

ALLGEMEINES

I. Einleitung

Unsere heutige Gesellschaft ist demografisch betrachtet eine „ageing society“. Die durchschnittliche Lebenserwartung der Österreicherinnen und Österreicher ist stetig am Steigen. Im Jahr 1961 betrug sie bei Männern noch 66,47 Jahre und bei Frauen 72,84 Jahre, im Jahr 2011 lag sie bei Männern schon bei 78,11 Jahren und bei Frauen sogar schon bei 83,45 Jahren (Quelle: Statistik Austria). Diese Entwicklung ist sehr erfreulich und nicht zuletzt der fortschreitenden medizinischen Entwicklung zu verdanken.

Mit zunehmendem Alter wächst aber auch die Wahrscheinlichkeit, Pflege- oder Betreuungsleistungen in Anspruch nehmen zu müssen, weil gewisse Tätigkeiten nicht mehr selbst vorgenommen werden können. Die Betreuung älterer Menschen wird noch zum weitaus überwiegenden Teil von den engsten Angehörigen (Kinder, Eltern, Ehepartner) geleistet. Aufgrund der tendenziell stagnierenden Geburtenrate wird die Schere zwischen Betreuungsbedürftigen und betreuungswilligen Angehörigen jedoch immer größer. Dadurch steigt die Nachfrage an flexiblen Betreuungsleistungen für ältere Menschen am Arbeitsmarkt.

Im Jahr 2013 bezogen rund 444.000 Personen Pflegegeld in Österreich (Stand: März 2013). Knappe drei Viertel der Pflege- bzw. Betreuungsbedürftigen (Pflegestufen 1–3, ca. 309.600 Personen) brauchen jedoch oft keine Rund-um-die-Uhr-Betreuung, sondern nur kleine Hilfestellungen im täglichen Leben, wie z.B. Einkaufen, Kochen, Hilfe beim An- und Auskleiden, bei der Körperpflege etc., die es nicht erforderlich machen, bereits einen Heimplatz in Anspruch zu nehmen. Rund 85% der Pflegegeldbezieher werden momentan zu Hause betreut (Quelle: Schätzung Hilfswerk), was gegenüber dem Aufenthalt in einem Pflegeheim nicht nur einen großen finanziellen Vorteil hat, sondern auch meist dem Willen der Betroffenen entspricht.

Ein wichtiger Schritt in Richtung einer Rund-um-die-Uhr-Betreuung im eigenen Heim sind das mit 1. Juli 2007 in Kraft getretene Hausbe-

treuungsgesetz und die Änderungen der Gewerbeordnung, durch die das freie Gewerbe der Personenbetreuung präzisiert wurde. Damit wurde die Rechtsgrundlage für eine legale 24-Stunden-Betreuung geschaffen.

Die im Ratgeber angeführten Beträge und Werte beziehen sich auf den Stand 1. 1. 2014.

Alle personenbezogenen Begriffe beziehen sich jeweils auch auf das andere Geschlecht.

II. Rechtliche Grundsatzfragen

1. Kompetenzverteilung

Die österreichische Bundesverfassung zählt ausdrücklich alle Bereiche auf, die dem Bundesgesetzgeber zur Regelung zukommen. Alle übrigen Bereiche fallen in die Kompetenz des Landesgesetzgebers.

Die Regelungen der Personenbetreuung beziehen sich einerseits auf unselbständig ausgeübte Betreuung, andererseits auf selbständige Betreuung. Zur Regelung von unselbständigen Arbeitsverhältnissen ist der Bundesgesetzgeber aufgrund des Kompetenztatbestandes „Arbeitsrecht“ (Art. 10 Abs. 1 Z 11 B-VG) berufen.

Es war allerdings umstritten, ob der Bundes- oder Landesgesetzgeber zur Regelung der selbständigen Betreuung berufen ist. Der Landesgesetzgeber beanspruchte die Kompetenz unter dem Titel „Sozialhilfe“, der Bundesgesetzgeber unter dem Kompetenztatbestand „Angelegenheiten des Gewerbes und der Industrie“. Schließlich regelte der Bundesgesetzgeber den gesamten Bereich der Personenbetreuung (also selbständige und unselbständige Ausübung dieser Tätigkeit), weil die besseren Argumente für eine Kompetenz des Bundesgesetzgebers auch im selbständigen Bereich sprachen:

Um festzustellen, ob der Bundes- oder Landesgesetzgeber zur Regelung einer bestimmten Angelegenheit berufen ist, muss man in die Zeit der Entstehung der österreichischen Bundesverfassung zurückgehen. Man geht nämlich davon aus, dass der Bundesverfassungsgesetzgeber in den 1920er Jahren die Artikel der Bundesverfassung vor dem Hintergrund der damals bestehenden Rechtsordnung erlassen hat und so damals

gängige Anschauungen der Formulierung der Bundesverfassung zugrunde liegen. Als der Bundesverfassungsgesetzgeber im Jahr 1925 die Kompetenzverteilung zwischen Bundes- und Landesgesetzgeber in dem Sinn vornahm, dass er – wie oben erwähnt – alle Angelegenheiten, die in die Bundeskompetenz fallen, aufzählte, alle übrigen Materien aber dem Landesgesetzgeber zur Regelung überließ, so tat er auch dies vor den bestehenden Rechtsauffassungen seiner Zeit. Deshalb muss man bei der Auslegung dieser Kompetenzbestimmungen die Rechtslage des Jahres 1925 heranziehen, um zu sehen, welche Materien unter die einzelnen Bestimmungen konkret zu reihen sind.

***Beispiel:** Da es 1925 bereits ein Gewerbe „Tischler“ gab, fällt die Regelung des Tischlereigewerbes unter den Kompetenztatbestand „Angelegenheiten des Gewerbes“.*

Die Rechtslage 1925 kannte jedoch noch keine Regelungen über die „Personenbetreuung“. Es ist davon auszugehen, dass die Personenbetreuung primär im Familienkreis, als Nachbarschaftshilfe oder durch Hausangestellte und nicht gewerbsmäßig ausgeübt wurde. Es gibt jedoch zu dieser Zeit ein Gewerbe, das man als „Vorgänger“ der Personenbetreuung betrachten kann: die Krankenpflege, wenn sie nicht als eine Art der Krankenbehandlung ausgeübt wird. Diese Einschränkung der Krankenpflege auf eine solche, die keine Krankenbehandlung darstellt, ist deshalb bedeutsam, weil die Krankenpflege im klassischen Sinn (z.B. im Krankenhaus, durch mobile Pflegedienste) seit jeher der Heilkunde zugerechnet wurde und diese schon 1925 von der Gewerbeordnung ausgenommen war.

Unter „Krankenpflege, die nicht als eine Art der Krankenbehandlung ausgeübt wird“, ist daher die Ausübung von Tätigkeiten zu verstehen, die der Kranke selbst nicht vornehmen kann (z.B. Einkaufen, Kochen), sowie solche, die das Wohlbefinden des Kranken verbessern, ohne jedoch Einfluss auf den Krankheitsverlauf zu nehmen (z.B. Lüften des Zimmers, Körperpflege). Somit ist aber kein wesentlicher Unterschied in den Aufgabengebieten zwischen dem damals existenten Gewerbe „Krankenpflege“ und einem Gewerbe der Personenbetreuung zu sehen.

Als weiteres Argument für ein Bestehen der Gesetzgebungskompetenz des Bundes kann angeführt werden, dass viele Teiltätigkeiten, die der

Personenbetreuer im Rahmen seines Gewerbes verrichten darf, selbst für sich genommen seit jeher Gewerbe darstellen, wie z.B. Kochen, Wäschewaschen, Bügeln, Frisieren, Zimmerputzen.

Der Bundesgesetzgeber hat somit richtigerweise die Regelungen über die Personenbetreuung erlassen.

2. Abgrenzung selbständige (GewO) unselbständige (HBeG) Tätigkeit

2.1 Wille des Gesetzgebers

Eine viel diskutierte und wesentliche Grundsatzfrage im Zusammenhang mit der Personenbetreuung ist jene, ob die Tätigkeiten der Personenbetreuung überhaupt in selbständiger Form erbracht werden können. Aufgrund der gegebenen Nachfrage an Personenbetreuung und der möglichst individuellen Gestaltbarkeit, die dabei gewünscht und erforderlich ist, zielte die Politik darauf ab, die Erbringung derartiger Leistungen möglichst flexibel zu regeln. Der Gesetzgeber hat sich daher bewusst dafür entschieden, in dem der Personenbetreuung zugrunde liegenden Hausbetreuungsgesetz von vornherein klarzustellen, dass die Betreuung von Personen in deren Privathaushalten sowohl selbständig als auch unselbständig erfolgen kann (§ 1 Abs. 1 HBeG).

Dienstleistungen können darüber hinaus grundsätzlich in selbständiger oder unselbständiger Form erbracht werden (siehe S. 181, 1.2). Ob eine Dienstleistung auf selbständiger oder unselbständiger Basis erfolgt, ist für finanzielle Ansprüche zwischen den Vertragspartnern, vor allem aber für die Sozialversicherungspflicht desjenigen, der die Dienstleistung erbringt, von Bedeutung.

Ob zivilrechtlich ein Dienstvertrag oder ein Werkvertrag vorliegt, ist für die Beurteilung hingegen nur sekundär von Bedeutung. Das Gesetz spricht von einem Dienstvertrag, wenn jemand sich auf eine gewisse Zeit zur Dienstleistung für einen anderen verpflichtet (§ 1151 Abs. 1 1. Satz ABGB). Damit ist klar eine unselbständige Tätigkeit umschrieben. Das Gesetz spricht von einem Werkvertrag, wenn jemand die Herstellung eines Werkes gegen Entgelt übernimmt (§ 1151 Abs. 1 2. Satz ABGB). Damit wird zweifelsfrei eine selbständige Tätigkeit umschrieben. Beim Betreuungsvertrag, der mit selbständigen Personenbetreuern abgeschlossen wird, handelt es sich um einen gemischten Vertrag, wobei

eindeutig die Elemente des Werkvertrages überwiegen. Auf den Betreuungsvertrag sind die allgemeinen Regelungen des Werkvertrages anzuwenden. Die Summe der Dienstleistungen, die der Personenbetreuer erbringt, ist Gegenstand des Betreuungsvertrages.

Beispiel: *Die Planung des Tagesablaufs, die Reinigung der Sanitäräumlichkeiten und die Bereitstellung der Verpflegung sind als Werke anzusehen.*

2.2 Rechtliche Folgen

Die Unterscheidung zwischen selbständiger und unselbständiger Tätigkeit ist im Hinblick auf die rechtlichen Folgen für das jeweils bestehende Vertragsverhältnis von entscheidender Bedeutung. Im Gegensatz zum Arbeitsvertrag entstehen bei selbständiger Tätigkeit keine Ansprüche auf einen bestimmten Mindestlohn, auf Urlaub, auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall usw. Diese Tatsache zeigt deutlich die wirtschaftliche Selbständigkeit eines gewerblichen Personenbetreuers, weil er für all diese Fälle selbst vorsorgen muss.

Tipp

Da der selbständige Personenbetreuer das Unternehmerrisiko übernimmt, empfiehlt es sich, eine Berufshaftpflichtversicherung abzuschließen.

■ Lohn

Auch die Entlohnung erfolgt unterschiedlich je nach Vorliegen eines Arbeitsvertrages oder einer selbständigen Tätigkeit: Wird die Leistung in Form eines Arbeitsvertrages erbracht, so unterliegt sie entgeltmäßig kollektivvertraglichen Vorgaben, während die Entlohnung im Rahmen eines Werkvertrages auf freier Vereinbarung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer beruht.

Beispiel: *Beschäftigt jemand einen Betreuer im Rahmen eines Dienstverhältnisses, so hat er zumindest den im Kollektivvertrag oder Mindestlohntarif vorgeschriebenen Mindestlohn zu entrichten. Beschäftigt er denselben Betreuer als Selbständigen, so kann er*

das Honorar mit diesem frei vereinbaren und ist an keine Mindestgrenzen gebunden.

■ Arbeitszeit

Der selbständige Personenbetreuer unterliegt auch keinen arbeitszeitrechtlichen Beschränkungen und kann somit optimal auf die individuellen Bedürfnisse des Betreuten Rücksicht nehmen (siehe S. 114, I.3).

Tipp

Die selbständige Personenbetreuung unterliegt keinen arbeitszeitrechtlichen Beschränkungen.

Der Betreuer im Arbeitsverhältnis hingegen hat sich an die – wenn gleich durch die Sonderbestimmungen des HBeG gelockerten – arbeitszeitrechtlichen Beschränkungen zu halten.

Achtung: Das HBeG sieht für die unselbständige Erbringung der Personenbetreuung klare Mindest- und Höchstgrenzen der Arbeitszeit vor (§ 1 Abs. 1 Z 3 und 4 sowie § 3 Abs. 1 bis 5 HBeG): Die maximale Arbeitszeit in 14 Tagen beträgt 128 Stunden. Danach hat eine 14-tägige Ruhepause zu erfolgen. Weiters sind tägliche Ruhepausen von insgesamt 3 Stunden und weitere 10 Stunden Zeit frei von Inanspruchnahme festgelegt (siehe S. 72, 2.).

■ Sozialversicherung und Steuer

Darüber hinaus unterscheidet sich auch die sozialversicherungs- und steuerrechtliche Behandlung von Arbeitnehmern grundlegend von jener von Selbständigen:

Während der selbständige Personenbetreuer nach GSVG versichert ist und von sich aus Sozialversicherungsabgaben und Steuern abführen muss, hat im Falle der unselbständigen Personenbetreuung der Arbeitgeber des Personenbetreuers für seinen Arbeitnehmer die Beiträge zur Sozialversicherung nach ASVG sowie die Steuern zu entrichten (siehe S. 74, II.; 79, III.; 155, III., 159, IV.). Auch die Höhe

der Sozialversicherungsbeiträge fällt je nach Versicherung gemäß ASVG oder GSVG unterschiedlich aus.

Achtung: Bei der Beurteilung des Vorliegens von Selbständigkeit oder Unselbständigkeit kommt es auf den „wahren wirtschaftlichen Gehalt“ des Vertragsverhältnisses an.

2.3 Vertragsgestaltung

Die Personenbetreuung kann nach dem Willen des Gesetzgebers selbständig oder unselbständig ausgeübt werden. Dabei kommt es auf die konkrete Vertragsgestaltung und die Umsetzung in der Praxis an. Dies bedeutet, dass bei selbständigen Betreuern einerseits der Betreuungsvertrag die wesentlichen Elemente der Selbständigkeit aufweisen muss, andererseits, dass die Leistungserbringung tatsächlich entsprechend selbständig erfolgt. Selbständigkeit liegt jedenfalls dann vor, wenn der Betreuer weder persönlich noch wirtschaftlich von der betreuten Person oder deren Angehörigen abhängig ist.

2.4 Abgrenzung

Ob nun bei einer Beschäftigung Selbständigkeit oder Unselbständigkeit gegeben ist, entscheidet sich nach dem Vorliegen der Merkmale persönlicher Abhängigkeit des Beschäftigten. Wenn diese gegenüber jenen der persönlichen Unabhängigkeit überwiegen, liegt persönliche und damit auch wirtschaftliche Abhängigkeit (VwGH VwSlg. NF 10.140/1980) im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG vor. Dabei hängt es nach der ständigen Rechtsprechung davon ab, ob nach dem Gesamtbild der Beschäftigung, die jeweils im Einzelfall konkret zu beurteilen ist, die Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten eben durch diese Beschäftigung weitgehend ausgeschaltet oder nur beschränkt ist (VwGH 4. 12. 1957, VwSlg. Nr. 4495/A).

■ Persönliche Abhängigkeit

Wesentliche Elemente für die persönliche Abhängigkeit sind die organisatorische Eingliederung und Weisungsunterworfenheit sowie die Verpflichtung zur persönlichen Arbeitsleistung.

– Organisatorische Eingliederung und Weisungsunterworfenheit

Die Bestimmungsfreiheit als wesentliches Merkmal persönlicher Unabhängigkeit kann durch betriebliche Eingliederung bzw. organisatorische Gebundenheit beeinträchtigt werden. Organisato-

rische Gebundenheit kann im Hinblick auf Ort, Zeit und arbeitsbezogenes Verhalten entstehen.

Was die Weisungsgebundenheit in Hinblick auf den Arbeitsort betrifft, so hat der VwGH bereits mehrmals ausgesprochen, dass die Bindung an Sachzwänge nicht als ein Anzeichen persönlicher Abhängigkeit gewertet werden kann und eine bloße Koordinierung mit den Anforderungen des Vertragspartners noch keine Weisungsgebundenheit darstellt (vgl. VwGH 21. 11. 2001, 98/08/0267, VwGH 21. 12. 2005, 2004/08/0066, VwGH 17. 11. 2004, 2001/08/0158).

Die Bindung an sachliche Weisungen, die sich also nur auf das Arbeitsergebnis, nicht aber auf das arbeitsbezogene Verhalten beziehen, ist auch bei Selbständigen gegeben und begründet keine unselbständige Tätigkeit (VwGH 28. 10. 1997, 93/08/0168).

Beispiel: Ein sogenannter „Laienhelfer“, der für einen Seniorenhilfsverein pflegebedürftige Personen in ihren Wohnungen betreut, unterliegt noch keiner Bindung an den Arbeitsort, wenn er die von ihm zu betreuenden Personen an deren Wohnort besucht (VwGH 3. 4. 2001, 96/08/0202).

Beispiel: Der Betreuer betreut die pflegebedürftige Person in ihrer eigenen Wohnung. Da das Aufsuchen dieses Ortes zur Erbringung der Dienstleistung in der Natur der Sache liegt, ist von keiner Bindung an den Arbeitsort auszugehen.

Beispiel: Der Betreute ordnet an, dass sein Hund ausschließlich mit Trockenfutter zu füttern und zweimal täglich auszuführen ist. Der Betreute ersucht um ein Glas Wasser. Wenn die sonstige konkrete Tätigkeit des Betreuers nach ihrem Gesamtbild auf das Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit hindeutet, so können derartige sachliche Weisungen der Selbständigkeit nicht schaden.

Beispiel: Es liegt in der Natur der Sache, dass sogenannte „Zielortreiseleiter“ die betreuten Gäste an einem Ort und zu einer bestimmten Zeit abholen und sie zurückbringen. Dies kann daher nicht zur Begründung einer persönlichen Abhängigkeit führen (VwGH 28. 10. 1997, 93/08/0168).

Auch zeitliche Weisungsgebundenheit liegt nicht vor, wenn freie Zeiteinteilung innerhalb eines gewissen Rahmens möglich ist.

Beispiel: In einem Betreuungsvertrag wird eine Vereinbarung über eine tägliche Arbeitszeit von zwölf Stunden getroffen. Innerhalb dieser zwölf Stunden kann sich der Personenbetreuer die Zeit hinsichtlich der Erfüllung der vereinbarten Leistungen frei einteilen. Damit liegt keine zeitliche Weisungsgebundenheit vor (VwGH 3. 4. 2001, 96/08/0202).

Tipp

Die Formulierung der Tätigkeiten im Betreuungsvertrag sollte so gewählt werden, dass der Charakter der Selbständigkeit gewahrt bleibt. Dabei sollten Handlungsleitlinien folgender Art vermieden werden: Der Betreuer hat jeden Tag um 9.00 das Frühstück zu richten, um 10.00 die Blumen zu gießen, um 11.00 Staub zu saugen, um 12.00 ein warmes Mittagessen zuzubereiten etc.

Tipp

Anwesenheitspflichten sollten – wenn überhaupt – nur im unbedingt notwendigen Ausmaß festgelegt werden, da es im Wesen der Selbständigkeit liegt, die Arbeit frei einteilen und inhaltlich bestimmen zu können.

In all diesen Fällen geht es darum, das verfolgte Ziel – nämlich die Erbringung der im jeweiligen Betreuungsvertrag vorgesehenen Leistungen – bestmöglich im Sinne des Leistungsempfängers sicherzustellen. Persönliche Abhängigkeit ist nicht gegeben: Gerade bei der Personenbetreuung wird lediglich der Umfang der erforderlichen Leistungen im Vorhinein zwischen den Vertragspartnern festgehalten. Die einzelnen Leistungen können dann nach freier Einteilung durch den Betreuer erbracht werden.

Beispiel: In welcher Reihenfolge der Betreuer die Aufgaben wahrnimmt, obliegt allein seiner Entscheidung und Einteilung. Er kann daher nach eigenem Gutdünken – selbstverständlich unter Rück-

sichtnahme auf das Wohl der betreuten Person und die gegebenen Umstände – selbst darüber entscheiden, wann er Besorgungen erledigt, wann er die Wohnung reinigt, wann er die Wäsche versorgt. Ihm obliegt es, für die Aufrechterhaltung der gesellschaftlichen Kontakte zu sorgen und beispielsweise Ausflüge oder Einladungen für die betreute Person zu organisieren.

- Möglichkeit der sanktionslosen Ablehnung einzelner Arbeitsleistungen

Für die persönliche Unabhängigkeit eines Betreuers ist auch relevant, dass er einzelne Arbeitsleistungen im Rahmen seiner Gesamtverpflichtung sanktionslos ablehnen kann. Diese Ablehnungsmöglichkeit erstreckt sich auf zeitliche, wie auch auf inhaltliche Fragen.

Achtung: Wesentlich für den selbständigen Personenbetreuer im Gegensatz zum unselbständigen ist es auch, dass er eine persönliche „Weisung“ der betreuten Person sanktionslos ablehnen kann (VwGH 25. 1. 1994, 92/08/0226).

Beispiel: *Verlangt die betreute Person, dass der Betreuer am Vormittag Bad und Toilette reinigen soll, so drohen ihm keine Sanktionen, wenn er entscheidet, Bad und Toilette erst zu einem späteren Zeitpunkt zu reinigen.*

Darüber hinaus ist die Personenbetreuung häufig gerade dadurch gekennzeichnet, dass die betreute Person keine Weisungen erteilen kann oder will: Je stärker ein Mensch geistig oder körperlich beeinträchtigt ist, umso mehr ist er auf die eigenverantwortliche Durchführung der dem Betreuer übertragenen Aufgaben angewiesen.

Beispiel: *In Fällen einer Demenz-, oder Alzheimererkrankung besteht die Leistung des Personenbetreuers unter anderem gerade darin, den Tagesablauf für diesen Menschen zu planen und den Alltag – selbstverständlich zum Wohl der betreuten Person – aber stets im freien Ermessen zu organisieren.*