



Amt der Wiener Landesregierung

Dienststelle: Magistratsdirektion
Geschäftsbereich Recht
Verfassungsdienst und
EU-Angelegenheiten

Adresse: 1082 Wien, Rathaus
Telefon: 4000-82338
Telefax: 4000-99-82310
e-mail: post@mdv.magwien.gv.at
DVR: 0000191

MD-VD - 476/07

Wien, 12. April 2007

Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem Bestimmungen über die Betreuung von Personen in privaten Haushalten erlassen werden (Hausbetreuungsgesetz - HbeG) und mit dem die Gewerbeordnung 1994 geändert wird;
Begutachtung;
Stellungnahme

zur GZ BMWA-462.212/0016-III/7/2007

An das
Bundesministerium für
Wirtschaft und Arbeit

Zu dem mit Schreiben vom 12. März 2007 übermittelten Entwurf eines Bundesgesetzes wird nach Anhörung des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien wie folgt Stellung genommen:

Um allen Bedürfnissen in der Betreuung und Pflege möglichst nahe zu kommen, braucht es ein Mosaik verschiedenster Formen der Betreuung und Pflege, im stationä-

ren wie im ambulanten Bereich und auch in der Betreuung zu Hause. Der Gesetzentwurf erscheint in seiner Gesamtheit nicht stimmig. Laut Vorblatt und Erläuterungen geht es darum, „zukünftig den steigenden Bedarf an Arbeitskräften in der Betreuung und Pflege abzudecken und bereits bestehende Betreuungs- und Pflegemodelle weiter zu entwickeln“. Der Entwurf sieht jedoch ausschließlich eine „Betreuung“ im Sinne der Unterstützung in der Haushalts- und Lebensführung vor. Die Frage, wie pflegebedürftige Menschen optimal versorgt werden können, wird durch den vorliegenden Gesetzentwurf, der sich ausschließlich mit der „Betreuung zu Hause“ auseinandersetzt, nicht gelöst. So müsste zusätzlich professionelle Pflege von den pflegebedürftigen Personen zugekauft werden. Die in der vorliegenden Form geplante Rund-um-die-Uhr-Betreuung lässt ein dahinter stehendes Gesamtkonzept für eine niveauvolle (stationäre oder ambulante) Pflege vermissen, zumal auch jegliche Regelungen über das Qualifikationsprofil fehlen. Das heißt, dass auch Personen ohne jegliche Ausbildung für die Betreuungstätigkeit herangezogen werden können. Gesundheitliche Eignung und Verlässlichkeit - wie dies im Gesundheits- und Krankenpflegegesetz (GuKG) gefordert wird - werden nicht als Voraussetzung für die Ausübung der Betreuungstätigkeit normiert.

Hinsichtlich der im Entwurf vorgesehenen selbstständigen Erwerbstätigkeit und der Anstellung bei der zu betreuenden Person oder deren Angehörigen stellt sich die Frage, wie Betreuungsstandards, adäquate Bezahlung und arbeitsrechtliche Absicherung bei leistbarer Betreuung sichergestellt sowie das Entstehen von Abhängigkeitsverhältnissen, Scheinselbstständigkeit und Überforderung von Arbeitgebern und Arbeitgeberinnen mit dieser Funktion vermieden werden können.

Ungeklärt bleibt weiters die Frage, wie Qualitäts- und Versorgungssicherheit bei der selbstständigen Erwerbstätigkeit gewährleistet werden soll, wenn eine Organisation, die Qualitätskontrollen durchführt, fehlt.

Des Weiteren gibt es keine Ausnahmeregelungen, die ein Abgehen von dem Erfordernis Mindestarbeitszeit von 48 Wochenstunden für den Fall ermöglichen, dass die Notwendigkeit der Betreuung vorübergehend wegfällt, wie etwa bei Krankenhaus- oder Kuraufenthalt.

Offen bleibt auch die Frage der Finanzierung.

Zu Artikel 1:

Zum 1. Abschnitt:

Zu § 1 Abs. 2 Z 1a:

Der Begriff „Angehörige“ ist zu unbestimmt, da nicht geklärt ist, welcher Verwandtschaftsgrad die Grenze bildet.

Zu § 1 Abs. 2 Z 1b i. V. m. § 4:

In Hinblick auf den Kollektivvertrag der Berufsvereinigung von Arbeitgebern und Arbeitgeberinnen für Gesundheits- und Sozialberufe (BAGS) wird das Erbringen der vorgesehenen Dienstleistungen unter den gegebenen Umständen nicht möglich und finanzierbar sein. Im BAGS sind Mindestlohntarife festgesetzt. Die Kosten bei Ausweitung des Angebotes würden das Land Wien insofern treffen, als die Einrichtungen Förderungen aus öffentlichen Mitteln erhalten. Aus dem vorliegenden Entwurf lassen sich keinerlei Lösungen für Fragen der Finanzierung der Urlaubs- und Krankenstandsvertretung, der Qualitätssicherung (Dokumentation, Kontrolle ...) und der Personaleratzkosten ableiten. Die ab Pflegestufe 3 zu erwartenden Kosten für zusätzliches qualifiziertes Betreuungspersonal (Pflegehelfer und Pflegehelferin, diplomiertes Pflegepersonal) werden die Gesamtbetreuungskosten jedenfalls erhöhen. Die Finanzierung durch Rückgriff auf Pension und Vermögen der betroffenen Personen erscheint inso-

fern unrealistisch, als bei der Betreuung zu Hause der gesamte bestehende Haushalt aufrecht erhalten werden muss, ja sogar eine weitere Person einzugliedern ist.

Warum der Gesetzgeber auf die Gemeinnützigkeit der Anbieter und Anbieterinnen und nicht etwa auf die Gemeinnützigkeit der Tätigkeit abstellt, ist nicht nachvollziehbar, da bereits derzeit Anbieter und Anbieterinnen, wie etwa die Aktiengesellschaft Sozial Global, am Markt sind, die ex definitione auf Grund ihrer Gesellschaftsform nicht gemeinnützig sind.

Zu § 1 Abs. 2 Z 2 a und Abs. 3:

Es ist nicht nachvollziehbar, warum der Anwendungsbereich des Gesetzes erst ab Pflegestufe 3 einsetzt. „Betreuung“ im Sinne dieses Gesetzes ist „Hilfestellung insbesondere bei der Haushaltsführung und der Lebensführung“, soweit diese Tätigkeiten nicht dem Gesundheits- und Krankenpflegegesetz unterliegen. Diese Leistungen werden jedoch vornehmlich in unteren Pflegestufen nachgefragt. Ab Stufe 3 sind hingegen in der Regel Tätigkeiten vordergründig, die dem Gesundheits- und Krankenpflegegesetz unterliegen und sich nicht in der Hilfestellung bei Haushalts- und Lebensführung erschöpfen. Für Pflegebezieher und Pflegegeldbezieherinnen ab Stufe 3 ist die in diesem Gesetz geregelte Betreuung sohin nicht ausreichend.

Um Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen der Anwendbarkeit des Hausbetreuungsgesetzes und des Gesundheits- und Krankenpflegegesetzes zu vermeiden, wird außerdem eine genauere Definition des Begriffes „Betreuung“ angeregt.

Es wird weiters angemerkt, dass zwar auf das Gesundheits- und Krankenpflegegesetz Bezug genommen wird, andere Berufsgesetze aber zur Gänze außer Acht gelassen werden. Das derzeit geltende Wiener Heimhilfegesetz normiert in seinem § 2, dass eine freiberufliche Ausübung der Heimhilfe unzulässig ist (auch im § 3 Abs. 6 des Entwurfes des Wiener Sozialbetreuungsberufegesetzes - WSBBG ist explizit normiert, dass die freiberufliche Ausübung des Berufes der Heimhilfe nicht zulässig ist). Der

vorliegende Gesetzentwurf ermöglicht ohne Bedachtnahme auf diese landesgesetzlichen Regelungen ein freies Gewerbe, das ohne Befähigungsnachweis ausgeübt werden kann.

Zu § 1 Abs. 2 Z 3-5:

Es wird vermutet, dass der Gesetzgeber primär das direkte Verhältnis zwischen Betreuungskraft und der zu betreuenden Person regeln wollte und die Bestimmungen des § 1 Abs. 2 Z 3 bis 5 auf ein unselbstständiges Arbeitsverhältnis (Verhältnis Anbieter/Anbieterin sozialer und gesundheitlicher Dienste und Betreuungsperson) auf Grund anderer geltender arbeitsrechtlicher Regelungen wohl nicht zur Anwendung kommen. Es wird empfohlen, eine entsprechende Klarstellung hinsichtlich geltender arbeitsrechtlicher Vorschriften im § 1 Abs. 2 aufzunehmen.

Zum 2. Abschnitt:

Zu § 3 Abs. 1:

Die Anwendung des Hausgehilfen- und Hausangestelltengesetzes auf die vom Gesetzgeber geplante Regelung zur 24-Stunden-Betreuung erscheint jedenfalls insofern verfehlt, als es nicht um Dienste für die Hauswirtschaft (§ 1 Abs. 1 des Hausgehilfen- und Hausangestelltengesetzes) geht, sondern um die Betreuung von Personen, wobei die nach § 4 des Hausgehilfen- und Hausangestelltengesetzes erforderlichen Rahmenressourcen in der Regel nicht zur Verfügung stehen werden.

Zu § 3 Abs. 2, 3 und 4:

Festgelegt werden eine Arbeitszeit von höchstens 128 Stunden in zwei Wochen, die tägliche Arbeitszeit, Ruhepausen, die Arbeitsbereitschaft sowie 10 Stunden, die während des Zeitraumes von 24 Stunden nicht in Anspruch genommen werden dürfen. Offen bleiben Fragen der Dokumentationspflicht und der Kontrolle der Arbeits- bzw.

Ruhezeiten. Ebenso bleibt die Frage offen, was gilt, wenn die Arbeitszeit vor Ablauf der 14 Tage bereits 128 Stunden überschritten hat (etwa bei dementen Klienten und Klientinnen, Verschlechterung des Allgemeinzustandes, unvorhersehbarer Betreuungsbedarf und unvorhersehbar steigende Betreuungszeiten).

Zu § 3 Abs. 6:

Kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung endet das Arbeitsverhältnis mit dem Tod der zu betreuenden Person auch dann, wenn ein Angehöriger oder eine Angehörige der zu betreuenden Person Arbeitgeber oder Arbeitgeberin ist. Es wäre sinnvoll, eine entsprechende Sonderbestimmung auch für den Fall vorzusehen, dass etwa der Pflegebedarf der betreuten Person wegfällt oder die Letztgenannte in (ständige) stationäre Behandlung aufgenommen wird.

Zum 3. Abschnitt:

Zu § 5:

Es wird empfohlen, eine Regelung betreffend die Dokumentationspflicht aufzunehmen. Bei einem Wechsel der Betreuungspersonen, aber auch erforderlicher medizinischer Behandlung, erscheint dies von besonderer Wichtigkeit.

Nicht nachvollziehbar ist, warum bei Verschlechterung des Gesundheitszustandes die selbstständig tätige Betreuungskraft lediglich entsprechend den vereinbarten Handlungsleitlinien vorzugehen hat, die in einem Arbeitsverhältnis tätige Betreuungskraft hingegen zur Verständigung bzw. Beiziehung von Ärzten und Ärztinnen oder Einrichtungen, die mobile Dienste anbieten, verpflichtet ist (siehe auch § 160 Abs. 2 der Gewerbeordnung 1994 - GewO 1994).

Auch erweist sich die Auslegung des unbestimmten Gesetzesbegriffes „erkennbare Verschlechterung des Zustandsbildes“ als schwierig. Dies insbesondere auch deshalb,

weil im § 160 Abs. 1 Z 2 GewO 1994 der Begriff „gravierende Verschlechterung“ verwendet wird, für den ebenfalls eine nähere Definition fehlt.

Klargestellt werden sollte auch, dass Tätigkeiten aus gesetzlich geregelten Berufsbildern (Gesundheits- und Krankenpflegegesetz), für die ein Tätigkeitsvorbehalt gilt, von der Betreuungsperson nicht durchgeführt werden dürfen.

Zu § 7 Hausbetreuungsgesetz:

Die Verpflichtung „zur Verschwiegenheit über alle ... bekannt gewordenen oder anvertrauten Angelegenheiten“ erscheint zu weit. Vorgeschlagen wird eine Einschränkung auf „bekanntgewordene oder anvertraute Geheimnisse“ (vgl. § 4 Abs. 2 WHHG).

Zu Artikel 2:

Zu § 159:

Der Gewerbeordnung 1994 unterliegen nur Tätigkeiten, die selbstständig und damit auf eigene Rechnung und Gefahr ausgeübt werden. Der Verwaltungsgerichtshof hat diesbezüglich festgestellt, dass das Merkmal der Selbstständigkeit als gegeben anzusehen ist, wenn die Tätigkeit bei völlig freier Tätigkeits- und Zeiteinteilung bzw. der Möglichkeit, die Tätigkeit jederzeit abzubrechen, und auf reiner Provisionsbasis erfolgt und daher das Entgelt ausschließlich vom Erfolg der Tätigkeit abhängt (vgl. VwGH vom 6. Mai 1986, Zl. 85/04/0224).

Die für den Bereich der selbstständigen Ausübung dargestellten Tätigkeiten des neuen freien Gewerbes „Personenbetreuung“ können sinnvoller Weise nur in Form eines von persönlicher Abhängigkeit gekennzeichneten unselbstständigen Dienstverhältnisses erfolgen, soll nicht die mit dem Entwurf intendierte Gewährleistung einer möglichst hohen Qualität der Betreuung gefährdet werden.

Generell wird bezweifelt, dass dem Bund auf Grund der im B-VG vorgenommenen Kompetenzverteilung die Zuständigkeit zukommt, die im Artikel 2 des Entwurfes näher determinierte selbstständige Ausübung der Personenbetreuung in Form eines freien Gewerbes zu regeln. Diesbezüglich wird auf die geltende Vereinbarung gemäß Art. 15a B-VG über Sozialbetreuungsberufe hingewiesen, in der sich die Länder verpflichtet haben, im Rahmen ihrer Zuständigkeit das Berufsbild, die Tätigkeit und die Ausbildung von Angehörigen der Sozialbetreuungsberufe zu regeln. In der Anlage 1 wird beim Beruf des Heimhelfers/der Heimhelferin ein Aufgabenprofil normiert, das in vielen Bereichen mit dem Entwurf des § 159 GewO 1994 übereinstimmt. Ferner sieht die Anlage 1 der genannten Vereinbarung gemäß Art. 15a B-VG ausdrücklich vor, dass der Beruf des Heimhelfers/der Heimhelferin ausschließlich im Rahmen einer Einrichtung ausgeübt werden darf, deren Rechtsträger oder Rechtsträgerin der Verantwortung des Berufes entsprechende Qualitätssicherungsmaßnahmen vorzunehmen hat. Eine freiberufliche Ausübung der Heimhilfe ist ausdrücklich nicht vorgesehen.

Abgesehen davon ist für die Ausübung der Heimhilfe ein eigenes Qualifikationsniveau vorgesehen, das 200 Unterrichtseinheiten Unterricht und 200 Stunden Praxis beinhaltet. Vor diesem Hintergrund kann nicht nachvollzogen werden, weshalb der Entwurf nunmehr die selbstständige Ausübung eines freien und damit an keinerlei Befähigungsnachweis gebundenen Gewerbes ermöglicht. Die im Artikel 1, 3. Abschnitt des Entwurfes vorgesehenen Maßnahmen der Qualitätssicherung in der Betreuung sind nicht geeignet, das etwa durch die Art. 15a-Vereinbarung gewährleistete Ziel eines hohen Niveaus der Betreuung zu Hause sicherzustellen.

Selbst wenn die Zulässigkeit der Normierung eines freien Gewerbes im hier in Rede stehenden Bereich bundesverfassungsrechtlich abgesichert werden sollte, so umfasst der im Abschnitt 2 beschriebene Aufgabenbereich Tätigkeiten, die in den Vorbehaltsbereich reglementierter Gewerbe bzw. von Teilgewerben eingreifen. So sind Reinigungstätigkeiten dem reglementierten Gewerbe der Denkmal-, Gebäude- und Fassadenreiniger vorbehalten, lediglich die Durchführung von einfachen Reinigungstätigkeiten wäre im Rahmen eines freien Gewerbes denkbar. Zudem existiert ein Teilge-

werbe „Wäschebügeln“, weshalb auch die selbstständige Ausübung dieser Tätigkeit nach derzeitiger Rechtslage an einen Befähigungsnachweis gebunden ist.

Es stellt eine Ungleichbehandlung dar, dass die Hausbetreuung unter freie Gewerbe, vergleichbare Tätigkeiten hingegen unter reglementierte Gewerbe fallen.

Zu § 159 Z 6:

Vom Wortlaut („Vermittlung und Organisation von Personenbetreuung“) her greift diese Bestimmung in einen Kernbereich des reglementierten Gewerbes der Arbeitsvermittlung gemäß § 94 Z 1 GewO 1994 ein.

Die Formulierung „Organisation von Personenbetreuung“ im § 159 Z 6 erscheint insofern auch zu unbestimmt, als ein Anwendungsbereich im Rahmen der selbstständigen Ausübung der in den Z 1 bis 5 angeführten Tätigkeiten durch Gewerbetreibende nicht ersichtlich, diesen Tätigkeiten sogar artfremd erscheint. Darunter können auch Tätigkeiten des reglementierten Gewerbes der Überlassung von Arbeitskräften gemäß § 94 Z 72 GewO 1994 verstanden werden.

Zu § 160:

Wie bereits zum 3. Abschnitt des Artikel 1 angemerkt, fehlt es an qualitätssichernden Maßnahmen, insbesondere Mindestanforderungen betreffend die privatrechtliche Vereinbarung zwischen dem oder der Gewerbetreibenden und der zu betreuenden Person.

Zu § 160 Abs. 1 letzter Satz i. V. m. § 367 Z 49:

Die Bestimmungen führen zu einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Gewerbeinhabers oder der Gewerbeinhaberin bzw. des gewerberechtlchen Geschäftsführers oder der gewerberechtlchen Geschäftsführerin (§ 370 Abs. 1 GewO 1994) für ein

Verhalten seiner Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen. Fraglich erscheint, ob diese in der vorgeschlagenen Fassung des § 160 Abs. 1 GewO 1994 Deckung findet, da weder eine Verpflichtung des Gewerbetreibenden und der Gewerbetreibenden zur Belehrung der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen noch die Voraussetzung einer nachweislichen Kenntnisnahme durch die Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen normiert wurde.

Die sprachliche Gleichbehandlung von Frau und Mann wird begrüßt. In der Novelle zur Gewerbeordnung 1994 wären aber an folgenden Stellen noch geschlechterneutrale Formulierungen einzufügen:

Zu § 159 Z 3:

Nach dem Wort „Gesellschafterfunktion“ wäre das Wort „Gesellschafterinnenfunktion“ einzufügen.

Zu § 160 Abs. 1 Satz 2:

Nach der Wortfolge „oder deren gesetzlicher Vertreter“ wäre die Wortfolge „oder deren gesetzliche Vertreterin“ einzufügen.

§ 160 Abs. 1 letzter Satz:

Nach der Wortfolge „für die Arbeitnehmer“ wäre die Wortfolge „für die Arbeitnehmerinnen“ einzufügen.

Zu § 160 Abs. 2 Z 1:

Nach der Wortfolge „deren gesetzlichem Vertreter“ wäre die Wortfolge „oder deren gesetzlichen Vertreterin“ einzufügen.

- 11 -

Abschließend sei nochmals betont, dass ein Finanzierungsmodell für eine 24-Stunden-Betreuung durch Gebietskörperschaften und betroffene Personen derzeit nicht vorliegt und die Frage der Finanzierbarkeit daher vollkommen offen ist.

Den Ländern dürfen jedenfalls keine Mehrkosten entstehen.

Für den Landesamtsdirektor:

SR Dr. Hans Serban, LL.M.

Dr. Peter Pollak, MBA

Ergeht an:

1. Präsidium des Nationalrates
2. alle Ämter der Landesregierungen
3. Verbindungsstelle der Bundesländer
4. MA 15
(zu MA 15-V-SR 3923/07)
mit dem Ersuchen um Weiterleitung an die einbezogenen Dienststellen.