

16/SN-174/ME

**Der  
Präsident des Oberlandesgerichtes  
Graz**

Jv 7572-2/92

An das

**Präsidium des Nationalrates**

Betrifft GESETZENTWURF	
Zl. .... <sup>58</sup> .....-GE/19..... <sup>02</sup>	
Datum: 8. JULI 1992	
Verteilt <sup>10</sup> Juli 1992	

Dr. Karl Renner Ring 3  
1017 W i e n

*H. Kopylov*

Auf Ersuchen des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales wird in der Beilage das gemäß §§ 36 Z 1 und 42 GOG erstattete Gutachten des Oberlandesgerichtes Graz zum Entwurf des Bundespflegegeldgesetzes samt Anlagen in 25-facher Ausfertigung übermittelt.

G r a z , am 3. Juli 1992

*W. Kopylov*

Das Oberlandesgericht Graz erstattet entsprechend dem vom Senat gemäß §§ 36 Z 1, 42 GOG gefaßten Beschluß zum Entwurf eines Bundespflegegeldgesetzes samt Anlagen (Verordnung sowie Vereinbarung gemäß Artikel 15 a B-VG) nachstehendes Gutachten:

Aus der Sicht der Praxis ist die Schaffung eines allen Pflegebedürftigen nach einheitlichen Kriterien zustehenden und nach Bedürftigkeit abgestuften Pflegegeldes zur Beseitigung der bisher aufgetretenen Ungleichbehandlungen und zahlreichen Härtefälle grundsätzlich zu begrüßen.

Im einzelnen ist zu den Entwurfsbestimmungen - der Paragraphierung folgend - zu sagen:

A) Zum Gesetz:

1.) Zu Artikel I § 4 Abs 1: Das Erfordernis der prognostisch mindestens 6-monatigen Behinderung für die Anspruchserlangung schließt jene Personen von der Leistung aus, bei denen trotz Erfüllung der sonstigen Voraussetzungen einer der Behinderungsstufen die Zeitprognose nicht erstellt werden kann, weil sie voraussichtlich keine 6-monatige Lebenserwartung mehr haben. Das erscheint in höchstem Maße unbillig und gleichheitswidrig.

2.) Zu Artikel I § 4 Abs 4: Der Rechtsanspruch eines Antragstellers auf die bloße Feststellung seiner Pflegebedürftigkeit bringt ihm bis 31.12.1996 keine Pflegegeldleistung. Weder im Gesetz, noch in der Verordnung findet sich eine Anordnung dahin, daß ein zwischen

1.1.1993 und 31.12.1996 gestellter Antrag einen Anspruch auf Pflegegeld zur Folge hat. Sollte ein solcher Anspruch als in § 39 Abs 2 begründet gemeint sein, so ist darauf zu verweisen, daß sich eine solche Auslegung zwar als dem Zweck des Gesetzes und dem Gleichheitsgrundsatz entsprechend darstellen würde, aber der Wortbedeutung des Textes nach, der sich ausdrücklich nur auf am 31.12.1992 bereits anhängige Verfahren bezieht, verbietet. Auch § 40 bietet für einen solchen Anspruch keine Grundlage, da auch dort nur vom Ausgleich zu "bisherigen pflegebezogenen Leistungen" die Rede ist. Es ist deutlich zu sagen, daß und welchen Leistungsanspruch ein zwischen 1.1.1993 und 31.12.1996 gestellter Antrag zur Folge haben kann.

3.) Zu Artikel I § 4 Abs 3: Der Begriff der Pflegebedürftigkeit ist zu großzügig definiert. Darunter fallen auch Pflegebedürftige mit kurzfristigstem Bedarf. Die Erforderlichkeit einer täglichen Insulininjektion und der Ölofenbedienung mit einem jahresdurchschnittlichen Monatsgesamtaufwand von rund 4 bis 5 Stunden würde bereits Pflegebedürftigkeit der Stufe 1 bilden. Diese käme bereits für die vielen, derzeit wegen der Rechtsprechung des OGH abgelehnten Hilflosenzuschußwerber, die nur einen Pflegeaufwand von unter 40 Stunden monatlich nachweisen können, zum Tragen. Das Oberlandesgericht Graz hält eine so großzügige Bedarfsdeckung für unfinanzierbar. Das Gesetz sollte eine Mindestbedarfsgrenze etwa in dem Bereich enthalten, in dem es für einen Pflegebedürftigen zumutbar wird, die Kosten selbst zu tragen. Zu denken ist beispielsweise an einen Aufwand von rund

S 500,-- monatlich, d.s. rund 6 Stunden pro Monat. Die hier so genannten Bagatellfälle sollten ausgeschaltet werden können.

4.) Zu Artikel I § 8 Abs 1: Im Entwurf ist bestimmt, daß seitens des Unfallversicherungsträgers Pflegegeld nur bei Zuerkennung der Vollrente gebühren soll. Das erscheint unbillig. Es ist nämlich denkbar, daß Pflegebedürftigkeit im Sinne des § 4 Abs 1 des Entwurfes vorliegt, ohne daß die Vollrente zuzuerkennen wäre. Die Frage der Erwerbsfähigkeit am allgemeinen Arbeitsmarkt beantwortet sich nach anderen Kriterien als die nach der Pflegebedürftigkeit im Sinn des § 4. Der insulinpflichtige Zuckerkrankte, der zum Tragen von Kohleeimern nicht in der Lage ist, ist pflegebedürftig, aber wahrscheinlich nicht erwerbsunfähig.

5.) Zu Artikel I § 8 Abs 2: Das Erfordernis der bloßen Glaubhaftmachung der (zustandsverschlechternden) Veränderung findet sich - im Gegensatz etwa zu §§ 362 ASVG, 68 ASGG - im materiellrechtlichen Teil der Entwurfsbestimmungen. Es wird darauf hingewiesen, daß Folge dieser Plazierung der Norm sein könnte, daß sich Entscheidungsträger und Sozialgericht der durchaus begründeten Meinung hingeben, die Höherstufung wegen Zustandsverschlechterung unterliege keinem Beweisverfahren, sondern sei bereits mit der bloßen Veränderungsbescheinigung, etwa durch den Hausarzt, vorzunehmen. Sollte dies vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt werden, sondern das Bescheinigungsverfahren wie in §§ 362 ASVG, 68 ASGG als Verfahrenseinleitungsvoraussetzung gedacht sein, so wäre dies durch Umplazierung der Norm in den Verfahrensteil

des Entwurfes und deutliche Ausweisung als Verfahrenseingleitungsvoraussetzung zu bewirken.

6.) Zu Artikel I § 10 Abs 5 und 6: Das Pflegegeld ist als eine an das Vorliegen bestimmter Voraussetzungen geknüpfte Pflichtleistung konstruiert. Es wäre demnach klar auszusprechen, ob dem Entscheidungsträger ein freies Ermessen oder ein gebundenes Ermessen, nämlich gebunden an das Vorliegen der genannten Voraussetzungen (schlechte wirtschaftliche Verhältnisse, besondere Härte usw.) zustehen soll. Ein freies Ermessen (Verweigerung ohne Begründungsnotwendigkeit) ist keinem Rechtszug zugänglich, weil es nicht gesetzwidrig ausgeübt werden kann. Der Text spricht der Wortbedeutung nach für freies Ermessen. Gemeint ist aber offenbar gebundenes Ermessen: Wenn bestimmte Voraussetzungen gegeben sind, ist zu stunden oder abzusehen.

7.) Zu Artikel I § 13 Abs 2: Der Text ist gesetzestechnisch verfehlt und daher möglicherweise verfassungswidrig abgefaßt. Der Entscheidungsträger kann Auslandsaufenthalte des Pflegebedürftigen weder gestatten noch verbieten. Da die Aufenthalts- oder Wohnsitznahme im Bundesgebiet ein verfassungsgemäß gewährleistetes Recht ist, ist es auch das Verlassen des Bundesgebietes (als Aufgabe des Aufenthaltes oder Wohnsitzes im Bundesgebiet). Der Entscheidungsträger kann daher nur aussprechen, daß im Fall eines Auslandsaufenthaltes von längerer Dauer als 2 Monaten oder von bestimmter, 2 Monate übersteigender Dauer die Auszahlung des Pflegegeldes nachteilig berührt wird.

8.) Zu Artikel I § 15 Abs 1: Es sollte sprachlich klar gestellt werden, daß der Ersatzanspruch des Pflegebedürftigen auf Abgeltung vermehrter Bedürfnisse gegenüber einer vom Leistungsträger verschiedenen Person bestehen muß, um den angeordneten Anspruchsübergang zu bewirken.

9.) Zu Artikel I § 15 Abs 4: Die Bestimmung sollte verdeutlichend lauten: "...betreffend übergegangene Schadenersatzansprüche ..."

10.) Zu Artikel I § 19: Des Falles, daß der Pflegebedürftige die Sachleistung statt der Geldleistung wünscht, ist nicht gedacht. Dementsprechend läßt der Entwurf auch offen, ob ein diesbezüglicher Anspruch des Pflegebedürftigen besteht. Denkbar wäre, daß mit der Geldleistung Pflegepersonal nicht zu bekommen ist und die Sachleistung (z.B. Essen auf Rädern) möglich wäre und vom Pflegebedürftigen beansprucht werden würde. Dem sollte gesetzlich Rechnung getragen werden.

11.) Zu Artikel I § 25: Die in den Erläuterungen enthaltene Bemerkung, daß durch die Mitwirkungspflicht des Anspruchswerbers die Beweislast nicht verschoben würde, ist irreführend. Tatsächlich hat der OGH zu § 87 Abs 1 ASGG bereits mehrfach entschieden, daß die Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen einer Leistung trotz Verpflichtung der Behörde zu amtswegiger Beweisaufnahme grundsätzlich beim Anspruchswerber liegt. Dem dürfte wohl auch mit der nunmehrigen Erläuterung der genannten Entwurfsbestimmung nicht zu entgehen sein.

12.) Zu Artikel I § 25: Die in den Erläuterungen angesprochene Verpflichtung des

Entscheidungsträgers, den Anspruchswerber auf die Rechtsfolgen (Ablehnung, Minderung, Einstellung) des Nichterscheins zu ärztlicher Untersuchung oder der Nichterstattung sonstiger zur Entscheidung unerläßlicher Angaben unter Fristsetzung nachweislich aufmerksam zu machen und die Rechtsfolge erst nach erfolglosem Fristablauf auszusprechen, ist dem Gesetzestext nicht zu entnehmen (vergleiche dagegen §§ 197 Abs 1 und 307 b ASVG).

13.) Zu Artikel I § 40: Sollte mit der dann unsystematisch unter "Übergangsrecht" eingeordneten Bestimmung entgegen der oben zu Punkt 2.) geltend gemachten Bedenken gemeint sein, daß hiemit Neuantragsteller ab 1.1.1993 entsprechend ihrer im Laufe der Jahre "wohl erworbenen Rechte" (siehe Erläuterungen Seite 37) Anspruch auf Ausgleich zwischen der fiktiv nach alter Rechtslage zu ermittelnden pflegebezogenen Leistung und der ihnen nun gebührenden, allerdings gerichtlich nicht durchsetzbaren Neuleistung erhalten sollen, so ergibt sich eine Fülle von schon vor dem 1.1.1997 der sukzessiven Kompetenz zugänglichen Leistungsstreitigkeiten. Die Gerichte hätten nämlich fiktiv die Altleistung zu ermitteln, dann effektiv die Neuleistung festzulegen, da sonst eine allfällige Ausgleichsleistung nicht errechnet und zuerkannt werden könnte. Daß der Rechtsanspruch auf Ausgleichsleistung bis Ende 1996 der gerichtlichen Kompetenz entzogen sei, findet sich im Entwurfstext nämlich nicht.

B) Zur Verordnung:

1.) Zu § 8 Abs 1: Offen bleibt, ob die zur Beurteilung der ganzheitlichen Pflegesituation beizuziehenden Personen als Zeugen, sachverständige Zeugen oder Sachverständige (mit Gebührenanspruch) zu hören sind. Bei Sachverständigenfunktion ist klar, daß der Entscheidungsträger bzw. das Gericht die Personenauswahl trifft. Bei den anderen genannten Beweismitteln ist dies unklar. Es kann zu Kollisionen zwischen vom Entscheidungsträger oder dem Gericht beigezogenen und vom Anspruchswerber gewünschten Personen kommen. Es ist eine Klarstellung der Funktion dieser Personen als Beweismittel im Verfahren vorzunehmen, damit allfälligen Verfahrensmängeln, gelegen in der Auswahl dieser Personen, vorgebeugt wird.

2.) Zu § 8 Abs 2 Z 1: Soll der medizinische Sachverständige Anamnese, Diagnose und Prognose erstellen, so bedarf es, anders als bisher, bei den zahlreich vorkommenden Mehrfacherkrankungen und -behinderungen jedenfalls der Beiziehung von Sachverständigen verschiedener Fachgebiete. Anderenfalls wäre das Verfahren mangelhaft. Diese Anordnung verteuert und verlängert daher die Verfahren unnötig.

3.) Zu § 8 Abs 2 Z 3: Wenn die ärztlichen Sachverständigen den zeitlichen Betreuungsaufwand festzulegen haben, wird diese Frage entgegen der bisherigen Rechtsprechung zu einer Tatfrage. Genau genommen bleibt in der Frage der Pflegebedürftigkeit überhaupt keine Rechtsfrage mehr zu beantworten, sodaß es nicht der Einschaltung der Gerichtsbarkeit bedürfte, sondern ein Schiedsverfahren mit vom Entscheidungsträger und

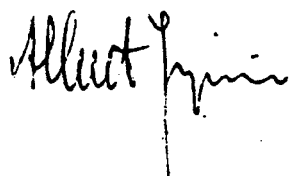


Anspruchswerbervertretungen besetztem Schiedsgericht die Frage billiger und rascher lösen könnte.

Insgesamt erscheint der Entwurf dem Oberlandesgericht Graz unausgereift und einer Überarbeitung bedürftig, wobei nicht nur die in Seite 5 der Erläuterungen genannten Sozialversicherungsexperten gehört werden sollten, sondern auch in der Gesetzesverfassungstechnik geschulte und bewährte Juristen, um das Zustandekommen eines in der Praxis unzulänglichen Gesetzeswerks zu verhindern.

G r a z , am 3. Juli 1992

Der Berichterstatter:



(Dr. Albert Krejci)

Senatspräsident des OLG

Der Vorsitzende:



(Dr. Josef Kroplunig)

Präsident des OLG