

**HAUPTVERBAND DER ÖSTERREICHISCHEN SOZIALVERSICHERUNGSTRÄGER**

A-1031 WIEN KUNDMANNGASSE 21 POSTFACH 600 DVR 0024279
VORWAHL Inland: 01, Ausland: +43-1 TEL. 711 32 / KI. 1202 TELEFAX 711 32 3775

Zl. 12-REP-43.00/07 Gm, Ba/Er

Wien, 12. April 2007

An das
**Bundesministerium für
Wirtschaft und Arbeit**
Stubenring 1
1011 Wien

per E-Mail

und an das
Präsidium des Nationalrats

per E-Mail

Betr.: Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem Bestimmungen über die Betreuung von Personen in privaten Haushalten erlassen werden (Hausbetreuungsgesetz – HBeG) und die Gewerbeordnung 1994 geändert wird

Bezug: Ihr E-Mail vom 15. 3. 2007,
GZ: BMWA-462.212/0016-III/7/2007

Sehr geehrte Damen und Herren!

Der Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger nimmt zum vorliegenden Entwurf wie folgt Stellung:

Einleitend ist klar zu stellen, dass der vorliegende Entwurf aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht keinesfalls geeignet erscheint, das in den Erläuterungen genannte Ziel der Schaffung einer adäquaten Rechtsgrundlage für die Rund-um-die-Uhr-Betreuung daheim, umzusetzen. Mit dem Entwurf wird keine einzige sozialversicherungsrechtliche Frage gelöst.

Dies aus folgenden Gründen:

Zu Art. 1 § 1 - selbständige oder unselbständige Erwerbstätigkeit

Nach § 1 HBeG „*kann die Betreuung im Rahmen einer selbständigen oder unselbständigen Erwerbstätigkeit erfolgen (...)*“. Den Erläuterungen ist zu entnehmen, dass die rechtliche Abgrenzung von selbständiger und unselbständiger Erwerbstätigkeit unverändert nach den bisher von Lehre und Judikatur entwickelten Grundsätzen zu erfolgen hat.

Dazu ist festzuhalten, dass einerseits in jedem Fall die vom ASVG vorgegebene Prüfreihefolge einzuhalten ist und andererseits die Kriterien, die der VwGH beim Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit voraussetzt (Zielschuldverhältnis, Unternehmerrisiko, betriebliche Struktur) in keinem einzigen Fall vorliegen werden.

Der VwGH hat – im Zusammenhang mit FitnesstrainerInnen - ausgesprochen, dass *„kein Maßstab ersichtlich (sei), nach welchem für den Werkvertrag typische Gewährleistungsansprüche bei Nichtherstellung oder mangelhafter Herstellung des Werkes beurteilt werden sollten. Ein der für den Werkvertrag essenziellen Gewährleistungsverpflichtung zugänglicher Erfolg der Tätigkeit ist nicht messbar, weshalb von einem individualisierbaren ‚Werk‘ nicht die Rede sein kann.“* (VwGH Zl. 2004/08/0101 vom 24. 1. 2006).

Dasselbe gilt für die Betreuung von pflegebedürftigen Personen. Daraus folgt aber, dass **eine selbständige Ausübung dieser Tätigkeit gar nicht möglich ist.**

Im konkreten Fall liegt ein Dauerschuldverhältnis und die Zur-Verfügung-Stellung der Arbeitskraft – jedenfalls **kein Werk** – sondern eine Bindung an Arbeitsort, Arbeitszeit und arbeitsbezogene Weisungen – somit nach den Bestimmungen des ASVG **in jedem Fall** ein Dienstverhältnis in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit (entweder zur betreuten Person oder zum gewerblichen/gemeinnützigen Anbieter) vor. Das Vorliegen einer Gewerbeberechtigung als „Personenbetreuer“ ändert daran nichts.

Aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht bedeutet dies zusammengefasst, dass die Beurteilung, ob eine Tätigkeit in unselbständiger oder selbständiger Art und Weise ausgeübt wird und als solche eine Pflichtversicherung nach dem ASVG oder GSVG begründet, ausschließlich nach den einschlägigen Bestimmungen dieser Gesetze vorzunehmen ist. D.h., dass das Vorliegen eines Gewerbescheines noch nicht

dazu führt, dass eine selbständige Tätigkeit im Sinne der Sozialversicherung ausgeübt wird. Vielmehr ist in jedem Einzelfall zu prüfen, ob eine Beschäftigung in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt und damit sozialversicherungspflichtige Dienstverhältnisse, im Verhältnis zu gemeinnützigen Anbietern allenfalls auch freie Dienstverhältnisse vorliegen. Aus der bisherigen Erfahrung und dem oben Dargelegten muss davon ausgegangen werden, dass in der Regel abhängige Beschäftigungsverhältnisse vorliegen werden, die von den Gebietskrankenkassen auch so zu bewerten sein werden und die zu betreuende Person, bzw. ein Angehöriger als Dienstgeber anzusehen sein wird und das gebührende Entgelt festzusetzen und die Sozialversicherungsbeiträge dem Dienstgeber vorzuschreiben sein wird.

Aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht kann aus dem vorliegenden Entwurf daher nichts gewonnen werden, vielmehr wird die vorgesehene Wahlmöglichkeit einer selbstständigen oder unselbstständigen Erbringung von Betreuungstätigkeiten zu einem sehr unterschiedlichen Meldeverhalten führen und eine notwendige versicherungsrechtliche Überprüfung durch die Versicherungsträger erschweren.

Zu Art. 1 § 1 Abs. 2 - Geltungsbereich

Zum Geltungsbereich, wie er in § 1 Abs. 2 festgelegt wird, wird angemerkt, dass nicht verständlich ist, dass in der Form eines Dienstverhältnisses pflegebedürftige Personen erst grundsätzlich ab der Pflegestufe 3 mit diesen Vorschriften betreut werden dürfen.

Dies bedeutet, dass ein Betreuungsaufwand von mehr als 120 Stunden im Monat erforderlich ist, wobei die Abgrenzung von Stufe 2 zu Stufe 3 durchaus fließend sein kann. Auch ist gerade ein Formalkriterium – wie es ein Pflegegeldbescheid darstellt – eine Hürde, die es teilzeitwilligen Arbeitnehmern verwehrt, eine legale Pflege nach dem Hausbetreuungsgesetz durchzuführen.

Im Übrigen überzeugt die Begründung in den Erläuterungen nicht, dass bei geringerem Pflegebedarf im Regelfall dieser durch mobile Dienste durchführbar bzw. finanzierbar sein soll. Die mobilen Dienste, die strengen Beurteilungs- und Aufsichtskriterien unterliegen, sind nämlich in der Lage eine Pflege und Betreuung in allen sieben Pflegestufen durchzuführen.

Zu Art. 1 § 1 Abs. 3 – Begriff der „Betreuung“

Weiters wird der Geltungsbereich auf die „Betreuung“ eingeschränkt. § 1 Abs. 3 definiert, was unter „Betreuung“ zu verstehen ist, nämlich Tätigkeiten für die zu betreuende Person, die in der Hilfestellung insbesondere bei der Haushaltsführung und der Lebensführung bestehen, soweit diese Tätigkeiten nicht dem GuKG unterliegen.

Unter das HBeG fällt somit weder die Pflegehilfe gemäß § 82 GuKG noch der gehobene Dienst für Gesundheits- und Krankenpflege gemäß § 11 GuKG. Unter Hausbetreuung fallen folglich jene Tätigkeiten, die für Selbständige unter § 159 GewO aufgezählt werden, wie Zubereitung von Mahlzeiten, Reinigungstätigkeiten, Betreuung von Pflanzen und Tieren. Der Entwurf des HBeG löst die praktischen Probleme der Betroffenen in keiner Weise, weil der Bedarf gerade auch im Bereich der „medizinischen Pflege“ und damit bei Tätigkeiten liegt, die dem Gesundheits- und Krankenpflegegesetz unterliegen.

Im Übrigen findet sich in der Einstufungsverordnung zum Bundespflegegeldgesetz in § 1 Abs. 2 und 3 ebenfalls eine Definition des Begriffs „Betreuung“: Darunter werden alle in relativ kurzer Folge notwendigen Verrichtungen anderer Personen verstanden, die vornehmlich den persönlichen Lebensbereich betreffen und ohne die der pflegebedürftige Mensch der Verwahrlosung ausgesetzt wäre (u. a. Katheter-Reinigung, Kanülen-Reinigung, aber auch Zubereitung von Mahlzeiten). § 2 dieser Einstufungsverordnung legt fest, welche Tätigkeiten unter den Terminus „Hilfe“ fallen, nämlich Einkaufen von Lebensmitteln, Reinigung der Wohnung und der persönlichen Gebrauchsgegenstände, etc. Es handelt sich um Verrichtungen, die den sachlichen Lebensbereich einer Person betreffen und zur Sicherung der Existenz des Pflegebedürftigen dienen. Das bedeutet, dass jene Tätigkeiten, die nach dem Hausbetreuungsgesetz unter dem Begriff „Betreuung“ zu verstehen sind, im Wesentlichen der Hilfe nach § 2 Abs. 1 der Einstufungsverordnung zum Bundespflegegeldgesetz entsprechen. Wenngleich das Hausbetreuungsgesetz und das Bundespflegegeldgesetz unterschiedliche Regelungsmaterien zum Inhalt haben, schlagen wir vor, zum Zwecke der Rechtsklarheit einheitliche Begriffe zu verwenden.

Darüber hinaus handelt sich bei den vom Begriff der „Betreuung“ im Sinne des Entwurfs umfassten Tätigkeiten um einfache, haushaltstypische Arbeiten, wie sie auch

vom DLSG erfasst sind. Die Bestimmungen des DLSG (gemäß § 1 Abs.1 DLSG handelt es sich um Arbeitsverhältnisse) würden dadurch ad absurdum geführt.

Zu Art. 1 § 3 Abs. 2 – Berechnung der Arbeitszeit

In § 3 Abs. 2 des vorliegenden Entwurfes wird eine Höchstarbeitszeit von 128 Stunden in zwei aufeinander folgenden Wochen festgelegt. Dies entspricht der bestehenden Arbeitszeitgrenze im Hausgehilfen- und Hausangestelltengesetz (§ 5 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 7 HGHaG). Der Entwurf bezieht jedoch Zeiten der Arbeitsbereitschaft nur teilweise ein. Es werden zwei Arten von Arbeitsbereitschaft unterschieden, wobei dieser Unterschied weder aus dem Gesetzestext noch aus den Erläuterungen klar hervor geht.

Nach ständiger Rechtsprechung des OGH (8 ObA 225/94, 8 ObA 274/98x, 8 ObA 83/04w) ist unter Arbeitsbereitschaft der Aufenthalt an einem vom Arbeitgeber bestimmten Ort mit der Bereitschaft zur jederzeitigen Aufnahme der Arbeitsleistung im Bedarfsfall zu verstehen. Gemäß § 3 Abs. 2 Satz 2 des Entwurfes gelten solche Zeiten der Arbeitsbereitschaft nicht als Arbeitszeit, *„die die Betreuungskraft vereinbarungsgemäß in ihrem Wohnraum verbringt und während der sie im Übrigen frei über ihre Zeit verfügen kann“*. Diese Formulierung weicht aber inhaltlich nicht von der bestehenden Definition ab, denn in beiden Fällen hat sich der Dienstnehmer/die Betreuungskraft an einem bestimmten Ort aufzuhalten und kann dort seine/ihre Zeit beliebig gestalten, sofern er/sie im Bedarfsfall verfügbar ist. Es ist daher nicht nachvollziehbar, worin sich die im Entwurf angeführte Version der Arbeitsbereitschaft von der geltenden Version unterscheidet und weshalb jene nicht als Arbeitszeit bewertet werden soll. Im Übrigen widerspricht diese Regelung den Bestimmungen des Arbeitszeitgesetzes bzw. den derzeit geltenden Normen des anzuwendenden Mindestlohntarifs, wonach auch die Arbeitsbereitschaft als Arbeitszeit gilt und also solche zu entlohnen ist.

Eine maximale Arbeitszeit (den Erläuterungen zufolge „grundsätzlich“ inklusive Arbeitsbereitschaft) von 128 Stunden in zwei Wochen entspricht umgerechnet täglich knapp über neun Stunden Arbeitszeit („grundsätzlich“ inklusive Arbeitsbereitschaft). Bei einem solchen absoluten Höchstmaß kann wohl nicht von einer „Rund-um-die-Uhr-Betreuung“, wie sie als Ziel des Hausbetreuungsgesetzes genannt wird, gesprochen werden.

Es wird daher eine Klarstellung sowohl hinsichtlich einer eindeutigen und sich an der bestehenden Gesetzeslage orientierende Bestimmung der Zeiten der Arbeitsbereitschaft, die (nicht) als Arbeitszeit gelten sollen, als auch hinsichtlich einer realistischen Höchstarbeitszeitgrenze angeraten.

Zu Art. 1 § 3 Abs. 6 - Arbeitsverhältnisse zu Privathaushalten

Die Bestimmung des § 3 Abs. 6 HBeG normiert das arbeitsrechtliche Ende eines Beschäftigungsverhältnisses. Sozialversicherungsrechtlich kommt es bei allenfalls offenen Urlaubsansprüchen durch den Anspruch auf Urlaubersatzleistung zu einer Verlängerung des Versicherungsverhältnisses für die Dauer der Urlaubersatzleistung. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Tod der zu betreuenden Person, auch wenn ein Angehöriger Arbeitgeber ist, erscheint zumindest diskussionswürdig, weil durchaus im Rahmen des Beschäftigungsverhältnisses auch über die Betreuung hinaus gehende andere Tätigkeiten ausgeführt und vereinbart werden können.

Zu Art. 1 §§ 3 und 4 - arbeitszeitrechtliche Sonderbestimmungen

Die §§ 3 und 4 enthalten arbeitszeitrechtliche Sonderbestimmungen, die nur im Falle des Vorliegens von Arbeitsverhältnissen und dies nur unter bestimmten Bedingungen gelten.

Aus dieser Bestimmung ergibt sich, dass die Anwendung des HBeG nicht grundsätzlich auf Pflegegeldbezieher beschränkt ist. So könnten auch Kindermädchen bzw. Haushaltshilfen generell unter dieses Gesetz subsumiert werden.

Das gilt sowohl für Tätigkeiten im Rahmen der selbständigen Erwerbstätigkeit (hier generell), als auch im Bereich der Arbeitsverhältnisse (arbeitszeitrechtliche Sondervorschriften unter bestimmten Voraussetzungen).

Um mögliche Interpretationsprobleme vorzubeugen, regen wir eine Klarstellung dahingehend an, dass das HBeG grundsätzlich nur für die Betreuung von Pflegegeldbeziehern (eventuell parallel zu § 1 Abs. 2 Z 2 HBeG) gilt.

Weiters wird darauf hingewiesen, dass das Arbeitszeitgesetz und das Arbeitsruhegesetz nicht zwischen gewerblichen und gemeinnützigen Anbietern unterscheidet

und somit jedenfalls für beide Varianten gültig ist. Eine gesetzliche Klarstellung (ev. im Geltungsbereich des AZG/ARG) erscheint daher unbedingt erforderlich.

Zu Art. 1 § 8 Abs. 1 - In-Kraft-Treten

Unverständlich erscheint, dass das Hausbetreuungsgesetz auf Arbeitsverhältnisse, die vor dem 1. Juli 2007 begonnen haben, nur mit ausdrücklicher schriftlicher Vereinbarung wirksam wird.

Die Erläuterungen zu dieser Übergangsbestimmung, wonach dies verfassungsrechtlich geboten wäre, überzeugen nicht.

Da gerade der größte Teil der Arbeitsverhältnisse im Pflegebereich – vor allem mit Angehörigen – nicht schriftlich erfolgt und mit illegalen Betreuungskräften schon gar nicht, würde der Zweck dieses Gesetzes, nämlich die Legalität bei der Pflege bei der sogenannten 24-Stunden-Betreuung herbeizuführen, nach Ansicht des Hauptverbandes damit vereitelt werden.

Zum Gesetzestitel „Hausbetreuungsgesetz“

Es wird angeregt, die Bezeichnung des Gesetzesentwurfes („Hausbetreuungsgesetz“) zu überdenken, da in der Regel darunter andere Tätigkeiten als die Betreuung hilfsbedürftiger Menschen in privaten Haushalten - z. B. jene nach dem Hausbesorgergesetz - verstanden werden könnten.

Zu Art. 2 § 159 GewO - Personenbetreuung

§ 159 GewO normiert das freie Gewerbe der Personenbetreuung. Hier wird ein Verweis auf das HBeG angeregt und die Klarstellung, dass unter Personenbetreuung nur Tätigkeiten für Pflegegeldbezieher zu verstehen ist.

Der Begriff „*betreuungsbedürftige Personen*“ wie in § 159 GewO vorgesehen, ist zu ungenau und nicht auf Personen reduziert, die aufgrund ihres Gesundheitszustandes betreuungsbedürftig sind.

Zur Ausübung der Betreuungstätigkeit als selbstständige Erwerbstätigkeit in der Form eines freien Gewerbes der Personenbetreuung nach § 159 GewO wird be-

merkt, dass die Ausübung in der Form eines gebundenen Gewerbes mit einem Befähigungsnachweis notwendig erscheint, um tatsächlich eine qualitätsgesicherte Betreuung sicher zu stellen.

Dies wird auch dadurch erhärtet, dass § 159 GewO in der Fassung des Entwurfs nur eine demonstrative Aufzählung von Tätigkeiten der Personenbetreuung vorsieht. Sohın dürfte eine Reihe von Schnittstellen zu Bereichen der Gesundheits- und Altenpflege auftreten, wofür eine sensible Vorgangsweise geboten ist.

Mit einem entsprechenden Befähigungsnachweis könnte etwa eine dreijährige Tätigkeit oder die Absolvierung von Ausbildungen als Altenbetreuer, Krankenpfleger oder ähnlicher Tätigkeiten wie Heimhelfer oder Beschäftigte bei sozialen und gesundheitlichen Diensten für einen solchen Zeitraum vorgesehen werden. Damit wäre wenigstens ein Pendant zu den Berufsbildern der Gesundheits- und Krankenpflege, sowie der Altenbetreuung und Heimhilfe vorhanden, die zwingend Ausbildungsmodule auf Länderebene vorsehen.

Überdies haben die Krankenversicherungsträger die Befürchtung, dass aufgrund des freien Gewerbes der Personalbetreuung zahlreiche Tätigkeiten als „Scheinselbständige“ durchgeführt werden könnten. Die KV-Träger haben stets zu prüfen, ob eine Tätigkeit in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt ausgeübt wird. Aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht kann es sich daher um keine selbständige Tätigkeit handeln, wenn die betreuende Person in die Hausgemeinschaft der zu betreuenden Person aufgenommen wurde (siehe dazu ausführlich oben zu Art. 1 § 1 Abs. 1 HBeG).

Zu Art. 2 § 160 GewO – Qualitätssicherung für die Personenbetreuung

Der Regelungsinhalt von § 160 sollte in drei getrennten Paragraphen mit jeweils aussagekräftigen Überschriften erfolgen:

§ 160 Abs. 1 sollten unter der Überschrift „*Verschwiegenheitspflicht bei der Personalbetreuung*“ geregelt werden.

Als neuer § 161 sollte eine eigene Bestimmung mit der Überschrift „*Befähigungsnachweis*“ aufgenommen werden, der auch und eine entsprechende Definition beinhaltet (siehe oben die Anmerkungen zu § 159 GewO).

- 9 -

Schließlich sollte der Text des § 160 Abs. 2 als § 162 GewO 1994 mit der Überschrift „*Besondere Pflichten für die Personenbetreuung*“ aufscheinen.

Da bekanntermaßen für Geschäfte des täglichen Lebens nach dem ABGB eine dreijährige Verjährungsfrist besteht, wäre es überdies zweckmäßig, das Haushaltsbuch und die Belegsammlung nicht nur über einen Zeitraum von zwei Jahren, sondern drei Jahre aufzubewahren.

* * *

Ergänzend halten wir fest, dass eine Unterscheidung zwischen gemeinnützigen Anbietern und gewerblichen Anbietern nach unserer Ansicht mangels sachlicher Rechtfertigung verfassungsrechtlich bedenklich ist.

In Übrigen sollte die Problematik „Pflege“ einer umfassenden Gesamtlösung inkl. Finanzierung und bedarfsorientierter Leistungserbringung in qualitätsgesicherter Form zugeführt werden.

Mit freundlichen Grüßen
Für den Hauptverband: