enthalten die Richtlinien nicht. Die Gewährleistung der sparsamen, zweckgemäßen und wirtschaftlichen Mittelverwendung durch den Förderungsempfänger ist jedoch gemäß Pkt. 2.3.3 der Richtlinie Anspruchsvoraussetzung. Eine wirtschaftliche und zweckgemäße Verwendung setzt zugleich eine Mindestergebnisqualität voraus, so dass auch diese Anspruchsvoraussetzung ist. Die Konkretisierung der Mindestergebnisqualität fällt jedoch schwer, so dass diese Voraussetzung nur in evidenten Fällen nicht erfüllt ist.

b) Herstellung der Verbindlichkeit

Der strafrechtliche Sorgfaltsmaßstab sowie die strafrechtlich geschützten Rechtsgüter (hier insbesondere die körperliche Unversehrtheit) erlangen ihre Verbindlichkeit unmittelbar durch Gesetz. Dies gilt auch für die Anforderungen an die Erbringung von delegierten Tätigkeiten nach den §§ 3b, 3c GuKG und den Umfang der vorbehaltenen Tätigkeiten nach § 3 I GuKG. Soweit dem Pflegeverhältnis ein zivilrechtlicher Vertrag zugrunde liegt, können in diesem die Sollensanforderungen weitgehend frei vereinbart werden. Verbindlich werden sie durch die vertragliche Einigung.

c) Überwachung

aa) Staatlich initiierte Überwachung

Eine systematische Überwachung des Vorbehalts in § 3 I GuKG und der Voraussetzungen und Anforderungen der §§ 3b, 3c GuKG durch staatliche Stellen erfolgt nicht. Es erfolgt jedoch eine anlassbezogene Prüfung, soweit es sich bei Verstößen gegen diese Vorgaben um Verwaltungsübertretungen i.S.d. § 105 I GuKG handelt. Gleiches gilt für den Vorbehalt des § 3 I Ärztegesetz und die Delegation nach § 50b Ärztegesetz wegen § 199 I, III Ärztegesetz.

Auch die Einhaltung der Handlungsleitlinien nach § 5 HBeG und § 160 II Nr. 1 GewO werden nicht systematisch durch staatliche Stellen überwacht.⁸³² Dies gilt auch für die Einhaltung der Standes- und Ausübungsregeln aus der Verordnung zu den Standesregeln. Im Rahmen eines Verfahrens der Entziehung der Gewerbeberechtigung kommt eine anlassbezogene Prüfung in Betracht. Allerdings setzt der einzig in Betracht kommende Entziehungsgrund des § 87 I Nr. 3 GewO einen schwerwiegenden Verstoß gegen

⁸³² Ein Verstoß gegen die privatrechtlich durch Vertrag zustande gekommenen Leitlinien stellt auch keine Verwaltungsübertretung dar. Damit scheidet insoweit auch eine anlassbezogene Prüfung aus. Denkbar ist jedoch eine anlassbezogene Prüfung im Rahmen eines Strafverfahrens beispielsweise wegen fahrlässiger Körperverletzung.

Rechtsvorschriften und Schutzinteressen voraus, die dann zur Feststellung der Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden führen.

Beim Bezug von Pflegegeld wird die Pflicht des Leistungsempfängers zur zweckgemäßen Verwendung des Pflegegeldes unabhängig davon überwacht, ob der Leistungsempfänger seinen Pflegebedarf letztlich durch professionelle oder durch nichtprofessionelle Pflege deckt.

Hingegen dienen die Hausbesuche nach § 33a BPGG vorrangig zur Beratung von Pflegebedürftigen, die zumindest auch nichtprofessionelle Hilfe in Anspruch nehmen. § 33a BPGG selbst enthält nur relativ wenige Anhaltspunkte zur Durchführung der Hausbesuche. § 33a S. 1, 2 BPGG lässt sich entnehmen, dass die Hausbesuche vom Leistungsträger initiiert werden sollen. Es bleibt hingegen dem Leistungsträger überlassen, in welchen Abständen die Hausbesuche stattfinden sollen. Welche Qualifikation diejenigen, die die Hausbesuche letztlich durchführen, haben müssen, entscheidet der Leistungsträger. Er ist in seiner Wahl allerdings durch das angestrebte Ziel des § 33a BPGG insoweit eingeschränkt, als der Besuchende zu einer Bewertung des Pflegezustandes und einer anschließenden Beratung zumindest in der Lage sein muss. Dass es sich bei § 33a S. 2 BPGG um ein kooperativ zu erreichendes Ziel handelt, ist auch daran zu erkennen, dass es keine Pflicht zur Mitwirkung des Pflegebedürftigen gibt. Dies ergibt sich aus einem Vergleich zu § 33b II BPGG, der die Pflichten des Leistungsempfängers ausdrücklich nennt. Da es eine derartige Formulierung in § 33a BPGG nicht gibt, ist davon auszugehen, dass dieser auch keine entsprechenden Pflichten enthält. Praktisch erfolgt ein einheitliches Vorgehen aller Leistungsträger bei den Hausbesuchen. Bereits kurz nach Einführung des § 33a BPGG im Jahre 2001 wurde ein Pilotprojekt „Qualitätssicherung in der Pflege“ von der Sozialversicherungsanstalt der Bauern und der Pensionsversicherungsanstalt der Angestellten durchgeführt, bei dem knapp 900 Hausbesuche durchgeführt wurden.⁸³³ Nach einem Folgeprojekt 2003⁸³⁴ finden seit dem Jahr 2005 Hausbesuche in größerem Umfang statt, die durch das Kompetenzzentrum „Qualitätssicherung in der häuslichen Pflege“ koordiniert werden,⁸³⁵ wobei auch hier zunächst Hausbesuche bei Pflegebedürftigen stattfanden, die gewisse Risikofaktoren erfüllen und erst nach und nach alle Pflegebedürftigen einbezogen wurden.⁸³⁶ Zur Durchführung der Hausbesuche schließt das Kompetenzzentrum mit geeigneten Angehörigen des gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege Werkverträge ab. Die Vorbereitung eines konkreten Hausbesuches erfolgt zunächst durch schriftliche

833 *Ostermeyer/Biringer*, SozSich (Österreich) 2003, S. 229f. und zur Gründung dieses Kompetenzzentrums *Rudda*, ÖZPR 2011, S. 60, 61.

834 Dabei wurden bereits mehr als 2000 Hausbesuche von Personen des gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege durchgeführt. Vgl. auch zu den Ergebnissen der Hausbesuche *Nemeth/Biringer, et al.*, SozSich (Österreich) 2004, S. 401; *Nemeth/Biringer, et al.*, SozSich (Österreich) 2004, S. 509; *Nemeth/Biringer, et al.*, SozSich (Österreich) 2005, S. 44.

835 *Steinbauer*, SozSich (Österreich) 2005, S. 290.

836 *Vogler*, SozSich (Österreich) 2007, S. 140; *Buchinger*, ÖPZ 2008, S. 10, 12.

Ankündigung beim Leistungsempfänger, dass er ausgewählt wurde. Anschließend nimmt die für den Besuch vorgesehene Pflegefachkraft noch telefonisch Kontakt mit dem Leistungsempfänger auf.⁸³⁷ Für den Hausbesuch wurde bis Juli 2011 ein standardisierter Situationsbericht genutzt.⁸³⁸ Seit August 2011 erfolgt die Ermittlung der Qualität mittels eines neuen Konzeptes, welches auch die Messung der Ergebnisqualität von häuslicher Pflege und Betreuung ermöglicht.⁸³⁹ In allen Berichten über die Hausbesuche werden diese als Erfolgsprojekt beschrieben. Die Akzeptanz bei den Leistungsempfängern sei sehr hoch.⁸⁴⁰ Die Qualität der begutachteten Pflege ist meist „sehr gut“ bis „gut“, Verwahrlosung liegt nur in Einzelfällen vor.⁸⁴¹ Zumindest bei der behaupteten sehr hohen Akzeptanz seitens der Leistungsempfänger sind mit Blick auf die Statistik für den Untersuchungszeitraum August bis September 2011 Einschränkungen zu machen. Von den geplanten 7207 Hausbesuchen konnten nur 5276 erfolgreich durchgeführt werden. Die Differenz ergibt sich im Wesentlichen durch Leistungsempfänger, die die Kooperation ausdrücklich verweigert haben und durch Leistungsempfänger, die zum vereinbarten Zeitpunkt ohne Grund nicht zu Hause waren.⁸⁴² Nun ist es reine Spekulation, wie die Qualität bei den nicht Kooperierenden bewertet worden wäre, es ist jedoch nicht ausgeschlossen, dass auch gerade eine Überforderung mit der Pflegesituation und damit einhergehend eine eher schlechte Pflegequalität zur Nichtkooperation führen kann. Auch insgesamt scheint die Bewertung der Ergebnisse der Hausbesuche nicht ganz konsistent. So wird einerseits festgestellt, die Pflegesituation sei regelmäßig gut bis sehr gut. Andererseits werden ein erheblicher Bedarf an Information und Beratung festgestellt⁸⁴³ und die Situation der pflegenden Angehörigen wird überwiegend als schwierig eingestuft.⁸⁴⁴

Bei der Förderung der 24-Stunden-Betreuung nach § 21b BPGG wird die Erfüllung der Struktursollensanforderung des § 21b II Nr. 5 BPGG, bei der Prüfung, ob die Förderleistung gewährt werden kann, kontrolliert. Die aus der Pflicht zur wirtschaftlichen Mittelverwendung abgeleitete Mindestergebnisqualität ist bei der Gewährung der För-

837 *Biringer/Freiler*, SozSich (Österreich) 2007, S. 599, 600.

838 *Nemeth/Biringer, et al.*, SozSich (Österreich) 2004, S. 401; *Buchinger*, ÖPZ 2008, S. 10; *Rudda*, ÖZPR 2011, S. 60.

839 Zu den einzelnen „Domänen“ dieses Konzeptes, vgl. *Steinbauer/Biringer*, ÖZPR 2012, S. 108ff. Ein Vergleich des alten Verfahrens nach dem standardisierten Situationsbericht und der neuen ergebnisbezogenen Prüfung nimmt, *Grasser*, ÖZPR 2011, S. 144-146, vor.

840 *Nemeth/Biringer, et al.*, SozSich (Österreich) 2004, S. 401; *Steinbauer*, SozSich (Österreich) 2005, S. 290.

841 *Buchinger*, ÖPZ 2008, S. 10, 12f.; *Biringer/Freiler*, SozSich (Österreich) 2007, S. 599, 603.

842 *Kompetenzzentrum Qualitätssicherung in der häuslichen Pflege*, Bundespflegegeldgesetz - Qualitätssicherung in der häuslichen Pflege, S. 4.

843 *Rudda*, ÖZPR 2011, S. 60, 61; *Steinbauer/Biringer*, ÖZPR 2012, S. 108, 110.

844 Am häufigsten werden von den Pflegenden psychische Probleme aufgrund der großen Verantwortung bis hin zur Isolation angegeben, vgl. zur Zielgruppe VIII *Kompetenzzentrum Qualitätssicherung in der häuslichen Pflege*, S. 35 sowie zu früheren Zielgruppen *Nemeth/Biringer, et al.*, SozSich (Österreich) 2004, S. 509, 510.

derleistung im Wege einer Prognose zu prüfen, da der Förderungsempfänger diese „gewährleisten“ muss, vgl. Pkt. 2.3.3. der Richtlinien. Die gemäß Pkt. 4.4 der Richtlinien durch das Bundessozialamt erfolgende Kontrolle der widmungsgemäßen Verwendung der Fördermittel umfasst auch die Mindestergebnisqualität, da Teil der widmungsgemäßen Verwendung auch die wirtschaftliche Verwendung ist. Die Kontrolle dürfte grundsätzlich durch Auskünfte des Förderungsempfängers erfolgen, vgl. Pkt. 5 der Richtlinien. Daneben besteht nach Pkt. 7 der Richtlinien auch die Möglichkeit zu sonstigen Qualitätssicherungsmaßnahmen wie beispielsweise der Durchführung von Hausbesuchen. Da es sich jedoch bei den Förderungsempfängern zugleich auch um Leistungsempfänger des Bundespflegegeldes handelt, wird die Betreuungssituation bei den Hausbesuchen nach § 33a BPGG mit berücksichtigt.

bb) Sonstige am Pflegeprozess Beteiligte

Die Überwachungsmöglichkeiten durch den Pflegebedürftigen und Angehörige sind auch in Österreich von den Umständen des Einzelfalles abhängig. Werden Betreuungsleistungen durch Dritte nach dem HBeG oder §§ 159f. GewO erbracht, gibt es jedoch einige Instrumente, welche die Überwachungsmöglichkeiten durch den Pflegebedürftigen und dessen Angehörige zumindest verbessern sollen.

Werden die Betreuungsleistungen von einer Betreuungskraft erbracht, die das Gewerbe der Personenbetreuung ausübt, schreibt § 2 II der Verordnung zu den Standesregeln die Schriftform sowie einen Mindestinhalt für den Betreuungsvertrag vor. Zu diesen Mindestanforderungen zählen auch der geschuldete Leistungsinhalt sowie die Handlungsleitlinien. Damit ist es für den Pflegebedürftigen und seine Angehörigen einfacher den Sollzustand festzustellen. Für die Beantwortung der Frage, welche Leistungen tatsächlich erbracht wurden, bietet die Dokumentationspflicht nebst Pflicht, diese dem Vertragspartner zugänglich zu machen, nach § 1 IV der Verordnung zu den Standesregeln,⁸⁴⁵ eine Hilfestellung. Erhält der Pflegebedürftige zugleich professionelle Pflege, so besteht auch den professionellen Pflegekräften gegenüber die Pflicht der Betreuungskraft die Dokumentation zugänglich zu machen. Damit ist auch den professionellen Pflegekräften die Kontrolle der Personenbetreuung möglich.

Erfolgt die Erbringung der Betreuungsleistungen hingegen von einer Betreuungskraft, die in einem Arbeitsverhältnis zum Betreuungsbedürftigen steht, gibt es keine gesetzlich normierte Dokumentationspflicht. Auch lässt sich diese nicht generell als Nebenpflicht aus dem Betreuungsvertrag herleiten.⁸⁴⁶ Eine Dokumentationspflicht kann hier nur im Arbeitsvertrag ausdrücklich vereinbart werden.

845 Verordnung über Standes- und Ausübungsregeln für Leistungen der Personenbetreuung (BGBl. II 2007/278).

846 Zwar wird allgemein davon ausgegangen, dass bei einem Vertrag zwischen Arzt und Patient eine Dokumentationspflicht des Arztes bereits als Nebenpflicht aus dem Dienstvertrag folgt, *Stellamör/Steiner*, Handbuch des österreichischen Arztrechts Band 1, S. 158ff., und es daher der spezial-

Eine zusätzliche Überwachung findet bei der Erbringung von Pflegeleistungen im engeren Sinne nach Anordnung gemäß den §§ 3b, 3c GuKG statt. Hier obliegt dem anordnenden Angehörigen des gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege die Überwachung des Anordnungsempfängers. Diese Überwachung wird für den Fall des § 3b GuKG durch die Dokumentationspflicht des Anordnungsempfängers nach § 3b VI Nr. 1 GuKG und die Pflicht, die Dokumentation dem anordnenden Angehörigen des gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege zugänglich zu machen, vereinfacht.

d) Reaktion auf die Überwachungsergebnisse

aa) Staatliche Reaktionen

Das GuKG enthält als staatliche Reaktion auf die Nichterfüllung von Pflichten vor allem die Sanktionierung als Verwaltungsübertretung. Übt eine nichtprofessionelle Pflegekraft Pflegeleistungen i.e.S. aus, ohne dazu nach §§ 3 III, 3b, 3c GuKG berechtigt zu sein, so ist dies eine Verwaltungsübertretung i.S.d. § 105 I Nr. 1 GuKG und wird entsprechend sanktioniert. Um eine Verwaltungsübertretung i.S.d. § 105 I Nr. 4 GuKG handelt es sich auch, wenn die nichtprofessionelle Pflegekraft bei zulässiger Ausübung von Pflege i.e.S. nach den §§ 3b, 3c GuKG gegen die ihr dort auferlegten Pflichten verstößt. Dazu gehören insbesondere die Dokumentationspflicht nach § 3b VI Nr. 1 GuKG und die Informationspflicht bei Änderungen gegenüber der anordnenden Person nach §§ 3b VI Nr. 2, 3c V GuKG. In diesem Zusammenhang können auch professionelle Pflegekräfte sanktioniert werden, wenn sie ihre Pflichten aus den §§ 3b, 3c GuKG nicht erfüllen. Dies gilt zum einen für die ordnungsgemäße Anordnung und Unterweisung der nichtprofessionellen Pflegekraft, aber auch, wenn man eine Pflicht zur Überwachung der nichtprofessionellen Pflegekraft anerkennt, für die Erfüllung der Überwachungspflicht.

Führt die nichtprofessionelle Pflegekraft lediglich Betreuungstätigkeiten aus, kommen staatliche Sanktionen außerhalb des Strafrechts nur in Betracht, wenn sie das Gewerbe der Personenbetreuung ausübt. Dann können Verstöße gegen Standes- und Ausübungsregeln unter den Voraussetzungen des § 87 I Nr. 3 GewO zur Entziehung der Gewerbeberechtigung führen.

gesetzlichen Regelung des § 51 Ärztegesetz nicht bedürfe. Die Dokumentationspflicht als Nebenpflicht aus dem Dienstvertrag bei Ärzten lässt sich jedoch vor allem damit begründen, dass man die Dokumentation von Diagnose und Behandlung durch Ärzte als Teil der Behandlung entsprechend des fachlichen Standards erwartet. Dies ist bei der Personenbetreuung, die eine fachliche Ausbildung nicht voraussetzt, nicht der Fall.

Die Reaktionsmöglichkeiten der §§ 20, 33b III BPGG entsprechen denen bei der professionellen Pflege.⁸⁴⁷

Bei dem nur bei Leistungsbezug nach dem BPGG geltenden kooperativ zu erreichenden Optimierungsgebot des § 33a BPGG ist zu unterscheiden, ob und inwieweit der Pflegebedürftige kooperiert. Kooperiert der Pflegebedürftige wird ein Hausbesuch durchgeführt. Wird dabei festgestellt, dass die Möglichkeit der Optimierung besteht, leistet der Leistungsträger seinen Beitrag in Form von Information und Beratung. Der Pflegebedürftige kann dann diese neuen Informationen zur Verbesserung seiner Situation nutzen. Der Pflegebedürftige kann sowohl im ersten Teil, also bei der Frage, ob ein Hausbesuch durchgeführt wird, als auch im zweiten Teil, also bei der Frage, ob er die neuen Informationen zur Verbesserung seiner Lage nutzt, die Kooperation verweigern. Weitere Konsequenzen hat die Verweigerung der Kooperation für den Pflegebedürftigen nicht.

Erhält der Pflegebedürftige die Förderung für die 24-Stunden-Pflege nach § 21b BPGG, so wird bei Feststellung der widmungswidrigen Verwendung der Förderung, also auch, wenn die Qualität nicht den Mindeststandard erreicht, die als Zuschuss geleistete Förderung nach Pkt. 6. der Richtlinien zurückgefordert. Gleiches gilt, wenn die notwendigen Feststellungen für die zweckgemäße Verwendung vereitelt werden.

bb) Reaktionen sonstiger am Pflegeprozess Beteiligter

Bei den Reaktionsmöglichkeiten des Pflegebedürftigen ist zunächst danach zu unterscheiden, ob das Pflegeverhältnis rechtlich formalisiert ist, wie im Rahmen der Betreuung nach dem Hausbetreuungsgesetz oder ob ein Gefälligkeitsverhältnis, wie regelmäßig bei der Pflege durch Angehörige, vorliegt. Rechtliche Möglichkeiten zur Beendigung des Pflegeverhältnisses, beispielsweise durch Kündigung, sind nur interessant, wenn es sich um ein rechtlich formalisiertes Pflegeverhältnis handelt. Bei der Betreuung nach dem Hausbetreuungsgesetz sind drei Varianten der rechtlichen Gestaltung denkbar. In der ersten Variante besteht ein Arbeitsvertrag zwischen Betreuendem und Pflegebedürftigem (oder dessen Angehörigen). Auf die Kündigung ist dann nach § 3 I HBeG das Hausgehilfen- und Hausangestelltengesetz (HGHAG) anwendbar. Nach § 13 II HGHAG gilt, wenn nichts Abweichendes vereinbart wurde, eine Kündigungsfrist von 14 Tagen, ohne dass es eines Kündigungsgrundes bedarf. In der zweiten Variante ist der Betreuende bei einem sozialen Dienst angestellt und zwischen sozialem Dienst und Pflegebedürftigem besteht ein Dienstvertrag. Geht man davon aus, dass dieser keine Dienste höherer Art zum Gegenstand hat⁸⁴⁸, das Entgelt nach Stunden oder Tagen bemessen ist und nicht Abweichendes vereinbart wurde, dann kann nach § 1159 ABGB jederzeit für den folgenden Tag gekündigt werden. In Salzburg ist auch für Träger von

847 Siehe D. II. 1. d) aa).

848 Dafür spricht, dass für die Hausbetreuung keine berufliche Ausbildung erforderlich ist, vgl. Fn. 773 zur Definition von Diensten höherer Art.

Einrichtungen der Haushaltshilfe die jederzeitige Kündigungsmöglichkeit des Pflegebedürftigen nach § 25 III Nr. 1 SPG unabdingbar. Bei der dritten Variante ist der Betreuende selbstständig, und es besteht zwischen ihm und dem Pflegebedürftigen ein Dienstvertrag. Auch hier gelten die §§ 1159ff. ABGB. Hingegen ist das Salzburger Pflegegesetz dem Wortlaut nach auf einzelne Betreuungskräfte nicht anwendbar. Ein einzelner Betreuender ist kein „Träger einer Einrichtung“.

Die Möglichkeit des Schadensersatzes bei mangelhafter Pflege besteht hingegen unabhängig von der rechtlichen Formalisierung des Pflegeverhältnisses. Im Rahmen der Ansprüche des Pflegebedürftigen nach dem allgemeinen Schadensersatzrecht nach den §§ 1293ff. ABGB besteht gegenüber den Schadensersatzansprüchen bei Pflege durch professionelle Pflegekräfte vor allem der Unterschied, dass der strenge objektive Sorgfaltsmaßstab nach § 1299 ABGB für nichtprofessionelle Pflegekräfte nicht gilt.⁸⁴⁹ Er gilt jedoch, wenn ein Schadensersatzanspruch aufgrund mangelhafter Delegation, insbesondere aufgrund mangelhafter Anleitung und Unterweisung, aber auch bei verspäteter Rücknahme der Delegation, nach den §§ 3b, 3c GuKG, § 50b Ärztegesetz gegenüber dem delegierenden Arzt oder der delegierenden Pflegefachkraft geltend gemacht wird.

Werden nach §§ 3b, 3c GuKG delegierte Pflegeleistungen i.e.S. oder nach § 50b Ärztegesetz delegierte ärztliche Leistungen durch den Delegationsempfänger mit nicht ordnungsgemäßer Qualität erbracht, so besteht neben den Reaktionsmöglichkeiten des Pflegebedürftigen gegenüber Delegierenden und Delegationsempfänger die Pflicht des Delegierenden die Befugnis zur Vornahme der Pflege Tätigkeit i.e.S. oder der ärztlichen Tätigkeit zu widerrufen, §§ 3b V 2, 3c IV 2 GuKG, § 50b V 3 Ärztegesetz.

e) Rechtsschutz

Entscheidungen im Verwaltungsstrafverfahren (hier kommen insbesondere die Strafen nach § 105 GuKG in Betracht) ergehen durch Bescheid. Gegen diesen war bis 31.12.2013 zunächst Berufung bei den unabhängigen Verwaltungssenaten⁸⁵⁰ nach §§ 51ff. Verwaltungsstrafgesetz (VStG) in der Fassung bis 31.12.2013 zu erheben und anschließend nach Art. 131 B-VG in der Fassung bis 31.12.2013 Beschwerde beim Verwaltungsgerichtshof. Seit 01.01.2014 ist gegen Bescheide, die ein Verwaltungsstrafe

849 Damit bleibt es beim Sorgfaltsmaßstab des § 1297 ABGB und der Bestimmung eines objektiven Sorgfaltsmaßstabes anhand von Verkehrskreisen, *Harrer*, in: Schwimann, Praxiskommentar zum ABGB, Band 7, § 1297, Rn. 4. Da für die Tätigkeit als Betreuungskraft keine Ausbildung erforderlich ist, kann man von Betreuungskräften nicht mehr Kenntnisse als von Laien erwarten. Damit ist Sorgfaltsmaßstab dasjenige, was man von jedem Laien erwarten kann.

850 Die unabhängigen Verwaltungssenate sind Teil der Verwaltung, ihre Entscheidung wurde in Art. 131 III B-VG in der Fassung bis zum 31.12.2013 jedoch privilegiert, da die Behandlung einer Beschwerde gegen Entscheidungen der unabhängigen Verwaltungssenate wegen fehlender grundsätzlicher Bedeutung der Rechtsfrage abgelehnt werden konnte, vgl. zur Frage der Reichweite im Verwaltungsstrafverfahren, *Mayer*, Das österreichische Bundesverfassungsrecht, Art. 131, S. 442f.

aussprechen die Beschwerde zu den Verwaltungsgerichten möglich, § 46 I VStG in der Fassung seit 01.01.2014.

Gegen Entscheidungen des Bundessozialamtes im Rahmen der Gewährung oder Entziehung von Unterstützungsleistungen für die 24-Stunden-Betreuung nach § 21b BPGG gilt hinsichtlich des gerichtlichen Rechtsschutzes das zu den Sozialhilfeleistungen ohne Rechtsanspruch im Rahmen der Qualitätssicherung bei der professionellen Pflege Gesagte.⁸⁵¹ Insbesondere handelt es sich bei diesen Unterstützungsleistungen nicht um Pflegegeldleistungen nach § 65 I Nr. 1 ASGG, so dass der Rechtsweg zu den Arbeits- und Sozialgerichten nicht eröffnet ist. Verwaltungsinterner Rechtsschutz ist nach Punkt 4.7 der Richtlinien zur 24-Stunden-Betreuung beim BMASK möglich. Dieses überprüft die Rechtmäßigkeit und die Zweckmäßigkeit der Entscheidung des Bundessozialamtes.

Bei Reaktionen des Pflegebedürftigen auf der Grundlage des zivilrechtlichen Dienstvertrags zwischen ihm und der Betreuungskraft oder einem Betreuungsdienst ist das allgemeine Verfahren nach der Zivilprozessordnung maßgebend. Nur wenn die Betreuungskraft beim Pflegebedürftigen als Arbeitnehmer angestellt ist, handelt es sich um eine Arbeitsrechtssache nach § 50 I Nr. 1 ASGG.

f) Herstellung eines Kreislaufes

Bei der Herstellung eines Qualitätskreislaufes kann es bei der nichtprofessionellen Pflege vor allem um die Herstellung des kleinen Kreislaufes gehen, wobei der rechtliche Beitrag dazu wie bei der professionellen Pflege durch die präventiven und repressiven Wirkungen der Reaktionsmöglichkeiten erfolgt. Die ständige Weiterentwicklung der Sollensanforderungen wird bei der nichtprofessionellen Pflege hingegen grundsätzlich bereits nicht angestrebt. Allerdings findet im Rahmen der Delegation von Tätigkeiten nach den §§ 3b, 3c GuKG eine Teilhabe der Delegationsempfänger an der Weiterentwicklung der fachlichen Standards statt, denn Anleitung und Unterweisung für die zu delegierende Tätigkeit nehmen an der Dynamik der fachlichen Standards teil.

2. Qualitätssicherungsinstrumente außerhalb des Qualitätskreislaufes

a) Unterstützung der Pflegebedürftigen

Einen Rechtsanspruch auf Information oder Beratung hinsichtlich des pflegerischen Bedarfes, der denkbaren rechtlichen Ansprüche oder anderer Aspekte der Pflege enthält das BPGG nicht. Nach § 33c I Nr. 2, 3 BPGG können Projekte finanziell gefördert wer-

⁸⁵¹ Siehe D. II. 1. e) bb).

den, deren Gegenstand die Verbesserung der Kenntnisse im Umgang mit Pflegebedürftigkeit ist. In einigen Ländern sind „allgemeine und spezielle Beratungsdienste“ in den Leistungskatalogen bei Pflegebedürftigkeit in den Sozialhilfe- oder Mindestsicherungsgesetzen enthalten.⁸⁵² Ein konkreter Rechtsanspruch besteht jedoch nicht. Der Umstand, dass rechtliche Regelungen, die einen Anspruch des Pflegebedürftigen auf Information und Beratung enthalten, weitgehend fehlen, bedeutet nicht, dass keine Beratung stattfindet. Im Rahmen der Hausbesuche nach § 33a BPGG soll die Pflegesituation vor allem durch Beratung verbessert werden. Auch gibt es auf Landesebene beispielsweise das Demenzteam Burgenland⁸⁵³ und die Pflegeberatung Salzburg⁸⁵⁴. Allerdings führen das Fehlen eines Anspruches des Pflegebedürftigen und das Fehlen von gesetzlichen Regelungen, die die Pflicht zur Beratung konkretisieren, zu einer geringen Rechts- und Planungssicherheit. Derartige freiwillige Maßnahmen sind in besonders großem Maße der Gefahr ausgesetzt, im Rahmen allgemeiner Haushaltskürzungen gestrichen zu werden.

b) Unterstützung der Pflegenden

Die Unterstützung der Pflegenden erfolgt durch Ausgestaltung der Rahmenbedingungen der Pflege. Für professionelle Pflegekräfte sind dies beispielsweise arbeitsrechtliche Regelungen und für nichtprofessionelle Pflegekräfte Regelungen zur besseren Vereinbarkeit von Pflege und Beruf.

aa) Berufsmäßig Pflegende

Gerade bei Personen, die Betreuungsleistungen im Rahmen der 24-Stunden-Pflege erbringen und die möglicherweise sogar mit dem Pflegebedürftigen in einem Haushalt wohnen, stellt sich die Frage, wie diese Personen vor (zeitlicher) Überlastung geschützt werden können, ohne diese Art der Betreuung praktisch unmöglich zu machen. Die Regelungen des Arbeitszeitgesetzes (AZG) erweisen sich in diesem Zusammenhang als untauglich. Um eine 24-Stunden-Betreuung dauerhaft in Übereinstimmung mit § 3 I AZG zu gewährleisten, wären mindestens fünf Betreuungskräfte erforderlich.⁸⁵⁵ Damit

852 § 15 II lit. c K-MSG, § 22 II Nr. 5 Salzburger SHG, § 22 II Nr. 4 WSHG

853 *Biringer/Freiler*, SozSich (Österreich) 2010, S. 511, 514f.

854 http://www.salzburg.gv.at/themen/gs/soziales/pflege_und_betreuung-2/pflegeberatung.htm (besucht am 11.07.2014).

855 Wöchentlich ist eine Anwesenheit von 168 Stunden erforderlich. Insbesondere gilt auch die Arbeitsbereitschaft als Arbeitszeit. Auch handelt es sich regelmäßig um Arbeitsbereitschaft und nicht lediglich um nicht zur Arbeitszeit gehörende Rufbereitschaft, da der Arbeitsgeber den Ort des Aufenthalts während der Bereitschaft bestimmen wird. Zu dieser Unterscheidung, VwGH vom 11.03.1993 – 92/18/0446. Bei einer wöchentlichen Arbeitszeit von 40 Stunden je Betreuungskraft werden also fünf Betreuungskräfte benötigt.

die tägliche Höchstarbeitszeit nach § 3 I AZG nicht überschritten wird, müssten sich die Betreuungskräfte im Dreischichtsystem abwechseln. Ein solches Modell wäre nicht praktikabel. Dies gilt vor allem, wenn die Betreuungskräfte im Haushalt des Pflegebedürftigen wohnen, da dieser dann auch fünf Wohnplätze zu Verfügung stellen müsste. Will man diese Form der Betreuung aus dem Bereich der Illegalität herausholen und den Pflegebedürftigen eine legale Möglichkeit zur Deckung ihres Bedarfes in häuslicher Umgebung ermöglichen, so bedarf es u. a. einer besonderen Lösung für den Bereich der Arbeitszeit. Dieser Lösungsweg wird durch die §§ 3, 4 HBeG eröffnet.⁸⁵⁶ Dabei wird unterschieden, ob das Arbeitsverhältnis der Betreuungskraft i.S.d. § 1 II HBeG zum Pflegebedürftigen (oder zu einem Angehörigen) oder zu einer Trägerorganisation besteht. Für den ersten Fall gilt § 3 HBeG und für den zweiten Fall § 4 HBeG. Auf die Arbeitszeitregelung für Betreuungskräfte nach § 1 II HBeG selbst hat diese Unterscheidung keinen Einfluss, da § 4 I HBeG insoweit auf § 3 II-IV HBeG verweist.⁸⁵⁷ Aus § 3 II 1 HBeG i.V.m. der Begriffsdefinition für Betreuungskräfte nach dem HBeG nach § 1 II Nr. 3 HBeG ergibt sich ein Zwei-Wochen Blockmodell. Danach beträgt die Höchstarbeitszeit innerhalb von 2 aufeinanderfolgenden Wochen 128 Stunden, gefolgt von 2 Wochen Freizeit. Abweichend von den allgemeinen Bestimmungen des Hausangestelltengesetzes (HGHAG) und des AZG gelten bestimmte Zeiten der Arbeitsbereitschaft nicht als Arbeitszeit. Durch das Zwei-Wochen Blockmodell wird eine gewisse Kontinuität der Betreuung gewährleistet, da es möglich ist, dass sich zwei Personen im Zwei-wochenrhythmus abwechseln.

Ist die Betreuungskraft beim Pflegebedürftigen (oder einem Angehörigen) angestellt, so verweist § 3 I HBeG für weitere Mindestarbeitsbedingungen auf das HGHAG. Dazu gehören vor allem die Mindestbestimmungen zu der der Betreuungskraft zur Verfügung gestellten Mindestausstattung für den Wohnraum nach § 4 I, II HGHAG sowie § 9 HGHAG für den Mindesturlaubsanspruch.⁸⁵⁸ HGHAG (wg. § 3 I HBeG). Hinsichtlich der Entlohnung gilt der Mindestlohn tarif für im Haushalt Beschäftigte.⁸⁵⁹

856 Vgl. zu diesem Ziel, 78 der Beilagen XXIII. GP – Regierungsvorlage – Vorblatt und Erläuterungen, S. 2.

857 Lediglich für den Arbeitgeber bestehen in diesem Fall strengere Anforderungen an die Arbeitszeitdokumentation, § 4 II Nr. 1 HBeG i.V.m. § 26 AZG und ein Überschreiten der Höchstarbeitszeit wird strenger sanktioniert, § 4 II Nr. 2 HBeG i.V.m. § 28 II AZG. Von Bedeutung ist die Unterscheidung nach dem Arbeitgeber, wenn die Betreuungskraft nicht die Voraussetzungen des § 1 II HBeG erfüllt, also beispielsweise die betreuungsbedürftige Person nicht zumindest pflegebedürftig i.S.d. Pflegestufe 1 nach dem BPGG ist oder lediglich pflegebedürftig i.S.d. Pflegestufen 1 oder 2 ist und kein zusätzlicher Betreuungsbedarf wegen einer Demenzerkrankung nachgewiesen wurde (§ 1 II Nr. 2 HBeG). Ist der Arbeitgeber dann der Pflegebedürftige, gilt das HGHAG. Ist der Arbeitgeber hingegen eine Trägerorganisation, gilt das AZG.

858 Zur Berechnung des Mindesturlaubsanspruches von Betreuungskräften mit einer 7-Tage-Woche im Zwei-Wochen Blockmodell, *Binder/Fürstl-Grasser*, § 3 HBeG, S. 76-79.

859 Vgl. die „Verordnungen des Bundeseinigungsamtes beim Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz, mit denen der Mindestlohn tarif für im Haushalt Beschäftigte festgesetzt wird“ für die einzelnen Länder.

bb) Nicht berufsmäßig Pflegende

Nicht berufsmäßig Pflegende sind vor allem Angehörige, Nachbarn und Freunde. Bei diesen soll durch Unterstützungsmaßnahmen die Bereitschaft zur Pflege gefördert, aber auch die Fähigkeit und die Bereitschaft zu pflegen erhalten werden. Als typische Unterstützungsmaßnahmen haben sich bisher die Ersatzpflege bei Verhinderung des Hauptpflegenden und Kurse zur Vermittlung pflegerischer Kenntnisse⁸⁶⁰ herausgebildet.

Pflegekurse gehören nicht zu den Unterstützungsmaßnahmen, die im BPGG unmittelbar gefördert werden. Es erfolgt jedoch eine mittelbare Förderung, da der Besuch eines solchen Kurses ein sonstiger wichtiger Grund i.S.d. § 21a I Nr. 2 BPGG ist⁸⁶¹ und damit die Förderung für die Ersatzpflege nach § 21a BPGG auslösen kann. In den Sozialhilfe- beziehungsweise Mindestsicherungsgesetzen von Kärnten und Oberösterreich sind Schulungen Teil der möglichen Leistungen der Hilfe zur Pflege. Ein Rechtsanspruch besteht jedoch in beiden Ländern nicht.⁸⁶² Die Voraussetzungen für die Möglichkeit an Schulungen teilnehmen zu können, sind in beiden Ländern gering.⁸⁶³ So muss kein Angehörigenverhältnis bestehen. Auch kann eine Schulung bereits vor Aufnahme der Pflegetätigkeit erbracht werden.

Sowohl im BPGG als auch in den Sozialhilfe- beziehungsweise Mindestsicherungsgesetzen einiger Länder werden Pflegende dabei unterstützt, eine Ersatzkraft im Falle der Verhinderung oder einer Auszeit des Pflegenden zu finanzieren.⁸⁶⁴ Die Förderung nach § 21a BPGG wird durch einen Zuschuss in Geld gewährt.⁸⁶⁵ Die Voraussetzungen für diese Förderung sind recht streng. So muss es sich bei der Pflegeperson um einen nahen Angehörigen⁸⁶⁶ handeln, der einen Pflegebedürftigen mit qualifizierter Pflegebedürftigkeit seit über einem Jahr überwiegend pflegt. Insbesondere die Beschränkung auf nahe Angehörige ist nur mit fiskalischen Gründen zu erklären. Die Wartezeit von einem Jahr mag bei der Verhinderung wegen Urlaub noch ihre Berechtigung haben⁸⁶⁷, aber

860 Dabei geht es nicht nur darum, die Qualität der Pflege für den Pflegebedürftigen unmittelbar zu verbessern, sondern auch und möglicherweise sogar im Wesentlichen darum, den Pflegenden vor physischer und psychischer Überlastung zu schützen, um dadurch mittelbar die Versorgung des Pflegebedürftigen dauerhaft zu sichern.

861 So ausdrücklich Pkt. 3.4 der Richtlinien des BMASK für die Gewährung von Zuwendungen zur Unterstützung pflegender Angehöriger (Unterstützungsrichtlinie).

862 § 8 II K-MSG; § 17 V OöSHG.

863 Die Voraussetzungen enthalten die §§ 15 III i.V.m. 9 II lit. g K-MSG und § 17 IV OöSHG.

864 Zum Zweck der Unterstützung, vgl. *Grasser*, ÖZPR 2010, S. 42f. Ein Rechtsanspruch besteht aber auch auf diese Unterstützungsmaßnahme nicht. Bspw. Richtlinie des Landes Tirol zur Förderung der Kurzzeitpflege für pflegebedürftige Personen Pkt. 2.7.

865 Zum Förderrahmen vgl. Pkt. 5.2 der Unterstützungsrichtlinie. Die Pflegeperson kann die Fördermittel sowohl für die Organisation professioneller als auch nichtprofessioneller Pflege verwenden, Pkt. 1 der Unterstützungsrichtlinie.

866 Zum Kreis der nahen Angehörigen siehe Pkt. 1.1 der Unterstützungsrichtlinie.

867 Obwohl ein Jahr ohne Urlaub auch bereits sehr lang ist und zu Überlastung des Pflegenden führen kann.

bei der Verhinderung aufgrund eines Pflegekurses dürfte sie kontraproduktiv sein. Ziel sollte es sein, den Pflegekurs möglichst schnell nach Beginn der Pflegetätigkeit machen zu können, um vorhandene Wissenslücken schließen und praktische Fähigkeiten möglichst schnell entwickeln zu können. Eine Wartezeit von einem Jahr wirkt hier kontraproduktiv. Weiterhin ist die Förderung von der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Pflegeperson abhängig.⁸⁶⁸ Entsprechend der grundsätzlichen Zuständigkeitsverteilung zwischen Bund und Ländern, wonach die Länder verpflichtet sind, ein ausreichendes Angebot an Pflegesachleistungen zu gewährleisten, findet eine Förderung in den Sozialhilfe- beziehungsweise Mindestsicherungsgesetzen einiger Länder in der Form statt, dass stationäre Kurzzeitpflegeplätze geschaffen werden oder mobile Kurzzeitpflege ermöglicht wird.⁸⁶⁹ Während gemäß § 22 II Salzburger SHG die Kurzzeitpflege nur als sozialer Dienst in stationären Einrichtungen bereitgestellt werden soll, ist in Kärnten und Tirol die Kurzzeitpflege eine Leistung der Hilfe zur Pflege.⁸⁷⁰

Der Anspruch auf Freistellung von der Arbeit gegen den Arbeitgeber nach § 16 I 1 Nr. 1 UrlG zur Pflege eines nahen Angehörigen ist wegen seiner kurzen Dauer von einer Woche im Jahr sowie wegen den strengen Voraussetzungen, insbesondere der nicht möglichen Hilfe durch andere Personen⁸⁷¹, ersichtlich nicht für die Langzeitpflege konzipiert, sondern soll nur bei kurzfristiger Krankheit eine Lösungsmöglichkeit für die Hilfe in der Familie bilden.⁸⁷² Ein Freistellungsanspruch für eine Dauer von bis zu 3 Monaten gegen den Arbeitgeber besteht gegenwärtig nur im Falle der Sterbebegleitung naher Angehöriger, § 14a Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG). Seit dem 01.01.2014 kann ein Arbeitnehmer auch die Freistellung von der Arbeit (Pflegekarenz) oder die Reduzierung der Arbeitszeit (Pflegeteilzeit) für die Pflege eines nahen Angehörigen verlangen, §§ 14c, d AVRAG. Die Dauer ist ebenfalls auf drei Monate beschränkt und der Anspruch existiert grundsätzlich⁸⁷³ nur einmal für jeden Pflegebedürftigen, dessen Pflegebedarf zumindest dem der Stufe 3 i.S.d. Bundespflegegeldgesetzes ent-

868 Zu den Einkommensgrenzen Pkt. 3.1 und 3.2 der Unterstützungsrichtlinie.

869 §§ 15 II lit. d i.V.m. 9 II lit. f K-MSG; § 22II Salzburger SHG; §§ 13 lit. c, d, 2 XIX, XIX TMSG.

870 Der Umstand, dass weitere Unterstützungsmaßnahmen gesetzlich nicht geregelt sind, bedeutet nicht, dass es keine weiteren Maßnahmen gibt. So hat das BMASK eine Pflegeplattform mit Informationen im Internet eingerichtet und betreibt ein Pflegetelefon, vgl. dazu *Bundesministerium für Arbeit*, Österreichischer Pflegevorsorgebericht 2010, S. 9-11. Allerdings folgt aus der fehlenden Normierung, dass für den Einzelnen kein Anspruch auf ein bestimmtes Angebot besteht und dass ein Verschlanken oder gar Abschaffen der Maßnahmen einfacher möglich ist.

871 Diese Voraussetzung lässt sich aus § 16 I 1 Nr. 1 UrlG ableiten, da der Arbeitnehmer wegen der Pflege an der Arbeitsleistung gehindert sein muss. Dieser kausale Zusammenhang besteht nur, wenn andere Lösungen nicht zur Verfügung stehen, *Marold/Friedrich*, Österreichisches Arbeitsrecht, S. 214f.

872 Bei längeren Freistellungsansprüchen, die auch für die Langzeitpflege nützlich sein können, dürfte jedoch auch de lege ferenda eine Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers kaum zu begründen sein.

873 Ein erneuter Anspruch entsteht bei Erhöhung des Pflegebedarfes um mindestens eine Pflegestufe, allerdings nur einmalig, §§ 14c I 3, 14d I 3 AVRAG

spricht, §§ 14c I 2, 14d I 2 AVRAG. Während der Pflegekarenz entfällt der Lohnanspruch vollständig, während der Pflegeteilzeit anteilig. Alle genannten Freistellungsansprüche werden durch eine Vereinbarung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber verwirklicht, §§ 14c II, 14d II AVRAG, d.h. der Arbeitnehmer hat einen Anspruch gegen den Arbeitgeber auf Abgabe einer entsprechenden Willenserklärung. Allerdings ist bei der Verwirklichung des Anspruches auf die betrieblichen Erfordernisse Rücksicht zu nehmen. Um den Einkommensausfall zumindest teilweise zu kompensieren, enthalten die §§ 21c ff. BPGG eine Sozialleistung, auf die der Pflegende Anspruch hat, nämlich das Pflegekarenzgeld. Die Höhe entspricht dem Grundbetrag des Arbeitslosengeldes, der nach § 21 AIVG ermittelt wird, § 21c II BPGG.⁸⁷⁴ Weder der Anspruch auf Pflegekarenz noch das Pflegekarenzgeld bieten aufgrund ihrer zeitlichen Begrenzung eine dauerhafte Lösung für die Vereinbarkeit von Beruf und Pflege naher Angehöriger. Dies ist jedoch auch nicht der Zweck der Regelungen. Vielmehr sollen sie bei plötzlich eintretendem Pflegebedarf eine vorübergehende Pflege durch nahe Angehörige und die Organisation der zukünftigen Pflege ermöglichen.⁸⁷⁵

Sind pflegende Angehörige selbst Bezieher von Mindestsicherung beziehungsweise Sozialhilfe, so werden sie aufgrund der Pflege in allen Ländern insoweit privilegiert, als der Einsatz ihrer Arbeitskraft zur Verhinderung der Hilfebedürftigkeit nicht verlangt wird, wenn sie einen Angehörigen, dessen Pflegebedürftigkeit mindestens der Pflegestufe 3 entspricht, pflegen.⁸⁷⁶

Es bestehen auch Regelungen für die sozialversicherungsrechtliche Absicherung von pflegenden Angehörigen in der Pensionsversicherung und Krankenversicherung. In der Pensionsversicherung besteht die Möglichkeit zur begünstigten Selbst- oder Weiterversicherung. Die Beiträge werden, nach § 17 ASVG i.V.m. § 77 VI ASVG für die Weiter- und nach § 18b ASVG i.V.m. § 77 VIII ASVG für die Selbstversicherung, vom Bund getragen. Hinsichtlich der Krankenversicherung gibt es nach § 123 VIIb ASVG eine beitragsfreie Mitversicherung im Versicherungsverhältnis des Pflegebedürftigen. Hin- gegen besteht kein Unfallversicherungsschutz.⁸⁷⁷

Weitere Leistungen ohne Rechtsanspruch, insbesondere zur Beratung und Information wie das Pfl egetelefon⁸⁷⁸ oder die Plattform für pflegende Angehörige⁸⁷⁹, sind an die Pflegenden gerichtet.⁸⁸⁰

874 Hinzu kommen gegebenenfalls Kinderzuschläge, wenn der Pflegende zugleich Kinder erzieht. Im Falle der Pflegeteilzeit wird das Pflegekarenzgeld anteilig gezahlt.

875 2407 der Beilagen XXIV. GP - Regierungsvorlage – Erläuterungen, S. 1; *Neubauer/Grasser*, ÖZPR 2013, S. 79.

876 Bspw. § 7 II lit. e K-MSG, § 16 III lit. c TMSG.

877 *Stöckl*, ÖZPR 2011, S. 140, 141.

878 http://www.bmask.gv.at/site/Soziales/Pflege_und_Betreuung/Betreuende_und_pflegende_Angehoerige/Pfl egetelefon (besucht am 11.07.2014); zur Umfang der dort erhältlichen Beratung sowie zur tatsächlichen Nutzung dieses Angebotes, *Grasser*, ÖZPR 2010, S. 42, 43f.

879 <http://www.pflegedaheim.at/> (besucht am 11.07.2014).

880 Zur Gefahr aufgrund der fehlenden gesetzlichen Verankerung der Leistungen vgl. die Ausführungen zur freiwilligen Beratung des Pflegebedürftigen, siehe Fn. 870.