



Dr. Martin Greifeneder  
Richter am Landesgericht Wels



Dr. Klaus Mayr, LL.M.  
Arbeiterkammer OÖ

## ÖZPR-Seminar „Pflege & Recht 2011“

### Mehr als 100 Teilnehmer bei Fachveranstaltung im Arcotel in Linz!

Am 13.10.2011 durften wir im Linzer Arcotel mehr als 100 Teilnehmerinnen und Teilnehmer beim restlos ausgebuchten ersten österreichischen Fachseminar für „Pflege & Recht“ begrüßen. Die Präsidentin des Österreichischen Gesundheits- und Krankenpflegeverbandes, Frau *Ursula Frohner*, unterstrich in ihren Grußworten die Bedeutung dieses Fachseminars sowie der Österreichischen Zeitschrift für Pflegerecht für die Pflegepraxis. Neben zahlreichen Pflegedienst- und Heimleitungen nahmen auch Geschäftsführer von Sozialvereinen sowie Vertreter der Interessenvertretungen und Sachverständige etc teil. Die Vorträge zu den Themen Neuerungen beim Pflegegeld samt Einbindung von Pflegefachkräften in die Begutachtung (Dr. *Greifeneder*, Richter LG Wels), Arbeitszeit (Dr. *Mayr*, AK OÖ), Haftung (HR Dr. *Neumayr*, OGH) und GuKG (Univ.-Prof. Dr. *Pfeil*) fanden großes Interesse und gaben Anlass zu reger Diskussion. Die vielen positiven Rückmeldungen seitens der Seminarteilnehmer bestärken uns, diesen österreichischen Pflegerechtstag in Hinkunft jährlich abzuhalten und zu einem festen Bestandteil im Fortbildungskalender der Pflege werden zu lassen.



Martin Greifeneder, Klaus Mayr, Ursula Frohner, Heinz Kortner



In der vorliegenden Zeitschrift bilden die Ergebnisse des Pilotprojekts betreffend Begutachtung durch Pflegekräfte beim Pflegegeld sowie Teil I des Beitrags über medikamentöse Freiheitsbeschränkung nach dem HeimAufG die Schwerpunkte. Daneben erwarten Sie aber auch andere interessante Beiträge, etwa zu Fragen der Ethik und Suchtprävention.

Wie gewohnt werden zudem in jeder Rubrik aktuelle Gerichtsentscheidungen kurz dargestellt und/oder von Ihnen gestellte Fragen beantwortet.

Wir hoffen, wieder Ihr Interesse getroffen zu haben und freuen uns wie immer auf allfällige Rückmeldungen bzw Anregungen Ihrerseits.

Mit der letzten Ausgabe in diesem Jahr weihnachtet es schon sehr, sodass wir Ihnen ein besinnliches Weihnachtsfest 2011 und das Allerbeste für 2012 wünschen möchten!

Wir hoffen, Sie auch 2012 wieder als LeserInnen begrüßen zu können.

*Heidrun Engel*

*Klaus Mayr*

PS: Anregungen, Kommentare oder Fragen senden Sie bitte an [oezpr@manz.at](mailto:oezpr@manz.at)

ÖZPR 2011/125

### Impressum

**Medieninhaber (Verleger) und Herausgeber:** MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH, Sitz der Gesellschaft: A-1014 Wien, Kohlmarkt 16, FN 124 181 w, HG Wien. Unternehmensgegenstand: Verlag von Büchern und Zeitschriften. **Verlagsadresse:** A-1015 Wien, Johannesgasse 23 ([verlag@manz.at](mailto:verlag@manz.at)). **Geschäftsführung:** Mag. Susanne Stein (Geschäftsführerin) sowie Prokurist Dr. Wolfgang Pichler (Verlagsleitung). **Schriftleitung:** Dr. Martin Greifeneder, Dr. Klaus Mayr, LL.M. **Redaktion:** MR Dr.<sup>in</sup> Sylvia Füszi, Mag. Dr. Christian Gepart, Mag. Stefan Koppensteiner, Hon.-Prof. HR Dr. Matthias Neumayr, Univ.-Prof. Dr. Walter J. Pfeil, Univ.-Prof. Dr. Reinhard Resch, MR Dr.<sup>in</sup> Anna Ritzberger-Moser, Prof. Dr. Johannes Rudda, HR Dr. Hans Peter Zierl. **E-Mail:** [oezpr@manz.at](mailto:oezpr@manz.at) **Verlagsredaktion:** Mag. Katharina Hnatek-Petrak, E-Mail: [katharina.hnatek@manz.at](mailto:katharina.hnatek@manz.at) **Druck:** Ferdinand Berger & Söhne Ges. m. b. H., 3580 Horn. **Verlags- und Herstellungsort:** Wien. **Grundlegende Richtung:** Veröffentlichung von Beiträgen zum Thema Pflegerecht und Heimrecht. **Zitervorschlag:** ÖZPR 2011/Nummer, Seite. **Anzeigen:** Heidrun R. Engel, Tel: (01) 531 61-310, Fax: (01) 531 61-181, E-Mail: [heidrun.engel@manz.at](mailto:heidrun.engel@manz.at) **Bezugsbedingungen:** Die ÖZPR erscheint 6 Mal jährlich. Der Bezugspreis beträgt € 84,-. Nicht rechtzeitig vor ihrem Ablauf abbestellte Abonnements gelten für ein weiteres Jahr als erneuert. Abbestellungen sind schriftlich 6 Wochen vor Jahresende an den Verlag zu senden. Einzelheft: € 16,80. **AZR:** Alle Abkürzungen entsprechen den „Abkürzungs- und Zitierregeln“ (AZR), 6. Auflage (Verlag Manz, 2008). **Urheberrechte:** Mit der Einreichung seines Manuskriptes räumt der Autor dem Verlag für den Fall der Annahme das übertragbare, zeitlich und örtlich unbeschränkte ausschließliche Werknutzungsrecht (§ 24 UrhG) der Veröffentlichung in dieser Zeitschrift, einschließlich des Rechts der Vervielfältigung in jedem technischen Verfahren (Druck, Mikrofilm etc) und der Verbreitung (Verlagsrecht) sowie der Verwertung durch Datenbanken oder ähnliche Einrichtungen, einschließlich des Rechts der Vervielfältigung auf Datenträgern jeder Art, auch einschließlich CD-ROM, der Speicherung in und der Ausgabe durch Datenbanken, der Verbreitung von Vervielfältigungsstücken an die Benutzer, der Sendung (§ 17 UrhG) und sonstigen öffentlichen Wiedergabe (§ 18 UrhG), ein. Gemäß § 36 Abs 2 UrhG erlischt die Ausschließlichkeit des eingeräumten Verlagsrechts mit Ablauf des dem Erscheinen des Beitrags folgenden Kalenderjahrs; dies gilt für die Verwertung durch Datenbanken nicht. Der Nachdruck von Entscheidungen ist daher nur mit ausdrücklicher schriftlicher Bewilligung des Verlags gestattet. **Haftungsausschluss:** Sämtliche Angaben in dieser Zeitschrift erfolgen trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr. Eine Haftung der Herausgeber, der Autoren sowie des Verlags ist ausgeschlossen. **Grafisches Konzept:** Michael Fürnsinn für buero8, 1070 Wien.

## GuKG, Arbeitsrecht & Anstaltenrecht

163 **INTRO**

164 **Pflegeforschung – eine neue Aufgabe der Ethikkommissionen**

166 **Betriebsvereinbarung zur Suchtprävention**

169 **Rechtsprechung**  
Vertragsbedienstetenrecht

## Pflegegeld & Sozialrecht

171 **INTRO**

172 **Begutachtung durch Pflegefachkräfte  
Ergebnisse des Pilotprojekts**

176 **Einbindung von diplomierten Pflegefachkräften in die Pflegegeldbegutachtung ab 1. 1. 2012**

179 **Auch pflegenden Angehörigen kommt das Pflegegeldreformgesetz 2012 zugute**

180 **Fragen aus der Praxis**

## HeimAufG & UbG

181 **INTRO**

182 **Medikamentöse Freiheitsbeschränkungen nach dem HeimAufG – Manual 2011  
Teil I – Allgemeine Grundlagen**

185 **Der neue § 34 a UbG in der Rechtsprechung**

188 **Rechtsprechung**

Zustimmung des Vertreters zur Freiheitsbeschränkung eines Bewohners?

188 **Fragen aus der Praxis**

## Haftung, Kosten & Qualität

189 **INTRO**

190 **Die Koordination für Betreuung und Pflege bei den regionalen Trägern sozialer Hilfe:  
Rollen, Aufgaben und Einflusschancen**

192 **Rechtsprechung**

Anspruch auf Spitalskostenrückersatz im Rahmen der Sozialhilfe



**Mag. Dr. Christian Gepart**  
Rechtsanwalt in Wien  
Dipl. Gesundheits- und Krankenpfleger



**Dr. Klaus Mayr, LL.M.**  
Arbeiterkammer OÖ



**MR Dr. in Sylvia Füzsl**  
Bundesministerium für Gesundheit

# GuKKG, Arbeitsrecht & Anstaltenrecht

**INTRO.** In dieser Rubrik werden die rechtlichen Verpflichtungen für alle in der Gesundheits- und Krankenpflege Tätigen praxisgerecht aufbereitet.

## Ethik und Suchtmittel, beide haben in der Pflege eine große Bedeutung, aber wie so oft kommt es auch hier auf die richtige Dosis an!

Deswegen bringen wir in Rubrik I zuerst einen Beitrag über die Aufgaben von Ethikkommissionen bei Krankenanstaltenträgern, neuen Pflegekonzepten und -methoden. Damit soll das in der Praxis vielfach „unbekannte Wesen“ Ethikkommission den in der Pflege Tätigen nähergebracht und gezeigt werden, dass Ethik nicht nur in der Medizin, sondern auch in der Pflege von großer Bedeutung ist. Der zweite Beitrag betrifft Alkohol und Drogen am Arbeitsplatz, jedoch nicht als Problem bei Patienten, sondern bei den Beschäftigten, welche durch die große Belastung im Beruf, durch private Probleme etc von der Konsumation von Suchtmitteln betroffen sein können. Um diese Problematik rasch zu erkennen und wirksam den Betroffenen helfen zu können, wird eine Betriebsvereinbarung zur Suchtprävention vorgestellt, welche sich aus den Elementen „Reglementierung“, „Kontrolle“ und „Akutmaßnahmen“ zusammensetzt. Den Abschluss bildet eine aktuelle OGH-Entscheidung zu einer speziellen Gefahrenzulage. Darin wird aufgezeigt, wie allenfalls veraltete Zulagenkataloge auf geänderte Rahmenbedingungen angepasst werden können.

In Anbetracht des vorgerückten Kalenderjahres bleibt uns nur noch, Ihnen ein gesegnetes Weihnachtsfest zu wünschen und Ihnen für 2012 weitere Sie interessierende Beiträge zu versprechen!

**Christian Gepart, Klaus Mayr und Sylvia Füzsl**

ÖZPR 2011/126

## AKTUELLES

### Österreichischer Pflege- und Betreuungspreis 2011

Am pflegekongressII zeichneten die Volkshilfe und das pflegenetz zum vierten Mal Menschen und Unternehmen aus, die sich durch ihr Engagement, ihre Aktionen und Initiativen im Bereich Pflege und Betreuung verdient gemacht haben.

Bundesminister *Hundstorfer* übergab die Preise an die GewinnerInnen, die von einer ExpertInnenjury gekürt wurden. Der Minister dankte allen Ausgezeichneten für ihre Leistung, „*denn sie sind das Fundament, auf dem das gute österreichische Pflegesystem gebaut ist!*“

Nähere Informationen:  
[www.pflegepreis.at](http://www.pflegepreis.at)

## Termine

### II. Aromakongress

Schloss Weikersdorf,  
Baden bei Wien

19. und 20. Mai 2012

Nähere Informationen:

Vereinigung ärztlich geprüfter AromapraktikerInnen – VagA, Amalienstraße 68, 1130 Wien. Internet: [www.aromapraktiker.at](http://www.aromapraktiker.at)

# Pflegeforschung – eine neue Aufgabe der Ethikkommissionen

**Pflegeforschung, Ethikkommission, Pflegewissenschaft.** Im Beitrag werden die Aufgaben der Ethikkommission bei der Pflegeforschung und damit zusammenhängende organisatorische Neuerungen vorgestellt.

## Pflegewissenschaft und Pflegeforschung

Pflege als Dienstleistung hat eine lange Tradition, Pflegeforschung ist wesentlich jüngerer Datums. Die erste Fachveröffentlichung über klinische Pflegeforschung stammt von Florence Nightingale aus dem Jahr 1858. Das Bedürfnis, zu forschen und die Effektivität von Pflegedienstleistungen zu erhöhen, hat in den letzten Jahren eine besondere Verstärkung erfahren. Technologische und insbesondere demographische Entwicklung führen zu einem steigenden Bedarf an Pflege, der in Widerspruch mit den begrenzten Möglichkeiten und budgetären Restriktionen im Gesundheitswesen und auf dem Gebiet der Langzeitpflege steht. Dies führt zu neuen Herausforderungen in Effizienz- und Effektivitätssteigerung von Pflege. Um darauf angemessen reagieren zu können, werden relevante und valide Daten benötigt, die nur durch klinische Pflegeforschung zu gewinnen sind. Daher ist Pflegeforschung auch ein Mittel der Qualitätssicherung für Pflege und Patienten.

An der Universität Wien besteht das Institut für Pflegewissenschaften seit 2005. Dies ist jedenfalls als Indiz dafür zu sehen, dass Pflegewissenschaft in Österreich zwar langsam, aber doch als wissenschaftliche Disziplin Anerkennung erfährt.

## Pflegeforschung ist auch ein Mittel der Qualitätssicherung für Pflege und Patienten.

Seit April 2008 gibt es die Möglichkeit, die Ausbildung im gehobenen Dienst für Gesundheits- und Krankenpflege auch als Bachelor-Studiengang an einer Fachhochschule zu absolvieren. Dieser Zug zur Akademisierung bei nichtärztlichen Gesundheitsberufen (auch für gehobene medizinisch-technische Dienste und Hebammen wurde die Möglichkeit der Absolvierung ihrer Ausbildung im Wege von Fachhoch-

schul-Bachelorstudiengängen ermöglicht) führt zu einem weiteren Schub im Bereich der einschlägigen Forschung, da diese oftmals zum Erwerb von Diplomen erforderlich ist (Qualifikationsforschung).

Um Ergebnisse von Forschungsprojekten in hochwertigen Fachzeitschriften publizieren zu können, wird vielfach das positive Votum einer Ethikkommission gefordert. Nachdem die Beurteilung von Pflegeforschungsprojekten jedoch nicht explizit als Aufgabe der Ethikkommissionen im Bundesgesetz über Krankenanstalten und Kuranstalten genannt war, haben manche Ethikkommissionen unter Hinweis auf mangelnde Zuständigkeit solche Beurteilungen verweigert.

## Novelle zum Bundesgesetz über Krankenanstalten und Kuranstalten, BGBl I 2009/124

Bereits seit 1988 findet sich im Bundesgesetz über Krankenanstalten und Kuranstalten (KAKuG) eine Regelung über die Verpflichtung von Krankenanstaltenträgern, zur Beurteilung von klinischen Prüfungen von Arzneimitteln eine Ethikkommission einzurichten. Eine Ethikkommission kann auch für mehrere Krankenanstalten zuständig sein (in den meisten Bundesländern gibt es eine Ethikkommission, die für alle Krankenanstalten zuständig ist). Ethikkommissionen sind interdisziplinär zusammengesetzte Gremien, bei denen wissenschaftlicher Sachverstand und die Sichtweise von Laien, wie Patientenvertreter, Seelsorger oder Juristen, eine umfassende ethische Beurteilung eines Forschungsprojekts ermöglichen soll. 1993 wurde die Aufgabe der Ethikkommission im KAKuG um die Beurteilung neuer medizinischer Methoden in Krankenanstalten erweitert, mit dem Medizinproduktegesetz um die Beurteilung von klinischen Prüfungen von Medizinprodukten.

Im Hinblick auf die wachsende Bedeutung der Pflegeforschung und unter dem Gesichtspunkt, dass auch solche Studien

tunlichst nur nach ethischer Beurteilung vorgenommen werden sollen, erfolgt in § 8c KAKuG eine Erweiterung der Aufgaben der Ethikkommissionen in Krankenanstalten. Eine gewisse Lücke besteht nach wie vor dann, wenn Pflegeforschung nicht im Spitalssetting, sondern etwa im Rahmen der Hauskrankenpflege oder in Pflegeheimen erfolgt, und könnte etwa im Rahmen eines umfassenden Forschungsgesetzes in Österreich geschlossen werden.

Die Erweiterung betraf sowohl Pflegeforschungsprojekte (experimentelle und Pflegeinterventionsstudien) als auch die Anwendung neuer Pflegekonzepte und -methoden. Experimentelle Studiendesigns untersuchen Ursachen und Wirkungen in einem kontrollierten Setting, während Interventionsstudien deskriptiv sind. Auch die Beurteilung der Anwendung neuer Pflegekonzepte und -methoden – ohne Einbettung in ein systematisches Forschungsvorhaben – wurde in Anlehnung an die neuen medizinischen Methoden als Aufgabe der Ethikkommission definiert. Es ergibt sich aus den berufsrechtlichen Vorgaben, dass Pflegestudien und die Anwendung neuer Pflegekonzepte und -methoden nur im eigenverantwortlichen Tätigkeitsbereich in Betracht kommen.

Im Gegensatz zu den klinischen Prüfungen und der Anwendung neuer medizinischer Methoden ist die Befassung der Ethikkommission im vorliegenden Zusammenhang nicht obligatorisch. Eine Befassung wird – nach den Erläuterungen zur Regierungsvorlage – jedenfalls dann zu erfolgen haben, wenn die Innovation aus der Sicht der Interessenlage des Patienten tatsächlich einer Beurteilung durch die Ethikkommission bedarf.

Das Beurteilungsspektrum der Ethikkommission bezieht sich im gegebenen Zusammenhang jedenfalls auf die mitwirkenden Personen und vorhandenen Einrichtungen (personelle und strukturelle Rahmenbedingungen), den Prüfplan im Hinblick auf die Zielsetzung und die wissen-

schaftliche Aussagekraft sowie die Art und Weise, in der die Auswahl der Teilnehmer durchgeführt wird und in der Aufklärung und Zustimmung zur Teilnahme erfolgen.

**Im Hinblick auf die wachsende Bedeutung der Pflegeforschung und da auch solche Studien nach ethischer Beurteilung vorgenommen werden sollen, erfolgte eine Erweiterung der Aufgaben der Ethikkommissionen in Krankenanstalten.**

Im Hinblick auf die bis dahin eher „medizinlastige“ Ausrichtung der Ethikkommission mussten auch organisatorische Fragen geklärt und geregelt werden.

So erfolgte eine Klarstellung, dass bei Pflegeforschungsprojekten die Befassung der Ethikkommission durch den Leiter des Pflegedienstes zu erfolgen hat. Die ärztlichen Leiter der Organisationseinheiten, an denen das Projekt durchgeführt werden soll, sind zu informieren. Dies erfolgte mit dem Argument, dass pflegerische Belange durchaus Rückwirkungen auf die medizinische Behandlung haben könnten und daher ein entsprechender Informationsfluss gesichert sein muss. Daher hat der Leiter jener Organisationseinheit, an der ein Pflegeforschungsprojekt oder die Anwendung neuer Pflegekonzepte oder -methoden durchgeführt werden soll, das Recht, im Rahmen der Sitzung der Ethikkommission zu dem geplanten Forschungsprojekt Stellung zu nehmen.

Die Protokolle über die Sitzung und Beurteilung der Ethikkommission sind dem Leiter des Pflegedienstes und den ärztlichen Leitern der betroffenen Organisationseinheiten zur Kenntnis zu bringen.

Der Ethikkommission gehörten schon von Anfang an Angehörige des Pflegedienstes an. Bei der Beurteilung von Pflegeforschungsprojekten und der Anwendung neuer Pflege- und Behandlungskonzepte und neuer Pflege- und Behandlungsmethoden muss der Ethikkommission nunmehr auch eine Person angehören, die über Expertise hinsichtlich Methoden der qualitativen Forschung verfügt, da für diesen Bereich die im Rahmen von klinischen Prüfungen dominierenden statistischen Methoden teilweise als nicht sachadäquat angesehen wurden. Unter Umständen können auch qualitative und quantitative Erhebungs- und Auswertungsmethoden kombiniert werden, um die Vorteile beider Methoden zu nützen.

#### Weitere Inhalte

Entsprechend dem Vorbild im Arzneimittelgesetz und Medizinproduktegesetz und im Hinblick auf den Beschluss der Bioethikkommission beim Bundeskanzleramt vom 15. 11. 2008 betreffend Empfehlungen mit Genderbezug für Ethikkommissionen und klinische Studien wurde klargestellt, dass bei der Zusammensetzung der Ethikkommission auch auf ein ausgewogenes Geschlechterverhältnis zu achten ist.

### Zum Thema

#### In Kürze

Durch die Novelle des Bundesgesetzes über Krankenanstalten und Kuranstalten 2009 wurde ausdrücklich klargestellt, dass die Beurteilung von Pflegeforschungsprojekten (experimentelle und Pflegeinterventionsstudien) und die Anwendung neuer Pflegekonzepte und -methoden eine Aufgabe der Ethikkommission ist. Die Befassung der Ethikkommission ist allerdings nicht obligatorisch. Weiters wurden damit zusammenhängende organisatorische Fragen geklärt.

#### Über die Autorin

Kontakt: MR Dr.<sup>in</sup> Sylvia Füzsl, Bundesministerium für Gesundheit, Abteilung II/A/4, Radetzkystraße 2, 1030 Wien, Tel: (01) 711 00-48 85, E-Mail: sylvia.fueszl@bmg.gv.at

Internationalen Vorbildern folgend, wurde für Mitglieder der Ethikkommission eine „Conflict-of-interest-Erklärung“ vorgeschrieben, um bei dieser Personengruppe schon den Anschein einer Befangenheit zu vermeiden. Mögliche Interessenkonflikte sollen schon präventiv aufgearbeitet werden können. Deshalb haben die Mitglieder der Ethikkommission gegenüber dem Träger ihre Beziehungen zur pharmazeutischen Industrie bzw zur Medizinprodukteindustrie offenzulegen. Dies gilt sowohl für die erstmalige Offenlegung bei der Berufung als Mitglied einer Ethikkommission als auch für jede weitere Veränderung in den Beziehungen zur pharmazeutischen Industrie bzw Medizinprodukteindustrie.

In weiterer Folge haben sich die Mitglieder der Ethikkommission in sämtlichen Angelegenheiten, in denen eine solche Beziehung zur pharmazeutischen Industrie bzw der Medizinprodukteindustrie geeignet ist, ihre Unabhängigkeit und Unbefangenheit zu beeinflussen, zu enthalten. Daneben sind im Anlassfall auch weitere Befangenheitsgründe (vgl §§ 7 und 53 AVG) relevant.

ÖZPR 2011/127

# Betriebsvereinbarung zur Suchtprävention

**Alkohol- und Drogenverbote.** Das folgende Muster bietet eine Regelung des Alkohol- und Drogenkonsums, die Kontrolle diesbezüglicher Beschränkungen sowie einen Stufenplan zur Suchtprävention.

## Alkohol und Drogen am Arbeitsplatz

Der Themenbereich „Alkohol und Drogen am Arbeitsplatz“ ist von großer sozialpolitischer, aber auch betriebswirtschaftlicher und volkswirtschaftlicher Bedeutung. Unternimmt man den Versuch, Lösungs- oder Verbesserungsansätze zu den diesbezüglichen in der Realität auftretenden Proble-

men zu entwickeln, wird man bald bemerken, dass hier mit rechtlichen Mitteln allein kaum das Auslangen zu finden ist. Es bedarf vielmehr eines Bündels von Maßnahmen, ua auch solcher medizinischer oder sozialwissenschaftlicher Art.<sup>1</sup>

Im Folgenden wird als arbeitsrechtliches Instrument das Muster einer Betriebsvereinbarung (im Folgenden: BV) zur

Suchtprävention dargestellt, welche aus den drei Elementen „Reglementierung“, „Kontrolle“ und „Akutmaßnahmen“ zusammengesetzt ist.

<sup>1</sup> Vergleiche dazu auch die sozialwissenschaftlichen Beiträge in Reissner/Strohmayr (Hrsg), Drogen und Alkohol am Arbeitsplatz (2008).

## Betriebsvereinbarung gem § 96 Abs 1 Z 3 sowie § 97 Abs 1 Z 1 und Z 8 Arbeitsverfassungsgesetz zum Thema Suchtprävention im Betrieb

abgeschlossen zwischen

... als Betriebsinhaber/in (im Folgenden: BI) einerseits  
und  
Betriebsrat (im Folgenden: BR) des ... andererseits

### Präambel

Ziel dieser BV ist es, Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern (im Folgenden: AN) im Falle von Alkohol- oder Drogenproblemen persönlich zu helfen, aber auch deren volle Arbeitskraft für das Unternehmen zu sichern.

Innerhalb des Betriebs werden daher sowohl klare Vorgangsweisen vereinbart als auch in Zusammenarbeit mit dem/der Arbeitsmediziner/in ein Beratungsangebot eingerichtet.

Diese BV bietet im Anlassfall den Rahmen für die zu wählende Vorgangsweise.

### Geltungsbereich

Diese BV gilt für alle im Betrieb beschäftigten AN im Sinne des § 36 Arbeitsverfassungsgesetz (im Folgenden: ArbVG).<sup>2</sup>

### Teil I: Regelung des Alkohol- und Drogenkonsums im Betrieb gem § 97 Abs 1 Z 1 ArbVG<sup>3</sup>

#### 1. Allgemeine Beschränkung des Alkohol- und Drogenkonsums

Die AN dürfen sich im Zusammenhang mit ihrer Arbeit gem § 15 Abs 4 Arbeitnehmer/innen/schutzgesetz nicht durch Alkohol, Arzneimittel oder Suchtgifte in einen Zustand versetzen, in dem sie sich oder andere Personen gefährden können.

#### 2. Alkohol- und Drogenverbot während der Arbeit

Während der Arbeitszeit ist den AN der Konsum von Alkohol und sonstigen Drogen grundsätzlich untersagt (zu den Ausnahmen siehe 4.).

In den Arbeitspausen ist der Konsum von Alkohol und sonstigen Drogen insoweit untersagt, als dies zu einer Beeinträchtigung der Leistungsfähigkeit führt.

#### 3. Verbot, alkoholisiert oder sonst beeinträchtigt die Arbeit anzutreten

Den AN ist die Arbeitsaufnahme in alkoholisiertem oder sonst berauschem Zustand untersagt.

#### 4. Weihnachtsfeiern und sonstige Betriebsfeste, Geburtstagsfeiern und Ähnliches

Im Rahmen von Betriebsfesten oder betriebsinternen Feiern sowie bei sonstigen besonderen Anlässen (zB Geschäftsessen) ist ausnahmsweise angemessener Alkoholkonsum gestattet.

<sup>2</sup> Organmitglieder juristischer Personen oder leitende Angestellte mit Betriebsführungsaufgaben sind gem § 36 Abs 2 ArbVG keine AN im Sinne der Betriebsverfassung. Für sie müssten einschlägige Regelungen in den Arbeitsverträgen implementiert werden. <sup>3</sup> Diese Regelungsermächtigung für die „erzwingbare BV“ betrifft „allgemeine Ordnungsvorschriften, welche das Verhalten der AN im Betrieb regeln“. Alkohol- und Drogenbeschränkungen fallen unter diesen Tatbestand.

## 5. Arbeitsverbot bei Beeinträchtigung durch Medikamente und Suchtgifte

Der Arbeitsantritt unter Einfluss von nicht ärztlich verordneten Medikamenten, welche die Reaktionsfähigkeit beeinträchtigen, oder unter Einfluss von Suchtgiften ist den AN untersagt, ebenso wie deren Konsum während der Arbeitszeit oder Arbeitspausen.

### Teil II: Regelung der Kontrolle einer Alkohol- oder Drogenbeeinträchtigung gem § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG<sup>4</sup>

#### 1. Allgemeines. Reaktionen bei begründetem Verdacht einer Alkohol- oder Drogenbeeinträchtigung im Einzelfall

Die Vorgesetzten haben im Sinne allgemeiner arbeitsrechtlicher Grundsätze bei begründetem Verdacht AN auf eine Alkohol- oder Drogenbeeinträchtigung anzusprechen und gegebenenfalls abzumahnern.

Zu ihrem eigenen Schutz, aber auch zur Sicherstellung eines ordnungsgemäßen Betriebsablaufs, haben Vorgesetzte AN, welche unter Alkohol- oder Drogeneinfluss stehen, aus ihrem Arbeitsbereich abziehen.<sup>5</sup> Der BR wird diesbezüglich unverzüglich informiert.<sup>6</sup>

Unbeschadet des Teils III dieser BV stehen dem/der BI bei einem für die Arbeit im obigen Sinn relevanten Alkohol- und Drogenkonsum von AN als Arbeitgeber/in (im Folgenden: AG) alle allgemeinen arbeitsrechtlichen Maßnahmen, die in diesen Fällen zur Verfügung stehen, offen.<sup>7</sup>

#### 2. Kontrolle durch einen sogenannten Alkomaten

Im Falle eines diesbezüglichen Verdachts kann der/die AG bzw der/die zuständige Vorgesetzte den/die AN dazu auffordern, sich freiwillig einem Alkoholtest am im Betrieb am Standort ... aufgestellten Alkomaten zu unterziehen. Der BR und der/die Arbeitsmediziner/in werden diesbezüglich unverzüglich informiert.

Die AN haben das Recht, den Test zu verweigern.<sup>8</sup>

Verweigert der/die AN den Test, so hat ihn/sie der/die AG oder der/die Vorgesetzte von der Arbeit abziehen.<sup>9</sup> Es ist diesfalls – unbeschadet der Regelungen des Teils III dieser BV – die Inanspruchnahme ärztlicher Hilfe bzw Beratung, etwa durch den/die Arbeitsmediziner/in, vorzuschlagen.

### Teil III: Stufenplan zur Suchtprävention gem § 97 Abs 1 Z 8 ArbVG<sup>10</sup>

Ergibt sich bei einem/r AN der begründete Verdacht eines Suchtproblems, wird nach dem im Folgenden festgelegten Stufenplan vorgegangen.

Allgemeiner Grundsatz ist dabei, dass bei im Rahmen des Stufenplans erfolgenden Gesprächen des/r AN mit Vorgesetzten auf Wunsch des/r AN jeweils der/die nächsthöhere Vorgesetzte und/oder der BR beizuziehen ist.

Gesprächsergebnisse sind in einem von allen Besprechungsteilnehmer/innen zu unterfertigenden Protokoll festzuhalten.

Hinsichtlich der in den einzelnen Stufen gesetzten Maßnahmen sind, so dies der Verbesserung der Situation dient, die unmittelbaren Kolleg/inn/en mit einzubeziehen.

#### Stufe I: Gespräch des direkten Vorgesetzten mit dem Betroffenen, Festlegung eines Beobachtungszeitraums

Zeigen sich bei AN Auffälligkeiten im Hinblick auf den Alkohol- oder Drogenkonsum, die der/die Vorgesetzte selbst oder auch andere im Betrieb tätige Personen wahrgenommen haben, so hat der/die Vorgesetzte den/die AN mit diesem Umstand zu konfrontieren und dem/der Betroffenen mitzuteilen, dass er/sie in der Folge einer besonderen Beaufsichtigung unterliegt. Die Personalabteilung und der BR sind zu informieren.

Der/Die Vorgesetzte hat mit dem/der Betroffenen einen Beobachtungszeitraum zwischen vier und acht Wochen samt Art der Beobachtung zu vereinbaren. Zusätzlich werden Hilfsangebote, insbesondere ein Gespräch mit dem/der Arbeitsmediziner/in, vorgeschlagen.

In Abhängigkeit von der Tätigkeit (allfälliges Sicherheitsrisiko) kann dem/der AN zunächst vorübergehend eine andere Aufgabe zugewiesen und die Arbeitsleistung vom/von der Vorgesetzten regelmäßig überprüft werden.

Am Ende des Beobachtungszeitraums findet jedenfalls ein weiteres Gespräch zwischen dem/der Vorgesetzten und dem/der Betroffenen statt, in dem Bilanz über den Verlauf der Beobachtung gezogen wird.

<sup>4</sup> Dieser gesetzliche Tatbestand ermöglicht die Regelung von „Kontrollmaßnahmen und -systemen, welche die Menschenwürde berühren“; zu Detailproblemen in diesem Zusammenhang siehe gleich unten bei 2. Im Allgemeinen müssen derartige Kontrollmaßnahmen bei sonstiger Rechtsunwirksamkeit mit dem BR in Form einer BV geregelt werden (notwendige Mitbestimmung; vergleiche aber § 10 AVRAG). <sup>5</sup> Individualarbeitsrechtlich könnte es in der Folge in Richtung Krankenstand (im Falle einer Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit) gehen, ansonsten könnte zur rechtlichen Deckung des Arbeitsausfalls Urlaub im Sinne des URLG vereinbart oder ein sogenannter unbezahlter Urlaub (das ist genau genommen die Vereinbarung einer kurzzeitigen Karenzierung) festgelegt werden. Die Arbeitgeberseite könnte aber auch – wenn zB die Arbeitsunfähigkeit wegen der Beeinträchtigung klar dokumentierbar ist – einfach nur festhalten, dass wegen Verletzung bzw Nichterfüllung der Arbeitspflicht kein Entgelt gebührt. <sup>6</sup> Bis zu diesem Punkt stellen die niedergelegten Inhalte noch immer – wie in Teil I der gegenständlichen BV – allgemeine Ordnungsvorschriften dar. <sup>7</sup> Damit wird insbesondere bekräftigt, dass sich der AG durch die vorliegende BV nicht seines Rechts zur Kündigung sowie – dies wäre bei Verschulden des AN ohnehin arbeitsrechtlich bedenklich – seines Rechts zur fristlosen Entlassung begibt. <sup>8</sup> Die Kontrolle des Alkohol- und Drogenkonsums ist mittels BV gem § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG regelbar, sofern eine solche nicht unmittelbare Eingriffe in die körperliche Integrität des AN vorsehen will; Letzteres wäre eine Verletzung der Menschenwürde und daher jedenfalls sittenwidrig und nichtig. Die Einrichtung eines Alkomaten-tests ist daher nur mit Opting-out-Möglichkeit des AN ein bloßes Berühren der Menschenwürde und gültiger Regelungsinhalt einer BV (herrschende Lehre; Nachweise bei Reissner in Zeller Kommentar: § 96 ArbVG Rz 25). <sup>9</sup> Zur individualarbeitsrechtlichen Erfassung siehe schon Fußnote 5. <sup>10</sup> In dieser gesetzlichen Ermächtigungsbestimmung geht es um „Maßnahmen und Einrichtungen zur Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten sowie Maßnahmen zum Schutz der Gesundheit der AN“. Es ist dies ein Fall einer freiwilligen BV.

Sollten keine weiteren Auffälligkeiten mehr wahrgenommen worden sein, wird die ursprüngliche Arbeitssituation wiederhergestellt. Es sind in der Folge keine weiteren Schritte notwendig.

Treten in der Beobachtungsphase gehäuft Auffälligkeiten auf, wird sofort auf Stufe 2 übergegangen. Der Übergang auf Stufe 2 wird vom Vorgesetzten und von der Personalabteilung dem/der Betroffenen gegenüber erklärt. Der BR ist zu informieren.

**Stufe 2: Gespräch unter Einbeziehung weiterer Personen, Festlegung eines weiteren Beobachtungszeitraums, weitere Auflagen**

Wurden in der Stufe 1 weitere Auffälligkeiten im Hinblick auf Alkohol- oder Drogenkonsum festgestellt, wird ein neuerliches Gespräch geführt, in welches nun auch der/die übergeordnete Vorgesetzte, ein/e Vertreter/in der Personalabteilung und der BR einbezogen werden.

In diesem Gespräch ist der/die AN mit den vom/von der Vorgesetzten aufgezeichneten weiteren Auffälligkeiten und sonstigen negativen Vorkommnissen zu konfrontieren.

Es wird ein weiterer Beobachtungszeitraum im Ausmaß zwischen vier und acht Wochen vereinbart. Der/die Vorgesetzte kann dem/der AN in diesem auch längerfristig andere Aufgaben zuteilen, wobei der Gesamtzeitraum der anderweitigen Verwendung inklusive des Zeitraums in Stufe 1 maximal zwölf Wochen betragen soll. Dem/Der Betroffenen ist mitzuteilen, dass einer Vereinbarung von Urlauben unter zwei Wochen während des Beobachtungszeitraumes von Arbeitgeberseite grundsätzlich nicht nahegetreten werden wird. Es wird dem/der AN eingeschärft, dass er/sie eine Krankmeldung unverzüglich vorzunehmen hat und dass die Arbeitgeberseite gegebenenfalls die Beibringung von ärztlichen Bestätigungen selbst bei kurzfristigen krankheitsbedingten Abwesenheiten verlangen wird.

Dem/Der AN wird angeboten, mit seiner/ihrer Zustimmung den/die Ehe- bzw Lebenspartner/in durch den/die Arbeitsmediziner/in zu kontaktieren, damit auch diese/r ihn/sie bei der Beseitigung des Alkohol- bzw Drogenproblems unterstützen kann.

Für den Fall weiterer Auffälligkeiten wird eine schriftliche Abmahnung durch den/die AG angekündigt.

Sollten im Beobachtungszeitraum keine weiteren Auffälligkeiten mehr wahrgenommen worden sein, wird in der Folge die ursprüngliche Arbeitssituation wie in Stufe 1 beschrieben wiederhergestellt.

Treten in der Beobachtungsphase gehäuft Auffälligkeiten auf, wird sofort auf Stufe 3 übergegangen.

**Stufe 3: Gespräch unter Einbeziehung weiterer Personen, Abmahnung, Beratung, Rückkehrgespräch**

Sind in der Stufe 2 weitere Auffälligkeiten registriert worden, wird in einem neuerlichen Gespräch wie in Stufe 2 die weitere Vorgangsweise festgelegt. Zusätzlich ist der/die Arbeitsmediziner/in beizuziehen; diese/r unterliegt hierbei der ärztlichen Schweigepflicht, von der er/sie auf Wunsch des/der Betroffenen ausdrücklich entbunden werden kann. Auch weitere Betriebsratsmitglieder, insbesondere solche, die selbst im unmittelbaren Arbeitsbereich des/der betroffenen AN tätig sind, können hinzugezogen werden.

Der/Die AN erhält eine schriftliche Abmahnung, in der nachdrücklich auf die arbeitsrechtlichen Konsequenzen weiterer Auffälligkeiten beim Alkohol- oder Drogenkonsum hingewiesen wird.

Der/Die AN erhält ein neuerliches Hilfsangebot – in Absprache mit dem/der Arbeitsmediziner/in sollte dies primär die Aufforderung sein, eine entsprechende Beratungsstelle aufzusuchen – und wird verpflichtet nachzuweisen, dass er dieses Angebot auch angenommen hat.

Der/die AN wird aufgefordert, nach jedem Krankenstand zu einem Rückkehrgespräch beim/bei der Arbeitsmediziner/in zu erscheinen.

Sollten in der Folge keine weiteren Auffälligkeiten mehr wahrgenommen worden sein, wird die ursprüngliche Arbeitssituation wie in Stufe 1 beschrieben wiederhergestellt.

Treten in der Beobachtungsphase gehäuft Auffälligkeiten auf, wird sofort auf Stufe 4 übergegangen.

**Stufe 4: Gespräch, Aufforderung zur Therapie, Androhung der Auflösung des Dienstverhältnisses**

Für den Fall, dass keine Verbesserung der Situation eingetreten ist, ist das Gespräch wie in Stufe 3 zu wiederholen.

Der/Die AN wird aufgefordert, umgehend eine entsprechende Therapie zu beginnen bzw eine stationäre Entziehungskur anzutreten.

Gleichzeitig wird die Auflösung des Arbeitsverhältnisses bei Nichterfüllung der Vereinbarung bzw der Auflagen angedroht.

**Stufe 5: Beendigung des Arbeitsverhältnisses**

Werden die in Stufe 4 festgelegten Therapiemaßnahmen bzw Kuren vom/von der AN nicht durchgeführt bzw verweigert oder stellt sich trotz Therapierung nicht der gewünschte Erfolg nachhaltig ein, so erfolgt die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den/die AG.

Der/Die AG kann im Sinne der unternehmensseitigen Hilfestellung eine Wiedereinstellungszusage bei Erfüllung bestimmter Auflagen machen.

Sollten die gesetzten Maßnahmen erfolgreich sein und keine weiteren Auffälligkeiten mehr wahrgenommen werden, wird in der Folge gemäß Stufe I vorgegangen.

### Schlussbestimmungen

#### 1. Inkrafttreten

Diese BV tritt mit ... in Kraft.

#### 2. Geltungsdauer

Diese BV wird unbefristet abgeschlossen.

Die Parteien werden nach Ablauf eines Jahres nach Inkrafttreten der gegenständlichen BV eine Evaluierung in Bezug auf die in der BV geregelten Inhalte vornehmen.

#### 3. Kündigung

Sämtliche Bereiche dieser BV können von den Abschlussparteien unter Einhaltung einer Frist von drei Monaten zum Monatsletzten schriftlich gekündigt werden.

Teil I, Teil II und Teil III können von den Abschlussparteien jeweils für sich unter Einhaltung der oben genannten Kündigungszeiten schriftlich gekündigt werden.<sup>11</sup>

§ 32 Abs 2 ArbVG steht den hier vereinbarten Kündigungsmöglichkeiten nicht entgegen.<sup>12</sup>

..., im ...

Für den Betriebsinhaber:

.....

(...)

Für den Betriebsrat:

.....

(Betriebsratsvorsitzende[r])

ÖZPR 2011/128

<sup>11</sup> Hinsichtlich des Kündigungsrechts müssen die Inhalte des vorliegenden Musters je nach gesetzlicher Materie getrennt für sich betrachtet werden. In diesem Zusammenhang wird daher ausdrücklich auch die getrennte Beendigungsmöglichkeit vorgeschlagen. <sup>12</sup> Im Falle von BV, für deren einseitige Änderung bzw. Aufhebung eine Schlichtungsstelle anzurufen ist – betroffen hiervon wäre Teil I der BV über die Alkohol- bzw. Drogenbeschränkungen –, ist die Kündigung vom Gesetz her ausgeschlossen (§ 32 Abs 2 ArbVG). Wird eine derartige BV dennoch gekündigt, so ist dies rechtsunwirksam. Strittig ist, ob bei diesen BV eine Kündigungsmöglichkeit vereinbart werden kann (zum Meinungsstand Reissner in ZellKomm<sup>2</sup> § 32 ArbVG Rz 10); meines Erachtens wird man dies bejahen können.

## Zum Thema

### Über den Autor

Dr. Gert-Peter Reissner ist ao. Univ.-Prof. am Institut für Arbeitsrecht und Sozialrecht der Universität Graz. Kontaktadresse: Karl-Franzens-Universität Graz, Universitätsstraße 15/A2, 8010 Graz. Tel: +43 316 380 6622, Fax: +43 316 380 9435, E-Mail: gert.reissner@uni-graz.at, Internet: www.g-p-reissner.at

### Literaturtipp

Reissner/Strohmayr (Hrsg), Drogen und Alkohol am Arbeitsplatz (2008).

Mag. Dr. Christian Gepart

Rechtsanwalt in Wien

## Rechtsprechung

**Vertragsbedienstetenrecht.** Vor dem Hintergrund des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes kann auch Anästhesiepflegepersonal im OP eine Strahlengefahrenzulage gebühren.

1. Die beklagte Stadtgemeinde betrieb bis zum 31. 12. 2007 das Krankenhaus W. im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung. Mit 1. 1. 2008 wurde das Krankenhaus vom Land Niederösterreich übernommen. Auf die Dienstverhältnisse der Anästhesie-

schwestern und -pfleger fand die Nebengebührenordnung der Beklagten (NGO) Anwendung. Diese regelt im II. Abschnitt unter Punkt 4 verschiedene Nebengebühren für das Pflegepersonal. So ist unter anderem auch eine Strahlengefahrenzulage

(2700–2720) für das Pflegepersonal auf Radium- und Röntgenstationen und der Abteilung für Radioonkologie-Strahlentherapie vorgesehen, um die latente Gefährdung durch Strahlen, gestaffelt nach der Zeitdauer der Exposition, finanziell zu

kompensieren. Im Lauf der letzten zehn Jahre erhöhte sich im Krankenhaus W. die Zahl der Operationen von 10.000–12.000 auf ca 15.000. Besonders bei Operationen im Bereich der Unfallchirurgie und Orthopädie stieg durch die begleitende Kontrolle die Strahlenbelastung an. Davon waren auch die Anästhesieschwestern und -pfleger betroffen, die der gleichen Strahlenbelastung wie alle anderen bei Operationen eingesetzten Mitarbeiter der Beklagten ausgesetzt waren. In Einzelfällen konnte zwar das Pflegepersonal über Nachfrage den Operationssaal verlassen; eine generelle Möglichkeit dazu bestand jedoch nicht. Die in Punkt 4 NGO vorgesehenen Zulagen wurden von der beklagten Stadtgemeinde auch kumulativ gewährt. So erhielt die überwiegende Zahl der Pflegepersonen im Bereich der Chirurgie-OP, Unfall-OP, Urologie-OP, Orthopädie-OP und Neurochirurgie-OP neben einer Operations-/Anästhesiezulage 3010 auch die Gefahrenzulage 2690 und die Strahlengefahrenzulage 2720. Gesprächsweise Vorstöße in den Jahren 2005–2006, auch für das Anästhesiepflegepersonal die Strahlengefahrenzulage zu erlangen, wurden von Beklagtenseite mit dem Argument abgelehnt, dass dieses Personal keiner entsprechenden Strahlenbelastung ausgesetzt sei. Tatsächlich konnten jedoch bei Ganzkörper-Dosimeterauswertungen keine signifikanten Unterschiede zwischen den Mitarbeitern, die die Zulagen 2690, 2720 und 3010 bezogen, und den Anästhesieschwestern und -pflegern festgestellt werden.

2. Der klagende Betriebsrat beehrte mit der verfahrensgegenständlichen Klage gegenüber der Beklagten die Feststellung, dass den Anästhesieschwestern und -pflegern im Krankenhaus W bis 31. 12. 2007 eine „Strahlenzulage“ zugestanden sei. Der Betriebsrat begründete dies damit, dass allen anderen Schwestern und Pflegern, die Tätigkeiten im Operationssaal verrichteten, von der Beklagten eine Strahlenzulage gewährt worden sei, nicht jedoch – trotz praktisch gleicher Strahlenbelastung – den Anästhesieschwestern und -pflegern. Ein sachlicher Grund für diese Differenzierung habe nicht bestanden.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren unter Zugrundelegung des vorstehend wiedergegebenen Sachverhalts statt.

Das Berufungsgericht bestätigte das Ersturteil. Es sei zwar richtig, dass die Anästhesieschwestern und -pfleger in Punkt 4

NGO nicht ausdrücklich genannt seien. Durch den medizinischen Fortschritt sowie die demografische und gesundheitspolitische Entwicklung hätten sich jedoch im Krankenhaus W. sowohl die Zahl der Operationen als auch die qualitativen Faktoren bei Operationen beträchtlich erhöht. Es herrsche deshalb (zufolge Intensivierung der begleitenden Kontrolle) in nahezu allen Operationssälen der Unfallabteilung und der Orthopädie erhöhte Strahlenbelastung. Speziell dort seien alle Mitarbeiter der gleichen Strahlenbelastung ausgesetzt. Erkennbarer Zweck der Strahlengefahrenzulage gemäß Punkt 4 NGO sei es, das spezielle Risiko der Dienstnehmer, die typischerweise einer Strahlenbelastung ausgesetzt seien, auszugleichen. Es stehe daher auch den Anästhesieschwestern und -pflegern bis 31. 12. 2007 eine Strahlengefahrenzulage nach Punkt 4 NGO zu.

3. Auch der OGH bestätigte die Ansicht der Vorinstanzen:

Nach den getroffenen Feststellungen ist davon auszugehen, dass die in der NGO vorgesehene Strahlengefahrenzulage den Zweck verfolgt, das spezielle Risiko für die im Pflegedienst tätigen Mitarbeiter, die einer erhöhten Strahlenbelastung ausgesetzt sind, finanziell auszugleichen. Das durchgeführte Verfahren ergab nun, dass sich die tatsächlichen Umstände in Bezug auf die Strahlenbelastung im Krankenhaus der Beklagten in den Jahren nach der Erlassung der NGO bedeutend geändert haben. Durch die Erhöhung der Zahl der Operationen und die gestiegenen qualitativen Anforderungen an die begleitende Kontrolle der Operationen stieg die Strahlenbelastung in den Operationssälen deutlich an. Die Beklagte trug diesem Umstand von sich aus dadurch Rechnung, dass sie die Gewährung der Strahlengefahrenzulage nicht mehr auf jene Mitarbeiter beschränkte, die in der NGO ausdrücklich als Empfänger der Strahlengefahrenzulage vorgesehen waren (Pflegepersonal auf Radium- und Röntgenstationen sowie der Abteilung für Radioonkologie-Strahlentherapie). Sie gewährte nämlich die Strahlengefahrenzulage auch den Krankenschwestern und -pflegern im Bereich der Chirurgie-OP, Unfall-OP, Urologie-OP, Orthopädie-OP und Neurochirurgie-OP, und zwar kumulativ zu anderen Erschwernis- und Gefahrenzulagen. Nicht gewährt wurde die Strahlengefahrenzulage hingegen den Anästhesieschwestern und -pflegern, obwohl auch die

se der gleichen Strahlenbelastung ausgesetzt waren.

Maßgebliches Kriterium für den Anspruch auf die Strahlengefahrenzulage nach Punkt 4 NGO ist, dass ein Bediensteter im Gefahrenbereich durch Strahlen tätig ist, wie dies bei Erlassung der NGO beim Pflegepersonal auf Radium- und Röntgenstationen und der Abteilung für Radioonkologie-Strahlentherapie typischerweise der Fall war. Anhaltspunkte dafür, dass der Gemeinderat der Beklagten im Strahlengefahrenbereich arbeitende Angehörige des Pflegepersonals von der Gewährung der Strahlengefahrenzulage ausschließen wollte, bestehen nicht.

Auf Seite der Beklagten als Krankenhaussträger (bis 31. 12. 2007) erkannte man offensichtlich im Lauf der Zeit die durch die Änderungen im Tatsächlichen bewirkte Lückenhaftigkeit der Regelung des Kreises der Anspruchsberechtigten der Strahlengefahrenzulage. Die Beklagte schritt daraufhin im kurzen Weg zur „Lückenschließung“, indem man die Strahlengefahrenzulage nicht nur dem Pflegepersonal auf Radium- und Röntgenstationen und der Abteilung für Radioonkologie-Strahlentherapie, sondern auch den Krankenschwestern und -pflegern im Bereich der Chirurgie-OP, Unfall-OP, Urologie-OP, Orthopädie-OP und Neurochirurgie-OP gewährte.

Nach den Ergebnissen des Verfahrens sind aber auch die Anästhesieschwestern und -pfleger, die der gleichen Strahlenbelastung ausgesetzt sind, in die Lückenschließung einzubeziehen, bestimmt doch § 7 ABGB, dass auf ähnliche, in den Gesetzen bestimmt entschiedene Fälle und auf die Gründe anderer damit verwandten Gesetze Rücksicht genommen werden muss, wenn sich ein Rechtsfall weder aus den Worten, noch aus dem natürlichen Sinn eines Gesetzes entscheiden lässt.

**§§ 20 f NÖ Gemeinde-Vertragsbedienstetengesetz 1976 (NÖ GVBG); § 47 Abs 2 NÖ Gemeindebeamtendienstordnung 1976 (GBDO); Nebengebührenordnung der Stadt Wr. Neustadt OGH 28. 6. 2011, 9 ObA 53/11 a**

ÖZPR 2011/129



**Dr. Martin Greifeneder**  
Richter am Landesgericht Wels



**Prof. Dr. Johannes Ruddy**  
Hauptverband der österreichischen  
Sozialversicherungsträger

# Pflegegeld & Sozialrecht

**INTRO.** Hier finden Sie alle Neuerungen rund ums Pflegegeld, Antworten zur Pflegegeld-einstufung und auf Verfahrensfragen sowie auf die Pflege betreffenden Fragen des Sozialrechts.

## ÖZPR – Leser bestinformiert

Das von Bundesminister *Hundstorfer* im Herbst 2010 in Auftrag gegebene **Pilotprojekt** „Pflegegeldbegutachtung nach dem Bundespflegegeldgesetz (BPGG) unter Einbeziehung von Pflegefachkräften“ ist abgeschlossen, die **Ergebnisse dieser Studie** liegen nunmehr vor. Die wesentlichen – vereinzelt auch nachdenklich stimmenden – Erkenntnisse dieser äußerst interessanten und aufschlussreichen Studie werden nun erstmals in der ÖZPR veröffentlicht. ÖZPR-Leser sind somit informationsmäßig unmittelbar am Puls der Zeit.

Diese Ergebnisse wurden der Entscheidung über den Einsatz von **Pflegefachkräften in der Begutachtung** zugrunde gelegt und in durchaus sinnvoller Weise umgesetzt. Wie dieser Einsatz ab 1.1.2012 aussehen wird, wird in einem zweiten Beitrag dieser Rubrik im Detail dargestellt. Aus standespolitischer Sicht tragen damit seit Jahren bestehende Bemühungen ihre Früchte. Ob es nur ein erster Teilerfolg ist, oder ob weitere Schritte folgen werden, wird nicht unwesentlich davon abhängen, wie die nun geplante Einbindung sich in der Praxis bewährt. Wie die Studie zeigt, gilt es neben der Sammlung von Erfahrung auch weiteres Fachwissen über die Erstellung von Gutachten samt deren rechtlichen Grundlagen zu erwerben und strikt die Rolle zwischen Gutachter und pflegender Person zu trennen.

Was die Studie, insbesondere die **Qualität der Gutachten**, aber ebenfalls schonungslos aufzeigt: Der genannte Fortbildungsbedarf ist keineswegs auf die Pflegefachkräfte beschränkt, er gilt auch für nicht wenige der ärztlichen Gutachter. Für jeden freiberuflich tätigen Allgemeinmediziner, der Führerscheinuntersuchungen durchführt, eine vergleichsweise „einfache“ Untersuchung, gibt es zwingende Aus- und regelmäßige Fortbildungspflichten (§ 22 Abs 2 und 3 FSG-GV). Für freiberuflich tätige Pflegegeldgutachter fehlen diese Standards auch 18 Jahre nach Einführung des Pflegegeldes noch (immer). Es bleibt daher zu hoffen, dass die Ergebnisse dieser Studie auch als Chance verstanden und konkrete Auswirkungen für die Qualitätssicherung in der Pflegegeldbegutachtung haben werden.

Wir freuen uns, als erstes Medium Sie über die Ergebnisse dieses für die Pflege so wichtigen Pilotprojekts informieren zu können.

**Martin Greifeneder und Johannes Ruddy**

ÖZPR 2011/130

## AKTUELLES

### Hundstorfer: „Pflege ist die Herausforderung der Zukunft“

„Österreich ist beim Pflegegeld Weltmeister, nirgendwo beziehen so viele Personen Pflegegeld wie hierzulande, nämlich 5,1 Prozent“, sagte Sozialminister *Hundstorfer* in seiner Eröffnungsrede beim „pflegekongress11“ im Austria Center Vienna. *Hundstorfer* betonte, dass der Ist-Zustand im Pflegewesen in Österreich ein sehr guter sei. Zur Aufrechterhaltung dieses qualitativ hochwertigen Systems sind in naher Zukunft Reformen nötig. „Die Bevölkerung wird im Durchschnitt immer älter und auf diese Veränderungen müssen die Politiker und Verantwortlichen heute schon reagieren“, so der Sozialminister.

Mit der bereits beschlossenen Pflegegeldreform, die mit 1.1.2012 umgesetzt wird, werden 300 Pflegegeldverwaltungsstellen zu acht Stellen zusammengelegt.

Um das Pflegesystem an die Herausforderungen der Zukunft anzupassen, hat das Sozialministerium einen breit angelegten Diskussionsprozess gestartet. „Es geht darum, vom Bodensee bis zum Neusiedlersee einheitliche Standards zu schaffen und dadurch kürzere Wartezeiten für Betroffene zu gewährleisten“, so *Hundstorfer*. „Am Ende muss klar sein, wie es im Bereich Pflege ab dem Jahr 2015 weitergeht, denn Ende 2014 läuft die im heurigen März beschlossene Übergangslösung zur Pflegefinanzierung aus. Danach braucht es eine Neuregelung“, betonte der Minister.

# Begutachtung durch Pflegefachkräfte Ergebnisse des Pilotprojekts

**Pflegegeldbegutachtung.** Das Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz erteilte 2010 den Auftrag zum Pilotprojekt „Pflegegeldbegutachtung nach dem Bundespflegegeldgesetz (BPGG) unter Einbeziehung von Pflegefachkräften“. Die durchaus interessanten und aufschlussreichen Ergebnisse dieser sehr umfangreichen wissenschaftlichen Studie liegen nunmehr vor und werden in der ÖZPR erstmals veröffentlicht.

## Ziel der Studie – wissenschaftliche Begleitung

Die vom BMASK in Auftrag gegebene Studie wurde vom Kompetenzzentrum für Nonprofit Organisationen der Wirtschaftsuniversität Wien und dem Fachbereich für Gesundheits- und Krankenpflege der FH Campus Wien gemeinsam durchgeführt.

**Ziel der Studie** war die Abklärung, ob und, wenn ja, aus welchen Gründen es bei Pflegegeldgutachten zu unterschiedlichen Einstufungen zwischen medizinischen und pflegerischen Sachverständigen kommt und ob in diesem Zusammenhang allgemeine Trends zu beobachten sind.<sup>1</sup>

## Rahmenbedingungen – Doppelbegutachtung

Im Rahmen dieses Projekts haben zunächst Pflegefachkräfte und Ärzte gleichzeitig (zur selben Zeit am selben Ort) die Begutachtung eines Pflegebedürftigen durchgeführt und anschließend – unabhängig voneinander – ihr Gutachten erstellt. Im Unterschied zum Pilotprojekt im Jahr 2004<sup>2</sup> wurde der **Hausbesuch** dieses Mal **gemeinsam** durchgeführt, um einen einheitlichen Informationsstand beider Gutachter zu gewährleisten.

Der Studie liegen **857 BPGG-Fälle** (PVA) sowie **76 Fälle nach dem Wiener Landespflegegeldgesetz** aus dem Zeitraum Oktober 2010 bis Februar 2011 zugrunde. Projektregionen waren die Bundesländer Burgenland, Niederösterreich, Salzburg, Tirol und Wien.

## Wissenschaftliche Analyse der Gutachten – Studie

Diese Gutachten wurden zunächst nach **quantitativen** (statistischen) und dann nach **qualitativen Gesichtspunkten** mit dem Fokus auf allfällige Unterschiede zwischen den begutachtenden Ärzten und Pflegefachkräften analysiert. Als dritten Schritt diskutierten zwei **Fokusgruppen**

die Fragestellung, worauf sich die festgestellten berufsgruppenspezifischen Abweichungen zurückführen lassen könn(t)en. Diese Fokusgruppen waren aus einem Arzt und einer Pflegefachkraft, die am Projekt teilgenommen haben, je einem gerichtlichen Sachverständigen beider Bereiche und einem bzw zwei Juristen zusammengesetzt.

Zu diesen drei Bereichen liegen jeweils umfangreiche Endberichte vor (Modul 1 Quantitativer Teil: *Schober/Schober* 2011; Modul 2 Qualitativer Teil: *Schneider/Stewig* 2011; Modul 3 Fokusgruppen: *Schober et al* 2011).

Die wesentlichen Ergebnisse dieser umfangreichen Studie lassen sich wie folgt zusammenfassen:

## Pflege ermittelt insgesamt deutlich höheren funktionsbezogenen (zeitlichen) Pflegebedarf

Da es mit dem BPGG, der entsprechenden Einstufungsverordnung zum Bundespflegegeldgesetz (EinstV), den Richtlinien des Hauptverbands für die einheitliche Anwendung des Bundespflegegeldgesetzes (RPGG) und der laufenden Rechtsprechung ein relativ eindeutiges rechtliches Fundament für die Begutachtung gibt, sollten die Abweichungen relativ gering ausfallen.

Dennoch liegt der funktionsbezogene Pflegebedarf in Stunden beim Pflegefachpersonal im Durchschnitt deutlich **höher als bei den Ärzten**, wobei verbindliche rechtliche Rahmenbedingungen – aus teils nicht „vorwerfbaren“ Gründen – jedoch nicht immer eingehalten wurden. Der Median liegt beim Pflegefachpersonal bei 107 Stunden, bei Ärzten bei 84 Stunden, der **Mittelwert bei 113 bzw 98 Stunden**. Generell besteht aber eine hohe Korrelation zwischen den für den funktionsbezogenen Pflegebedarf insgesamt identifizierten Stunden/Monat.

Pflegefachkräfte erachten bei mehr verschiedenen Verrichtungen eine Pflege für erforderlich (Pflegefachkraft: durchschnittlich 8,4 Kategorien; Arzt: 7,5). Interessanterweise schätzen sie aber den konkreten Zeitbedarf für die einzelne Kategorie tendenziell niedriger ein als Ärzte.

**Pflegefachkräfte stufen tendenziell höher ein, beachten dabei aber zum Teil rechtlich verbindliche Rahmenbedingungen nicht.**

## Insgesamt relativ gleichläufige Einstufung – relativ hohe Übereinstimmung im Globalvergleich

Die Einstufungen in die **Pflegegeldstufen** durch die beiden Gutachtergruppen können global gesehen als relativ gleichläufig bezeichnet werden. Abweichungen über mehrere Pflegegeldstufen kommen wohl vor, sind aber vergleichsweise deutlich seltener als in Bezug auf die unmittelbar angrenzenden Pflegegeldstufen und hängen zum Teil auch mit der Nichtbeachtung von rechtlichen Rahmenbedingungen zusammen.

Generell hat sich gezeigt, dass das Pflegepersonal über alle Diagnosegruppen hinweg etwas höher eingestuft hat.

## Geringere Übereinstimmung bei den Stufen 1 bis 3

Vor allem hinsichtlich der **Stufe 0** (kein die Stufe 1 erreichender Pflegebedarf) ergaben sich gravierende Unterschiede. Stufen Ärzte in Stufe 0 ein, kamen lediglich 46,7% der pflegerischen Gutachten zum gleichen Ergebnis. Stufen umgekehrt Pflegefachkräfte in Stufe 0 ein, kamen immerhin 20,5% der Ärzte zu einem Pflegebedarf zu

<sup>1</sup> Vgl näher Grasser, Begutachtung durch Pflegefachkräfte – Ein Pilotprojekt des BMASK, ÖZPR 2010/126, 140. <sup>2</sup> *Krispl*, Einbeziehung von Pflegefachkräften in die Pflegebegutachtung – ein Pilotprojekt im Auftrag des BMSG, SozSi 2006, 21.

mindest der Stufe 1 und damit zur Zuerkennung von Pflegegeld. Bei **Stufe 1** werden jeweils 40% der Fälle von den Gutachtern gleich eingestuft, die verbleibenden 60% verteilen sich jedoch bei den Ärzten auf die Stufen 0 (42%) und 2 (17%), wohingegen dies beim Pflegepersonal vor allem die Stufen 2 (40%) und 3 (8%) betraf. Bei **Stufe 2** zeigt sich ein ganz ähnliches Bild.

### Höhere Übereinstimmung bei den Stufen 5 bis 7

In den höheren Pflegegeldstufen 5 bis 7 ist die Übereinstimmung bei der Einstufung hingegen **deutlich höher**.

**Im Bereich der Stufen 5 – 7 sowie bei Erhöhungsanträgen zeigt sich eine deutlich höhere Übereinstimmung zwischen den beiden Gutachtergruppen.**

### Signifikant höhere Übereinstimmung bei Erhöhungsanträgen

Bei Erhöhungsanträgen sind die **Unterschiede** zwischen den Gutachtergruppen **deutlich geringer** als bei den Erstanträgen, wobei das Pflegefachpersonal wiederum tendenziell höher einstuft als Ärzte.

### Unterschiede nach Diagnosegruppen sind zu vernachlässigen

Dieser Trend zeigt sich **über alle Diagnosegruppen hinweg**, lediglich bei Erkrankungen des Atmungssystems treten deutlich stärkere Unterschiede in der Einschätzung auf.

### Keine wesentlichen Unterschiede nach regionalen Gesichtspunkten

Auch nach **regionalen Gesichtspunkten** ist dieser allgemeine Trend relativ gleichläufig zu beobachten. Statistisch signifikante Unterschiede gab es lediglich im Bereich des Landespflegegeldes Wien. Hier stufen Ärzte deutlich niedriger ein als das Pflegepersonal (Median Landespflegegeld in Wien: Ärzte 50h/Monat, Pflegefachpersonal 81h/Monat).

**Die Studie bestätigt die große Bedeutung der Pflegedokumentation für die Einstufung.**

### Wesentliche Bedeutung der Pflegedokumentation – Trendumkehr

Welch enorme Bedeutung eine umfassende fachkundige Information durch das **tatsächlich pflegende (!) Fachpersonal** für die korrekte Einstufung hat, wird nunmehr durch diese Studie auch wissenschaftlich fundiert bestätigt: In Fällen, in denen eine **Pflegedokumentation berücksichtigt** wurde (werden konnte), erfolgte durch beide Gutachtergruppen eine **deutlich höhere Einstufung**, wobei es sogar zu einer Umkehr des allgemeinen Trends kommt. Denn bei Berücksichtigung einer Pflegedokumentation stuften Ärzte sogar **höher als das Pflegefachpersonal** ein!

Dieses Ergebnis verwundert im Grundsätzlichen nicht, die angesprochene Trendumkehr überrascht doch ein wenig. Bestätigt werden Wahrnehmungen aus der Praxis, wonach jeder Gutachter ganz wesentlich auf zusätzliche Informationen über die Auswirkungen der Behinderung im konkreten Lebensalltag geradezu angewiesen ist. Gerade ein professionelles Pflegepersonal bestimmt mit einer sachkundigen Information über den Pflegealltag die Einstufung – wie diese Studie bestätigt – ganz wesentlich; meines Erachtens sogar überwiegend! Die Sachkunde des Gutachters – egal welcher Profession – dient demgegenüber der Kontrolle und Überprüfung, ob der festgestellte Gesundheitszustand, ob die erhobenen Einschränkungen mit den Angaben des Betroffenen und der Pflegenden zum Pflegebedarf in Einklang gebracht werden können (Anm des Autors; vgl näher *Greifeneder*, Pflegegeld – Einfluss und Rechte der Pflegenden im Begutachtungsverfahren, ÖZPR 2011/64).

### Quantitative Abweichungen nach Pflegeleistungen

- **Größter Unterschied:** Sonstige Körperpflege: Die Pflege sieht hier weniger häufig (in 17,8% der Fälle) die Notwendigkeit einer Betreuung als die Ärzte. Der umgekehrte Fall, dass Ärzte einen Betreuungsbedarf sehen, die Pflegefachkraft jedoch nicht, liegt bei 19,4% der Fälle.
- **Mittlerer Unterschied:** Tägliche Körperpflege, Zubereitung der Mahlzeiten, An- und Auskleiden, Einnahme von Medikamenten, Mobilitätshilfe im engeren Sinn, Motivationsgespräche und „Hilfestellung“ beim Kochen.

- **Kaum Unterschied:** Anus-*praeter*-Pflege, Kanülen-/Sondenpflege, Katheter-Pflege, Einläufe und Erschwerniszuschlag, Unmöglichkeit zielgerichteter Bewegungen mit einer der vier Extremitäten. In diesen Bereichen beurteilen Ärzte und Pflegefachkräfte nahezu ident.

In immerhin 141 Fällen (!) wird von Pflegefachkräften die Notwendigkeit der sonstigen Körperpflege trotz Heranziehen des Mindestwerts für die (tägliche) Körperpflege veranschlagt, bei Ärzten kommt dies lediglich zweimal vor. Ebenso wird in 44 Fällen von Seiten der Pflege die Notwendigkeit der Entleerung und Reinigung des Leibstuhls trotz Heranziehen des Mindestwerts für Notdurftverrichtung veranschlagt, bei Ärzten kommt dies lediglich fünfmal vor. Ärzte stufen in diesen Punkten somit – rechtlich – korrekter ein als Pflegefachkräfte.

Diese beiden Fallgruppen zeigen, dass das Pflegefachpersonal noch **deutlich Probleme mit der Einhaltung verbindlicher rechtlicher Rahmenbedingungen** hatte, da die genannten Betreuungsleistungen bzw die dafür vorgesehenen Zeitwerte grundsätzlich nicht nebeneinander berücksichtigt werden können (Anm des Autors).

Hinsichtlich der fünf taxativ geregelten **Hilfsleistungen** (Herbeischaffung von Nahrungsmitteln, Medikamenten und Bedarfsgütern des täglichen Lebens, Pflege der Leib- und Bettwäsche, Reinigung der Wohnung und persönlichen Gebrauchsgegenstände, Beheizung samt Herbeischaffung des Heizmaterials, Mobilitätshilfe im weiteren Sinn) ergab sich eine relativ hohe Übereinstimmung zwischen den Gutachtergruppen. Lediglich bei der Hilfsleistung „Beheizung samt Herbeischaffung des Heizmaterials“ waren die Abweichungen etwas stärker.

### Qualitative Betrachtung – Fokusgruppen

Thema der qualitativen Analyse der medizinischen und pflegerischen Gutachten – auch im Rahmen der Fokusgruppen – war nicht, ob die Begutachtung im Sinne der Erfassung der objektiven Realität (Abbildungsfunktion) richtig oder falsch war, sondern, welche **Autorisierungsstrategien** von den Sachverständigen eingesetzt wurden, um zu nachvollziehbaren Schlussfolgerungen zu gelangen, sowie, ob die zwingenden

rechtlichen Rahmenbedingungen eingehalten wurden.

**Mangelnde Gutachtensqualität – geringe Nachvollziehbarkeit**

Neben der Beachtung der gesetzlichen Vorgaben ist einer der wichtigsten Grundsätze im Begutachtungsverfahren die **Nachvollziehbarkeit und Plausibilität des Verfahrens und des Gutachtens**, also eine transparente Verfügbarkeit von Kriterien und Inhalten, die zur Einschätzung des Pflegebedarfs geführt haben.

**Pflegerische wie ärztliche Gutachten sind oft nicht nachvollziehbar – Fehlen einer plausiblen Ableitung und Darstellung des Pflegebedarfs.**

In beiden Gutachtergruppen gab es ausgesprochen aussagekräftige und nachvollziehbare Gutachten, gleichzeitig aber auch solche, die weit weniger nachvollziehbar waren. Sowohl nach den Ausführungen in der qualitativen Auswertung (*Schneider/Stewig*) als auch in den Fokusgruppen bestand – von pflegerischer, medizinischer und juristischer Seite – Einigkeit über die häufig **geringe Nachvollziehbarkeit** sowohl **medizinischer als auch pflegerischer** Gutachten. Die geringe Nachvollziehbarkeit der Gutachten ließ sich keineswegs auf Berufsgruppenspezifika zurückführen, so standen insbesondere die schriftlichen Ausführungen in den Gutachten häufig nicht in einem nachvollziehbaren Verhältnis zu der numerischen Stundebewertung.

So finden sich noch in 88% der medizinischen Gutachten und in über 70% der pflegerischen Gutachten zumindest stichwortartig einzelne **Angaben zu den Beschwerden der Antragsteller**, jedoch nur mehr in knapp einem Drittel der medizinischen und in nur 15% der pflegerischen Gutachten Angaben zum behaupteten **Betreuungs- und Hilfsbedarf!** Damit fehlt in der Darstellung des Pflegebedarfs ein zentraler Faktor, nämlich die Selbstwahrnehmung der Antragsteller.

Ein ähnliches Bild zeigte sich in der Dokumentation der **Angaben von Vertrauens-/Betreuungspersonen** und der von ihnen erbrachten Pflege- und Betreuungsleistungen. Zwar wurde deren An-

wesenheit dokumentiert (zB „Gattin war anwesend“, „der Sohn bestätigte die Angaben“), allerdings fehlte oftmals die Dokumentation ihrer konkreten Angaben zu deren tatsächlichen Betreuungsleistungen bzw zum Hilfe- und Pflegebedarf.

In Fällen, in denen das Vorhandensein einer **Pflegedokumentation** in beiden Gruppen dokumentiert wurde, fanden sich häufig Angaben wie „eingesehen“, „wurde berücksichtigt“, „Pflegedokumentation wurde korrekt geführt“ oder „eine Pflegedokumentation liegt vor“. Inwieweit die Pflegedokumentation dann aber tatsächlich zur Erhebung pflegerelevanter Daten genutzt wurde, lässt sich an dieser Stelle in keiner Weise nachvollziehen.

Was daher zusammengefasst in vielen medizinischen und pflegerischen Gutachten fehlte, war die Darstellung der an der Pflegesituation beteiligten Personen mit der Verknüpfung der eigenen Fachexpertise und dem daraus abgeleiteten **Pflegebedarf**. Damit werden aber in einer beträchtlichen Anzahl der medizinischen und pflegerischen Gutachten die rechtlichen Vorgaben (zB § 25 a Abs 2–4 BPGG; § 23 Abs 2, § 29 Z 3 RPPG 2010) bzw die Vorgaben der PVA hinsichtlich der **plausiblen Ableitung und Darstellung des Pflegebedarfs** nicht berücksichtigt, denn:

*„Das Gutachten muss folgerichtig und schlüssig sein in Hinblick auf die Verknüpfung von Anamnese, Untersuchungsbefund, Befundlage, Diagnose, Gesamtbeurteilung und Ermittlung des Pflegebedarfes. Die Anamnese besteht aus den persönlichen Angaben der zu untersuchenden Person und – soweit möglich – den ergänzenden Angaben der Pflegeperson.“* (Gutachterfibel Pflegegeld der PVA, Wien 2009, 17).

**Die Qualität eines Gutachtens war stärker von der Erfahrung und der Schulung des Gutachters abhängig als von der Berufsgruppe.**

Dieser generelle Mangel der Gutachten führte letztlich dazu, dass sehr **häufig keine sinnvollen Erklärungen für objektiv festgestellte Abweichungen** gefunden werden konnten. Es war im Nachhinein schlicht nicht möglich festzustellen, warum einzelne Verrichtungen in die Pflegebedarfsermittlung einbezogen wurden und andere nicht. Dieser Befund wurde in den

Fokusgruppen von Ärzten, Pflegefachpersonal und Juristen unisono bestätigt.

Ein Befund, der im Hinblick auf eine wirksame **Oberbegutachtung** bzw deren bisherige Praxis sehr zu denken geben muss und dringenden Handlungsbedarf aufzeigt (Anm des Autors).

**Qualitativer Gesamteindruck**

Insgesamt wurde deutlich, dass die Qualität eines Gutachtens stärker von der **Erfahrung und der Schulung** des Gutachters abhängt als von der Berufsgruppe; mit steigender Erfahrung und umfangreicherer Schulung steigt die Qualität der Gutachten. Der Unterschied in der Herangehensweise liegt weniger in einer berufsgruppenspezifischen Überlegenheit einer der beiden Gruppen als vielmehr darin, dass die teilnehmenden Ärzte überwiegend langjährig tätige Gutachter waren und entsprechend besser mit den spezifischen Rollenanforderungen zurechtkamen. Die neuen (pflegerischen) Gutachter haben sich daher in der Regel auch mit dem Begutachtungsformular schwerer getan. Aus diesem Grund wünschen sich die Pflegefachkräfte vielfach einen strukturierteren Begutachtungsbogen, der für Gutachter ohne langjährige Erfahrung zweifelsohne sinnvoller wäre.

Abweichungen zwischen den Gutachtergruppen gründeten sich wohl auch auf die unterschiedliche Erhebung und Bewertung von Symptomen, krankheitsbedingten Folgeerscheinungen, Risikobewertungen sowie Unterstützungsleistungen insbesondere in Teilbereichen.

In medizinischen Gutachten lässt sich stärker eine traditionalistische Herangehensweise feststellen. Herkömmliche Funktionsprüfungen des Bewegungsapparates spielen eine große Rolle, während ganzheitliche Beschreibungen des Unterstützungsbedarfs geringer bewertet werden.

Den Pflegefachkräften wird – von den Fokusgruppen – eher eine am **Wohlbefinden** des Patienten orientierte Gesinnung unterstellt, den medizinischen Gutachtern eher eine am **objektiven Bedarf** orientierte Haltung. Gutachter müssen unabhängig von der beruflichen Herkunft stärker an rechtlichen Rahmenbedingungen orientierte, möglichst objektive, nachvollziehbare Entscheidungen fällen. Dies scheint neuen Gutachtern nicht immer im vollen Ausmaß zu gelingen. Dies kann **auf Pflegeseite** dazu geführt haben, dass **Stunden** verge-

ben wurden, die keine rechtliche Deckung finden.

Eine weitere Problematik waren **juristische Begriffe** in Gesetzen und Verordnungen, denen in der Alltagssprache bzw. diversen anderen Fachsprachen eine andere Bedeutung zukommt. Hier ist es wiederum Bestandteil der Rolle als Gutachter, sehr gut zwischen einer berufsspezifischen Verwendung und der gesetzlich fixierten bzw. intendierten Verwendung zu unterscheiden. Dies ist bei den Gutachtern auf Pflege-seite beispielsweise beim Begriff des Motivationsgesprächs – sicher auch erfahrungsbedingt – nicht ausreichend der Fall gewesen, was zu entsprechenden Abweichungen führte.

### Handlungsempfehlungen der Studienautoren

**Handlungsempfehlung 1:** Bessere Schulung neuer Gutachter hinsichtlich der Rolle als Gutachter und den damit in Zusammenhang stehenden rechtlichen Vorgaben und Spielräumen. Besonderes Augenmerk sollte hierbei auf heikle Begriffe, wie zB Motivationsgespräch oder Pflegedokumentation, und deren Bedeutung im Zusammenhang mit den Pflegegeldgutachten liegen.

**Handlungsempfehlung 2:** Überarbeitung des PVA-Gutachtenformulars hinsichtlich der rechtlich problematischen Kategorie „Hilfestellung beim Kochen“ oder zumindest Information an neue Gutachter, wie der organisationsinterne Usus bei dieser Kategorie ist.

**Handlungsempfehlung 3:** Gutachter generell nochmals auf die Bedeutung der Nachvollziehbarkeit von Gutachten hinweisen. Allenfalls hierbei Schulungen durchführen und beispielsweise kommentierte Mustergutachten mit hoher Nachvollziehbarkeit als „Good-Practice-Beispiele“ ausgeben.

**Handlungsempfehlung 4:** Adaption des Gutachtenformulars, um erstens weniger erfahrenen Gutachtern die Vermeidung gängiger Fehler zu erleichtern und zweitens die generelle Nachvollziehbarkeit zu erhöhen. Hier empfiehlt sich allenfalls eine IT-basierte Version mit Erklärungen und Ausschlussmöglichkeiten zu erarbeiten.

**Handlungsempfehlung 5:** Zur Erhöhung der Nachvollziehbarkeit der Gutachten darauf achten, dass Angaben aus der Pflegedokumentation sowie Angaben der Pflegegeldwerber bzw. deren Vertrauenspersonen im Gutachten angeführt sind und

für die Einstufung entsprechend nachvollziehbar herangezogen werden. Diesbezüglich seitens der Oberbegutachtung stärker auf die Bedeutung der Nachvollziehbarkeit der Gutachten hinweisen.

ÖZPR 2011/131

## Zum Thema

### In Kürze

Die unterschiedliche Einschätzung des Pflegebedarfs durch Ärzte und Pflegepersonal war wesentlich durch eine mangelnde Erfahrung des Pflegepersonals als Gutachter bedingt. Das Pflegepersonal hatte (noch) verstärkt Probleme mit der Rolle des Gutachters, unabhängig von der beruflichen Herkunft stärker an rechtlichen Rahmenbedingungen orientierte, möglichst objektive, nachvollziehbare Entscheidungen zu fällen. Dies hat dazu geführt, dass teilweise Stunden vergeben wurden, die keine rechtliche Deckung finden. Generell Handlungsbedarf zeigt sich bei der Gutachtenqualität (Nachvollziehbarkeit).

### Über die Autoren der besprochenen Studie

DGKS Dr.<sup>in</sup> Cornelia Schneider ist Soziologin, sie ist langjährig als Referentin in der Fortbildung im Bereich Altenpflege und derzeit an der Fachhochschule Campus Wien als Lektorin tätig. Ihre Arbeitsschwerpunkte sind Demenz und herausforderndes Verhalten, Qualitätsarbeit in der Langzeitpflege, Forschungsprojekte mit Ausrichtung auf Lebensqualität in der Langzeitversorgung sowie die Versorgung demenzkranker Menschen im Heim.

Dr. Christian Schober ist Direktor und Senior Researcher am Kompetenzzentrum für Nonprofit Organisationen der Wirtschaftsuniversität Wien, leitete zahlreiche praxisnahe Forschungsprojekte zu unterschiedlichen NPO-relevanten Themenbereichen und beschäftigt sich aktuell vorwiegend mit den Themen (ökonomische) Evaluation von Nonprofit Organisationen, Projekten und Programmen und Finanzierung von Nonprofit Organisationen. Branchenmäßig sind Themen im Bereich Altenpflege und -betreuung sowie Behinderung und Barrierefreiheit zentral.

Dr.<sup>in</sup> Doris Schober ist Vize-Direktorin des Kompetenzzentrums und beschäftigt sich aktuell vorwiegend mit den Themen Arbeits- und KundInnenzufriedenheit, Personalmanagement sowie (ökonomische) Evaluation von Nonprofit Organisationen, Projekten und Programmen.

Friederike Stewig arbeitet als Pflegewissenschaftlerin in der Gesundheit Österreich GmbH (GÖG) und war zuvor als selbständige Auftragsforscherin in den Bereichen Gesundheit und Soziales tätig. Von 2006 – 2009 war sie an der „Akademie für Fort- und Sonderausbildungen“ des Wiener Krankenanstaltenverbundes für den Fortbildungsbereich „Forschung in der Pflege“ verantwortlich. Arbeits- und Forschungsschwerpunkte sind Pflegeausbildung, Entwicklung von Arbeitshilfen für die Pflegepraxis, qualitative Forschungsmethoden sowie Pflegevorsorge.

### Über den Autor des Beitrags

Dr. Martin Greifeneder, Arbeits- und Sozialrichter am Landesgericht Wels, ist als Schriftleiter der ÖZPR für Pflegegeldangelegenheiten zuständig. Er beschäftigt sich seit vielen Jahren mit allen Fragen des Pflegegeldes, ist Mitautor des im Verlag Manz erschienenen „Handbuch Pflegegeld“ und in der Fortbildung und Ausbildung von Gutachtern tätig. E-Mail: martin.greifeneder@recht.at

# Einbindung von diplomierten Pflegefachkräften in die Pflegegeldbegutachtung ab 1. 1. 2012

**Pflegegeldbegutachtung.** Schon im Juni dieses Jahres – und damit unabhängig von den Ergebnissen des im vorigen Beitrag beschriebenen Pilotprojekts – kündigte BM *Hundstorfer* die Einbindung von Pflegefachkräften bei der Pflegegeld-Begutachtung nach Erhöhungsanträgen ab dem 1. 1. 2012 an. Die nunmehr vorliegenden Ergebnisse des Pilotprojekts wurden der näheren Festlegung des konkreten zukünftigen Tätigkeitsbereichs der Pflegefachkräfte im Rahmen der Pflegegeldbegutachtung zugrunde gelegt. Entsprechende Vorbereitungsarbeiten für die Umsetzung dieses Vorhabens wurden in die Wege geleitet.

## Einsatzbereich der diplomierten Pflegefachkräfte ab 1. 1. 2012 Keine gemeinsame Begutachtung durch Arzt und Pflegefachkraft

Auch in Zukunft wird die Begutachtung in allen Pflegegeldverfahren grundsätzlich nur durch „einen“ Sachverständigen erfolgen. Dies ist wenig überraschend. Die von verschiedensten Seiten propagierte gemeinsame Begutachtung durch Arzt und Pflegefachkraft in allen Einstufungsverfahren ist für die zuständigen Entscheidungsträger tatsächlich nie zur Diskussion gestanden. Dies völlig zu Recht. Der Mehrnutzen durch eine „Doppelbegutachtung“ wäre aufgrund der Besonderheiten des bestehenden Pflegegeldsystems (Maßgeblichkeit einer Basisversorgung, für die zeitliche Richt-, Mindest- und Fixwerte existieren) als marginal einzuschätzen und würde in keiner Relation zu den damit verbundenen erheblichen Mehrkosten stehen. In Zeiten von notwendigen Einsparungen im Leistungsbereich wären derartige Mehrkosten im Verwaltungsbereich für eine Doppelbegutachtung von mindestens 14 Mio Euro in keiner Weise zu rechtfertigen.

**Auch in Zukunft wird die Pflegegeldbegutachtung nur von einem – medizinischen oder pflegerischen – Sachverständigen vorgenommen werden.**

## Pflegefachkräfte begutachten in Erhöhungsverfahren beschränkt auf die Stufen 5 bis 7

Die Einstufung auf Grund eines erstmalig gestellten Antrags auf Gewährung von Pflegegeld wird wie bisher grundsätzlich

auf Basis eines ärztlichen Sachverständigengutachtens erfolgen.

Pflegefachkräfte werden als Gutachter ausschließlich in Verfahren nach **Erhöhungsanträgen** oder im Rahmen einer **amtswegigen Nachbegutachtung** tätig werden. Weitere Voraussetzung ist, dass im Vorverfahren auf Grund eines ärztlichen Gutachtens bereits ein durchschnittlicher monatlicher Pflegebedarf von mehr als 180 Stunden festgestellt wurde. Mit anderen Worten: Betroffen sind Verfahren, in denen zu klären ist, inwieweit zusätzlich zum Pflegebedarf von mehr als 180 Stunden folgender für die Stufen 5, 6 und 7 zusätzlich maßgeblicher **qualifizierter Pflegebedarf** nach § 4 Abs 2 BPGG erforderlich ist:

- **Stufe 5:** Vorliegen eines „außergewöhnlichen Pflegeaufwandes“ im Sinne des Erfordernisses
  - einer dauernden Bereitschaft, nicht jedoch Anwesenheit einer Pflegeperson oder
  - einer regelmäßigen Nachschau durch eine Pflegeperson in relativ kurzen, jedoch planbaren Zeitabständen, wobei zumindest eine einmalige Nachschau auch in den Nachtstunden erforderlich sein muss, oder
  - von mehr als fünf Pflegeeinheiten, davon eine auch in den Nachtstunden;
- **Stufe 6:** Notwendigkeit
  - zeitlich unkoordinierbarer Betreuungsmaßnahmen regelmäßig während des Tages und der Nacht oder
  - einer dauernden Anwesenheit einer Pflegeperson während des Tages und der Nacht wegen der Wahrscheinlichkeit einer Eigen- oder Fremdfährdung;

- **Stufe 7:** Unmöglichkeit zielgerichteter Bewegungen mit allen vier Extremitäten mit funktioneller Umsetzung bzw. Vorliegen eines gleichzeitigen Zustands.

**Pflegefachkräfte werden ab 1. 1. 2012 bei Erhöhungsanträgen ab der Stufe 4 mit mehr als 180 Stunden Pflegebedarf in den Stufen 5 bis 7 als Gutachter tätig werden.**

Dieses auf die Stufen 5 bis 7 eingeschränkte Einsatzgebiet darf aber nicht zu der irrigen Annahme verleiten, das Pflegefachpersonal als Gutachter hätte nur den für diese Stufen maßgeblichen qualifizierten Pflegebedarf zu beurteilen. Denn jede Höherstufung in die Stufen 5, 6 oder 7 hat einen aktuell (!) monatlich durchschnittlich 180 Stunden übersteigenden Pflegebedarf als Grundvoraussetzung. Im Rahmen jeder Höherstufung ist daher als Anspruchsvoraussetzung ein solcher **aktueller Pflegebedarf zusätzlich zum qualifizierten Pflegebedarf gutachterlich festzustellen**. Daran vermag der Umstand nichts zu verändern, dass in einem Vorverfahren – zum damaligen Zeitpunkt (!) – durch einen medizinischen Sachverständigen ein solcher Pflegebedarf bereits festgestellt wurde, zumal diese Feststellung keinerlei Rechtswirkung für Folgeverfahren entfaltet und – wie die Praxis häufig zeigt – nicht den Schluss zulässt, dass dieser Bedarf auch aktuell noch gegeben ist.

## Oberbegutachtung durch chefarztlichen Dienst

Ebenso wie jedes medizinische Einstufungsgutachten wird auch das pflegerische

Gutachten in weiterer Folge vom chefarztlichen Dienst (Ärzten) oberbegutachtet, ehe es der Entscheidung zugrunde gelegt wird. Dies dient der Vereinheitlichung der Einschätzungspraxis und ist ein grundsätzlich sinnvoller Beitrag zur **Qualitätssicherung** in der Begutachtung.

### Herabstufung setzt immer ärztliches Gutachten voraus

Sollte eine diplomierte Pflegefachkraft zu einer Herabstufung als Ergebnis der Begutachtung kommen, soll vor der Entscheidung zusätzlich ein ärztliches Gutachten erforderlich sein. Grundsätzlich kann dies nur Fälle einer – in den Stufen 5 bis 7 eher seltenen – amtswegigen Nachbegutachtung betreffen. Konsequenterweise dürfte dieses zusätzliche medizinische Gutachten nur in Fällen einzuholen sein, in denen die Nachbegutachtung durch eine Pflegefachkraft einen Pflegebedarf von (nunmehr) weniger als 180 Stunden ergibt, nicht aber in Fällen des Wegfalls eines für die Stufen 5 bis 7 maßgeblichen qualifizierten Pflegebedarfs, zumal dieser auch bei der Zuerkennung in Hinblick allein durch die Pflegefachkraft festgestellt werden soll.

### Diagnosebezogene Einstufung setzt weiterhin medizinisches Gutachten voraus

Eine diagnosebezogene Mindesteinstufung nach § 4a BPGG für Menschen, die zur eigenständigen Lebensführung überwiegend auf den selbständigen Gebrauch eines Rollstuhls angewiesen sind, bzw für hochgradig Sehbehinderte, Blinde und Taubblinde setzt weiterhin stets ein **ärztliches Gutachten** voraus, zumal bei dieser Einstufungsform die medizinische Diagnose im Vordergrund steht und der konkrete Pflegebedarf irrelevant ist. Da es sich bei der diagnosebezogenen Einstufung aber um eine **Mindesteinstufung** handelt, die parallel immer eine vergleichsweise funktionsbezogene Einstufung erfordert (§ 4a Abs 7 BPGG), kann dies im Ergebnis zur Notwendigkeit sowohl eines medizinischen als auch eines pflegerischen Gutachtens führen, was neben zusätzlichen Kosten das – unbedingt zu vermeidende – Risiko einer Verfahrensverlängerung in sich birgt. Zweckmäßigerweise wird in diesen eher seltenen Fällen der medizinische Gutachter mit der Gesamtbegutachtung zu beauftragen sein.

### Praktische Umsetzung der Begutachtung durch diplomierte Pflegefachkräfte – Übergangsphase Stichtag 1. 1. 2012

Der Einsatz von diplomierten Pflegefachkräften in der Begutachtung im oben dargestellten Umfang soll grundsätzlich bereits für alle Erhöhungsanträge gelten, die **ab 1. 1. 2012 neu gestellt** werden, bzw in amtswegigen Überprüfungsverfahren, die ab 1. 1. 2012 eingeleitet werden.

Sollten in der Anfangsphase nicht in allen Regionen genügend Pflegefachkräfte zur Verfügung stehen, ist zur Vermeidung einer Verfahrensverzögerung ein medizinisches Sachverständigengutachten einzuholen.

### Gutachterpools werden zentral bei PVA und BVA eingerichtet. Interessierte können sich über den ÖGKV als Gutachter bewerben.

#### Rekrutierung und Schulung von Pflegefachkräften für die Begutachtung

Als Gutachter tätig werden können **Angehörige des gehobenen Dienstes** für Gesundheits- und Krankenpflege, die mindestens **drei Jahre praktische Berufserfahrung** haben und die einschlägigen Schulungen (siehe unten) absolvieren.

Bei den Sozialversicherungsträgern **PVA und BVA** wird ein **Pool an pflegerischen Gutachtern** eingerichtet, der allen Entscheidungsträgern zur Verfügung steht. Dadurch soll auch kleineren Entscheidungsträgern stets eine ausreichende Anzahl an Gutachtern kurzfristig zur Verfügung stehen, wodurch Verfahrensverzögerungen vermieden werden sollten. Als wichtiger Beitrag zu einer – derzeit unzureichenden – Qualitätssicherung in der Begutachtungspraxis ist die durch die Poollösung mögliche zentrale und damit einheitliche Schulung bzw Fortbildung der Sachverständigen zu sehen. Speziell auf Pflegefachkräfte abgestimmte Schulungs- bzw Arbeitsunterlagen sind in Ausarbeitung.

**Interessenten** aller neun Bundesländer können sich jederzeit beim ÖGKV ([office@oegkv.at](mailto:office@oegkv.at)) melden, auf dessen Homepage ([www.oegkv.at](http://www.oegkv.at)) sich weitere Informationen finden. Eine Mitgliedschaft zum ÖGKV ist nicht Voraussetzung!

Für bereits angemeldete Personen wird noch vor dem 1. 1. 2012 in den jeweiligen Ländern eine Schulung durch die poolverantwortlichen Sozialversicherungsträger stattfinden. Die nächsten Schulungen werden nach Informationen des BMASK im Frühjahr 2012 stattfinden.

#### Honorierung

Das **Pauschalhonorar** für ein pflegerisches Gutachten wird **€ 65,-** (inklusive Hausbesuchszuschlag) **zuzüglich** amtliches **Kilometergeld** betragen. Auf die Wirtschaftlichkeit der Fahrtrouten (im Hinblick auf das Kilometergeld) wird bei der Auswahl des Sachverständigen möglichst Bedacht zu nehmen sein.

#### Rechtliche Umsetzung Änderung des § 8 EinstV – Anstaltsverfahren

Nach § 4 Abs 7 BPGG ist der Bundesminister für Soziales und Konsumentenschutz ermächtigt, nach Anhörung des Bundesbehindertenbeirates nähere Bestimmungen für die Beurteilung des Pflegebedarfs durch Verordnung festzulegen. Auf Basis dieser Verordnungsermächtigung regelt derzeit § 8 Abs 1 Einstufungsverordnung (EinstV), dass die Grundlage der Entscheidung ein **ärztliches Sachverständigengutachten** bildet; erforderlichenfalls sind zur ganzheitlichen Beurteilung der Pflegesituation Personen aus anderen Bereichen, beispielsweise dem gehobenen Dienst für Gesundheits- und Krankenpflege, der Heil- und Sonderpädagogik, der Sozialarbeit, der Psychologie sowie der Psychotherapie beizuziehen.<sup>1</sup> § 8 Abs 1 EinstV muss bis 1. 1. 2012 an die oben dargestellte Einbindung der Pflegefachkräfte in die Begutachtung angepasst werden. Aber auch der bisher in § 8 Abs 2 EinstV definierte zwingende Inhalt eines Pflegegeldgutachtens wird anzupassen sein, da derzeit ein solches Gutachten unter anderem eine Anamnese, Diagnose und die voraussichtliche Entwicklung der Behinderung enthalten muss, was eine ärztliche Ausbildung erfordert.

#### Einsatz von Pflegefachkräften in Sozialgerichtsverfahren?

Ein **verpflichtender Einsatz** von Pflegefachverständigen im **sozialgerichtlichen**

<sup>1</sup> Siehe näher *Greifeneder*, Das ärztliche Gutachten als Grundlage der Pflegegeldeinstufung – Die aktuelle Rechtslage, ÖZPR 2010/125, 138.

**Verfahren** erfordert – ungeachtet der grundsätzlichen Frage der Zweckmäßigkeit einer solchen Regelung im Parteienprozess – meines Erachtens hingegen weiterreichende Gesetzesänderungen.

Während die verpflichtende Heranziehung von Pflegefachkräften als Gutachter im oben dargestellten, ab 1.1.2012 geplanten, Umfang im Verfahren bei den Sozialversicherungsträgern durch eine umfassende Novellierung des § 8 EinstV geregelt werden kann, erfordert eine verpflichtende Heranziehung in sozialgerichtlichen Verfahren meines Erachtens eine Änderung des § 87 Arbeits- und Sozialgerichtsgesetzes (ASGG) oder des BPGG!

Dem Grundsatz der sukzessiven Kompetenz entsprechend, haben die Arbeits- und Sozialgerichte nicht die Aufgabe, die von den Trägern der Sozialversicherung erlassenen, durch Klage bekämpften Bescheide zu überprüfen; sie haben vielmehr über die mit einer Klage geltend gemachten Ansprüche nach Abschluss des Verwaltungsverfahren in einem eigenen, selbständigen Verfahren zu entscheiden.

**Ob Pflegefachkräfte auch im sozialgerichtlichen Verfahren verpflichtend einzusetzen sein werden, wird die konkrete rechtliche Umsetzung dieses Vorhabens zeigen.**

§ 87 Abs 1 ASGG verpflichtet in derartigen Sozialrechtssachen das Gericht, „sämtliche notwendig erscheinenden Beweise von Amts wegen aufzunehmen“, und zwar unabhängig von entsprechenden Beweisanboten. Im Beweisverfahren herrscht sohin strikte Amtswegigkeit. „Notwendig“ im Sinne dieser Gesetzesbestimmung sind all jene Beweisaufnahmen, die voraussichtlich geeignet sind, jene Tatsachen zu „beweisen“, deren mit hoher Wahrscheinlichkeit erforderliche Feststellung dem Gericht die Entscheidung über den Klagsanspruch ermöglicht. Mit anderen Worten: Das Gericht ist verpflichtet, alle sich aus dem Vorbringen der Par-

teien, aus Beweisergebnissen oder dem Inhalt des Akts ergebenden Hinweise auf das Vorliegen bestimmter entscheidungswesentlicher Tatumstände in seine Überprüfung einzubeziehen.<sup>2</sup> Aber auch nach § 351 ZPO ist die Auswahl des Sachverständigen Ergebnis einer Ermessensentscheidung des Gerichts; in der Bestellung einer Person zum Sachverständigen drückt sich die Meinung des Gerichts aus, dass diese Person für die **konkret zu beurteilende Sachverhaltsfrage** die erforderliche Sachkenntnis besitzt.<sup>3</sup>

Damit besteht aber nicht nur das Recht, sondern vielmehr die Pflicht des Gerichts, **im Einzelfall aufgrund des konkreten Falls** zu entscheiden, ob es für die Klärung des Vorliegens der Anspruchsvoraussetzungen – konkret auch betreffend den qualifizierten Pflegebedarf der Stufen 5 bis 7 – ein medizinisches und/oder ein pflegerisches Gutachten für notwendig im Sinne des § 87 Abs 1 ASGG erachtet.

Abgesehen vom zwingenden Charakter des § 87 Abs 1 ASGG erscheint dies auch zweckmäßig: Denn dem Sozialgericht liegen zum Zeitpunkt der Gutachterbestellung bereits neben dem medizinischen oder in Hinkunft auch pflegerischen Anstaltsgutachten und der Klagebeantwortung der Sozialversicherung auch die gegen die bescheidmäßige Erledigung ins

Treffen geführten Klagsbehauptungen des Pflegebedürftigen vor. Auf deren Basis kann am besten beurteilt werden, ob im konkreten Fall für die zwischen den Prozessparteien strittig verbliebene Frage, den strittigen Anspruch, eher medizinische oder pflegerische Einschätzungen, Diagnosen usw notwendig sind. Wenn nach diesen Informationen beispielsweise im Wesentlichen strittig ist, ob die von pflegenden Angehörigen geschilderten nächtlichen Unruhe- und Verwirrheitszustände glaubhaft sind oder allenfalls übertrieben dargestellt werden, wird das Gericht zweckmäßigerweise das Vorliegen bzw das Ausmaß einer Grunderkrankung abklären lassen, die mit diesen Angaben in Einklang stehen könnten. Andernfalls wäre mit entsprechenden Anträgen, zB seitens der zuständigen Sozialversicherung, zu rechnen, die wiederum weitere Gutachten erfordern und damit eine Verlängerung der Verfahrensdauer sowie zusätzliche Kosten bedingen würden.

Die konkrete rechtliche Umsetzung des geplanten Einsatzgebiets der Pflegefachkräfte bleibt daher abzuwarten und wird in der ÖZPR zu einem späteren Zeitpunkt dargestellt und kommentiert werden.

ÖZPR 2011/132

<sup>2</sup> Kuderna, ASGG<sup>2</sup> § 87 Anm 3; OGH 10 Obs 118/95; 10 Obs 104/09 f. <sup>3</sup> OGH RIS-Justiz RS0040607.

## Zum Thema

### In Kürze

Ab 1. 1. 2012 werden auch Pflegefachkräfte in die Pflegegeldbegutachtung, beschränkt auf die Stufen 5 bis 7, eingebunden werden. Voraussetzung ist, dass in einem Vorverfahren bereits ein Pflegebedarf von monatlich mehr als 180 Stunden mit einer medizinischen Begutachtung festgestellt wurde. Mit dieser Einbindung wird jahrelangen Bestrebungen der Pflege Rechnung getragen.

### Literaturhinweis

Greifeneder, Begutachtung durch Pflegefachkräfte – Ergebnisse des Pilotprojekts, ÖZPR 2011/131, 172.

Greifeneder, Das ärztliche Gutachten als Grundlage der Pflegegeldeinstufung – Die aktuelle Rechtslage, ÖZPR 2010/125.

### Link

[www.oegkv.at](http://www.oegkv.at)

ADir Erwin Biringner

Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz

# Auch pflegenden Angehörigen kommt das Pflegegeldreformgesetz 2012 zugute

**Zuwendungen zu den Kosten der Ersatzpflege.** Die Übertragung der Zuständigkeiten für Anspruchsberechtigte nach den Landespflegegeldgesetzen von den Ländern auf den Bund hat auch in finanzieller Hinsicht positive Auswirkungen für pflegende Angehörige. Ab 1. 1. 2012 können Angehörige aller Pflegegeldbezieher vom Bundessozialamt unter bestimmten Voraussetzungen Zuwendungen zu den Kosten für die Ersatzpflege erhalten.

Bekanntlich werden 80 bis 85% aller Pflegegeldbezieher häufig ohne die Inanspruchnahme professioneller Dienste in häuslicher Umgebung von ihren Angehörigen gepflegt. Nur durch deren großes Engagement ist es oftmals möglich, dass pflegebedürftige Menschen – ihrem Wunsch entsprechend – zu Hause verbleiben können und eine Übersiedlung in ein Pflegeheim vermieden werden kann. Dass die Betreuung von pflegebedürftigen Familienmitgliedern eine große Herausforderung und eine permanente Belastung darstellt, ist zwar allgemein bekannt, soll hier aber neuerlich betont werden.

## Pflegende Angehörige werden häufiger krank als die Durchschnittsbevölkerung.

In allen bis dato durchgeführten Studien zur Thematik der häuslichen Pflege wurde der Pflege zu Hause eine gute Qualität ausgewiesen. Einer Studie über die Situation pflegender Angehöriger<sup>1</sup> ist zu entnehmen, dass das Durchschnittsalter der pflegenden Angehörigen 58 Jahre beträgt; 45% aller Hauptpflegepersonen sind 60 Jahre und älter, 22% sind sogar 70 Jahre und älter. Ebenso zeigt diese Studie, dass **pflegende Angehörige häufiger krank werden und anfälliger für stressbedingte Krankheiten** sind als die Durchschnittsbevölkerung. Die Belastungen aus der Pflege sind zumeist über einen längeren Zeitraum existent und dieser Umstand wirkt sich verstärkend auf das pathogene Potenzial der Pflegebelastungen aus.

Von besonderer Bedeutung für pflegende Angehörige ist das Bedürfnis, Betreuungssicherheit für die von ihnen betreuten und gepflegten älteren Angehörigen unbedingt zu gewährleisten. Dies erschwert es ihnen oftmals, anderen Bedürfnissen nachzukommen und sich zwischendurch **Phasen von Erholung, Auszeit oder Ur-**

**laub** zu gönnen oder eigenen Interessen oder dem Bedürfnis nach sozial-kommunikativem Austausch mit Bekannten und Freunden nachzukommen.<sup>2</sup> Dazu kommt, dass die Kosten für Ersatzpflegemaßnahmen durch stationäre Kurzzeitpflege in Heimen, professionelle soziale Dienste oder private Pflegepersonen eine – in vielen Fällen beträchtliche – zusätzliche Belastung darstellen.

## Finanzielle Zuwendungen helfen Angehörigen, sich von der Pflege zu erholen.

Zur finanziellen Unterstützung und Erleichterung, sich einen „Urlaub von der Pflege“ zu nehmen, wurde mit § 21a des Bundespflegegeldgesetzes (BPGG) die gesetzliche Möglichkeit geschaffen, dass Angehörige im Falle der Verhinderung an der Pflege Zuwendungen zu den Kosten für die Ersatzpflege erhalten können.<sup>3, 4</sup>

Aufgrund der bis 31. 12. 2011 bestehenden Kompetenzlage können Zuwendungen nach § 21a BPGG ausschließlich an Personen ausbezahlt werden, die Bezieher eines Pflegegeldes nach dem Bundespflegegeldgesetz überwiegend betreuen. Beinahe alle Bundesländer haben im Wesentlichen gleichlautende Grundlagen dafür geschaffen, dass Hauptpflegepersonen von pflegebedürftigen Menschen, denen ein Pflegegeld nach landesgesetzlichen Regelungen gebührt, von den Ländern analoge Zuschüsse zu den Ersatzpflegekosten erhalten können. Allerdings können nicht alle pflegenden Angehörigen solche Zuwendungen erhalten.

Als notwendiger und großer Schritt in Richtung Verwaltungsreform und einer kundenfreundlichen Neuregelung der Pflegegeldadministration wurde am 8. 7. 2011 im Nationalrat das Pflegegeldreformgesetz 2012<sup>5</sup> beschlossen. Schwerpunkt dieses Gesetzes ist die Übertragung der Zuständig-

keit für Anspruchsberechtigte nach den bisherigen landesgesetzlichen Regelungen von den Ländern auf den Bund, sodass das gesamte Pflegegeldwesen in Gesetzgebung und Vollziehung ab 1. 1. 2012 in die Kompetenz des Bundes fällt; gleichzeitig wurden die auf dem Gebiet des Pflegegeldes bestehenden landesgesetzlichen Bestimmungen außer Kraft gesetzt.<sup>6</sup>

## Ab 1. 1. 2012 ist nur mehr der Bund für Zuwendungen zu den Ersatzpflegekosten zuständig – Anträge sind zentral beim Bundessozialamt einzubringen.

Ab 1. 1. 2012 werden Zuwendungen auf Basis des § 21a BPGG vom Bundessozialamt **an Angehörige sämtlicher Pflegegeldbezieher** geleistet. In Zukunft ist es dafür unerheblich, ob dem pflegebedürftigen Menschen ein Pflegegeld nach den bis zum 31. 12. 2011 geltenden landesgesetzlichen Regelungen oder dem Bundespflegegeldgesetz zuerkannt wurde.

Dieser begrüßenswerte Effekt des Pflegegeldreformgesetzes 2012 könnte bei näherer Betrachtung während eines Übergangszeitraums allerdings Nachteile für pflegende Angehörige mit sich bringen:

Eine der Voraussetzungen für die Gewährung der Zuwendung gem § 21a BPGG ist, dass der pflegebedürftige Familienangehörige bereits mindestens ein Jahr lang zumindest ein Pflegegeld in Höhe der Stufe 3 oder der Stufe 1, wenn nachweislich eine demenzielle Erkrankung vorliegt bzw die pflegebedürftige Person minderjährig ist,

<sup>1</sup> ÖBIG, Situation pflegender Angehöriger 2005. <sup>2</sup> Elbe/Fritzer, Möglichkeiten und Grenzen Sozialer Diagnostik im Kontext der ambulanten Altenpflege, Masterthese, erstellt an der FH St. Pölten (2011). <sup>3</sup> BGBl I 2003/71. <sup>4</sup> Zu den näheren Voraussetzungen für eine solche Zuwendung siehe Biringner, Zuwendungen zu den Kosten der Ersatzpflege, ÖZPR 2011/38, 42. <sup>5</sup> BGBl I 2011/58. <sup>6</sup> Siehe Greifeneder, Pflegegeldreformgesetz 2012, ÖZPR 2011/90, 108.

nach dem Bundespflegegeldgesetz bezieht.

Angehörige von Beziehern eines bisherigen Landespflegegeldes, die ab 1. 1. 2012 ex lege einen Anspruch auf Pflegegeld nach dem Bundespflegegeldgesetz in Höhe der bisher nach landesgesetzlichen Vorschriften gewährten Stufe haben (§ 48c Abs 2 BPGG) und im Jahr 2012 einen Antrag auf eine Zuwendung zu den Kosten für die Er-

satzpflege einbringen, konnten demnach keine Zuwendung erhalten, weil sie noch nicht mindestens ein Jahr „Bundes“-Pflegegeld beziehen.

Um solche Nachteile für pflegende Angehörige durch die Übernahme der Landespflegegeldfälle durch den Bund zu vermeiden, hat das BMASK das Bundessozialamt bereits dahingehend angewiesen, dass auch in solchen Fällen bei Zutreffen der sonsti-

gen Voraussetzungen Zuwendungen zu gewähren sind.

Somit können ab dem Inkrafttreten des Pflegegeldreformgesetzes 2012 im Unterschied zur bis 31. 12. 2011 geltenden Rechtslage die Hauptpflegepersonen aller Pflegegeldbezieher Zuwendungen zu den Kosten für die Ersatzpflege erhalten.

ÖZPR 2011/133

### Zum Thema

#### In Kürze

Eine Folge des Pflegegeldreformgesetzes 2012 ist, dass ab 1. 1. 2012 Zuwendungen zu den Kosten für die Ersatzpflege vom Bundessozialamt an pflegende Angehörige sämtlicher Pflegegeldbezieher gewährt werden können.

Damit sind für pflegende Angehörige insofern wesentliche Verbesserungen verbunden, als

- nunmehr alle Hauptpflegepersonen bei Erfüllung der Voraussetzungen Zuwendungen erhalten können,
- nur mehr eine Behörde für die Gewährung von Zuwendungen zuständig ist und
- die Entscheidung bundesweit nach einheitlichen Kriterien erfolgt.

#### Über den Autor

ADir Erwin Biringer ist Mitarbeiter der Abteilung IV/B/4 im Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz, insbesondere zuständig für Pflegegeld und Maßnahmen zur Unterstützung pflegender Angehöriger.

#### Literaturhinweis

Biringer, Zuwendungen zu den Kosten der Ersatzpflege, ÖZPR 2011/38, 42; Greifeneder, Pflegegeldreformgesetz 2012, ÖZPR 2011/90, 108.

#### Zur Information

Nähere Auskünfte zu den Zuwendungen zu den Kosten für die Ersatzpflege erteilen die Mitarbeiter des Bundessozialamts (Tel: 059988) und des Pflegetelefons des Bundesministeriums für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz (gebührenfreie Rufnummer: 0800 20 16 22).

#### Links

Schriftliche Informationen finden sich auf:

[www.bundessozialamt.gv.at](http://www.bundessozialamt.gv.at)

[www.bmask.gv.at](http://www.bmask.gv.at)

[www.pflegedaheim.at](http://www.pflegedaheim.at)

Dr. Martin Greifeneder

Richter am Landesgericht Wels

## Fragen aus der Praxis

### Kann ein Gutachter gleichzeitig für Sozialversicherung und Sozialgericht tätig sein?

Im Zuge der Einbindung von Pflegefachkräften in die Begutachtung werden bei Pensionsversicherungsanstalt (PVA) und Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter (BVA) Pools von Pflegegeldgutachtern gebildet, auf den alle Entscheidungsträger zugreifen können (siehe dazu näher in diesem Heft ÖZPR 2011/132, Seite 176).

Ein gerichtlich beeideter und zertifizierter Sachverständiger aus dem Bereich Pflege stellt dazu die Frage, ob die Tätigkeit in einem derartigen Gutachterpool generell ausschließt, auch beim Sozialgericht als Gutachter tätig zu werden.

Gem § 87 Abs 5 ASGG darf zum Sachverständigen nicht bestellt werden, wer zur beklagten Partei (zB Sozialversicherung) in einem Arbeitsverhältnis steht oder von dieser in Leistungssachen häufig als Sachverständiger beschäftigt wird.

Meines Erachtens schließt sich eine gleichzeitige Tätigkeit für den Sozialversicherungspool und das Sozialgericht daher aus. Denkbar erscheint aber die Erklärung, von Seiten einer Sozialversicherung (zB Sozialversicherungsanstalt der Bauern [SVB]) keine Gutachten aus dem Pool anzunehmen und in diesem Bereich beim Sozialgericht tätig zu sein.

ÖZPR 2011/134



HR Dr. Hans Peter Zierl  
Bezirkshauptmann von Freistadt a.D.



Mag. Stefan Koppensteiner  
Richter am Bezirksgericht Neunkirchen

# HeimAufG & UbG

**INTRO.** Diese Rubrik bietet Hilfe bei der richtigen Anwendung des Heimaufenthaltsgesetzes und des Unterbringungsgesetzes durch Aufzeigen und Lösen häufig auftretender Problemfälle.

## Praxisleitfaden für medikamentöse Freiheitsbeschränkungen

Viele theoretische und praktische Probleme, die die Erlassung des HeimAufG hervorgerufen hat, wurden einerseits bei zahlreichen Schulungen der mit diesem Rechtsgebiet befassten Personen und andererseits durch die Judikatur geklärt. Einige Probleme blieben dennoch bestehen. Sie betreffen unter anderem die medikamentösen Freiheitsbeschränkungen.

Obwohl sich bereits der Oberste Gerichtshof in mehreren Entscheidungen mit den rechtlichen Aspekten der medikamentösen Freiheitsbeschränkung befasst hat, sind nach wie vor wesentliche Fragen zu diesem schwierigen Thema ungeklärt bzw. bedürfen sie näherer Erörterung. Diese Situation erschwert bislang die tägliche Arbeit in der Praxis nicht unerheblich.

Dankenswerterweise hat sich unter Einbindung des Bundesministeriums für Justiz eine Arbeitsgruppe – bestehend aus Vertretern mit dem Heimaufenthaltsgesetz befasster Institutionen und Berufsgruppen – des Themas angenommen und in zahlreichen Besprechungen einen detaillierten Praxisleitfaden („Manual“) zum Umgang mit medikamentösen Freiheitsbeschränkungen erarbeitet. Das Manual wird von zwei Teilnehmern dieses Arbeitskreises (*Bürger* und *Herdega*) in zwei Teilen in diesem und im nächsten Heft der ÖZPR präsentiert. Damit setzt die ÖZPR in der Rubrik „HeimAufG und UbG“ einen Schwerpunkt zu diesem Thema.

In der vorliegenden Ausgabe behandeln *Bürger* und *Herdega* die grundlegende Rechtsfrage, unter welchen Voraussetzungen die Verabreichung von Medikamenten als medikamentöse Freiheitsbeschränkung im Sinne des HeimAufG zu qualifizieren ist. Im folgenden Heft werden Teilaspekte der medikamentösen Freiheitsbeschränkung in praxisnahen Fallbeispielen beleuchtet.

Weiters beinhaltet die Rubrik „HeimAufG und UbG“ einen Beitrag von *Koppensteiner* zur Rechtsprechung zum „neuen“ § 34 a UbG.

Wie immer runden die Besprechung aktueller Judikatur sowie die Beantwortung von Fragen aus der Praxis diese Rubrik ab.

Wir wünschen uns, dass die vorliegenden Beiträge bei unseren Lesern Anklang finden und dass vor allem offene Fragen im Zusammenhang mit den medikamentösen Freiheitsbeschränkungen im Interesse der Rechtssicherheit aller Beteiligten geklärt werden können!

Hans Peter Zierl und Stefan Koppensteiner

ÖZPR 2011/135

## AKTUELLES

### Erfahrungsaustausch „Ub in NÖ“: 19. 10. 2011, OLG Wien

Auch heuer fand wieder das alljährliche Vernetzungstreffen der Patientenanwälte vom VertretungsNetz und der Ub-Richter in Niederösterreich statt. Ziel dieser Veranstaltung ist der vor allem für die Richter sonst schwierige Erfahrungsaustausch mit Schwerpunkt auf der Praxis des Ub-Verfahrens.

Schwerpunkt des Kontakttreffens 2011 war die praktische Umsetzung der **Ub-HeimAuf-Novelle 2010** und hier vor allem der neue § 34 a UbG.

Bei der **Abnahme der Privatkleidung** gibt es weiterhin eine unterschiedliche Praxis der Krankenanstalten. Auch bei den **Ausgängen ins Freie** differiert die Praxis, wobei auch diese Beschränkung im Einzelfall genau zu begründen ist.

Die **Abnahme von Handys** ist speziell an den kinder- und jugendpsychiatrischen Abteilungen weiterhin ein Thema, wo sie als „alterstypische Erziehungsmaßnahme“ gerechtfertigt sein kann.

§ 32 a UbG hat wie erwartet kaum praktische Auswirkungen gezeigt.

Weiters angesprochen wurde etwa auch die im Gesetz nicht ausdrücklich geregelte **Erstreckung von Tagsatzungen** im Ub-Verfahren, das Vorgehen bei **Entweichung** des Patienten und die **Verständigungspflicht des § 39 b Abs 2 UbG**, die bei „informeller Aufnahme“ (ohne Polizei bzw. Amtsarzt) nicht greift.

Alle Anwesenden zeigten Interesse an einer Fortsetzung im Herbst 2012.

Stefan Koppensteiner

Dr. Christian Bürger / Mag. Nikolaus Herdega, MSc

Leiter der Bewohnervertretung des Niederösterreichischen Landesvereins für Sachwalterschaft und Bewohnervertretung (NÖLV) / KAD-Stv und Leiter der Abteilung für Ärzterecht &amp; Arbeitsrecht der Ärztekammer für ÖÖ

# Medikamentöse Freiheitsbeschränkungen nach dem HeimAufG – Manual 2011

## Teil I – Allgemeine Grundlagen

**Praxisleitfaden für medikamentöse Freiheitsbeschränkungen.** Eine Arbeitsgruppe, bestehend aus Vertretern mit dem Heimaufenthaltsgesetz befasster Institutionen und Berufsgruppen, hat einen Praxisleitfaden („Manual“) zum Umgang mit medikamentösen Freiheitsbeschränkungen erarbeitet und veröffentlicht, der aufgrund des Umfangs in zwei Teilen vorgestellt wird.<sup>1</sup>

### Ausgangssituation

Der Schutz der Persönlichkeitsrechte und die Rechtsfürsorge für Menschen mit psychischer Erkrankung oder intellektueller Beeinträchtigung ist dem österreichischen Gesetzgeber ein wesentliches Anliegen. Das Recht auf Freiheit und Sicherheit für jedermann wird gleichermaßen auf nationaler wie europäischer Ebene durch Verfassungsgesetze gewährleistet. Beschränkungen der persönlichen Freiheit unterliegen als besonders intensive Eingriffe in die menschliche Selbstbestimmung einem mehrschichtigen grundrechtlichen Kontrollregime. Es ist aber nicht Sinn der Rechtsordnung, Freiheitsbeschränkungen, die dem Schutz des Betroffenen oder Dritter dienen, zu verhindern. Auch Freiheitsbeschränkungen durch medikamentöse Mittel (auch durch Psychopharmaka) sind daher nicht per se als „gut oder böse“ zu bezeichnen, sondern auf ihre rechtskonforme Anwendung zu hinterfragen.

Die Implementierung des HeimAufG<sup>2</sup> in der österreichischen Pflegelandschaft hat zu einer Sensibilisierung des Pflege- und Betreuungspersonals für die Freiheitsrechte und in der Folge auch zu einem österreichweit signifikanten Rückgang von freiheitsentziehenden Maßnahmen in Pflegeheimen geführt.<sup>3</sup> Wenngleich bei der Anordnung von mechanischen Freiheitsbeschränkungen, wie insbesondere beidseits hochgezogene Seitenteile am Bett, Gurtfixierungen im Rollstuhl oder Lehnstuhl oder vorgesteckte Therapietische, von den Bewohnervertretungen ein deutlicher Rückgang verzeichnet wird, steigt im Gegensatz dazu der Anteil an medikamentösen Maßnahmen. Wurden im Jahr 2005 noch nahezu ausschließlich mechanische Freiheitsbeschränkungen an die Bewohnervertretung gemeldet, ist seit 2006 ein kontinuierlicher Anstieg der Meldungen medikamentöser

Maßnahmen zu beobachten.<sup>4</sup> Als physische Mittel, die im Inneren des Körpers wirken, besitzen sedierende Medikamente eine besonders hohe Eingriffsintensität.

### Medikamentöse Freiheitsbeschränkungen sind „unauffälliger“ als mechanische.

Hinzu kommt, dass mechanische Fixierungen idR „ins Auge fallen“ und daher leicht wahrgenommen werden. Medikamentöse Ruhigstellungen hingegen sind idR auf den ersten Augenschein ohne nähere Überprüfung der Medikation kaum feststellbar und daher insgesamt „schwerer zu diagnostizieren als die rein körperlichen Maßnahmen wie Seitengitter oder Bauchgurte“.<sup>5</sup> Jede – gemeldete oder nicht gemeldete – medikamentöse Freiheitsbeschränkung kann von den Bewohnervertretern auf deren Zulässigkeit hin überprüft werden. In diesem Zusammenhang haben sie die Aufgabe, die von Ärzten verordneten medikamentösen Therapien auf die Frage, ob damit auch eine zulässige Freiheitsbeschränkung vorliegt, zu überprüfen, was von vielen Ärzten mitunter kritisch aufgenommen und als Eingriff in deren therapeutische Verantwortung missverstanden wird.<sup>6</sup> Auf der einen Seite gibt das HeimAufG in § 2 Abs 3 vor, dass die ärztliche Therapiefreiheit auch in den vom HeimAufG erfassten Einrichtungen gewahrt bleibt, auf der anderen Seite unterwirft der Gesetzgeber medikamentöse Freiheitsbeschränkungen den Anforderungen des HeimAufG. Mit diesen auf den ersten Blick widersprüchlichen Vorgaben des Gesetzgebers ist ein Spannungsfeld bei der Medikamentenapplikation im Geltungsbereich des HeimAufG entstanden, dessen Lösung dringend erforderlich ist.

Europäische oder nationale Leitlinien zu einer verbindlichen Definition der medikamentösen Freiheitsbeschränkung fehlen ebenso wie valide Instrumente für deren Erfassung und Beurteilung.<sup>7</sup> Die derzeit gültigen Leitlinien zur medikamentösen Behandlung psychischer Erkrankungen setzen sich nicht mit der Rechtsfrage auseinander, wann eine Pharmakotherapie zugleich als Freiheitsentzug zu qualifizieren ist, was in der Praxis dazu führt, dass therapeutisch indizierte medikamentöse Therapien und damit allenfalls im Zusammenhang stehende freiheitsbeschränkende Maßnahmen in einer rechtlichen Grauzone verschwimmen.

### Eine Legaldefinition des unbestimmten Gesetzesbegriffs „medikamentöse Freiheitsbeschränkung“ fehlt im HeimAufG.

Österreich hat mit dem HeimAufG zwar strenge Bestimmungen geschaffen, mit welchen die Bewegungsfreiheit von psychisch kranken oder intellektuell beeinträchtigten Menschen weitreichend geschützt wird, eine Definition, was unter einer „medikamentösen freiheitsbeschränkenden Maßnahme“ genau zu verstehen ist, blieb der Gesetzgeber aber schuldig. Wenngleich die Erläuterungen in der Re-

<sup>1</sup> Teil II des Beitrags wird voraussichtlich in der ÖZPR 1/2012 veröffentlicht werden. <sup>2</sup> Bundesgesetz über den Schutz der persönlichen Freiheit während des Aufenthalts in Heimen und anderen Pflege- und Betreuungseinrichtungen (Heimaufenthaltsgesetz – HeimAufG) BGBl I 2004/11 (StF) idF BGBl 2010/18. <sup>3</sup> Hofinger/Kreissl/Pelikan/Pilgram, Zur Implementation des Heimaufenthaltsgesetzes – Effekte von Rechtsschutz auf die Kultur der Pflege (2007). <sup>4</sup> Pimon, Freiheitsbeschränkung durch Medikamente – Erfahrungen der Bewohnervertretung, iFamZ 2010, 280. <sup>5</sup> Hofinger et al, Implementation (2007). <sup>6</sup> Mosser, Medikamentöse Freiheitsbeschränkungen in Pflegeheimen: Problembereich Einzelfallmedikation – zwei Beispiele aus der Praxis, in Barth (Hrsg), Die Unterbringungs- und Heimaufenthaltsgesetze – Einzelfallmedikation, 54. <sup>7</sup> Bspw gelten in den USA seit 1987 die Kriterien des „Omnibus Budget Reconciliation Act“ (1987) als Grundlage für die Beurteilung einer medikamentösen Freiheitsbeschränkung.

gierungsvorlage,<sup>8</sup> das publizierte Schrifttum<sup>9</sup> und die bisher ergangene Judikatur<sup>10</sup> wesentliche Interpretationsquellen darstellen, fehlt dennoch eine klare Richtlinie, mit welcher dieser unbestimmte Gesetzesbegriff möglichst exakt und umfassend ausgelegt wird. Eine derartige Richtlinie wird aber aus Sicht der Praxis als dringend erforderlich erachtet.<sup>11</sup>

### Das Manual soll als Praxisleitfaden Hilfestellung für alle Anwender sein.

Auf Initiative des Bundesministeriums für Justiz hat sich unter dem Vorsitz von Dr. Christian Bürger vom NÖ Landesverein für Sachwalterschaft und Bewohnervertretung eine Arbeitsgruppe aus Mitgliedern mit dem HeimAufG befasster Institutionen und Berufsgruppen konstituiert,<sup>12</sup> die ein Manual erarbeitet hat, das als Hilfsmittel für die Anwender in der tagtäglichen Praxis gedacht ist. Dieses Manual „Heimaufenthaltsgesetz – Erläuterungen zur medikamentösen Freiheitsbeschränkung“ (2011) soll den in Pflege- und Betreuungseinrichtungen sowie Krankenanstalten tätigen Ärzten, dem Pflegepersonal und Bewohnervertretern eine Orientierung sein, die ein grundsätzliches Verständnis dafür vermittelt, wann eine medikamentöse Therapie als freiheitsbeschränkende Maßnahme zu qualifizieren ist und daher dem Geltungsbereich des HeimAufG unterliegt. Die in diesem Beitrag behandelten Abgrenzungsfragen und die Auslegung einschlägiger Normen des Heimaufenthaltsgesetzes sowie die Interpretation der Erkenntnisse der Judikatur sind zwar von allen Beteiligten mit größter Sorgfalt erarbeitet worden, erheben jedoch nicht den Anspruch auf Vollständigkeit und stehen unter dem Vorbehalt der zukünftigen Rechtsprechung.

### Dieses Manual steht allen Interessierten als Download zur Verfügung.<sup>13</sup>

Im folgenden Beitrag sollen die wesentlichsten Inhalte des Manuals dargestellt werden.

#### Begriff der medikamentösen Freiheitsbeschränkung

Grundsätzlich liegt eine Freiheitsbeschränkung im Sinne des HeimAufG immer

dann vor, wenn es einer Person unmöglich gemacht wird, ihren Aufenthaltsort nach ihrem freien Willen zu verändern. Auf die Bildung eines (vernünftigen) Fortbewegungswillens und darauf, ob sich der betroffene Patient der Einschränkung seiner Bewegungsfreiheit bewusst ist, kommt es nicht an.<sup>14</sup>

Stimmt der einsichts- und urteilsfähige Patient<sup>15</sup> einer Unterbindung der Ortsveränderung zu (= Freiheitseinschränkung), ist diese Maßnahme rechtlich nicht als Freiheitsbeschränkung zu qualifizieren, gem § 7 HeimAufG aber dennoch zwingend meldepflichtig an die Vertreter des Bewohners.

Eine Freiheitsbeschränkung kann auch durch medikamentöse Mittel erfolgen. Dabei spielt es keine Rolle, ob das Medikament auf die physische Fortbewegungsmöglichkeit einwirkt oder die Willensbildung so beeinflusst, dass der Fortbewegungsdrang gedämpft oder völlig unterbunden wird. Auch der Klassifizierung des Medikaments kommt keine Bedeutung zu, da eine Freiheitsbeschränkung nicht nur durch psychopharmakologische, sondern auch durch sonstige (bewegungsdämpfende) Medikamente erreicht werden kann.<sup>16</sup> Das Manual sieht daher keine Medikamentenliste mit der Angabe vor, welches einzelne Präparat als medikamentöse Freiheitsbeschränkung zu melden ist. Um den Anforderungen der Praxis aber entgegenzukommen, wurden in das Manual jene Medikamentengruppen eingearbeitet, die aufgrund ihrer typischen Wirkungsweise besonders zur Verwirklichung einer Freiheitsbeschränkung führen können (siehe Teil II in der voraussichtlich nächsten Ausgabe).

### Die Frage, ob eine Freiheitsbeschränkung vorliegt oder nicht, ist strikt von der Frage zu trennen, ob die Freiheitsbeschränkung in weiterer Folge zulässig ist oder nicht.

Feststellungen im Manual über das Vorliegen einer Freiheitsbeschränkung lassen daher keinen automatischen Rückschluss auf deren Zulässigkeit/Unzulässigkeit zu, da die Zulässigkeitsvoraussetzungen nach den Bestimmungen der §§ 4–7 HeimAufG gesondert zu beurteilen sind.

#### Kriterien für das Vorliegen einer medikamentösen Freiheitsbeschränkung

Der Gesetzgeber hat in den Erläuterungen zum HeimAufG ausgeführt, dass von einer Freiheitsbeschränkung durch Medikamente nur dann gesprochen werden kann, wenn die Behandlung unmittelbar die Unterbindung des Bewegungsdrangs bezweckt, nicht jedoch bei unvermeidlichen bewegungsdämpfenden Nebenwirkungen, die sich bei der Verfolgung anderer therapeutischer Ziele ergeben.<sup>17</sup> In der Praxis blieb aber völlig unklar, wann ein Medikament „unmittelbar“ zum Zweck der Bewegungseinschränkung eingesetzt wird und in welchen Fällen es sich um eine im Sinne des HeimAufG „unvermeidliche Nebenwirkung“ einer therapeutischen Maßnahme handelt. Das Manual versucht nun – auch anhand von konkreten Fallbeispielen aus der Praxis – herauszuarbeiten, welche Kriterien für das Vorliegen der Tatbestände „unmittelbare Unterbindung des Bewegungsdranges“ und „unvermeidliche bewegungsdämpfende Nebenwirkung“ maßgeblich sind, und stellt somit Prüfungskriterien für die Frage auf, ob von einer medikamentösen Freiheitsbeschränkung auszugehen ist. Diese Kriterien sind:

<sup>8</sup> ErläutRV 353 BgNR 22. GP 9. <sup>9</sup> Barth, Freiheitsbeschränkung durch Medikamente, iFamZ 2011, 80 ff; Herdega in Resch/Wallner (Hrsg), Handbuch Medizinrecht (2011), VII. Heimaufenthaltsgesetz, Rz 110–128; Bürger, Medikamentöse Freiheitsbeschränkungen in Pflegeheimen und Krankenanstalten, Masterthese 2011; Herdega, Medikamentöse Freiheitsbeschränkungen nach dem HeimAufG – (k)ein Eingriff in die ärztliche Therapiefreiheit, RdM 2012 (in Druck, Veröffentlichung im Frühjahr 2012 geplant); Barth/Engel, Heimrecht (2004) § 3 Anm 7; Ganner, Medikamentöse Freiheitsbeschränkungen nach dem HeimAufG, iFamZ spezial, 2010/46 ff; Zierl, Heimrecht<sup>3</sup> 94 ff; Strickmann, Heimaufenthaltsrecht 100 ff; Mayer, Freiheitsbeschränkungen durch Medikamentenverabreichung, ÖZPR 2010/54. <sup>10</sup> OGH 3 Ob 176/10 v; 1 Ob 21/09 h; 2 Ob 77/08 z; 7 Ob 186/06 p. Zur unterinstanzlichen Judikatur siehe bspw Jez, Rechtsprechungsübersicht Heimaufenthaltsgesetz (2007–2010), iFamZ-Spezial, 2010/57; Strickmann, Rechtsprechungsübersicht Heimaufenthaltsgesetz (2006/2007), iFamZ 2007 I ff und Barth/Kathrein/Kopetzki, Rechtsprechungsübersicht Heimaufenthaltsgesetz (2005/2006), iFamZ 2006. <sup>11</sup> Im Forschungsbericht von Hofinger et al (Implementation [2007] 107) wird dazu festgehalten: „Seitens der befragten Ärzte wird immer wieder darauf hingewiesen, dass die Unterscheidung zwischen therapeutisch indizierter Medikation und medikamentöser Freiheitsbeschränkung schwierig sei. Ein Problembewusstsein für die freiheitsbeschränkende Wirkung von Medikamenten scheint bei den in den Einrichtungen hauptberuflich tätigen Ärzten eher vorhanden zu sein als bei den Hausärzten, die individuell einzelne Bewohner betreuen.“ <sup>12</sup> Bundesministerium für Justiz, Österreichische Ärztekammer, Ärztekammer für OÖ, NÖ Landesverein für Sachwalterschaft und Bewohnervertretung, Vertretungsnetz Bewohnervertretung, Lebenswelt Heim Bundesverband der Alten- und Pflegeheime Österreichs, Krankenanstaltenverbund Wien, Sozialabteilung des Landes OÖ, Fachärzte für Psychiatrie und Ärzte für Allgemeinmedizin etc. <sup>13</sup> Der Download steht zB auf der Homepage der Ärztekammer für OÖ, www.aekooe.or.at sowie auf der Homepage der Bewohnervertretung des Niederösterreichischen Landesvereins für Sachwalterschaft und Bewohnervertretung, www.noel.v.at zur Verfügung. <sup>14</sup> OGH 7 Ob 226/07 w und 7 Ob 144/06 m. <sup>15</sup> Das dargestellte Manual verwendet – entgegen der Diktion des HeimAufG – den Begriff des Patienten und nicht den des Bewohners, daher soll auch in diesem Beitrag die Diktion des Manuals verwendet werden. <sup>16</sup> Herdega in Resch/Wallner (Hrsg), Handbuch Medizinrecht, VII. Heimaufenthaltsgesetz, Rz 48 u 110 mit Judikaturhinweisen. <sup>17</sup> ErläutRV 353 BgNR 22. GP 9.

### 1. Unterbindung/Dämpfung des Bewegungsdrangs liegt vor

Durch den Medikamenteneinsatz ist eine bewegungseinschränkende Wirkung auch tatsächlich eingetreten. Hat die verabreichte Medikation überhaupt keinen Einfluss auf den Bewegungsdrang bzw die Fortbewegungsmöglichkeit des Patienten, dann liegt uE gar keine Freiheitsbeschränkung vor.<sup>18</sup> Beispielhaft hierfür ist die Gruppe der sog Antidementiva zu nennen, die regelmäßig keine sedierende Wirkung aufweisen.

### 2. Die Dämpfung des Bewegungsdrangs ist intendiert bzw mitintendiert

In der Praxis wird oft fälschlicherweise angenommen, dass allein das Vorliegen eines therapeutischen Zwecks der Medikamentenverordnung die Anwendung des HeimAufG ausschließt. Dem ist entgegenzuhalten, dass für jede Medikamentenverordnung immer auch ein therapeutischer Zweck vorliegen muss. Auch der Oberste Gerichtshof hält fest, dass „selbst die therapeutisch indizierte medikamentöse Behandlung als Freiheitsbeschränkung zu beurteilen ist, wenn sie primär der Unterbindung von Unruhezuständen und der Beruhigung, also zur ‚Ruhigstellung‘ des Patienten dient“.<sup>19</sup>

**Entscheidend für die Frage des Vorliegens einer medikamentösen Freiheitsbeschränkung ist daher der mit der Verabreichung des Medikaments verfolgte Zweck („Intention“).**

Ist die Bewegungsdämpfung/Ruhigstellung unmittelbarer Zweck der Medikamentenverabreichung, dann liegt jedenfalls eine Freiheitsbeschränkung vor. Nach dem Manual ist somit von einer Freiheitsbeschränkung auszugehen, wenn Medikamente verabreicht werden, um damit Symptome einer psychischen Erkrankung, die mit einem Bewegungsüberschuss einhergehen, zu behandeln.

**Beispiel:**

Bei einem Patienten mit akutem Verwirrheitszustand liegt neben extremen Unruhezuständen auch erhebliche Fremd-

agressivität vor. Trotz Zureden lässt sich der Patient nicht beruhigen, schlägt, tritt und beschimpft das Pflegepersonal und stellt eine Gefahrenquelle auch für die Mitpatienten dar. Zur Ruhigstellung wird dem Patienten eine sedierende Medikation verabreicht. Diese ist als Freiheitsbeschränkung zu qualifizieren, da sie zum Zweck der Ruhigstellung verabreicht wird. Die Verabreichung sedierender Medikamente, um Patienten an der Fortbewegung in der Einrichtung oder am Verlassen der Einrichtung zu hindern, um Ruhe auf der Station oder im Heim herzustellen oder um die Pflege zu erleichtern, stellt somit in der Regel eine Freiheitsbeschränkung dar.

Ist die Bewegungsdämpfung/Ruhigstellung nicht ausschließliche Intention bei der Medikamentenverabreichung, so ist zu überprüfen, ob die um der medizinischen Behandlung des Patientenwillen in Kauf genommene Unterbindung der Ortsveränderung unvermeidlich ist. Nach dem Manual liegt **Unvermeidlichkeit vor, wenn**

- aus medizinischer Sicht keine Behandlungsalternativen für das konkrete Krankheitsbild des Patienten gegeben sind, die nicht oder weniger freiheitsbeschränkend wirken – dh es darf bspw unter Beachtung der Regeln der ärztlichen Kunst kein anderes beim Patienten anwendbares schonenderes Medikament zur Auswahl stehen – **und**
- aus pflegerischer Sicht keine sonstigen gelinderen Mittel zur Verfügung stehen, die nicht oder weniger bewegungseinschränkend wirken; dh kann im obigen Beispiel der Patient durch validierende Gesprächsführung beruhigt werden, so ist eine medikamentöse Intervention unzulässig.

In der Praxis bedeutet dies, dass in jedem Einzelfall der Zweck der Medikation unter den angeführten Gesichtspunkten zu prüfen ist.<sup>20</sup>

Die Beurteilung der Intention und deren Nachvollziehbarkeit hängt dabei von objektiven Kriterien wie bspw Diagnose, Symptomatik, Verhalten des Patienten, Krankheitsempfinden und anderen relevanten Faktoren ab. In der Praxis müssen daher die Gründe für die Anordnung der Freiheitsbeschränkung durch den Anordnungsbefugten objektiv erklärbar und fachlich nachvollziehbar sein. In diesem Zu-

sammenhang ist besonders darauf hinzuweisen, dass die Intention der Medikamentenverabreichung und der Mangel an schonenderen Pflege- und Betreuungsalternativen so dokumentiert werden sollte, dass eine Überprüfung nach den obgenannten Kriterien möglich ist.<sup>21</sup>

### 3. Die Bewegungsdämpfung ist nicht intendiert, sondern unvermeidliche Nebenwirkung in Verfolgung eines anderen Therapieziels

Ist die Bewegungseinschränkung bei der Medikamentenverordnung von vornherein gar nicht beabsichtigt, sondern eine unvermeidliche Nebenwirkung der notwendigen medizinischen Behandlung zur Erreichung des Therapieziels, so liegt keine Freiheitsbeschränkung vor.

**Beispiel:**

Einer Patientin im Palliativstadium einer Karzinomerkrankung wird ein sedierendes Schmerzmedikament in therapeutisch notwendiger Dosierung verabreicht, was dazu führt, dass sie die meiste Zeit des Tages schläft. Andere ebenso wirksame Möglichkeiten zur Schmerzlinderung bestehen nicht. Die Sedierung ist eine unvermeidliche Nebenwirkung der Schmerztherapie und daher nicht als Freiheitsbeschränkung zu qualifizieren.

Grundsätzlich ist das HeimAufG auch in Krankenanstalten anzuwenden. Während in Pflege- und Betreuungseinrichtungen der Geltungsbereich jedoch einrichtungsbezogen anzuwenden ist, sieht das Gesetz für die Krankenanstalten personenbezogene Einschränkungen vor.<sup>22</sup> Voraussetzung für den Anwendungsbereich ist, dass der Patient an einer psychischen Krankheit/geisti-

<sup>18</sup> **Zustimmend** Barth, Freiheitsbeschränkung durch Medikamente, iFamZ 2011, 81; Herdega, aaO, Rz 126; auch nach der Judikatur des OGH ist die konkrete Wirkung jedes einzelnen der zu überprüfenden Medikamente entscheidungserheblich (2 Ob 77/08 z; 1 Ob 21/09 h). AA Ganner, Medikamentöse Freiheitsbeschränkungen nach dem HeimAufG, iFamZ spezial 2010, 48. <sup>19</sup> 2 Ob 77/08 z; 1 Ob 21/09 h. <sup>20</sup> Der OGH stellt in 2 Ob 77/08 z und 1 Ob 21/09 h dazu drei entscheidungserhebliche Fragestellungen auf, die auch im Manual angeführt sind: Welchen therapeutischen Zweck verfolgt die Anwendung jedes einzelnen der zu überprüfenden Medikamente? Wurden und werden die Medikamente dieser Zweckbestimmung entsprechend eingesetzt? Welche konkrete Wirkung war und ist für den Bewohner mit dem Einsatz der Medikamente verbunden? <sup>21</sup> Bei einer nicht nachvollziehbaren Dokumentation besteht die Gefahr, dass dieser Mangel zu Lasten der anordnenden Person und der Einrichtung geht und in allfälligen gerichtlichen Überprüfungsverfahren zur Unzulässigkeit der gesetzten Maßnahme führen kann. <sup>22</sup> Vgl Bürger, Zum Anwendungsbereich des HeimAufG in Krankenanstalten, ÖZPR 2011/20; Herdega in Resch/Wallner (Hrsg), Handbuch Medizinrecht, VII. Heimaufenthaltsgesetz Rz 31 ff; Zierl, Heimrecht<sup>3</sup> 79; Barth/Engel, Heimrecht (2004) § 2 Anm 8.

gen Behinderung leidet und im Zusammenhang damit ständiger Pflege oder Betreuung bedarf. Das angeführte Manual ist unter Beachtung dieser Voraussetzung naturgemäß auch für medikamentöse Behandlungen in Krankenanstalten anwendbar.

**Das HeimAufG und damit auch das angeführte Manual greifen grundsätzlich nicht in die medizinische Behandlung an sich ein.**

Die rechtlichen Bedingungen für die Durchführung einer Krankenbehandlung (zB Aufklärung und Zustimmung des Patienten) werden vom HeimAufG nicht berührt. Eine zulässige medikamentöse Freiheitsbeschränkung setzt neben der Erfüllung aller Voraussetzungen nach dem HeimAufG somit auch die Einhaltung der Regeln der ärztlichen Kunst sowie die allgemeinen Voraussetzungen einer Heilbehandlung voraus.

#### Ausblick

Oberstes Anliegen der Mitglieder der Arbeitsgruppe war vor allem, ein praxistaugliches Manual zu erstellen, das allen mit dem HeimAufG befassten Personen bei der Entscheidung, wann die Verabreichung

von Medikamenten als medikamentöse Freiheitsbeschränkung im Sinne des HeimAufG anzusehen ist, eine wertvolle Hilfestellung leisten soll. Gleichzeitig ist es gelungen, mit diesem Manual eine gemeinsame Auslegung bei dieser in der Praxis überaus wichtigen Fragestellung zwischen den Stakeholdern des HeimAufG unter Einbindung des Justizministeriums zu erreichen. Es bleibt abzuwarten, wie die Judikatur auf die im Manual dargestellte Rechtsauslegung reagieren wird. Eine regel-

mäßige Evaluierung und Neuauflage des Manuals unter Beachtung aktueller Entwicklungen im medizinischen und rechtlichen Bereich ist vorgesehen.

In der nächsten Ausgabe der ÖZPR werden ausgehend von den hier aufgezeigten Grundsätzen relevante Medikamentengruppen detaillierter beleuchtet und jeweils Lösungsansätze für die Praxis anhand von Fallbeispielen dargestellt.

ÖZPR 2011/136

## Zum Thema

### In Kürze

Der seit Inkrafttreten des HeimAufG strittigen Rechtsfrage der medikamentösen Freiheitsbeschränkungen hat sich eine Arbeitsgruppe, bestehend aus Vertretern mit dem HeimAufG befasster Institutionen und Berufsgruppen, gewidmet und ein erläuterndes Manual zur Unterstützung in der Praxis herausgegeben. Beide Autoren waren Mitglieder dieser Arbeitsgruppe.

### Über die Autoren

Dr. Christian Bürger hat beim Niederösterreichischen Landesverein für Sachwaltschaft und Bewohnervertretung (NÖLV) den Fachbereich Bewohnervertretung aufgebaut und leitet diesen seit 2005. Er ist Univ.-Lektor an der Donauuniversität Krems und der Medizinischen Universität Wien. Kontakt: Bräuhausgasse 5/2, 3100 St. Pölten, E-Mail: christian.buerger@noelv.at

Mag. Nikolaus Herdega, MSc, ist Kammeramtsdirektor-Stv und Leiter der Abteilung für Ärzterecht & Arbeitsrecht der Ärztekammer für OÖ und Autor einschlägiger Abhandlungen zum HeimAufG. Kontakt: Dinghoferstraße 4, 4010 Linz, E-Mail: recht@aekooe.or.at

Mag. Stefan Koppensteiner

Richter am Bezirksgericht Neunkirchen

# Der neue § 34 a UbG in der Rechtsprechung

**Erwartete Schwerpunkte.** Die Patientenanwaltschaft hat seit Inkrafttreten der Ub-HeimAuf-Nov 2010 mit 1. 7. 2010 bisher primär versucht, die Umsetzung der neu geregelten „Beschränkung sonstiger Rechte“ mit den Abteilungsleitern vorab im Gespräch zu klären. Nunmehr sind aber auch die ersten richtungsweisenden Gerichtsentscheidungen dazu ergangen, die hier vorgestellt werden sollen.

## Der Ausgang ins Freie und die Abnahme der Privatkleidung Die neue Rechtsschutzbestimmung

Soweit überblickbar, haben vor allem diese beiden Beschränkungen zu den ersten (zweitinstanzlichen) Gerichtsentscheidungen seit der Novelle geführt. Das war insofern zu erwarten, als sich hier die Interessen der Beteiligten (medizinisches Personal der psychiatrischen Abteilungen auf der einen, Patienten und Patientenanwälte auf

der anderen Seite) deutlich gegenüberstehen.

Ganz im Sinn des Grundgedankens der Österreichischen Zeitschrift für Pflegerecht soll in diesem Artikel versucht werden, die jeweiligen Hintergründe aufzuzeigen und im Interesse einer optimalen Patientenversorgung Lösungsansätze anzubieten.

Wortlaut des neuen § 34 a UbG:

„Beschränkungen sonstiger Rechte des Kranken während der Unterbringung, insbe-

sondere Beschränkungen der Rechte auf Tragen von Privatkleidung, Gebrauch persönlicher Gegenstände und Ausgang ins Freie, sind, soweit nicht besondere Vorschriften bestehen, nur insoweit zulässig, als sie zur Abwehr einer Gefahr im Sinn des § 3 Z 1 oder zum Schutz der Rechte anderer Personen in der psychiatrischen Abteilung unerlässlich sind und zu ihrem Zweck nicht außer Verhältnis stehen. Auf Verlangen des Kranken oder seines Vertreters hat das Gericht unver-

zügig über die Zulässigkeit einer solchen Beschränkung zu entscheiden.“

**Was ist „das Freie“?**

**(LG Salzburg 21 R 302/11 z)**

Die Erläuterungen zur Novelle, die – ohne wie der Gesetzestext verbindlich zu sein – zur Auslegung herangezogen werden, führen dazu lediglich aus: „Das Recht auf Ausgang ins Freie bedeutet, dass Patienten in der Regel zumindest täglich für die Dauer etwa einer Stunde die Möglichkeit haben müssen, sich im Freien aufzuhalten.“

Mit seiner Entscheidung vom 20. 9. 2011 definierte das Landesgericht (LG) Salzburg die Kriterien näher, wie dieses „Freie“ auszusehen hat.

Ein 14-Jähriger war für längere Zeit im geschlossenen Bereich der Kinder- und Jugendpsychiatrie der Christian-Doppler-Klinik in Salzburg untergebracht. Er leidet an einer hyperkinetischen Störung des Sozialverhaltens mit sehr geringer Frustrationstoleranz und Impulsdurchbrüchen und daraus folgender Selbst- und Fremdgefährdung.

An der Klinik für Kinder- und Jugendpsychiatrie gibt es die sogenannte „Terrasse“, eine ca 20m<sup>2</sup> große Fläche, die auf zwei Seiten von Mauern begrenzt ist; die anderen beiden Seiten sind etwa 2 Meter hoch verglast und bemalt. Nach oben ist der Bereich, der lediglich mit einer kleinen Sitzbank ohne Lehne ausgestattet ist, mit einem massiven Gitter abgeschlossen.

In den ersten beiden Monaten der Unterbringung konnte der Minderjährige täglich mit zwei Betreuungspersonen für jeweils eine halbe bis eine Stunde ins Freie; von Problemen bei diesen Ausgängen ist nichts bekannt.

Als er dann etwa eine Woche lang keine Ausgänge machen konnte, erklärte das zuständige Bezirksgericht auf Antrag der Patientenanzwaltschaft diese Beschränkung für unzulässig.

Der Abteilungsleiter erhob dagegen Rekurs; es stimme zwar, dass in diesem Zeitraum keine Ausgänge durchgeführt worden seien, aber man habe den untergebrachten Minderjährigen nicht allen Mitarbeitern übergeben können. Außerdem habe er ja die Terrasse nutzen können, die seit Jahren als zulässiger Ausgang gewertet worden und „im Sinne des Gewohnheitsrechts akzeptierte Praxis“ sei.

Das Landesgericht Salzburg gab diesem Rekurs verständlicherweise keine Fol-

ge. Bei der Auslegung des Begriffs „ins Freie“ wird auch der § 43 StrafvollzugsG und die diesbezügliche Literatur herangezogen, wonach der Aufenthalt im Freien der Aufrechterhaltung der psychischen und physischen Gesundheit dient. Durch ihre Ausgestaltung erfüllt demnach die „Terrasse“, auf der keine sinnvolle Freizeitgestaltung wie zB Tischtennis, Fußball, Fangenspielen möglich ist, nicht die Voraussetzungen, einen Ausgang ins Freie darzustellen. Da außergewöhnliche Umstände (siehe dazu gleich unten), denen zufolge die bisherigen Spaziergänge nicht möglich gewesen seien, weder behauptet noch dokumentiert wurden, war die Beschränkung unzulässig.

**Schlussfolgerungen für die Praxis**

Wenn der Ausgang ins Freie innerhalb eines umgrenzten Bereichs gewährt wird (wogegen grundsätzlich nichts spricht!), müssen dort **Mindestanforderungen im Hinblick auf Fläche, Ausstattung, Bewegungsmöglichkeiten** etc erfüllt sein. Der Ausgang „ins Freie“ ist eben **kein Ausgang „in die Freiheit“**. Wenn es sich (wie bei der gegenständlichen Kinder- und Jugendpsychiatrie) um einen Altbau handelt, wo eine Umgestaltung praktisch nicht möglich ist, gilt die Benützung dieses Bereiches nicht als Ausgang ins Freie.

**Bei Neubauten im Bereich der Psychiatrie sollten diese baulichen Erfordernisse jedenfalls mit berücksichtigt werden.**

**Gerechtfertigte Abnahme der Privatkleidung?**

**(LG Wiener Neustadt, 16 R 263/11 g)**

Hier wurde ein (volljähriger) Patient bei Verdacht auf eine schizophrene Erkrankung mit manischer Komponente ohne sein Verlangen im LKH Neunkirchen untergebracht. Einige Tage nach der Erstanhörung versuchte er, das Krankenhausareal zu verlassen, wobei er vom Portier auf die Abteilung zurückgebracht wurde; dagegen wehrte er sich nicht. Daraufhin wurde ihm auf ärztliche Anordnung die Privatkleidung abgenommen und der Ausgang ins Freie beschränkt. Weitere Fluchtversuche sind nicht dokumentiert. Der Patient verhielt sich auch im weiteren Aufenthalt angepasst und bestrebt, mit dem Personal

nicht in Konflikt zu geraten. Er gab mehrfach, auch dem Richter gegenüber, an, die Abnahme seiner Privatkleidung nicht als Belastung zu empfinden. Diese Beschränkungen blieben für mehr als zwei Wochen aufrecht.

Das Erstgericht erklärte die Beschränkung des Ausgangs ins Freie für unzulässig, die Abnahme der Privatkleidung hingegen für zulässig, da das im Vergleich zu einer Fixierung das wesentlich gelindere Mittel sei. Gerade bei nicht gewalttätigen Patienten werde dadurch die Verhinderung eines Fluchtversuchs und die allfällige Wiedereinbringung erleichtert. Durch zahlreiche Einträge im Dekurs sei nachgewiesen, dass der Patient im gegenständlichen Zeitraum nicht krankheitseinsichtig gewesen sei und weiterhin Stimmen gehört habe, weshalb die Selbst- und auch Fremdgefährdung (paranoid besetzte Familienangehörige) weiterhin ernstlich und erheblich sei.

Dagegen erhob der durch den Patientenanwalt vertretene Untergebrachte Rekurs. Auch in diesem Fall wurde nicht die Unterbringung an sich angefochten, sondern die Beschränkungen des Ausgangs ins Freie und des Tragens der Privatkleidung.

Das Rekursgericht gab dem Rechtsmittel statt und erklärte auch die Beschränkung des Tragens von Privatkleidung für unzulässig. Die notwendigen Voraussetzungen des § 34a, dass die Maßnahme nämlich unerlässlich und verhältnismäßig ist, seien nicht gegeben gewesen. Vielmehr sei es eine disziplinäre Maßnahme gewesen, es sollte abgewartet werden, ob sich der Patient an die Vereinbarung über die An- und Abmeldung halte. Durch die Beschränkung des Ausgangs ins Freie habe er keine Möglichkeit gehabt, dieser Bedingung nachzukommen. Die Beschränkung wegen der vagen Möglichkeit einer Fluchtgefahr sei nicht verhältnismäßig, da es seit dem ersten Versuch keine weiteren Fluchthandlungen mehr gegeben habe.

Auf die Frage, ob es vielleicht gerade deshalb zu keinen weiteren Fluchthandlungen gekommen ist, weil dem Patienten bewusst war, dass er in Anstaltsbekleidung schon beim Passieren des Portiers (und spätestens auf der Straße) jedenfalls auffallen würde, ging das Rechtsmittelgericht nicht ein.

## Schlussfolgerungen für die Praxis

**Die Abnahme der Privatkleidung wird als massiver Grundrechtseingriff gewertet und muss daher im Einzelfall genau begründet werde.**

Wie schon die Lehre (*Kopetzki*, RdM 2011/60), legt offenbar auch die Rechtsprechung die Voraussetzungen des § 34 a sehr streng aus. Jede derartige Beschränkung muss „unerlässlich“ und „zu ihrem Zweck nicht außer Verhältnis“ sein. Das muss daher **regelmäßig** (am besten täglich) **überprüft und auch dokumentiert** werden.

Das gilt auch bei der Abnahme der Privatkleidung, die ganz offensichtlich für viele Pflegepersonen und Ärzte selbstverständlich ist. Das ist nachvollziehbar, da ja auch auf den sonstigen Abteilungen eines Krankenhauses die Patienten keine Privatkleider tragen, hier allerdings freiwillig bzw durch die jeweilige Anstalts- oder Abteilungsordnung, der sie sich freiwillig unterwerfen, verpflichtet. Doch gerade bei dieser Frage gibt es in der Praxis offensichtlich auch große Unterschiede zwischen den psychiatrischen Abteilungen, die wohl auch lokal historische Hintergründe haben. An manchen Abteilungen wird scheinbar automatisch bei jeder zwangsweisen Unterbringung die Privatkleidung abgenommen, an anderen wiederum praktisch nie (siehe dazu auch den Kurzbericht über das Vernetzungstreffen „Ub in NÖ“ in diesem Heft, ÖZPR 2011, 181).

Wieder einmal zeigt sich, welche Bedeutung gerade im Rahmen des Unterbringungsverfahrens die baulichen Gegebenheiten haben. Im konkreten Fall ist die offen geführte psychiatrische Abteilung (ein geschlossener Bereich existiert nicht) in einem Pavillon innerhalb eines umzäunten, aber frei betretbaren Krankenhausareals untergebracht. In unmittelbarer Nähe befindet sich eine stark befahrene Bundesstraße.

## Grundsätzliche Überlegungen

Diese beiden Entscheidungen zeigen das Spannungsfeld, in dem sich die Rechtsprechung bei der Auslegung gerade auch des neuen § 34 a UbG befindet.

Einerseits ist es unbestritten die Aufgabe der Gerichte (und der Patientenanwaltschaft), alle Eingriffe in die persönliche Freiheit bei unfreiwilligen Aufhalten in psychiatrischen Abteilungen und Anstalten genau zu kontrollieren und allfällige Missstände abzustellen.

Andererseits kann wohl davon ausgegangen werden, dass die meisten Beschränkungen deshalb verfügt wurden, weil das ansonsten notwendige (Pflege-)Personal schlichtweg nicht zur Verfügung steht. Um es deutlich auszudrücken: Mit einer 1:1-Betreuung rund um die Uhr („Sitzwache“) und einer Begleitung von kräftigen Unterbrachten durch vier ebenso kräftige Pflegepersonen beim Ausgang ins Freie ließen sich wohl fast alle Beschränkungen vermeiden – nur ist das leider fast überall eine reine Wunschvorstellung.

Natürlich entspricht es der herrschenden Rechtsprechung, dass allfällige Mängel in der personellen Besetzung nicht zur Beschneidung der Rechte von untergebrachten Patienten führen dürfen. Doch ein Blick in die allseits leeren Kassen lässt befürchten, dass sich dieser Umstand nicht so bald ändern wird.

Auch hier spielt weiters die Ausgestaltung der Unterbringung (offene oder geschlossene Psychiatrie)<sup>1</sup> eine nicht unwesentliche Rolle. Die Belastung des (Pflege-)Personals einer offen geführten Station, das Entweichen der Patienten zu verhindern, sollte nicht unterschätzt werden. Ob eine derart strenge Sichtweise bei weniger einschneidenden Maßnahmen zur Verringerung der Fluchtgefahr wie der Abnahme der Privatkleidung im Endeffekt zielführend ist, sollte differenziert betrachtet werden.

## Zum Thema

### In Kürze

Wie zu erwarten konzentrieren sich die Anträge auf Überprüfung der sonstigen Rechte während der Unterbringung vor allem auf den Ausgang ins Freie, daneben auch auf die Abnahme der Privatkleidung. Gut ein Jahr nach Einführung des § 34 a mit der Novelle 2010 fallen nun die ersten Gerichtsentscheidungen dazu an.

### Über den Autor

Mag. Stefan Koppensteiner ist als Richter des Bezirksgerichts Neunkirchen unter anderem auch für Unterbringungssachen zuständig. Zusammen mit HR Dr. Hans Peter Zierl ist er als Redakteur der ÖZPR für die Rubrik III zuständig.

**Weder die Dokumentationspflicht noch die formellen Voraussetzungen beim Vorbringen sollten überspannt werden.**

Ohne die Bedeutung einer kompetenten Dokumentation gerade auch im Unterbringungsbereich zu übersehen, ist wohl doch auch eine gewisse Vorsicht angebracht, die Dokumentationspflicht des ärztlichen und Pflegepersonals nicht zu überspannen. Schließlich wird die Zeit, die für die Dokumentation verwendet wird, nicht bei der Behandlung der Patienten verbracht.

Vorsichtig sein sollten meiner Meinung nach alle im Ub-Verfahren beteiligten Juristen schließlich mit den formellen Anforderungen an die Stellungnahmen des medizinischen Personals. Im zweiten Fall führt etwa das Rekursgericht in der Begründung aus, dass sich „die Stellvertreterin des Abteilungsleiters im erstinstanzlichen Verfahren zur Rechtfertigung der Beschränkung gar nicht auf die vom Erstgericht herangezogene Selbst- und Fremdgefährdung stützt“. Diese Argumentation ist im klassischen Anwaltsprozess gang und gäbe (und dort auch gerechtfertigt), sie setzt aber ein formaljuristisches Denken voraus, das Psychiatern üblicherweise nicht zu eigen ist. Zum Glück – welcher psychisch Kranke will sich schon von Anwälten behandeln lassen?

ÖZPR 2011/137

<sup>1</sup> *Jelem/Stuppäck*, Unterbringung: offen versus geschlossen, ÖZPR 2011/46, 52.

HR Dr. Hans Peter Zierl  
Bezirkshauptmann von Freistadt a. D.

## Rechtsprechung

**Zustimmung des Vertreters zur Freiheitsbeschränkung eines Bewohners?** Weder eine Vorsorgevollmacht noch eine Bevollmächtigung im Sinn des § 8 HeimAufG berechtigt den Vollmachtnehmer, einer Freiheitsbeschränkung des vertretenen Bewohners zuzustimmen.

### Sachverhalt

Es liegt eine maschineschriebene Vollmachtsurkunde mit einer notariell beglaubigten Unterschrift eines Bewohners vor. Dieser erteilte seiner Tochter eine allgemeine und unbeschränkte Vollmacht. Insbesondere wurde die Vollmachtnehmerin ermächtigt, den Aufenthaltsort des Vollmachtgebers zu bestimmen und für diesen einen Heimplatz zu beantragen und eventuell eine Unterbringungsmaßnahme zu verfügen, die mit einer Freiheitsbeschränkung verbunden ist. In diesem Fall ist die Vollmachtnehmerin auch befugt, den Vollmachtgeber als Bewohner des Heims bei der Wahrnehmung des Rechts auf persönliche Freiheit zu vertreten. Die Vollmacht enthält somit einerseits eine Bevollmächtigung gem § 1008 ABGB, andererseits eine Prozessvollmacht.

Darf die Tochter als Vollmachtinhaberin über die Notwendigkeit freiheitsbeschränkender Maßnahmen (hier: Anbringung von Seitenteilen am Bett des Bewohners) entscheiden?

### Liegt eine Vorsorgevollmacht vor?

Eine Vorsorgevollmacht ist eine Vollmacht, die nach ihrem Inhalt dann wirksam werden soll, wenn der Vollmachtgeber die zur Besorgung der anvertrauten Angelegenheiten erforderliche Geschäftsfähigkeit oder Einsichts- und Urteilsfähigkeit oder seine Äußerungsfähigkeit verliert. Die Angelegenheiten, zu deren Besorgung die Vollmacht erteilt wird, müssen bestimmt angeführt sein (§ 284 f Abs 1 ABGB).

Eine Vorsorgevollmacht im Sinn des § 284 f ABGB bedarf zu ihrer Wirksamkeit der Einhaltung der dort normierten **Formvorschriften**. Wurde sie nicht eigenhändig geschrieben und unterschrieben, müssen andere Vorschriften erfüllt werden (§ 284 f Abs 2 bzw 3 ABGB). Umfasst die Vorsorgevollmacht auch Entscheidungen über dauerhafte Änderungen des Wohnorts, so muss sie unter ausdrücklicher Bezeichnung dieser Angelegenheit vor einem Rechtsanwalt, einem Notar oder bei Gericht errichtet werden (§ 284 f Abs 3 ABGB).

Bei der Erteilung der Vollmacht wurden weder die Formvorschriften des § 284 f Abs 2 ABGB eingehalten, noch ist aus der vorliegenden Vollmacht ersichtlich, dass sie dann gelten soll, wenn der Vollmachtgeber die zur Besorgung der anvertrauten Angelegenheiten erforderliche Geschäftsfähigkeit oder Einsichts- und Urteilsfähigkeit oder seine Äußerungsfähigkeit verliert. Ferner besteht in der Lehre durchaus Uneinigkeit darüber, ob bei wirksam erteilter Vorsorgevollmacht auch die Frage des Freiheitsentzugs vom gewillkürten Vertreter zu entscheiden ist (siehe hiezu *Zierl, Heimrecht*<sup>2</sup> 118). Eine wirksame Vorsorgevollmacht im Sinn des § 284 f ABGB liegt daher **nicht** vor.

### Berechtigt eine Bevollmächtigung gemäß § 8 HeimAufG, einer Freiheitsbeschränkung zuzustimmen?

§ 8 HeimAufG räumt den Bewohnern von Einrichtungen die Möglichkeit ein, einen Vertreter mit der Wahrnehmung ihres

Rechts auf persönliche Freiheit zu betrauen. Diese schriftlich zu erteilende Vollmacht, die im gegenständlichen Fall wohl vorliegt, stellt zwar eine Art Vorsorgevollmacht dar. Sie berechtigt allerdings den Bevollmächtigten nicht, eine (das HeimAufG umgehende) ersatzweise Zustimmung zu Freiheitsbeschränkungen zu erteilen.

Ebenso wenig kann in diesem Zusammenhang eine Vertretungsbefugnis nächster Angehöriger gem § 284 b ABGB greifen.

Eine wirksame Zustimmung der Tochter des Bewohners zur gegenständlichen freiheitsbeschränkenden Maßnahme (Anbringung von Seitenteilen) liegt demnach **nicht** vor.

### Anmerkung:

Die vorliegende Entscheidung des LG Korneuburg stellt unmissverständlich klar, dass weder ein Vorsorgebevollmächtigter noch ein Vertreter gem § 8 HeimAufG berechtigt ist, einer Freiheitsbeschränkung im Sinn des HeimAufG zuzustimmen. Es handelt sich dabei nämlich um eine höchstpersönliche, absolut vertretungsfeindliche Rechtshandlung des Bewohners; vgl dazu *Barth/Ganner, Handbuch des Sachwalterrechts*<sup>2</sup> (2010) 226; *Zierl, Sachwalterrecht* (2007) 56; *Zierl/Wall/Zeinhofner, Heimrecht*<sup>3</sup> (2011) 106.

§ 3 Abs 2, § 8 HeimAufG; § 284 f ABGB  
LG Korneuburg 19. 4. 2011, 25 R 35/10 i

ÖZPR 2011/138

HR Dr. Hans Peter Zierl  
Bezirkshauptmann von Freistadt a. D.

## Fragen aus der Praxis

### Wer darf eine angeordnete Freiheitsbeschränkung vornehmen?

Das HeimAufG regelt bloß die Befugnis zur Anordnung von Freiheitsbeschränkungen, nicht jedoch deren Vollzug (= Vornahme, Durchführung, Umsetzung). Neben der anordnungsbefugten Person selbst ist für den Vollzug einer angeordneten Freiheitsbeschränkung jenes Personal berechtigt und verpflichtet, das der **Einrichtungsträger** (bzw dessen Organe) dazu bestimmt. Er muss sich dabei im Rahmen der **berufsrechtlichen** Vorschriften (zB GuKG) bewegen; beispielsweise darf eine Heimhilfe mit dem Ziel einer Bewegungsdämpfung keine Arzneimittel verabreichen.

ÖZPR 2011/139



Hon.-Prof. HR Dr. Matthias  
Neumayr  
Hofrat des Obersten Gerichtshofs



Univ.-Prof. Dr. Walter J. Pfeil  
Universität Salzburg

# Haftung, Kosten & Qualität

**INTRO.** In dieser Rubrik informieren Sie sich über die Haftung bei Pflegefehlern, die Kostentragung nach den Sozialhilfegesetzen der Länder und den praktischen Umgang mit Fragen rund um Heimverträge.

## Am Ende des Jahres . . .

Mit dem vorliegenden Heft geht das erste komplette Jahr für die ÖZPR zu Ende. Wir dürfen uns mit dem gesamten Redaktionsteam über einen äußerst erfolgreichen Start unserer Zeitschrift und darüber freuen, dass wir im zweiten Jahr unsere Position sogar noch ausbauen konnten. Das hat wohl ua damit zu tun, dass wir uns auch in dieser Rubrik immer um eine Mischung aus aktueller Information und grundsätzlichen Beiträgen bemüht haben. Das ist uns hoffentlich auch bei dieser Nummer gelungen: Neben einer Entscheidung zum Sozialhilferecht finden Sie einen umfassenden Beitrag zur Koordination für Betreuung und Pflege bei den regionalen Trägern sozialer Hilfe.

Während die Bilanz für unsere Zeitschrift recht positiv ausfällt, müssen wir leider feststellen, dass sich die Rahmenbedingungen für Pflege und Betreuung im bald zu Ende gehenden Jahr nicht verbessert haben. Die bereits im Vorjahr beschlossenen Verschärfungen beim Anspruch auf Pflegegeld haben – Medienberichten zufolge – Verschlechterungen für rund 18.000 pflege- und betreuungsbedürftige Menschen gebracht, weil sie kein oder nur mehr ein Pflegegeld erhalten, das unter dem liegt, was sie nach der früheren Rechtslage erwarten hätten dürfen. Wir haben stets betont, dass in Zeiten knapper Budgets und zu befürchtender Verschlechterung der allgemeinen Finanz- und Wirtschaftslage auch Leistungen für pflege- und betreuungsbedürftige Menschen nicht völlig außer Streit gestellt werden können.

Wenn es hier aber zu Kürzungen kommen sollte, dann müssen diese mit vernünftigen und nachhaltigen Strukturereformen verknüpft sein, die auch Verbesserungen der Sach- und Dienstleistungsversorgung in qualitativer wie quantitativer Hinsicht bewirken. Die im vorletzten Heft vorgestellten Neuregelungen durch das Pflegegeldreform- bzw das Pflegefondsgesetz könnten ein Einstieg in eine solche Entwicklung sein.

Beide Gesetze treten mit Beginn des Jahres 2012 in Kraft. Wir werden ihre Auswirkungen genau beobachten und Sie darüber auf dem Laufenden halten. Ganz unabhängig davon dürfen wir uns für Ihr bisheriges Interesse und die freundlichen Reaktionen bedanken und Ihnen persönlich ein paar besinnliche und friedvolle Tage zum Jahresende und viel Glück, Gesundheit und Erfolg für 2012 wünschen.

Matthias Neumayr und Walter J. Pfeil

ÖZPR 2011/140

## AKTUELLES

### JournalistInnenpreis des Hilfswerks

Am 24. 11. fand in Wien die Preisverleihung im Rahmen der **Hilfswerk-Weihnachtsgala** für Kinder in Not statt: Die Beiträge der SiegerInnen lauten: *Stefan Apfl*: „Die Kinder vom Arbeitsamt“, *Isabelle Engels*: „Kranke Eltern – Wenn Kinder zu Pflegern werden“, *Julia Kovarik* und *Ed Moschitz*: „Die Angstmacher“.

Nähere Informationen: [www.hilfswerk.at](http://www.hilfswerk.at)

## Termine

### Heimaufenthaltsgesetz aktuell

ARS Seminarzentrum  
Akademie für Recht & Steuern,  
Schallautzerstraße 2 – 4, 1010 Wien

28. Februar 2012, von 9.30 bis 17.30 Uhr

Vortragender: Univ.-Prof. DDr. *Christian Kopetzki*

Anmeldung und Informationen:  
[www.ars.at](http://www.ars.at)

### Pflegedienstleitung – Rechts- und Haftungsfragen für LeiterInnen stationärer und mobiler Pflegedienste

ARS Seminarzentrum  
Akademie für Recht & Steuern,  
Schallautzerstraße 2 – 4, 1010 Wien

17. Jänner 2012, von 9.00 bis 17.00 Uhr

Vortragender: Univ.-Prof. Dr. *Wolfgang Mazal*

Anmeldung und Informationen:  
[www.ars.at](http://www.ars.at)

# Die Koordination für Betreuung und Pflege bei den regionalen Trägern sozialer Hilfe: Rollen, Aufgaben und Einflusschancen

**Regionale Steuerung von Altenbetreuung und -pflege.** Planung und Steuerung von Leistungen in der Altenbetreuung und -pflege vollziehen sich auf mehreren Ebenen, und zahlreiche Akteure sind mit unterschiedlichen Einflussmöglichkeiten involviert (zB Land OÖ, Regionale Träger Sozialer Hilfe, Anbieterorganisationen). In den letzten Jahren wurden einige neue Koordinationsinstrumente eingeführt wie Leistungsverträge, das Normkostenmodell in den Mobilen Diensten sowie die Funktion der Koordination für Betreuung und Pflege. Diese sollte insbesondere Planungs- und Koordinationsleistungen bei den Regionalen Trägern Sozialer Hilfe erbringen bzw unterstützen. Der Beitrag geht der Frage nach, in welchen Bereichen diese Funktion tatsächlich koordinierend einwirken kann und was sie dabei unterstützt.

Im Jahr 2009 wurde in Oberösterreich die Funktion der „Koordination für Betreuung und Pflege“ pilotiert und in weiterer Folge in allen Bezirken bei den Regionalen Trägern Sozialer Hilfe (RTSH; Sozialhilfverbände und Magistrate in Städten mit eigenem Statut) eingesetzt. Im Rahmen des INTERREG-Projekts „Zukunft PFLEGEN – Grenzüberschreitendes Age-Management in der Pflege. Bayern – Österreich 2007–2013“ wurde diese innovative regionale Kooperationsform in einem Forschungsprojekt an der Johannes Kepler Universität Linz mit Hilfe der Kategorien der Governance-Forschung näher analysiert.<sup>1</sup>

## Governance: Steuerung in der Altenbetreuung und -pflege

Mit dem Begriff Governance werden soziale Prozesse des Steuerns, Regierens, Verwaltens und Planens verstanden.<sup>2</sup> Governance-Forschung untersucht das Zustandekommen sozialer Ordnung und sozialer Leistungen unter der Perspektive der Handlungskoordination zwischen verschiedenen Akteuren in komplexen Systemen,<sup>3</sup> im vorliegenden Fall der Altenarbeit. Sie geht also der Frage nach, wer in der Altenarbeit mit welchen Mitteln (mit-)steuert. Bei genauerem Hinsehen wird deutlich, dass nicht nur das Land OÖ oder die RTSH verschiedenste Steuerungsinstrumente (zB Gesetze, Verordnungen, Entscheidungen, Leistungsverträge) einsetzen. Vielmehr sind auch andere Akteure (zB Anbieter Mobiler Dienste, Sozialberatungsstellen, Überleitungspflege) steuernd tätig, auch wenn sie selbst es nicht so

wahrnehmen. Die Koordination für Betreuung und Pflege wurde in der Absicht eingesetzt, Veränderungen in der (regionalen) Steuerung der Altenbetreuung zu bewirken. Aus einer Governance-Perspektive können daher Potenziale und tatsächliche Veränderungen durch die Koordination für Betreuung und Pflege in der regionalen Steuerung von Altenbetreuung nachgezeichnet werden. Im Mittelpunkt steht also die Frage, welchen Beitrag die Koordination für Betreuung und Pflege im bestehenden System leisten kann und welche Rahmenbedingungen dafür notwendig sind.

## Steuerung der Altenbetreuung durch die RTSH

Im Sozialhilfegesetz von 1998 wurden die RTSH explizit für die Sicherstellung der Sozialhilfe zuständig erklärt. Verschiedene Richtlinien des Landes OÖ<sup>4</sup> verpflichten die RTSH zu einer regionalen Sozialplanung. Im Bereich der Altenbetreuung und -pflege sollten die RTSH darüber hinaus ein Controlling-System zur unterjährigen Steuerung der Leistungen einführen und die Wirtschaftlichkeit der Anbieter-Organisationen (va in den Mobilen Diensten) beobachten. In den letzten Jahren wurden zusätzlich das Normkostenmodell, die Leistungsverträge mit den Anbietern Mobiler Dienste, ein Berichtswesen an das Land OÖ sowie die Funktion der Koordination für Betreuung und Pflege eingeführt. All diese Maßnahmen zielen auf eine bedarfsgerechte, koordinierte und wirtschaftliche Leistungserbringung im Bereich der Altenbetreuung und -pflege. Neben einem er-

kennbaren Vereinheitlichungsstreben (etwa durch Normkosten) soll auch die regionale Versorgungssituation strategisch weiterentwickelt und die Vernetzung zwischen Gesundheits- und Sozialbereich vorangetrieben werden.

## Es besteht ein umfassendes Aufgabenspektrum der Koordinationsfunktion.

Die Koordination für Betreuung und Pflege soll diese Aktivitäten bei den RTSH unterstützen, indem sie vor allem drei Aufgabebereiche wahrnimmt:<sup>5</sup>

- **Case Management im Einzelfall:** Auf Basis individueller Bedarfsanalysen werden Ziele und ein individueller Versorgungsplan festgelegt und die durchgeführten Maßnahmen später überprüft und evaluiert. Eine weitere Aufgabe ist die Mitwirkung an der Bedarfsobjektivierung. Unter anderem prüft sie bei Heimanträgen, ob nicht andere (mobile) Unterstützungsleistungen den Unterstützungsbedarf decken könnten. Bei der Analyse des Einzelfalls ist sie beispielsweise in Kontakt mit den Trägern von Alten- und Pflegeheimen (sofern sie nicht von den RTSH selbst betrieben werden), der Überleitungspflege

<sup>1</sup> Altrichter/Buchegger-Traxler/Nöbauer, Endbericht zum WP 8: Regional Governance des INTERREG-Projekts „Zukunft Pflegen – Grenzüberschreitendes Age-Management“ in der Pflege. Bayern – Österreich 2007–2012“. Unveröffentlichter Forschungsbericht (2010). <sup>2</sup> Mayntz, Über Governance: Institutionen und Prozesse politischer Regelung (2009). <sup>3</sup> Altrichter/Maag-Merki (Hrsg), Handbuch Neue Steuerung im Schulsystem (2010). <sup>4</sup> Amt der Oö Landesregierung, Sozialabteilung, Richtlinien zur Förderung professioneller sozialer Dienste in Oberösterreich. Hauskrankenpflege – Mobile Betreuung und Hilfe (2006); dies, Richtlinien Regionale Sozialplanung gemäß Oö SHG 1998 (2007). <sup>5</sup> Amt der Oö Landesregierung, Handbuch für die Koordination für Betreuung und Pflege (KBP) (2009).

der Krankenhäuser sowie den Mobilien Diensten, die im Regelfall den Betreuungsbedarf feststellen.

- **Koordinieren und Vernetzen:** Die Koordination entscheidet einerseits auf fachlicher Ebene bei multiplen Problemlagen. Die Abstimmung geht unter Umständen über den Einzelfall hinaus, wenn Zuständigkeiten, Prozesse und Aufgaben zu klären bzw neu zu definieren sind. Dabei geht es um die Abstimmung der angebotenen Versorgungsleistungen, um Kooperation mit den Sozialberatungsstellen und anderen Dienstleistern im Sozialbereich, um Vernetzung zwischen Sozial- und Gesundheitsbereich sowie um Informationsflüsse zu den relevanten Stellen des Landes.

- **Mitwirken an der Sozialplanung:** Die Koordination wirkt auch bei der Entwicklung des Leistungsangebots und der unterjährigen Steuerung mit, sie steuert die Leistungsangebote der Anbieterorganisationen, erarbeitet fachliche Standards und Kennzahlen, führt strukturelle Bestandsanalysen durch und informiert den RTSH über Versorgungsempässe. Dieses Tätigkeitssegment fokussiert die regionale Versorgungssituation in den Bezirken.

Seit dem 1. Quartal 2011 ist die Funktion bei allen RTSH mit mindestens einer Stelle (meist zwei Halbtagskräfte) eingerichtet und hat die Arbeit aufgenommen. Die Sozialabteilung des Landes OÖ stellt es den RTSH frei, ob Diplomierte Gesundheits- und Krankenpflegepersonen (DGKP) oder Sozialarbeiter in dieser Funktion eingesetzt werden. In der Umsetzung wurden fast alle Stellen mit DGKP besetzt.

### Auswirkungen der neuen Funktion auf die Koordination und Steuerung von Leistungen in der Altenbetreuung und -pflege

Aufgrund der geringen Erfahrungen mit der neuen Funktion können an dieser Stelle noch keine systematisch erhobenen Wirkungen berichtet werden. Im Rahmen des eingangs genannten INTERREG-Projekts wurde in zwei oberösterreichischen Bezirken herausgearbeitet, welche Erwartungen, erste Erfahrungen sowie Chancen und Risiken hinsichtlich der neuen Funktion in den Bezirken aus Sicht relevanter Akteure bestehen.<sup>6</sup>

### Eine Herausforderung liegt in der Koordination und Unterstützung der Sozialplanung.

Erste Erfahrungen zeigen, dass die Koordinatoren in erster Linie auf der **Ebene des Einzelfalls** tätig wurden, und zwar bei der Objektivierung von Heimaufnahmen und im Rahmen der Feststellung des Hilfebedarfs in den Mobilien Diensten. Das könnte auf die Qualifikation der Koordinatoren oder auf akute Handlungsbedarfe bei den RTSH zurückzuführen sein. Möglicherweise wurde der Nutzen ihrer Fachexpertise für die RTSH in diesem Bereich am klarsten ersichtlich. Die Heimaufnahmen stellen keine wesentlichen Eingriffe in bestehende Entscheidungskompetenzen bzw -verfahren dar, da diese zu einem großen Teil bei den RTSH selbst liegen. Hier wurde die Koordination als fachliche Bereicherung wahrgenommen. Die Bedarfsfeststellung bei den Mobilien Diensten bleibt (bis auf Ausnahmen) unverändert bei den Anbietern selbst, es wurde aber eine Informations- bzw in gewissen Fällen eine „Kontrollschleife“ eingeführt.

Auf den Ebenen der **Koordination bzw Sozialplanung** wurde bisher stark die „Sammlung von Informationen“ betrieben, die die Möglichkeiten für Koordination auf Ebene des Landes bzw der RTSH verbessern soll. Neue Berichts- und Beobachtungssysteme der Sozialabteilung stärken einerseits die Koordination in ihrer Position, gleichzeitig wird die Informationslage über das zu koordinierende System verbessert. Wie weit diese auf regionaler Ebene aufgegriffen und planerisch genutzt werden, wird von den RTSH abhängig sein. Die Koordination wird in der Sozialplanung vorwiegend unterstützend tätig sein, vorangetrieben muss sie allerdings von den Verantwortlichen der RTSH werden. Es wird aber jedenfalls die „Beobachtungs“-Position des Landes im Bezirk durch die Koordination für Betreuung und Pflege potentiell gestärkt.

### Koordination, Vernetzung und Sozialplanung erfordern Rückhalt von RTSH und Sozialabteilung.

Die größten Herausforderungen werden sich für die Koordination in den letz-

ten beiden Rollensegmenten (Koordinieren/Vernetzen und Mitwirken an der Sozialplanung) ergeben. Hinderlich ist, dass es sich um eine Position mit relativ geringen Kompetenzen und Ressourcen handelt, die sowohl für die RTSH als auch für die Sozialabteilung tätig ist. Von beiden Akteuren benötigt sie Rückhalt. Aus den Ergebnissen der Studie lassen sich einige Faktoren herauslesen, die der Etablierung dieser neuen Rolle behilflich sein könnten. Diese sind:

- gefestigte, den drei Tätigkeitssegmenten entsprechende professionelle Werte, Kompetenzen und Beziehungen;
- spezielle Schulung für die Position; besondere Unterstützung zur konzeptentsprechenden Implementierung der Funktion in der ersten Phase der Berufstätigkeit;
- regelmäßiger überregionaler Austausch zwischen den Koordinatoren;
- Unterstützung durch einflussreiche Akteure; Beauftragung der neuen Position mit der Wahrnehmung einflussverleihender Instrumente, Prozeduren und Aufgaben (zB Erhebungsmaßnahmen, Umsetzung neuer Regelungen).

Ziel der Einführung der Koordination war auch die Veränderung (Stärkung) der regionalen Steuerung sozialer Hilfeleistungen. Die Analysen der Fallstudien und Dokumente lassen erkennen: Die Einführung der Koordination für Betreuung und Pflege könnte im Zuge der Verbesserung der Berichts- und Beobachtungssysteme die Informationslage der RTSH weiter stärken und durch persönliche Beziehungen sowie durch lokale und professionelle Kenntnisse anreichern und dadurch inhaltsreicher machen. Wahrscheinlich erschien uns – aufgrund der bisherigen Betonung der einzelfallbezogenen Arbeit – die Betonung dieses „sozialplanerischen“ Rollensegments allerdings nur dort, wo dies auch von den RTSH energisch betrieben wird.

Die Koordination trifft nämlich auf ein Feld etablierter Beziehungen und zwar auf einen Mix von hierarchisch-verwaltungsorientierten Beziehungen, und lokalen, oft persönlich gefärbten Verhandlungsbeziehungen. Ihre Funktion ist schwach institutionalisiert, was hierarchische Stellung und Ressourcen anlangt. Dies macht eine eigenständige Etablierung im bestehenden Sys-

<sup>6</sup> Für Vorgangsweise und weitere Ergebnisse vgl Altrichter/Buchegger-Traxler/Nöbauer, Endbericht (2010).

tem nicht einfach. Am wahrscheinlichsten ist eine Ausformung der Rolle in Richtung der mitgebrachten professionellen Kenntnisse (was aufgrund der bevorzugten An-

stellungserfordernisse wohl meist in Richtung einer Betonung der **Einzelfallarbeit** gehen wird) oder in Richtung einer regional verträglichen **Koordinations- und**

**Vernetzungstätigkeit** (die von den regionalen Stakeholdern präferiert wird).

ÖZPR 2011/141

### Zum Thema

#### Über die AutorInnen

Prof.<sup>in</sup> (FH) Dr.<sup>in</sup> Brigitta Nöbauer ist an der Fachhochschule OÖ, Fakultät für Gesundheit und Soziales, tätig. Kontakt: FH OÖ, Department für Gesundheit und Soziales, Garnisonstraße 21, 4020 Linz. Tel: +43 (0)732 2008-2460, E-Mail: brigitta.noebauer@fh-linz.at

Dr.<sup>in</sup> Anita Buchegger-Traxler, MPH, und o. Prof. Dr. Herbert Altrichter sind Mitarbeiterin und Professor an der Johannes Kepler Universität Linz, Abteilung für Pädagogik und Pädagogische Psychologie. Kontakt: Johannes Kepler Universität Linz, Altenbergerstrasse 69, 4040 Linz. Tel: +43-70-2468-3206 und +43 (0)732 24 68-8221, E-Mail: anita.buchegger-traxler@jku.at und herbert.altrichter@jku.at

#### Literaturtipps

Löcherbach/Klug/Remmel-Faßbender/Wendt (Hrsg), Case Management. Fall- und Systemsteuerung in der Sozialen Arbeit<sup>2</sup> (2003); Mayntz, Über Governance: Institutionen und Prozesse politischer Regelung (2009).

Hon.-Prof. Dr. Matthias Neumayr

Hofrat des Obersten Gerichtshofs

## Rechtsprechung

**Anspruch auf Spitalskostenrückerersatz im Rahmen der Sozialhilfe.** Hat der Hilfesuchende einen Anspruch auf die erforderliche Leistung gegen die Gebietskrankenkasse, ist für den Anspruch auf Sozialhilfe entscheidend, ob er die erforderliche Leistung aufgrund dieses Anspruchs so rechtzeitig erhalten kann, dass er in seinem Bedarf nicht gefährdet wird.

Der Betroffene befand sich vier Monate stationär in einer Landesnervenklinik. Nachdem die Gebietskrankenkasse eine Kostenübernahme abgelehnt hatte, weil die Anstaltspflege nicht mehr durch die Notwendigkeit einer ärztlichen Behandlung bedingt war („Asylierungsfall“ gem § 144 Abs 3 ASVG), beantragte die Krankenanstaltengesellschaft die Übernahme der Spitalskosten durch den Sozialhilfeträger.

Die Berufungsbehörde ging davon aus, dass es sich tatsächlich überwiegend nicht um einen Krankenbehandlungsfall gehandelt habe. Für diese Zeit liege Hilfsbedürftigkeit vor, weil der Patient mit seinem Einkommen nicht in der Lage gewesen sei, die hohen Spitalskosten zu bezahlen. Für zwölf Tage wurde der Antrag auf Spitalskostenrückerersatz hingegen mit der Begründung abgewiesen, dass in dieser Zeit stationärer Behandlungsbedarf bestanden habe und daher die Kosten von der Gebietskrankenkasse zu tragen seien.

Der VwGH hob den Bescheid in seinem abweisenden Teil auf.

Für die Berechtigung eines Ersatzanspruchs im Sinne des § 31 Stmk SHG ist maßgebend, ob der Hilfeempfänger zur **Zeit der Behandlung** deren Kosten nicht oder nicht ausreichend aus eigenen Kräften und Mitteln bestreiten konnte und sie auch nicht von anderen Personen oder Einrichtungen gedeckt wurden. Der angefochtene Bescheid geht offenbar davon aus, dass der Patient nicht in der Lage gewesen sei, die erforderliche Behandlung und Pflege im Krankenhaus aus seinen eigenen Mitteln ausreichend zu beschaffen. Ob es ihm möglich gewesen wäre, einen allfälligen Leistungsanspruch gegenüber dem Krankenversicherungsträger **rechtzeitig** – bezogen auf die erforderliche Anstaltspflege – durchzusetzen, hat die belangte Behörde unerörtert gelassen. Vielmehr hat sie eine Gefährdung seines Lebensbedarfs (Krankenpflege) ausschließlich aus der Erwägung verneint, es bestehe ihres Erachtens eine Leistungspflicht des Krankenversicherungsträgers.

Dabei hat die belangte Behörde übersehen, dass die Hilfsbedürftigkeit eines Hilfesuchenden nicht bereits mit dem Hinweis

verneint werden kann, dieser habe gegenüber einem Dritten einen Anspruch auf die erforderliche Leistung. Entscheidend ist vielmehr, ob der Hilfesuchende die erforderliche Leistung aufgrund dieses Anspruchs auch **so rechtzeitig erhalten kann**, dass er in seinem Bedarf nicht gefährdet wird. Andernfalls hätte der Sozialhilfeträger – mit der allfälligen Möglichkeit eines Ersatzanspruchs gegenüber dem primär Leistungspflichtigen – in Vorlage zu treten.

#### Praxishinweis:

Selbst wenn letztlich eine Verpflichtung des Krankenversicherungsträgers zur Übernahme der Kosten für einen stationären Krankenhausaufenthalt besteht, ist ein Anspruch des Hilfsbedürftigen auf Sozialhilfe zur Tragung der Spitalskosten nicht ausgeschlossen.

§§ 4, 31 Stmk SHG  
VwGH 13. 5. 2011, 2007/10/0085

ÖZPR 2011/142