



An das
Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit

per E-Mail: post@III7.bmwa.gv.at

GZ: BMSK-10322/0004-I/A/4/2007

Wien, 13.04.2007

Betreff: Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem Bestimmungen über die Betreuung von Personen in privaten Haushalten erlassen werden (Hausbetreuungsgesetz – HBeG) und die Gewerbeordnung 1994 geändert wird; Stellungnahme des Bundesministeriums für Soziales und Konsumentenschutz

Sehr geehrte Damen und Herren!

Unter Bezugnahme auf die Note vom 12. März 2007, GZ BMWA-462.212/0016-III/7/2007, nimmt das Bundesministerium für Soziales und Konsumentenschutz zum im Betreff angeführten Gesetzentwurf wie folgt Stellung:

Allgemeines

Zum Titel „Hausbetreuungsgesetz“:

Da es sich beim Regelungsbereich um die Betreuung von Menschen und nicht um die Betreuung eines Hauses handelt, erscheint der Gesetzestitel nicht glücklich gewählt. Besser wäre etwa „Betreuungsgesetz“ oder „Personenbetreuungsgesetz“.

Zur Qualitätssicherung und zum Erfordernis einer Mindestausbildung:

Sowohl im Hausbetreuungsgesetz selbst als auch in den Regelungen zur Novelle der Gewerbeordnung 1994 fehlt ein **klares Anforderungsprofil für die Betreuungsperson**. Die Aufgaben der Betreuungsperson sind eine Kombination von verschiedenen Tätigkeiten, Fähigkeiten und Fertigkeiten. Die langjährigen Erfahrungen der Praxis haben gezeigt, dass die ausgebildeten **HeimhelferInnen** diesen Anforderungen entsprechen. Außerdem wird gerade dieser Berufszweig auf Basis der derzeit im Umsetzungsstadium befindlichen **Vereinbarung über Sozialbetreuungsberufe** zwischen dem Bund und den Ländern in allen

Bundesländern österreichweit einheitlich eingeführt und die Ausbildung auf ein einheitliches, praxisnahes Niveau gehoben, sodass die Absolventinnen und Absolventen dieser Ausbildung für den Bereich der 24-Stunden-Betreuung bevorzugt geeignet sein werden. Gerade durch das neue Ausbildungsmodul „Unterstützung bei der Basisversorgung“ wurde die Tätigkeit der HeimhelferInnen aufgewertet. Eine Nivellierung der **beruflichen Mindestanforderung** nach unten sollte im Hinblick auf das Wohl der Betroffenen und aus Gründen der Qualitätssicherung nicht erfolgen.

Dieses Mindestanforderungsprofil sollte **sowohl für unselbstständige als auch für selbstständige BetreuerInnen** gelten. Laut der Vereinbarung über Sozialbetreuungsberufe ist eine selbstständige Tätigkeit der HeimhelferInnen aus Gründen der Qualitätssicherung nicht vorgesehen. Für den Bereich der selbstständigen Berufsausübung wird aber wohl ebenfalls eine Qualifikation zumindest im selben Ausmaß, wenn nicht eine höhere Qualifikation erforderlich sein, da die selbstständige Berufsausübung ein noch **höheres Maß an Eigenverantwortung** voraussetzt. Dem Einsatz von HeimhelferInnen im Bereich der selbstständigen Berufsausübung würde derzeit rechtlich sowohl die Vereinbarung über Sozialbetreuungsberufe als auch die bisher erlassenen Landesgesetze entgegenstehen. Die Forderung nach einer Mindestausbildung in Form einer HeimhelferIn im selbstständigen Bereich würde daher derzeit bedeuten, dass die Personen als Betreuungskräfte alle Betreuungstätigkeiten mit Ausnahme der „Unterstützung bei der Basisversorgung“ nach Anlage 2 der Vereinbarung über Sozialbetreuungsberufe ausführen könnten, ohne aber die Berufsbezeichnung „HeimhelferIn“ führen zu können.

Anstelle der bloßen Auflistung von Tätigkeiten im Gesetzesentwurf sollte besser auf **Berufsbilder** (berufliche Mindestanforderungen) zurückgegriffen werden. Dies würde der besseren Ausgestaltung der **Qualitätssicherung** dienen - sowohl im Interesse der betreuungsbedürftigen Menschen als auch der öffentlichen Hand.

Zur selbstständigen Berufsausübung:

Der Ministerratsvortrag vom 14. Februar 2007 sieht eine **Präzisierung** bestehender als auch die Prüfung neuer selbstständiger Beschäftigung im Rahmen der 24-Stunden-Betreuung vor. Es ist fraglich, ob durch die Novelle zur Gewerbeordnung (Neueinführung der „Personenbetreuung“) die Grenzen jener Präzisierung nicht wesentlich überschritten wurden. Darauf deutet auch die Formulierung im Vorblatt des Entwurfes hin, wonach „durch die Präzisierung des bereits derzeit möglichen freien Gewerbes der Markt für derartige Dienstleistungen weiter geöffnet wird.“ Es stellt sich die Frage, ob beim gegenwärtigen Entwurf nicht eine **Schein-Selbstständigkeit** geschaffen wird, da in den meisten Fällen die Merkmale eines Arbeitsverhältnisses vorliegen werden. Für die Betroffenen schafft die vorliegende Regelung daher **keine Rechtssicherheit**.

Zu den Bestimmungen im Einzelnen:

Zu Artikel 1 (Hausbetreuungsgesetz - HBeG)

Zu § 1 (Geltungsbereich):

§ 1 Abs. 1:

Es wird vorgeschlagen, das Wort „**deren**“ aus der Textierung des § 1 Abs. 1 („Betreuung von Personen in deren Privathaushalten“) zu streichen, da betreuungsbedürftige Menschen durchaus auch in Privathaushalten von Angehörigen untergebracht und betreut werden können. Außerdem wird darauf hingewiesen, dass sich im Gesetz keine Definition des Terminus „Privathaushalt“ findet und auch das Verhältnis zum Begriff „Hausgemeinschaft“, der in der Regelung des § 1 Abs. 2 Z 5 enthalten ist, nicht geklärt ist.

Eine entsprechende Klarstellung zumindest in den Erläuterungen wäre wünschenswert.

§ 1 Abs. 2:

Fraglich ist, wer bei selbständiger Tätigkeit die Vermittlung bzw. organisatorische Aufgaben übernimmt (z.B. die Organisation einer/s Betreuers/in oder einer Vertretung im Krankheitsfall der/s Betreuer/in).

§ 1 Abs. 2 Z 1 lit. a:

Aus den oben einleitend genannten Gründen (siehe Qualitätssicherung und Erfordernis einer Mindestausbildung) wird vorgeschlagen, die Regelung des § 1 Abs. 2 Z 1 HBeG wie folgt abzuändern:

„(2) Die Bestimmungen des zweiten Abschnittes dieses Bundesgesetzes gelten nur für Arbeitsverhältnisse

*1. zwischen einer Betreuungskraft, die **zumindest über eine Ausbildung als HeimhelferIn nach der Vereinbarung gemäß Art. 15a B-VG zwischen dem Bund und den Ländern über Sozialbetreuungsberufe (BGBl. I Nr. 55/2005) oder eine als gleichwertig anerkannte Qualifikation verfügt, und ...“***

§ 1 Abs. 2 Z 2:

§ 1 Abs. 2. Z 2 HBeG definiert den persönlichen Geltungsbereich.

Grundsätzlich erscheint die Anknüpfung an das Pflegegeldrecht nach dem Bundespflegegeldgesetz bzw. einem Landespflegegeldgesetz zur Präzisierung des

vom Geltungsbereich des Hausbetreuungsgesetzes erfassten Personenkreises zweckmäßig.

Die Abgrenzung des vom Geltungsbereich erfassten Personenkreises ab dem Bezug eines Pflegegeldes der Stufe 3 bzw. alternativ auch bei Stufen 1 und 2 bei nachgewiesener Demenzerkrankung erscheint vor dem Hintergrund, dass mit dieser legislativen Maßnahme die bis zu 24-Stunden-Betreuung zuhause in einen legalen rechtlichen Rahmen gegossen werden soll und der Bedarf an einer bis zu 24-Stunden-Betreuung wohl nur in solchen Fällen anzunehmen sein wird, in denen auf Grund des festgestellten höheren Ausmaßes der Pflegebedürftigkeit bzw. auf Grund bestimmter Erschwerungsfaktoren, wie z.B. Umtriebigkeit, Desorientiertheit, Aggressivität, Selbst- oder Fremdgefährdungstendenzen, die gerade mit demenziellen Erkrankungen häufig in einem engen Kontext stehen, durchaus sachlich gerechtfertigt.

Dies wird auch durch die Erläuterungen zu § 1 Abs. 2 Z 2 HBeG bestätigt.

Angemerkt wird jedoch, dass die Anknüpfung an den „Bezug“ einer bestimmten Pflegegeldstufe insofern zu eng erscheint, als durch das Wirksamwerden von Ruhens- bzw. Anrechnungs- oder Umwandlungsbestimmungen u. U. kein Pflegegeld mehr in der normierten Höhe bezogen wird, wohl aber weiterhin ein Anspruch darauf besteht. Deshalb wurde in den verschiedensten Rechtsvorschriften, in denen an das Pflegegeldrecht angeknüpft wurde, regelmäßig nicht auf den Bezug, sondern auf das Bestehen des Anspruches auf eine bestimmte Pflegegeldstufe abgestellt (siehe etwa §§ 18a und 18b ASVG, § 51d Abs. 3 Z 3 und 4 ASVG, § 77 Abs. 6 ASVG etc.).

Es wird daher angeregt, ebenfalls auf den Anspruch und nicht auf den Bezug abzustellen und § 1 Abs. 2 Z 2 HBeG in Akkordanz zu vergleichbaren Regelungen im Bundesrecht zu formulieren.

§ 1 Abs. 3:

Da als Mindestausbildungserfordernis die Ausbildung von HeimhelferInnen notwendig erscheint, sollte auch die Regelung des § 1 Abs. 3 dahingehend abgeändert werden:

„(3) Betreuung im Sinne dieses Bundesgesetzes umfasst Tätigkeiten für die zu betreuende Person, die dem Tätigkeitskatalog von Heimhelfer/innen nach der Anlage 1 zur Vereinbarung über Sozialbetreuungsberufe, BGBl. I Nr. 55/2005, entsprechen, soweit diese Tätigkeiten nicht dem Gesundheits- und Krankenpflegegesetz (GuKG), BGBl. I Nr. 108/1997, unterliegen (Unterstützung bei der Basisversorgung), sowie sonstige auf Grund der Betreuungsbedürftigkeit notwendige Anwesenheiten.“

Zu § 5 (Handlungsleitlinien):

Die in § 5 vorgesehenen Qualitätssicherungsmaßnahmen sind völlig unzureichend. Es wird betont, dass es – wie in den Erläuterungen ausgeführt – unbedingt weiterer Maßnahmen bedarf.

Zu Artikel 2 (Änderung der Gewerbeordnung 1994)

Zu § 159 (Personenbetreuung):

Die hier angeführten Tätigkeiten überschneiden sich z.T. mit dem Berufsbild und den Tätigkeitskatalog der Heimhilfen laut Vereinbarung gemäß Art. 15a B-VG über Sozialbetreuungsberufe, in der klare Ausbildungsvorgaben enthalten sind und die darüber hinaus in die Zuständigkeit der Länder fallen.

Der Terminus „Begleitung bei diversen Aktivitäten“ in § 159 Z 3 lit. d ist ein **nicht ausreichend bestimmter Rechtsbegriff** und müsste entweder gestrichen oder konkreter definiert werden, denn darunter könnte wohl nahezu jede Tätigkeit subsumiert werden.

Zu den Erläuterungen:

Zu § 1 Abs. 2 Z 1 HBeG:

Um die Qualität der Betreuung sicherzustellen, ist ein klares Anforderungsprofil für die Betreuungsperson erforderlich. Als Mindestausbildung wird dafür das Berufsbild der HeimhelferIn vorgeschlagen.

Als gleichwertig anzuerkennen sind Qualifikationen, die gemäß den Anerkennungs- und Übergangsbestimmungen der Länder als gleichwertig gegenüber der neu geschaffenen Ausbildung der HeimhelferInnen anzusehen sind.

Zu § 1 Abs. 2 Z 2 lit. a und b HBeG:

Hinsichtlich des Abstellens auf den Bezug einer „gleichartigen Leistung in demselben Ausmaß“ in § 1 Abs. 2 Z 2 lit. a und b wird zunächst bemerkt, dass die Erläuterungen hierzu keinerlei Anhaltspunkt enthalten, welche Leistungen hier denkbar wären.

Es könnte sich dabei allenfalls um gleichartige Leistungen in den Sozialentschädigungsgesetzen, wie z.B. Pflege- und Blindenzulagen nach dem Kriegsopferversorgungs-, Kriegsgefangenenentschädigungs-, Opferfürsorge-, Heeresversorgungs-, Impfschaden- oder Verbrechensofpergesetz handeln. Die

Aufnahme eines solchen Verweises auf zumindest diese Leistungen in die Erläuterungen zu § 1 Abs. 2 Z 2 HBeG wäre zweckmäßig und wünschenswert.

Zu den sozialversicherungsrechtlichen Aspekten des Entwurfs:

Im vorliegenden Entwurf ist vorgesehen, dass die „Rund-um-die-Uhr-Betreuung“ daheim sowohl im Rahmen einer selbständigen als auch einer unselbständigen Erwerbstätigkeit ausgeübt werden kann. Das Vorliegen einer Gewerbeberechtigung erlaubt keine endgültige Beurteilung der Frage, ob – sozialversicherungsrechtlich gesehen – eine selbständige oder unselbständige Tätigkeit vorliegt.

Die Tatsache, dass in § 1 Abs. 1 des Entwurfes des HBeG die selbständige Tätigkeit als mögliche Form der Ausübung der Betreuung angeführt ist, bedeutet nicht, dass die Parteien des Beschäftigungsverhältnisses ein Wahlrecht haben, welche Pflichtversicherung sie mit welchem Vertrag auslösen; es besteht nur die Möglichkeit, die Tätigkeit unterschiedlich zu gestalten.

Aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht ist anzumerken, dass die Berechtigung zur Ausübung des freien Gewerbes „Personenbetreuung“, so wie es in Artikel 2 Z 1 festgeschrieben ist, in keiner Weise das Vorliegen eines Dienstverhältnisses nach § 4 Abs. 1 Z 1 in Verbindung mit Abs. 2 ASVG ausschließt. Durch die Erlangung einer Berechtigung zur Ausübung dieses Gewerbes besteht daher weder für die Betreuungskraft noch deren Vertragspartner die Sicherheit, dass kein Dienstverhältnis nach dem ASVG vorliegt und damit keine Anmeldung bei der zuständigen Gebietskrankenkasse zu erfolgen hat bzw. keine Dienstgeber- und Dienstnehmerbeiträge abzuführen sind.

Das Vorliegen einer Gewerbeberechtigung ist in der Regel für die Kassen ein Indiz für das Vorliegen einer Pflichtversicherung nach dem GSVG (§ 2 Abs. 1 Z 1 GSVG), sodass die Pflichtversicherung als selbständig erwerbstätige Person akzeptiert wird, es sei denn, die beschäftigte Person begehrt eine gesonderte Überprüfung.

Ebenso geht die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft vor, die die Pflichtversicherung in diesem Fall durchführt.

Es ist vielmehr auf die schein- und missbrauchsfreie Gestaltung (§ 539a ASVG) des Vertrages und der faktischen Gegebenheiten der Beschäftigung abzustellen. Weder das Gesetz noch der Vertrag zeitigt einen Einfluss auf die Rechtsfolge „Pflichtversicherung nach dem ASVG bzw. GSVG“.

Es hindert die Behörden nach der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes auch nichts daran, trotz Vorliegens einer Gewerbeberechtigung eine ASVG-Pflichtversicherung festzustellen, wenn tatsächlich keine selbständige Tätigkeit, sondern eine solche in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit vorliegt.

Nach § 539a Abs. 1 ASVG ist für die Beurteilung von sozialversicherungsrechtlichen Sachverhalten in wirtschaftlicher Betrachtungsweise der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend.

Durch die Möglichkeit der Ausübung des Gewerbes „Personenbetreuung“ besteht somit die Gefahr einer Abdrängung der Betreuungskräfte in die „Scheinselbständigkeit“.

Diese Stellungnahme wurde auch dem Präsidium des Nationalrates in elektronischer Fassung an die Adresse „begutachtungen@parlinkom.gv.at“ übermittelt.

Mit freundlichen Grüßen
Für den Bundesminister:
Dr. Helmut Günther

Elektronisch gefertigt.