



An das Bundesministerium für Arbeit, Soziales und  
Konsumentenschutz

[margarethe.grasser@sozialministerium.at](mailto:margarethe.grasser@sozialministerium.at)  
[erwin.biringer@sozialministerium.at](mailto:erwin.biringer@sozialministerium.at)  
[jasmin.habersberger@sozialministerium.at](mailto:jasmin.habersberger@sozialministerium.at)

Wien, am 01.07.2016

**Entwurf einer Verordnung des Bundesministers für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz über die Beurteilung des Pflegebedarfs von Kindern und Jugendlichen nach dem Bundespflegegeldgesetz (Kinder-Einstufungsverordnung zum Bundespflegegeldgesetz - Kinder-EinstV)**

**GZ: BMASK-40101/0002-IV/B/4/2016**

Die Vereinigung der österreichischen Richterinnen und Richter und die Bundesvertretung Richter und Staatsanwälte in der GÖD danken für die Übermittlung des Entwurfes einer Verordnung über die Beurteilung des Pflegebedarfs von Kindern und Jugendlichen nach dem Bundespflegegeldgesetz (Kinder-EinstV) und nehmen dazu wie folgt Stellung:

**Allgemeine Bemerkungen:**

Wie auch in den allgemeinen Erläuterungen zum Verordnungsentwurf ausgeführt, ist für die Beurteilung des Pflegebedarfs von Kindern und Jugendlichen bis zum vollendeten 15. Lebensjahr nur jenes Ausmaß an Pflege zu berücksichtigen, das über das erforderliche Ausmaß von gleichaltrigen nicht behinderten Kindern und Jugendlichen hinausgeht.

Die Einstufung von Kindern und Jugendlichen bis zum vollendeten 15. Lebensjahr ist aktuell durch die Problematik geprägt, dass die Sozialversicherungsträger, insbesondere die primär betroffene Pensionsversicherungsanstalt, diese nach anderen Kriterien und Vorgaben vorzunehmen haben, als die Arbeits- und Sozialgerichte im Zuge ihrer sukzessiven Kompetenz. Dieser Umstand wurde auch vom Rechnungshof wiederholt kritisiert.

Begründet ist diese Problematik dadurch, dass die Sozialversicherungsträger als Entscheidungsträger im übertragenen Wirkungsbereich (§ 34 BPGG) gemäß § 22 Abs 3 bzw § 29a der Richtlinien des Hauptverbandes der Sozialversicherungsträger für die einheitliche Anwendung des Bundespflegegeldgesetzes (RPGG 2012) verpflichtet sind, bei der Erstattung von Befund und Gutachten das jeweils aktuelle „Konsensuspapier zur einheitlichen ärztlichen und pflegerischen Begutachtung nach dem Bundespflegegeldgesetz“, das in Zusammenarbeit des BMASK mit den Entscheidungsträgern erarbeitet wurde, jedenfalls zu beachten. Wie der OGH mehrfach darlegte, sind jedoch weder die Richtlinien des Hauptverbandes noch das Konsensuspapier für die Arbeits- und Sozialgerichte bindend (RS0106385).

Bisher bestanden für die Gerichte keine bindenden pauschalierten Zeitwerte für die Beurteilung des Pflegebedarfs von nicht behinderten Kindern und Jugendlichen. Das jeweilige Ausmaß des Pflegebedarfs eines gleichaltrigen nichtbehinderten Kindes oder Jugendlichen wurde daher vom Gericht festgesetzt; dieser Wert wurde in der Folge vom konkreten individuellen Mehrbedarf abgezogen.

Dass es begrüßenswert ist, wenn der Gesetzgeber mit der Kinder - EinstV nunmehr einheitliche Maßstäbe für die Beurteilung des im Regelfall heranzuziehenden Pflegebedarfs von (gesunden) Kindern und - Jugendlichen schaffen will („natürlicher Pflegebedarf“), steht außer Diskussion. Auch aus der Sicht der Richterschaft ist der Aspekt der Rechtssicherheit und Vereinheitlichung als positiv zu erachten, wobei zu begrüßen ist, dass bei der Beurteilung des individuellen Pflegebedarfs die Über- oder Unterschreitung der in der Verordnung angegebenen Zeitwerte (unter Berücksichtigung der bisherigen Judikatur betreffend Richt- und Mindestwerte) nicht ausgeschlossen wird.

Problematisch bleibt aber, dass die Zeiträume, die die Verordnung bei der Einstufung des Ausmaßes des "natürlichen" Pflegebedarfs festlegt, als deutlich zu groß gewählt erscheinen, womit sie weder dem gesetzlichen Vorgaben (Vergleich mit gleichaltrigen Kindern bzw. Jugendlichen nach § 4 Abs. 3 BPGG) noch dem sich aus der Judikatur des Obersten Gerichtshof ergebenden Gebot einer konkret-individuellen Prüfung entsprechen.

Insbesondere den jeweiligen natürlichen altersabhängigen Pflegebedarf jeweils ab der Geburt bis zur Erlangung der „Selbstständigkeitsgrenze“, so bspw über sieben Lebensjahre hinweg **in** konstanter Höhe vorzusehen, dehnt die Interpretation des Begriffs "gleichaltrig" extrem aus. Es besteht wohl kein Zweifel, dass der natürliche Pflegeaufwand eines Neugeborenen und eines 6-Jährigen für die tägliche Körperpflege deutlich anders ist.

Das in den Erläuterungen angeführte Argument, eine darüber hinausgehende Staffelung des natürlichen Pflegebedarfs wäre aus verwaltungsökonomischer Sicht mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden, findet in der dem Gesetz zugrundeliegenden Absicht des Gesetzgebers keine Deckung (vgl etwa die EB zur Novelle BGBl I 1998/111, in denen ausdrücklich ausgeführt wird, dass entsprechend den zu erwartenden Entwicklungsschritten es auch erforderlich sein wird, „in relativ kurzen Zeitabständen Nachuntersuchungen vorzunehmen“ (1186 BlgNR 20.GP, 13)).

Die im Entwurf festgelegten Zeitwerte, die naturgemäß finanzielle Implikationen haben, sind vom Verordnungsgeber politisch zu verantworten. Die richterliche Landesvertretung ist weder berufen noch fachlich ausreichend in der Lage, dazu abschließend Stellung zu nehmen. Die erläuternden Bemerkungen führen dazu aus, dass die Zeitwerte "anhand der Zeitwerte des Konsensuspapiers von ExpertInnen wie z.B. KinderfachärztInnen, VertreterInnen der mobilen Kinderhauskrankenpflege und KinderkrankenpflegerInnen auf Basis langjähriger Erfahrung überprüft" worden seien. Unter Berufung auf Gutachten in einzelnen Verfahren und Hinweis auf vergleichbare Richtlinien des deutschen GKV-Spitzenverbands zur Begutachtung der Pflegebedürftigkeit haben einzelne Kolleginnen und Kollegen aus der Sozialgerichtsbarkeit die Meinung vertreten, dass einzelne Werte zu niedrig angesetzt sind (etwa Pflegeleistungen während der Menstruation).

### **Bemerkungen zu einzelnen Bestimmungen:**

#### **zu § 3:**

Mit dem Begriff "erschwerende Funktionseinschränkung", an den mehrfach im § 3 angeknüpft wird, wird ein neuer unbestimmter Gesetzesbegriff eingeführt, der unbeschadet der in den Erläuternden Bemerkungen angeführten Beispiele Anstoß für sozialgerichtliche Verfahren sein wird.

Die in diesem Paragraph vorgesehene Unterteilung der Mobilitätshilfe im engeren Sinn ist zu begrüßen. Sie trägt insbesondere auch der besonderen Bedeutung der Mobilität für die gesamte Entwicklung des Kindes Rechnung.

In § 3 Abs 6 letzter Satz wird normiert, unter welchen Voraussetzungen die festgelegten Mindestwerte über- bzw unterschritten werden können. Hinsichtlich der Überschreitung der Mindestwerte sollte überlegt werden, ob nicht in Anlehnung an die ständige Rechtsprechung (RS0121676) die Fallvariante des Überschreitens gleich jener für den Richtwert in § 7 formuliert werden sollte. Zur Fallvariante des

Unterschreitens von Mindestwerten wäre anzudenken, in § 3 Abs 6 letzter Absatz letzter Satz anstelle des unbestimmten Gesetzesbegriffs „erhebliche Unterschreitung“ im Sinne der Rechtsprechung darauf abzustellen, ob der tatsächliche Pflegeaufwand deutlich unter der Hälfte des festgelegten Mindestwertes liegt (RS0109875).

zu § 4:

Unklarheiten schafft die Festlegung eines natürlichen, alters- und entwicklungsabhängigen Pflegeaufwands für die Mobilitätshilfe im weiteren Sinn bis zum vollendeten 7. Lebensjahr mit einem fixen Zeitwert von 10 Stunden pro Monat in § 4 Abs 3 des Entwurfs. Das in den Erläuterungen gegeben Beispiel des Schulwegs verstärkt diese Unklarheit. Es scheint, als ob jedweder Weg außerhalb des Hauses, bei dem ein Jugendlicher ab Vollendung des 7. Lebensjahres begleitet werden muss, als Hilfsbedarf zu veranschlagen ist, da ein natürlicher Pflegeaufwand nicht mehr gegeben ist. Auf bloß beeinträchtigungsbedingte Wege bezogen kann diese Regelung schon deshalb nicht verstanden werden, da diesfalls auch bei der Altersgruppe vor Vollendung des 7. Lebensjahres kein altersbedingter, natürlicher Aufwand eines gesunden Kindes festgesetzt werden hätte dürfen.

zu § 5:

Die Festlegung eines Richtwerts im Zusammenhang mit der Verwendung von Hörgeräten ist grundsätzlich zu begrüßen.

zu § 6:

Auch die Festlegung von Richtwerten im Zusammenhang mit der Verwendung von Beatmungs- und Absauggeräten ist im Sinne der Treffsicherheit der Einstufung grundsätzlich zu begrüßen, obwohl dies eine Abkehr von der bisherigen Judikatur des Obersten Gerichtshofs darstellt (10 ObS 206/00 t), was auch Auswirkungen auf erwachsene Pflegebedürftige haben wird.

zu § 11:

Dem klaren Wortlaut des Gesetzes entsprechend tritt die Verordnung mit dem 1.8.2016 in Kraft. nach § 11 Abs 2 soll es durch das bloße Inkrafttreten dieser Verordnung - unbeschadet des § 9 Abs 4 BPGG - bei gleich bleibendem Pflegebedarf zu keiner Änderung der Pflegegeldstufe kommen. Weitere Übergangsbestimmungen fehlen. Der Gesetzgeber hat die Wirksamkeit der Kinder - EinstV somit ab einem bestimmten Zeitpunkt festgelegt, lässt aber offen, wie zum 1.8.2016 laufende Verfahren zu behandeln sind. Nach allgemeinen Regeln ist daher die Verordnung auch auf laufenden Verfahren anzuwenden. Ohne abweichende Regelung müssten daher sowohl die Entscheidungsträger im Verwaltungsverfahren bei Bescheiderlassung bzw die Gerichte im Rahmen ihrer sukzessiven Kompetenz bei Urteilen ab dem 1. August 2016 die „neue Rechtslage“ anwenden. Gegenteilige Ausführungen in den Erläuternden Bemerkungen vermögen daran nichts zu ändern. Eine ausdrückliche Anordnung in der Verordnung selbst ist unbedingt erforderlich.

Mag. Werner Zinkl

Präsident der Vereinigung der österreichischen Richterinnen und Richter

Mag. Christian Haider

Vorsitzender der Bundesvertretung Richter und Staatsanwälte in der GÖD