jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE OGH 2002/3/26 10ObS102/01z

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 26.03.2002

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Bauer als Vorsitzenden, die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Fellinger und Dr. Neumayr sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Peter Wolf (aus dem Kreis der Arbeitgeber) und Johann Holper (aus dem Kreis der Arbeitnehmer) als weitere Richter in der Sozialrechtssache der klagenden Partei mj. Lukas L*****, geboren am 26. 1. 1997, ***** vertreten durch die Eltern Mag. Hannes und Susanne L*****, ebendort, vertreten durch Dr. Walter Strigl, Dr. Gerhard Horak, Rechtsanwälte in Wien, gegen die beklagte Partei Land Wien als Pflegegeldträger, Schottenring 24, 1010 Wien, vertreten durch Dr. Wolfgang Völkl, Rechtsanwalt in Wien, wegen Pflegegeld, infolge Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 20. Dezember 2000, GZ 7 Rs 271/00z-18, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Arbeits- und Sozialgerichtes Wien vom 10. April 2000, GZ 28 Cgs 15/00a-13, teilweise abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den Beschluss

gefasst:

Spruch

1. Der Antrag des Klägers, die Anregung auf Überprüfung der Kriterien und Definitionen der Verordnung der Wiener Landesregierung über die Beurteilung des Pflegebedarfes nach dem Wiener Pflegegeldgesetz, der Pensionsordnung 1995 und dem Unfallfürsorgegesetz 1967 in Bezug auf ihre Gesetzmäßigkeit aufzugreifen und einen Antrag beim Verfassungsgerichtshof auf Gesetzesprüfung zu erwägen und das Erforderliche zu veranlassen, wird zurückgewiesen.

2. Der Antrag des Klägers, eine mündliche Verhandlung vor dem Obersten Gerichtshof anzuordnen, wird abgewiesen.

3. Soweit die Revision Nichtigkeit geltend macht, wird sie zurückgewiesen.

4. Im Übrigen wird der Revision Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen werden aufgehoben. Die Sozialrechtssache wird zur Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zurückverwiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

Text

Begründung:

Der am 26. 1. 1997 geborene Kläger ist seit seiner Geburt geistig und körperlich behindert und wird von seinen Eltern gepflegt. Es bestehen ein Zustand nach schwerster peripartaler Asphyxie, eine gemischte spastisch-extrapyramidale Zerebralparese (Tetraparese) und eine Dystrophie. Eine Verbesserung der Leidenssituation ist möglich; eine Normalisierung ist aus heutiger Sicht nicht zu erwarten.

Folgende Funktionsausfälle bzw Defizite liegen vor:

Einzelbeweglichkeit obere Extremität rechts: Teilfunktion;

Einzelbeweglichkeit obere Extremität links: Teilfunktion;

Einzelbeweglichkeit untere Extremität rechts: Teilfunktion;

Einzelbeweglichkeit untere Extremität links: Teilfunktion;

Globalbeweglichkeit: Rollen möglich;

Kopf- und Rumpfkontrolle: Sitzen nur mit Hilfsmittel;

Nahrungsaufnahme: muss gefüttert werden;

Ausscheidungsfunktion: Inkontinenz (Windel notwendig);

Intellektuelle Leistungsfähigkeit: dzt ohne sprachliche Ausdrucksfähigkeit;

Sinnesfunktion Sehen: keine Störung;

Sinnesfunktion Hören: keine Störung;

Verbale Kommunikation: keine Sprache, kein Sprachverständnis;

Stimmung, Antrieb: geringe Störung;

Sozialkontakte, soziale Bindungsfähigkeit: eingeschränkt. Mit Bescheid vom 13. 10. 1999 hat die beklagte Partei dem Kläger aufgrund des Antrags vom 4. 10. 1998 ab dem 1. 11. 1998 Pflegegeld der Stufe 2 gewährt. Dem Bescheid wurde ein durchschnittlicher Pflegebedarf von mehr als 75 Stunden zugrunde gelegt. Das Erstgericht sprach dem Kläger Pflegegeld der Stufe 5 zu und wies das auf Gewährung von Pflegegeld der Stufe 6 gerichtete Mehrbegehren (rechtskräftig) ab. Es ging von folgenden Verrichtungen aus, zu denen ständig Betreuung und Hilfe benötigt wird, samt dem sich daraus ergebenden zeitlichen Betreuungs- und Hilfeaufwand:

1. 1.Ziffer eins
   Einnahme von Mahlzeiten 90 Stunden/Monat
2. 2.Ziffer 2
   Reinigung im Fall von Inkontinenz 20 Stunden/Monat
3. 3.Ziffer 3
   Mobilitätshilfe im engeren Sinn 30 Stunden/Monat
4. 4.Ziffer 4
   Mobilitätshilfe im weiteren Sinn 10 Stunden/Monat
5. 5.Ziffer 5
   Sonstige Pflegemaßnahmen 90 Stunden/Monat

240 Stunden/Monat
Abweichungen von Mindest- und Richtwerten der Einstufungsverordnung
wurden folgendermaßen begründet:
ad 1. Einnahme von Mahlzeiten (3 Stunden/Tag):
Die Nahrung wird in breiiger Konsistenz mit dem Löffel gereicht. Diese Fütterungen erfolgen 5 – 6 mal täglich und benötigen pro Mahlzeit ca 30 Minuten. Der Kläger ist dabei sehr leicht ablenkbar und lehnt die Nahrungsaufnahme immer wieder ab, welche durch immer wieder auftretenden starken Speichelfluss zusätzlich erschwert wird. Das Trinken aus dem Becher ist mühevoll und langwierig, doch soll eine Flaschenfütterung aufgrund der dadurch geförderten oralen Spastizität weitgehend unterbleiben.
ad 3. Mobilitätshilfe im engeren Sinn (1 Stunde/Tag):
Der Kläger kann weder frei sitzen noch stehen noch krabbeln, sondern ist lediglich in der Lage sich zu rollen. Da das freie Liegen auf dem Boden dem Therapiekonzept in dem Sinne zuwiderläuft, dass dadurch die Spastizität gefördert wird, wird der Kläger fast ständig mit einem Spezialgriff, der einer Überstreckung entgegenwirkt, getragen. ad 5. Sonstige Pflegemaßnahmen (3 Stunden/Tag):
Unter „sonstigen Pflegemaßnahmen" wird ein Teil der regelmäßig erforderlichen Übungen, Turn- und Spielprogramme (Therapie nach Pfeiffer-Meisl) zusammengefasst. Da der Kläger nicht in der Lage ist – wie gleichaltrige gesunde Kinder –

einer einfachen Beschäftigung selbständig nachzugehen, ist er auf permanente Zuwendung der Eltern angewiesen. Somit entsprechen die genannten Vorgänge zumindest teilweise weniger einer therapeutischen als einer pflegerisch-präventiven Maßnahme, die der fehlenden Selbständigkeit des Kindes Rechnung trägt und den lebenswichtigen Kontakt zu den Bezugspersonen erhält.
In seiner rechtlichen Beurteilung führte das Erstgericht aus, dass der Sachverständige einen zeitlichen Pflegeaufwand von durchschnittlich 240 Stunden pro Monat errechnet und auch erläutert habe, warum ein über den Pflegebedarf eines gleichaltrigen gesunden Minderjährigen hinausgehender Mehraufwand beim Kläger festzustellen sei. Überdies habe der Sachverständige dargelegt, warum das Vorgehen nach dem Therapiekonzept von Pfeiffer-Meisl nicht gänzlich als therapeutische Maßnahme zu beurteilen sei. Richtig sei, dass nach herrschender Judikatur therapeutische Verfahren eigentlich weder unter Betreuung noch unter Hilfe eingestuft würden. Beim Kläger sei daher ein Pflegebedarf von über 180 Stunden/Monat gegeben. Da in Anbetracht der Schwere der Behinderung des Klägers die dauernde Bereitschaft einer Pflegeperson erforderlich sei, lägen die Voraussetzungen für die Gewährung von Pflegegeld der Stufe 5 vor. Dagegen seien die Voraussetzungen für eine Einstufung in die Pflegegeldstufe 6 nicht gegeben. Weder seien die Betreuungsmaßnahmen zeitlich unkoordinierbar noch sei die ständige Anwesenheit einer Pflegeperson wegen Selbstgefährdung notwendig. Es sei ein Tagesplan vorgegeben und die Pflegemaßnahmen ließen sich inhaltlich und zeitlich strukturieren. So müsse der Kläger regelmäßig gefüttert werden, müsse zu bestimmten Zeiten herumgetragen werden; auch die sonstigen Betreuungsmaßnahmen ließen sich vorherplanen. Mangels Wahrscheinlichkeit einer Eigen- oder Fremdgefährdung sei auch die dauernde Anwesenheit einer Pflegeperson während des Tages und der Nacht nicht erforderlich. Darüber hinaus dürfe nicht vergessen werden, dass – auch wenn der Kläger gewiss einer ganz andersartigen Betreuung bedürfe – bei einem gesund entwickelten dreijährigen Kind noch ein sehr umfangreicher Pflege- und Betreuungsbedarf bestehe und es u.a. nicht über längere Zeiträume unbeaufsichtigt bleiben könne. Für die Beurteilung des Pflegebedarfs sei aber nur der Mehraufwand an Pflege gegenüber einem gesunden Minderjährigen zu berücksichtigen. Das Mehr an Pflege, das im Falle des Klägers gegenüber einem gesunden Dreijährigen notwendig sei, erfülle nicht die Voraussetzungen für die Gewährung von Pflegegeld der Stufe 6.
Schon die beklagte Partei sei in ihrem ursprünglichen Bescheid zu dem Schluss gekommen, dass unter Bedachtnahme auf die persönlichen, familiären und wirtschaftlichen Verhältnisse zur Vermeidung besonderer sozialer Härten die Gewährung von Pflegegeld auch vor Vollendung des 3. Lebensjahres beim Kläger erforderlich sei. Dem darauf gerichteten Klagebegehren sei von der beklagten Partei nicht widersprochen worden, sodass das Pflegegeld gemäß § 7 WPGG mit Beginn des auf die Antragstellung folgenden Monatsersten zuzusprechen gewesen sei.Schon die beklagte Partei sei in ihrem ursprünglichen Bescheid zu dem Schluss gekommen, dass unter Bedachtnahme auf die persönlichen, familiären und wirtschaftlichen Verhältnisse zur Vermeidung besonderer sozialer Härten die Gewährung von Pflegegeld auch vor Vollendung des 3. Lebensjahres beim Kläger erforderlich sei. Dem darauf gerichteten Klagebegehren sei von der beklagten Partei nicht widersprochen worden, sodass das Pflegegeld gemäß Paragraph 7, WPGG mit Beginn des auf die Antragstellung folgenden Monatsersten zuzusprechen gewesen sei.
Das Berufungsgericht gab der gegen dieses Urteil aus den Berufungsgründen der Aktenwidrigkeit und der unrichtigen rechtlichen Beurteilung erhobenen und auf bescheidgemäßen Zuspruch von Pflegegeld lediglich der Stufe 2 gerichteten Berufung der beklagten Partei teilweise Folge und änderte das Ersturteil im Sinne einer Gewährung von Pflegegeld der Stufe 3 (monatlich S 5.690,--) - unter Anrechnung eines Betrages von S 825,-- monatlich vom Erhöhungsbetrag der Familienbeihilfe für erheblich behinderte Kinder – ab. Das Berufungsgericht führte bei der Behandlung des Berufungsgrundes der Aktenwidrigkeit unter wesentlicher Heranziehung der im Erlass des BMAS vom 13. 5. 1996, Zl 48.100/25-9/96 (ARD 4765/36/96) enthaltenen Hinweise aus, dass zur Ermittlung des Betreuungsbedarfs nur der über das übliche Maß hinausgehende Zeitaufwand – abhängig vom Lebensalter – herangezogen werden könne. Dieser sei für die Betreuung bei der Nahrungsaufnahme bis zum 18. Lebensmonat mit maximal 60 Stunden pro Monat und ab dem 18. Lebensmonat mit maximal 30 Stunden pro Monat zu veranschlagen, weshalb hier zugunsten des Klägers aus diesem Sichtwinkel heraus – wie aus den Ausführungen des ärztlichen Sachverständigen ableitbar – in rechtlicher Sicht ein Zeitaufwand von zusätzlich 60 Stunden pro Monat (90 Stunden abzüglich 30 Stunden, jeweils monatlich) anzunehmen sei; 30 Stunden seien zu eliminieren. Hinsichtlich der „Reinigung bei Inkontinenz" sei zu berücksichtigen, dass gerade in Fällen mit besonders schweren angeborenen Fehlbildungen bzw Behinderungen ab dem vollendeten zweiten Lebensjahr von einem erhöhten Zeitaufwand von maximal 20 Stunden pro Monat ausgegangen werden könne. Berücksichtige man nunmehr die im vorliegenden Fall gegebenen besonderen

zusätzlichen Erschwernisse, resultierend aus den multiplen Behinderungs- und Begleiterscheinungen beim Kläger, insbesondere die Teilfunktionsausfälle der oberen und unteren Extremitäten sowie die mangelnde freie Sitzmöglichkeit (vgl dazu „Topferlsitzen" gleichaltriger nichtbehinderter Kinder, wenn auch nicht immer hinsichtlich Verrichtung der Notdurft in beiderlei Gestalt von Erfolg beschieden!) sowie die Erörterungen des Sachverständigen betreffend die speziellen Trageerfordernisse des Klägers wegen Vermeidung des Strecktonus und der Beugung der Extremitäten (zusätzliche Erschwerung beim Windelwechseln damit wohl indiziert, wenn dieses auch „normal kindgerecht" im „technischen Wickelvorgang" erfolgen möge!), ergebe sich in synoptischer Sicht das Zugeständnis des Pflegebedarfs der genannten 20 Stunden mit Vollendung des 2. Lebensjahres, ab 1. 2. 1999 und jedenfalls ab dem vollendeten dritten Lebensjahr des Klägers.Das Berufungsgericht gab der gegen dieses Urteil aus den Berufungsgründen der Aktenwidrigkeit und der unrichtigen rechtlichen Beurteilung erhobenen und auf bescheidgemäßen Zuspruch von Pflegegeld lediglich der Stufe 2 gerichteten Berufung der beklagten Partei teilweise Folge und änderte das Ersturteil im Sinne einer Gewährung von Pflegegeld der Stufe 3 (monatlich S 5.690,--) - unter Anrechnung eines Betrages von S 825,-- monatlich vom Erhöhungsbetrag der Familienbeihilfe für erheblich behinderte Kinder – ab. Das Berufungsgericht führte bei der Behandlung des Berufungsgrundes der Aktenwidrigkeit unter wesentlicher Heranziehung der im Erlass des BMAS vom 13. 5. 1996, Zl 48.100/25-9/96 (ARD 4765/36/96) enthaltenen Hinweise aus, dass zur Ermittlung des Betreuungsbedarfs nur der über das übliche Maß hinausgehende Zeitaufwand – abhängig vom Lebensalter – herangezogen werden könne. Dieser sei für die Betreuung bei der Nahrungsaufnahme bis zum 18. Lebensmonat mit maximal 60 Stunden pro Monat und ab dem 18. Lebensmonat mit maximal 30 Stunden pro Monat zu veranschlagen, weshalb hier zugunsten des Klägers aus diesem Sichtwinkel heraus – wie aus den Ausführungen des ärztlichen Sachverständigen ableitbar – in rechtlicher Sicht ein Zeitaufwand von zusätzlich 60 Stunden pro Monat (90 Stunden abzüglich 30 Stunden, jeweils monatlich) anzunehmen sei; 30 Stunden seien zu eliminieren. Hinsichtlich der „Reinigung bei Inkontinenz" sei zu berücksichtigen, dass gerade in Fällen mit besonders schweren angeborenen Fehlbildungen bzw Behinderungen ab dem vollendeten zweiten Lebensjahr von einem erhöhten Zeitaufwand von maximal 20 Stunden pro Monat ausgegangen werden könne. Berücksichtige man nunmehr die im vorliegenden Fall gegebenen besonderen zusätzlichen Erschwernisse, resultierend aus den multiplen Behinderungs- und Begleiterscheinungen beim Kläger, insbesondere die Teilfunktionsausfälle der oberen und unteren Extremitäten sowie die mangelnde freie Sitzmöglichkeit vergleiche dazu „Topferlsitzen" gleichaltriger nichtbehinderter Kinder, wenn auch nicht immer hinsichtlich Verrichtung der Notdurft in beiderlei Gestalt von Erfolg beschieden!) sowie die Erörterungen des Sachverständigen betreffend die speziellen Trageerfordernisse des Klägers wegen Vermeidung des Strecktonus und der Beugung der Extremitäten (zusätzliche Erschwerung beim Windelwechseln damit wohl indiziert, wenn dieses auch „normal kindgerecht" im „technischen Wickelvorgang" erfolgen möge!), ergebe sich in synoptischer Sicht das Zugeständnis des Pflegebedarfs der genannten 20 Stunden mit Vollendung des 2. Lebensjahres, ab 1. 2. 1999 und jedenfalls ab dem vollendeten dritten Lebensjahr des Klägers.
Dabei sei von den Feststellungen des Erstgerichts auszugehen, die vom Berufungsgericht als Ergebnis eines mängelfreien Verfahrens übernommen würden, weil der daraus resultierende monatliche Pflegeaufwand im Rahmen der rechtlichen Beurteilung zu untersuchen und zu beurteilen sei. Der Rüge wegen „Aktenwidrigkeit" – die jedoch nicht vorliege, weil die getroffenen Feststellungen rechtlich zu beurteilen seien – sei demnach zusammenfassend dahingehend zu entsprechen, dass einerseits der Pflegeaufwand der Nahrungsaufnahmebzw -reichung auf 60 Stunden monatlich zu reduzieren sei, es hingegen bei einem Pflegebedarf von 20 Stunden monatlich hinsichtlich der Inkontinenzreinigung ab der Vollendung des 2. Lebensjahres zu verbleiben habe.
In seiner rechtlichen Beurteilung legte das Berufungsgericht weiter dar, dass hinsichtlich therapeutischer Verfahren und dem damit verbundenen Pflegebedarf von der Judikatur schon ausgeführt worden sei, dass der für therapeutische Maßnahmen (zB „Vojta-Therapie") erforderliche Zeitaufwand nicht zum Pflegebedarf im Sinne der EinstV zum BPGG gerechnet werden könne. Das Pflegegeld habe den Zweck, in Form eines Beitrages pflegebedingte Mehraufwendungen pauschaliert abzugelten, um pflegebedürftigen Personen so weit wie möglich die notwendige Betreuung und Hilfe zu sichern und die Möglichkeit zu verbessern, ein selbstbestimmtes, bedürfnisorientiertes Leben zu führen. Therapeutische Maßnahmen könnten weder zu den in § 1 Abs 2 EinstV beispielsweise genannten Betreuungsverrichtungen noch als Hilfe im Sinne des § 2 Abs 1 EinstV gesehen werden, weil die Hilfsverrichtungen in § 2 Abs 2 EinstV taxativ aufgezählt seien. Dies gelte nicht nur für die sogenannte „Bobath-Methode", sondern auch für die „Vojta-Therapie", bei der es sich ebenfalls um ein physikalisches Bewegungsprogramm handle. Da diese Therapiemaßnahmen weder der Betreuung noch der Hilfe zugerechnet werden könnten, müsse der damit verbundene

Zeitaufwand bei Beurteilung des Pflegebedarfs unberücksichtigt bleiben. Somit führten Leistungen von Eltern bzw Pflegepersonen im Zusammenhang mit der Betreuung von Kindern bei therapeutischen Verfahren nicht zu einer erhöhten Einstufung. Aus diesem Grund entfalle der gesamte Ansatz von 90 Stunden monatlich für sonstige „therapeutische" Pflegemaßnahmen.In seiner rechtlichen Beurteilung legte das Berufungsgericht weiter dar, dass hinsichtlich therapeutischer Verfahren und dem damit verbundenen Pflegebedarf von der Judikatur schon ausgeführt worden sei, dass der für therapeutische Maßnahmen (zB „Vojta-Therapie") erforderliche Zeitaufwand nicht zum Pflegebedarf im Sinne der EinstV zum BPGG gerechnet werden könne. Das Pflegegeld habe den Zweck, in Form eines Beitrages pflegebedingte Mehraufwendungen pauschaliert abzugelten, um pflegebedürftigen Personen so weit wie möglich die notwendige Betreuung und Hilfe zu sichern und die Möglichkeit zu verbessern, ein selbstbestimmtes, bedürfnisorientiertes Leben zu führen. Therapeutische Maßnahmen könnten weder zu den in Paragraph eins, Absatz 2, EinstV beispielsweise genannten Betreuungsverrichtungen noch als Hilfe im Sinne des Paragraph 2, Absatz eins, EinstV gesehen werden, weil die Hilfsverrichtungen in Paragraph 2, Absatz 2, EinstV taxativ aufgezählt seien. Dies gelte nicht nur für die sogenannte „Bobath-Methode", sondern auch für die „Vojta-Therapie", bei der es sich ebenfalls um ein physikalisches Bewegungsprogramm handle. Da diese Therapiemaßnahmen weder der Betreuung noch der Hilfe zugerechnet werden könnten, müsse der damit verbundene Zeitaufwand bei Beurteilung des Pflegebedarfs unberücksichtigt bleiben. Somit führten Leistungen von Eltern bzw Pflegepersonen im Zusammenhang mit der Betreuung von Kindern bei therapeutischen Verfahren nicht zu einer erhöhten Einstufung. Aus diesem Grund entfalle der gesamte Ansatz von 90 Stunden monatlich für sonstige „therapeutische" Pflegemaßnahmen.
Sei ein Pflegebedürftiger nicht in der Lage, allein aufzustehen, sich niederzulegen oder fortzubewegen, sei ein Betreuungsaufwand für Mobilitätshilfe im engeren Sinn von einer Stunde täglich anzunehmen. Dies müsse auch für den Kläger gelten, weil nichtbehinderte Kinder im vergleichbaren Alter jedenfalls diese Verrichtungen, zumindest zum Teil, selbst vornehmen könnten und keiner Hilfe bedürften. Bei Säuglingen und Kleinkindern mit schweren Paresen, Fehlbildungen, Cerebralparesen und Dystonien seien überdies von der Judikatur zusätzlich auch noch vermehrte Lagerungen und unterstützende Haltegriffe bei den einzelnen Pflegemaßnahmen anerkannt worden, sodass im vorliegenden Fall auch aus dieser Sicht - durch die besonderen Trage- und Haltungserfordernisse (vgl Strecktonus und Beugung der Extremitäten) bedingt - der vom Erstgericht angenommene Betreuungsbedarf mit nur 20 Stunden pro Monat vorliege und als gerechtfertigt anzusehen sei.Sei ein Pflegebedürftiger nicht in der Lage, allein aufzustehen, sich niederzulegen oder fortzubewegen, sei ein Betreuungsaufwand für Mobilitätshilfe im engeren Sinn von einer Stunde täglich anzunehmen. Dies müsse auch für den Kläger gelten, weil nichtbehinderte Kinder im vergleichbaren Alter jedenfalls diese Verrichtungen, zumindest zum Teil, selbst vornehmen könnten und keiner Hilfe bedürften. Bei Säuglingen und Kleinkindern mit schweren Paresen, Fehlbildungen, Cerebralparesen und Dystonien seien überdies von der Judikatur zusätzlich auch noch vermehrte Lagerungen und unterstützende Haltegriffe bei den einzelnen Pflegemaßnahmen anerkannt worden, sodass im vorliegenden Fall auch aus dieser Sicht - durch die besonderen Trage- und Haltungserfordernisse vergleiche Strecktonus und Beugung der Extremitäten) bedingt - der vom Erstgericht angenommene Betreuungsbedarf mit nur 20 Stunden pro Monat vorliege und als gerechtfertigt anzusehen sei.
Da aber beim Kläger zusätzlich das Herumtragen als pflegerische (präventive) Maßnahme aufgrund des medizinischen Gutachtens geprüft und für notwendig erachtet worden sei (unabhängig von der Therapie nach Pfeiffer-Meisl, die als Ziel das Fortschreiten der Spastizität verhindern solle) sei insgesamt dafür ein zusätzlicher Pflegeaufwand von 10 Stunden pro Monat zu berücksichtigen. Zumal auch eine dauernde, wenn auch geringere Störung im Antriebs- und Stimmungsbereich bestehe, sei der hiefür empfohlene Richtwert von 45 Stunden pro Monat zumindest teilweise, frühestens ab dem 18. Lebensmonat, im Ausmaß von 15 Stunden pro Monat zu berücksichtigen (Maßnahmen zur Verhinderung ernsthafter körperlicher Gefahr). Dazu kämen 5 Stunden pro Monat für den häufig zu erfolgenden Kleiderwechsel wegen der Hypersalivation und 15 Stunden pro Monat für die nächtliche Betreuung des Klägers, wie auch von der beklagten Partei bereits in ihrem eigenen Akt angenommen) – dies alles im Rahmen der Mobilitätshilfe im engeren Sinn.
Unter Bedachtnahme darauf, dass der Ansatz von 10 Stunden pro Monat für Mobilitätshilfe im weiteren Sinn unbekämpft geblieben sei, ergäben sich zusammengefasst 155 Stunden pro Monat an notwendigem Pflegebedarf für den Kläger ab 1. 2. 1999, davor – im Hinblick auf den „Inkontinenzabzug" vor Vollendung des 2. Lebensjahres – 135 Stunden pro Monat.
Demnach stehe dem Kläger Pflegegeld der Stufe 3 zu. Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision des Klägers aus den Revisionsgründen der Nichtigkeit, der Mangelhaftigkeit des Verfahrens und der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit

den Anträgen,

- -Strichaufzählung
  das Berufungsurteil hinsichtlich des Abstrichs von 30 Stunden pro Monat betreffend Zubereitung und Aufnahme der Nahrung als nichtig aufzuheben,
- -Strichaufzählung
  die Anregung auf Überprüfung der Kriterien und Definitionen der Wiener Pflegegeldgesetz-Einstufungsverordnung in Bezug auf ihre Gesetzmäßigkeit aufzugreifen und einen Antrag beim Verfassungsgerichtshof auf Gesetzesprüfung zu erwägen und das Erforderliche zu veranlassen,
- -Strichaufzählung
  die Behandlung und Entscheidung der Revision durch einen verstärkten Senat zu beschließen,
- -Strichaufzählung
  eine mündliche Verhandlung vor dem Obersten Gerichtshof anzuordnen und
- -Strichaufzählung
  letztlich das Ersturteil im Sinne eines Zuspruchs von Pflegegeld der Stufe 5, in eventu der Stufe 4, unter Anrechnung eines Betrags von S 825,-- vom Erhöhungsbetrag der Familienbeihilfe für erheblich behinderte Kinder wiederherzustellen. Hilfsweise wird ein Aufhebungs- und Zurückverweisungsantrag gestellt.

Die beklagte Partei beantragt in ihrer Revisionsbeantwortung, der Revision nicht Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

Die Revision ist zulässig (§ 46 Abs 3 Z 3 ASGG); sie ist auch im Sinne des Aufhebungsantrags berechtigtDie Revision ist zulässig (Paragraph 46, Absatz 3, Ziffer 3, ASGG); sie ist auch im Sinne des Aufhebungsantrags berechtigt.

Der ausführliche Inhalt der Revision lässt sich folgendermaßen zusammenfassen:

Da das Berufungsgericht in Stattgebung der Rüge wegen Aktenwidrigkeit die dem Tatsachenbereich zuzuordnende Dauer des faktischen Pflegeaufwands bei der Nahrungsaufnahme bzw Nahrungsreichung um 30 Stunden auf nur 60 Stunden reduziert habe, sei im Hinblick auf das Unterlassen einer Beweiswiederholung bzw eines Vorgehens iSd § 488 Abs 4 ZPO der Grundsatz der Unmittelbarkeit verletzt worden, sodass das Berufungsurteil an einer Nichtigkeit leide; zumindest liege ein Verfahrensmangel des berufungsgerichtlichen Verfahrens vor. Im Übrigen gebe die Judikatur dem Begriff „Pflege" einen von § 146 ABGB abweichenden und unrichtigen Inhalt, wenn Maßnahmen, die gleichzeitig Pflege- und Therapiemaßnahmen darstellten, von der Pflegegeldrelevanz ausklammere. In Wahrheit seien auch die Begriffe „Betreuung" und „Hilfe" Unterfälle des gemeinsamen Oberbegriffs „Pflege" iSd § 146 ABGB. Aus verfassungsrechtlichen Gründen sei eine Durchführungsverordnung, die den Begriff „Pflege" anders als allgemein im Gesetz (zB ABGB) und sogar anders als im BPGG oder im WrPGG auslege, gesetzwidrig. Nach Zweck und Geist eines Pflegegeldgesetzes sei nicht einzusehen, warum der Zeitaufwand der entsprechend eingeschulten Eltern für die therapeutischen Hilfsmaßnahmen nach der Methode Pfeiffer nicht als Betreuung anerkannt werde, obwohl diese Methode den persönlichen Lebensbereich betreffe und den pflegebedürftigen kindlichen Menschen vor Verwahrlosung bewahre, es handle sich dabei nicht nur im weitesten Sinn um ein therapeutisches Verfahren, sondern zusätzlich auch um eine heilgymnastische Übung. Vom Kostenstandpunkt her müsse auch bedacht werden, dass das Kind mangels pflegebereiter Eltern in einem Spezialpflegeheim fast rund um die Uhr nicht nur medizinisch, sondern auch sonst durch fachlich geeignete Personen umfassend „gepflegt" werden müsste; die Kosten des erforderlichen Personal- und Sachaufwands würden die Differenz zwischen den Pflegegeldstufen 3 und 5 weit übersteigen. Es stelle auch einen Wertungswiderspruch dar, wenn pflegebedürftige alte Menschen ohne besondere Schwierigkeiten Pflegegeld der Stufe 5 zuerkannt bekämen, während ein Kind erst darum kämpfen müsse.Da das Berufungsgericht in Stattgebung der Rüge wegen Aktenwidrigkeit die dem Tatsachenbereich zuzuordnende Dauer des faktischen Pflegeaufwands bei der Nahrungsaufnahme bzw Nahrungsreichung um 30 Stunden auf nur 60 Stunden reduziert habe, sei im Hinblick auf das Unterlassen einer Beweiswiederholung bzw eines Vorgehens iSd Paragraph 488, Absatz 4, ZPO der Grundsatz der Unmittelbarkeit verletzt worden, sodass das Berufungsurteil an einer Nichtigkeit leide; zumindest liege ein Verfahrensmangel des berufungsgerichtlichen Verfahrens vor. Im Übrigen gebe die Judikatur dem Begriff „Pflege" einen von Paragraph 146, ABGB abweichenden und unrichtigen Inhalt, wenn Maßnahmen, die gleichzeitig Pflege- und Therapiemaßnahmen darstellten, von der Pflegegeldrelevanz ausklammere. In Wahrheit seien auch die Begriffe „Betreuung" und „Hilfe" Unterfälle des gemeinsamen Oberbegriffs „Pflege" iSd Paragraph 146, ABGB. Aus verfassungsrechtlichen Gründen sei eine Durchführungsverordnung, die den Begriff „Pflege" anders als allgemein im

Gesetz (zB ABGB) und sogar anders als im BPGG oder im WrPGG auslege, gesetzwidrig. Nach Zweck und Geist eines Pflegegeldgesetzes sei nicht einzusehen, warum der Zeitaufwand der entsprechend eingeschulten Eltern für die therapeutischen Hilfsmaßnahmen nach der Methode Pfeiffer nicht als Betreuung anerkannt werde, obwohl diese Methode den persönlichen Lebensbereich betreffe und den pflegebedürftigen kindlichen Menschen vor Verwahrlosung bewahre, es handle sich dabei nicht nur im weitesten Sinn um ein therapeutisches Verfahren, sondern zusätzlich auch um eine heilgymnastische Übung. Vom Kostenstandpunkt her müsse auch bedacht werden, dass das Kind mangels pflegebereiter Eltern in einem Spezialpflegeheim fast rund um die Uhr nicht nur medizinisch, sondern auch sonst durch fachlich geeignete Personen umfassend „gepflegt" werden müsste; die Kosten des erforderlichen Personal- und Sachaufwands würden die Differenz zwischen den Pflegegeldstufen 3 und 5 weit übersteigen. Es stelle auch einen Wertungswiderspruch dar, wenn pflegebedürftige alte Menschen ohne besondere Schwierigkeiten Pflegegeld der Stufe 5 zuerkannt bekämen, während ein Kind erst darum kämpfen müsse.

Zusammengefasst ergebe sich im Übrigen schon nach den Ausführungen des Berufungsgerichts folgender pflegegeldrelevante Aufwand pro Monat:

Pflegeaufwand bei Nahrungsaufnahme

bzw –reichung 60 Stunden

Inkontinenzreinigung (ab 2. Lebensjahr) 20 Stunden

Mobilitätshilfe im engeren Sinn 30 Stunden

vermehrte Lagerungen und Haltegriffe 20 Stunden

Herumtragen als pflegerische (präventive) Maßnahme 10 Stunden

Störung im Antriebs- und Stimmungsbereich 15 Stunden

häufiger Kleiderwechsel 5 Stunden

nächtliche Betreuung 15 Stunden

Mobilitätshilfe im weiteren Sinn 10 Stunden

185 Stunden

Für die drei Monate zwischen 1. 11. 1998 und 26. 1. 1999 (= 2. Geburtstag) seien jeweils 20 Stunden pro Monat für Inkontinenzreinigung abzuziehen; hingegen seien für den Kleiderwechsel (mehrmals am Tag) noch weitere 10 Stunden (täglich 0,5 Stunden = 15 Stunden pro Monat)

und für die nächtliche Betreuung noch weitere 5 Stunden zusätzlich zu berechnen, sodass nach dem 2. Geburtstag mindestens 200 Stunden

monatlich an Pflege, Betreuungs- und Hilfsaufwand zu berücksichtigen seien. Der Betreuungsaufwand sei „außergewöhnlich".

Dazu hat der Senat erwogen:

1. Das Pflegegeld hat den Zweck, in Form eines Beitrages pflegebedingte Mehraufwendungen pauschaliert abzugelten. Da Kinder und Jugendliche auch ohne Behinderung bestimmte Verrichtungen nicht selbständig durchführen können, ist bei der Beurteilung des Pflegebedarfs nur jenes Ausmaß an Betreuung und Hilfe zu berücksichtigen, das über das altersmäßig erforderliche Ausmaß hinausgeht (SSV-NF 10/96 = SZ 69/210; RIS-Justiz RS0106555). Dieser in der Judikatur entwickelte Grundsatz wurde mit der Novelle BGBl I 1998/111 in das BPGG und mit der ab 1. 1. 1999 in Geltung stehenden Novelle 1999/44 in das hier anzuwendende Wiener PGG aufgenommen: Nach § 4 Abs 3 WrPGG idF LGBl 1999/44 ist bei der Beurteilung des Pflegebedarfs von Kindern und Jugendlichen explizit nur jenes Ausmaß an Pflege zu berücksichtigen, das über das erforderliche Ausmaß von gleichaltrigen nicht behinderten Kindern und Jugendlichen hinausgeht. Die ursprünglich im WrPGG vorgesehene Altersgrenze für die Gewährung von Pflegegeld (Vollendung des dritten Lebensjahres) wurde mit der Novelle beseitigt.1. Das Pflegegeld hat den Zweck, in Form eines Beitrages pflegebedingte Mehraufwendungen pauschaliert abzugelten. Da Kinder und Jugendliche auch ohne Behinderung bestimmte Verrichtungen nicht selbständig durchführen können, ist bei der Beurteilung des Pflegebedarfs nur jenes Ausmaß an Betreuung und Hilfe zu berücksichtigen, das über das altersmäßig erforderliche Ausmaß hinausgeht (SSV-NF 10/96 = SZ 69/210; RIS-Justiz RS0106555). Dieser in der Judikatur entwickelte Grundsatz wurde mit der Novelle BGBl

römisch eins 1998/111 in das BPGG und mit der ab 1. 1. 1999 in Geltung stehenden Novelle 1999/44 in das hier anzuwendende Wiener PGG aufgenommen: Nach Paragraph 4, Absatz 3, WrPGG in der Fassung LGBl 1999/44 ist bei der Beurteilung des Pflegebedarfs von Kindern und Jugendlichen explizit nur jenes Ausmaß an Pflege zu berücksichtigen, das über das erforderliche Ausmaß von gleichaltrigen nicht behinderten Kindern und Jugendlichen hinausgeht. Die ursprünglich im WrPGG vorgesehene Altersgrenze für die Gewährung von Pflegegeld (Vollendung des dritten Lebensjahres) wurde mit der Novelle beseitigt.

Somit ist bei der Beurteilung des Pflegebedarfs von Kindern und Jugendlichen nach dem WrPGG ein Vergleich zwischen behinderten Minderjährigen mit gleichaltrigen nichtbehinderten Kindern bzw Jugendlichen anzustellen. Nur der bei behinderten Minderjährigen auftretende "pflegebedingte Mehraufwand" ist durch Gewährung von Pflegegeld auszugleichen, während der altersbedingte Pflegeaufwand bei der Beurteilung des Pflegegeldanspruches auszuscheiden ist (vgl jüngst 10 ObS 172/01v und 10 ObS 403/01i).Somit ist bei der Beurteilung des Pflegebedarfs von Kindern und Jugendlichen nach dem WrPGG ein Vergleich zwischen behinderten Minderjährigen mit gleichaltrigen nichtbehinderten Kindern bzw Jugendlichen anzustellen. Nur der bei behinderten Minderjährigen auftretende "pflegebedingte Mehraufwand" ist durch Gewährung von Pflegegeld auszugleichen, während der altersbedingte Pflegeaufwand bei der Beurteilung des Pflegegeldanspruches auszuscheiden ist vergleiche jüngst 10 ObS 172/01v und 10 ObS 403/01i).

Wie auch schon die Voristanzen zutreffend ausgeführt haben, ist somit im vorliegenden Fall maßgeblich, inwieweit bei dem am 26. 1. 1997 geborenen Kläger - im Vergleich zu einem gleichaltrigen nicht behinderten Kind - ein tatsächlicher pflegebedingter Mehraufwand im Verhältnis zu einem gesunden Kind im hier maßgeblichen Zeitraum seit 1. 11. 1998 besteht. Den Feststellungen der Vorinstanzen sind jedoch die für diese Beurteilung notwendigen Tatsachen zumindest nicht eindeutig zu entnehmen.

Das Erstgericht hat verschiedene Funktionsausfälle bzw Defizite und einen sich daraus ergebenden zeitlichen Betreuungs- und Hilfsaufwand festgestellt, ohne dass - im Sinne der Judikatur und ab 1. 1. 1999 des § 4 Abs 3 WrPGG - eindeutig erkennbar hervorgeht, ob es sich dabei um einen Mehraufwand im Vergleich zu dem bei gleichaltrigen gesunden Kindern erforderlichen Pflegeausmaß handelt.Das Erstgericht hat verschiedene Funktionsausfälle bzw Defizite und einen sich daraus ergebenden zeitlichen Betreuungs- und Hilfsaufwand festgestellt, ohne dass - im Sinne der Judikatur und ab 1. 1. 1999 des Paragraph 4, Absatz 3, WrPGG - eindeutig erkennbar hervorgeht, ob es sich dabei um einen Mehraufwand im Vergleich zu dem bei gleichaltrigen gesunden Kindern erforderlichen Pflegeausmaß handelt.

a) Einnahme von Mahlzeiten:

Auf der Grundlage des eingeholten Sachverständigengutachtens ist das Erstgericht von einem "zeitlichen Betreuungs- und Hilfsaufwand" für die Einnahme von Mahlzeiten im Ausmaß von 90 Stunden ausgegangen. Damit ist offensichtlich der tatsächliche Aufwand für die Fütterung des Klägers gemeint, ohne dass festgestellt wäre, ob auch bei einem gleichaltrigen gesunden Kind ein Betreuungsaufwand für die Einnahme von Mahlzeiten erforderlich ist, der für die Beurteilung des pflegegeldrelevanten Betreuungsaufwandes des Kindes abzuziehen wäre (die Ausführungen des Sachverständigen im Rahmen der Gutachtenserörterung würden eher dagegen sprechen). Bei der erforderlichen Feststellung des tatsächlichen (Mehr-)Aufwands handelt es sich im übrigen um eine Tatsachenfeststellung und nicht um eine rechtliche Beurteilung, weshalb das Berufungsgericht nicht berechtigt war, von den entsprechenden erstgerichtlichen Feststellungen unter Heranziehung eines - die Gerichte im übrigen nicht bindenden - Erlasses des BMAS vom 13. 5. 1996, Zl 48.100/25-9/96 (ARD 4765/36/96) ohne Beweiswiederholung abzugehen (§ 488 ZPO; vgl SSV-NF 14/7). Damit ist allerdings nach Auffassung des erkennenden Senats keine Nichtigkeit, sondern eine Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens verbunden (RIS-Justiz RS0043461, RS0102004). Soweit die Revision Nichtigkeit geltend macht, ist sie daher zurückzuweisen.Auf der Grundlage des eingeholten Sachverständigengutachtens ist das Erstgericht von einem "zeitlichen Betreuungs- und Hilfsaufwand" für die Einnahme von Mahlzeiten im Ausmaß von 90 Stunden ausgegangen. Damit ist offensichtlich der tatsächliche Aufwand für die Fütterung des Klägers gemeint, ohne dass festgestellt wäre, ob auch bei einem gleichaltrigen gesunden Kind ein Betreuungsaufwand für die Einnahme von Mahlzeiten erforderlich ist, der für die Beurteilung des pflegegeldrelevanten Betreuungsaufwandes des Kindes abzuziehen wäre (die Ausführungen des Sachverständigen im Rahmen der Gutachtenserörterung würden eher dagegen sprechen). Bei der erforderlichen Feststellung des tatsächlichen (Mehr-

)Aufwands handelt es sich im übrigen um eine Tatsachenfeststellung und nicht um eine rechtliche Beurteilung, weshalb das Berufungsgericht nicht berechtigt war, von den entsprechenden erstgerichtlichen Feststellungen unter Heranziehung eines - die Gerichte im übrigen nicht bindenden - Erlasses des BMAS vom 13. 5. 1996, Zl 48.100/25-9/96 (ARD 4765/36/96) ohne Beweiswiederholung abzugehen (Paragraph 488, ZPO; vergleiche SSV-NF 14/7). Damit ist allerdings nach Auffassung des erkennenden Senats keine Nichtigkeit, sondern eine Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens verbunden (RIS-Justiz RS0043461, RS0102004). Soweit die Revision Nichtigkeit geltend macht, ist sie daher zurückzuweisen.

Die EinstV zum WrPGG sieht in § 1 Abs 4 für die Einnahme von Mahlzeiten einen zeitlichen Mindestwert von einer Stunde täglich vor; Abweichungen von diesem Mindestwert sind nur dann zu berücksichtigen, wenn der tatsächliche Betreuungsaufwand diesen Mindestwert erheblich überschreitet. Ist also ein tatsächlicher Mehraufwand im Verhältnis zu einem gesunden gleichaltrigen Kind gegeben, ist jedenfalls der Mindestwert heranzuziehen. Liegt der tatsächliche Mehraufwand erheblich über dem Mindestwert, kann dieser überschritten werden, wobei aber jedenfalls nur der Mehraufwand - nach unten begrenzt durch den Mindestwert - relevant ist. Mit dieser Interpretation können § 1 Abs 4 EinstV zum WrPGG und § 4 Abs 3 WrPGG miteinander in Einklang gebracht werden, und es ist in diesem Sinn die in der Entscheidung 10 ObS 172/01v enthaltene Aussage zu präzisieren, wonach bei den in § 1 Abs 4 EinstV vorgesehenen Mindestwerten der tatsächliche Mehraufwand im Vergleich zu einem gesunden gleichaltrigen Kind maßgeblich sei.Die EinstV zum WrPGG sieht in Paragraph eins, Absatz 4, für die Einnahme von Mahlzeiten einen zeitlichen Mindestwert von einer Stunde täglich vor; Abweichungen von diesem Mindestwert sind nur dann zu berücksichtigen, wenn der tatsächliche Betreuungsaufwand diesen Mindestwert erheblich überschreitet. Ist also ein tatsächlicher Mehraufwand im Verhältnis zu einem gesunden gleichaltrigen Kind gegeben, ist jedenfalls der Mindestwert heranzuziehen. Liegt der tatsächliche Mehraufwand erheblich über dem Mindestwert, kann dieser überschritten werden, wobei aber jedenfalls nur der Mehraufwand - nach unten begrenzt durch den Mindestwert - relevant ist. Mit dieser Interpretation können Paragraph eins, Absatz 4, EinstV zum WrPGG und Paragraph 4, Absatz 3, WrPGG miteinander in Einklang gebracht werden, und es ist in diesem Sinn die in der Entscheidung 10 ObS 172/01v enthaltene Aussage zu präzisieren, wonach bei den in Paragraph eins, Absatz 4, EinstV vorgesehenen Mindestwerten der tatsächliche Mehraufwand im Vergleich zu einem gesunden gleichaltrigen Kind maßgeblich sei.

b) Reinigung im Fall von Inkontinenz:

Auch in Bezug auf den vom Erstgericht mit 20 Stunden angenommenen Betreuungs- und Hilfsaufwand für Reinigung im Fall von Inkontinenz fehlt es an einer eindeutigen Feststellung des Mehraufwands im Vergleich zu einem gesunden Kind im Alter des Klägers. Die EinstV zum WrPGG sieht für die Inkontinenzreinigung einen Richtwert von 4 x 10 Minuten täglich (20 Stunden monatlich) vor. Auch hier ist allerdings zu klären, ob und in welchem Ausmaß ein tatsächlicher Mehraufwand gegeben ist; dieser Wert ist der Beurteilung des Pflegegeldanspruchs zugrunde zu legen.

c) Mobilitätshilfe im engeren Sinn:

Unter Mobilitätshilfe im engeren Sinn wird die notwendige Unterstützung bei allen gewöhnlichen und regelmäßig wiederkehrenden Ortswechseln im häuslichen Bereich sowie bei allen im Ablauf des täglichen Lebens vorkommenden Lagewechseln verstanden. Dazu gehören die Unterstützung beim Aufstehen und Zubettgehen, Stehen und Treppensteigen, also bei allen gewöhnlichen und regelmäßig wiederkehrenden Ortswechseln im häuslichen Bereich sowie bei allen im Ablauf des täglichen Lebens vorkommenden Lagewechseln. Die aktuelle Fassung der EinstV zum WrPGG, die aufgrund der in ihrem § 9 enthaltenen Inkrafttretensbestimmung auch auf den vorliegenden Fall anzuwenden ist (RIS-Justiz RS0031419), sieht in § 1 Abs 3 für Mobilitätshilfe im engeren Sinn einen Richtwert von täglich 30 Minuten (monatlich 15 Stunden) vor. Das Erstgericht ist von einem Betreuungsaufwand von monatlich 30 Stunden ausgegangen. Auch hier fehlt es an einer eindeutigen Feststellung des pflegegeldrelevanten Mehraufwands im Vergleich zu einem gesunden Kind im Alter des Klägers.Unter Mobilitätshilfe im engeren Sinn wird die notwendige Unterstützung bei allen gewöhnlichen und regelmäßig wiederkehrenden Ortswechseln im häuslichen Bereich sowie bei allen im Ablauf des täglichen Lebens vorkommenden Lagewechseln verstanden. Dazu gehören die Unterstützung beim Aufstehen und Zubettgehen, Stehen und Treppensteigen, also bei allen gewöhnlichen und regelmäßig wiederkehrenden Ortswechseln im häuslichen Bereich sowie bei allen im Ablauf des täglichen Lebens vorkommenden Lagewechseln. Die aktuelle Fassung der EinstV zum WrPGG, die aufgrund der in ihrem Paragraph 9, enthaltenen Inkrafttretensbestimmung auch auf den vorliegenden Fall anzuwenden ist (RIS-Justiz RS0031419), sieht in Paragraph eins, Absatz 3, für Mobilitätshilfe im engeren Sinn einen Richtwert von täglich 30 Minuten (monatlich 15 Stunden) vor.

Das Erstgericht ist von einem Betreuungsaufwand von monatlich 30 Stunden ausgegangen. Auch hier fehlt es an einer eindeutigen Feststellung des pflegegeldrelevanten Mehraufwands im Vergleich zu einem gesunden Kind im Alter des Klägers.

Das Berufungsgericht meint offenbar, dass im Rahmen der Mobilitätshilfe im engeren Sinn zusätzlich zu den bereits vom Erstgericht angenommenen 30 Stunden pro Monat noch für "vermehrte Lagerungen und unterstützende Haltegriffe bei den einzelnen Pflegemaßnahmen" 20 Stunden pro Monat, für das Herumtragen als pflegerische (präventive) Maßnahme zwecks Verhinderung des Fortschreitens der Spastizität 10 Stunden pro Monat, für die Verhinderung ernsthafter körperlicher Gefahr im Zusammenhang mit der Störung im Antriebs- und Stimmungsbereich 15 Stunden pro Monat, für den häufigen Kleiderwechsel 5 Stunden pro Monat und für die nächtliche Betreuung des Klägers 15 Stunden pro Monat zu berücksichtigen seien. Diese Maßnahmen im angeführten zeitlichen Ausmaß sind weder in die vom Erstgericht getroffenen und vom Berufungsgericht übernommenen Feststellungen noch in die von der Judikatur entwickelte Definition von Mobilitätshilfe im engeren Sinn einordenbar.

d) Mobilitätshilfe im weiteren Sinn:

Für Mobilitätshilfe im weiteren Sinn sieht die EinstV zum WrPGG einen Fixwert von 10 Stunden pro Monat vor.

Da nach den Feststellungen im Rahmen der Mobilitätshilfe im weiteren Sinn von einem pflegebedingten Mehraufwand im Vergleich zu einem gesunden Kind im Alter des Klägers auszugehen ist, haben die Vorinstanzen ihren Entscheidungen zutreffend den - weder bei Kindern und Jugendlichen noch bei Erwachsenen überschreitbaren - Fixwert von 10 Stunden monatlich zugrunde gelegt, Ein pflegebedingter Mehraufwand ist nämlich auch dann zu bejahen, wenn zwar ein gesundes Kind im Alter des Klägers bestimmte Verrichtungen nicht selbst vornehmen kann, aber dieser Verrichtungen gar nicht bedarf, weil es gesund ist (10 ObS 172/01v und 10 ObS 403/01i). Nach der nunmehrigen Judikatur umfasst die Mobilitätshilfe im weiteren Sinn auch die Begleitung, wenn der Kläger krankheits- oder therapiebedingt zu Untersuchungen, Behandlungen und Kontrollen gebracht werden muss (10 ObS 403/01i für Fahrten zum Arzt).

2. In eingehender Weise setzt sich der Revisionswerber mit der höchstgerichtlichen Judikatur zur Pflegegeldrelevanz von therapeutischen Maßnahmen auseinander. Der Oberste Gerichtshof sieht sich auch nach neuerlicher Prüfung - insbesondere auch der von Pfeffer (Glosse zu ZAS 1998/11 = SSV-NF 10/130) und Tomandl (Einige grundsätzliche Überlegungen zum Pflegegeldanspruch, ZAS 1999, 13, sowie SV-System, 13. Erg-Lfg 344) vorgetragenen Argumente - nicht veranlasst, die bisherige Rechtsprechung zu ändern. Das Pflegegeld soll pflegebedürftigen Personen soweit wie möglich die notwendige Betreuung und Hilfe sichern sowie die Möglichkeit zu verbessern, ein selbstbestimmtes, bedürfnisorientiertes Leben zu führen (§ 1 WrPGG). Der Anspruch setzt voraus, dass der ständige Betreuungs- und Hilfsbedarf (Pflegebedarf) voraussichtlich mindestens sechs Monate andauern wird (§ 4 Abs 1 WrPGG). Nun ist zwar richtig, dass die Begriffe "Betreuung" und "Hilfe" nicht in den Pflegegeldgesetzen, sondern aufgrund einer Ermächtigung, wie sie auch in § 4 Abs 4 WrPGG enthalten ist, in den Einstufungsverordnungen definiert werden. Daraus kann aber nicht abgeleitet werden, dass das Gesetz zu Unrecht anhand der Verordnung ausgelegt würde. Vielmehr ist auf die legistische Genese zu verweisen: In § 105a ASVG idF vor BGBl 1993/110 war die Wortfolge "Wartung und Hilfe" enthalten. Von der Verwendung des Begriffs "Wartung" in den Pflegegeldgesetzen wurde (lediglich) aufgrund seiner negativen Besetzung Abstand genommen und statt dessen der Begriff "Betreuung" gewählt (RV 776 BlgNR 18. GP 26). Eine inhaltliche Änderung gegenüber der Judikatur des OGH zu § 105a ASVG war nicht beabsichtigt (Pfeil, Bundespflegegeldgesetz 82). Im Gegenteil hat die Judikatur zu den Begriffen Wartung (Betreuung) und Hilfe bei der Zuordnung in den Einstufungsverordnungen Berücksichtigung gefunden (Gruber/Pallinger, BPGG, § 4 Rz 5). Es ist daher davon auszugehen, dass schon die in den Pflegegeldgesetzen verwendeten Begriffe der Betreuung und Hilfe einen der Auslegung zugänglichen Inhalt haben. An diesen Inhalt haben sich die Begriffsdefinitionen in den Einstufungsverordnungen zu halten. Damit bestehen aber auch keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die in den Pflegegeldgesetzen enthaltenen Ermächtigungen, die Begriffe "Betreuung" und "Hilfe" in den Einstufungsverordnungen zu definieren. Auch die Ausführungen des Revisionswerbers zur angeblichen Gesetzwidrigkeit der Kriterien und Definitionen der Verordnung der Wiener Landesregierung über die Beurteilung des Pflegebedarfes nach dem Wiener Pflegegeldgesetz, der Pensionsordnung 1995 und dem Unfallfürsorgegesetz 1967, LGBl 2000/33, sind nicht geeignet, Bedenken in Richtung Verfassungswidrigkeit zu erwecken, zumal sich die Definitionen innerhalb des gesetzlichen Inhalts der Begriffe "Betreuung" und "Hilfe" bewegen.2. In eingehender Weise setzt sich der Revisionswerber mit der höchstgerichtlichen Judikatur zur Pflegegeldrelevanz von therapeutischen

Maßnahmen auseinander. Der Oberste Gerichtshof sieht sich auch nach neuerlicher Prüfung - insbesondere auch der von Pfeffer (Glosse zu ZAS 1998/11 = SSV-NF 10/130) und Tomandl (Einige grundsätzliche Überlegungen zum Pflegegeldanspruch, ZAS 1999, 13, sowie SV-System, 13. Erg-Lfg 344) vorgetragenen Argumente - nicht veranlasst, die bisherige Rechtsprechung zu ändern. Das Pflegegeld soll pflegebedürftigen Personen soweit wie möglich die notwendige Betreuung und Hilfe sichern sowie die Möglichkeit zu verbessern, ein selbstbestimmtes, bedürfnisorientiertes Leben zu führen (Paragraph eins, WrPGG). Der Anspruch setzt voraus, dass der ständige Betreuungs- und Hilfsbedarf (Pflegebedarf) voraussichtlich mindestens sechs Monate andauern wird (Paragraph 4, Absatz eins, WrPGG). Nun ist zwar richtig, dass die Begriffe "Betreuung" und "Hilfe" nicht in den Pflegegeldgesetzen, sondern aufgrund einer Ermächtigung, wie sie auch in Paragraph 4, Absatz 4, WrPGG enthalten ist, in den Einstufungsverordnungen definiert werden. Daraus kann aber nicht abgeleitet werden, dass das Gesetz zu Unrecht anhand der Verordnung ausgelegt würde. Vielmehr ist auf die legistische Genese zu verweisen: In Paragraph 105 a, ASVG in der Fassung vor BGBl 1993/110 war die Wortfolge "Wartung und Hilfe" enthalten. Von der Verwendung des Begriffs "Wartung" in den Pflegegeldgesetzen wurde (lediglich) aufgrund seiner negativen Besetzung Abstand genommen und statt dessen der Begriff "Betreuung" gewählt (RV 776 BlgNR 18. GP 26). Eine inhaltliche Änderung gegenüber der Judikatur des OGH zu Paragraph 105 a, ASVG war nicht beabsichtigt (Pfeil, Bundespflegegeldgesetz 82). Im Gegenteil hat die Judikatur zu den Begriffen Wartung (Betreuung) und Hilfe bei der Zuordnung in den Einstufungsverordnungen Berücksichtigung gefunden (Gruber/Pallinger, BPGG, Paragraph 4, Rz 5). Es ist daher davon auszugehen, dass schon die in den Pflegegeldgesetzen verwendeten Begriffe der Betreuung und Hilfe einen der Auslegung zugänglichen Inhalt haben. An diesen Inhalt haben sich die Begriffsdefinitionen in den Einstufungsverordnungen zu halten. Damit bestehen aber auch keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die in den Pflegegeldgesetzen enthaltenen Ermächtigungen, die Begriffe "Betreuung" und "Hilfe" in den Einstufungsverordnungen zu definieren. Auch die Ausführungen des Revisionswerbers zur angeblichen Gesetzwidrigkeit der Kriterien und Definitionen der Verordnung der Wiener Landesregierung über die Beurteilung des Pflegebedarfes nach dem Wiener Pflegegeldgesetz, der Pensionsordnung 1995 und dem Unfallfürsorgegesetz 1967, LGBl 2000/33, sind nicht geeignet, Bedenken in Richtung Verfassungswidrigkeit zu erwecken, zumal sich die Definitionen innerhalb des gesetzlichen Inhalts der Begriffe "Betreuung" und "Hilfe" bewegen.

Von diesen beiden Begriffen sind (zumindest im weiteren Sinn) lebenswichtige Verrichtungen nichtmedizinischer Art umfasst (SSV-NF 11/7; 10/130 uva). Der Begriff "Betreuung" betrifft primär den persönlichen Lebensbereich des Pflegebedürftigen. Würden diese in relativ kurzer Folge notwendigen Verrichtungen entfallen, wäre der pflegebedürftige Mensch der Verwahrlosung ausgesetzt. Bei den Maßnahmen der Hilfe geht es dagegen mehr um den sachlichen Lebensbereich, konkret um aufschiebbare Verrichtungen, die zur Sicherung der Existenz erforderlich sind (Pfeil, Bundespflegegeldgesetz 82).

Demgegenüber kommt der Begriff der "Pflege" in den Pflegegeldgesetzen nicht als eigenständiger Begriff vor. Sein Inhalt kann auch nicht aus § 146 ABGB gewonnen werden. Gemäß § 144 ABGB sind die Eltern zur Pflege und Erziehung des minderjährigen Kindes verpflichtet. Die Pflege umfasst nach § 146 Abs 1 ABGB insbesondere die Wahrung des körperlichen Wohles und der Gesundheit sowie die unmittelbare Aufsicht, die Erziehung, besonders die Entfaltung der körperlichen, geistigen, seelischen und sittlichen Kräfte, die Förderung der Anlagen, Fähigkeiten, Neigungen und Entwicklungsmöglichkeiten des Kindes sowie dessen Ausbildung in Schule und Beruf. Dieser auf einer möglichst umfassenden Fürsorgepflicht der Eltern beruhende familienrechtliche Pflegebegriff im Sinn des § 146 Abs 1 ABGB lässt sich wegen des völlig anders gearteten Zwecks nicht auf die Bestimmungen über das Pflegegeld übertragen, die sich nicht primär an Minderjährige richten. Vielmehr wollen die Pflegegeldgesetze gerade den altersbedingten Pflegeaufwand, auf den sich § 146 Abs 1 ABGB (auch) bezieht, ausscheiden (siehe auch SSV-NF 10/130 = ZAS 1998/11 mit insoweit zust Anm von Pfeffer).Demgegenüber kommt der Begriff der "Pflege" in den Pflegegeldgesetzen nicht als eigenständiger Begriff vor. Sein Inhalt kann auch nicht aus Paragraph 146, ABGB gewonnen werden. Gemäß Paragraph 144, ABGB sind die Eltern zur Pflege und Erziehung des minderjährigen Kindes verpflichtet. Die Pflege umfasst nach Paragraph 146, Absatz eins, ABGB insbesondere die Wahrung des körperlichen Wohles und der Gesundheit sowie die unmittelbare Aufsicht, die Erziehung, besonders die Entfaltung der körperlichen, geistigen, seelischen und sittlichen Kräfte, die Förderung der Anlagen, Fähigkeiten, Neigungen und Entwicklungsmöglichkeiten des Kindes sowie dessen Ausbildung in Schule und Beruf. Dieser auf einer möglichst umfassenden Fürsorgepflicht der Eltern beruhende familienrechtliche Pflegebegriff im Sinn des Paragraph 146, Absatz eins, ABGB lässt sich wegen des völlig anders gearteten Zwecks nicht auf die Bestimmungen über das Pflegegeld übertragen, die sich nicht primär an Minderjährige

richten. Vielmehr wollen die Pflegegeldgesetze gerade den altersbedingten Pflegeaufwand, auf den sich Paragraph 146, Absatz eins, ABGB (auch) bezieht, ausscheiden (siehe auch SSV-NF 10/130 = ZAS 1998/11 mit insoweit zust Anmerkung von Pfeffer).

Der erkennende Senat hat schon wiederholt ausgesprochen, dass therapeutische Verfahren, die der Erhaltung oder Verbesserung des Gesundheitszustandes dienen, weder der Betreuung noch der Hilfe zuzurechnen sind (SSV-NF 11/7; SSV-NF 10/130 = ZAS 1998/11 mit insoweit ablehnender Glosse von Pfeffer). An dieser Rechtsprechung hat der erkennende Senat auch in jüngster Zeit (SSV-NF 13/76; 10 ObS 216/00p) trotz der in der Literatur erhobenen Einwände festgehalten. Nicht unerwähnt soll bleiben, dass Fürstl-Grasser/Pallinger (Die neue EinstV zum BPGG samt Erläuterungen, SozSi 1999, 282 ff) unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die Ausführungen von Tomandl aaO darauf hinweisen, bei der Einstufung von Kindern werde insbesondere kritisiert, dass therapeutische Maßnahmen bei der Beurteilung des Pflegebedarfes nicht berücksichtigt werden. Dieses Einstufungsproblem berühre in erster Linie den Zuständigkeitsbereich der Länder, die sich unter Einbeziehung des Bundesministeriums für Arbeit, Gesundheit und Soziales in Arbeitskreisen bereits mit dieser Frage befassen. Daraus kann erschlossen werden, dass de lege ferenda durchaus Bedarf nach einer Einbeziehung therapeutischer Maßnahmen gesehen wird. De lege lata kann jedoch nach Ansicht des Obersten Gerichtshofes ein Anspruch auf Berücksichtigung therapeutischer Maßnahmen nicht abgeleitet werden, sodass auch im vorliegenden Fall ein solcher Aufwand nicht die für eine bestimmte Pflegegeldstufe erforderliche Stundenzahl unter dem Titel "Sonstige Pflegemaßnahmen" anzuheben vermag.

Nun enthält die Entscheidung des Erstgerichts den Hinweis, dass das Vorgehen nach dem Therapiekonzept von Pfeiffer/Meisl nicht gänzlich als therapeutische Maßnahme zu beurteilen sei, sondern mehr als pflegerisch-präventive Maßnahme, die der fehlenden Selbständigkeit des deshalb auf permanente Zuwendung der Eltern angewiesenen Kindes Rechnung trage und den lebenswichtigen Kontakt zu den Bezugspersonen erhalte. Da das freie Liegen auf dem Boden dem Therapiekonzept in dem Sinn zuwiderlaufe, dass dadurch die Spastizität gefördert werde, werde der Kläger fast ständig mit einem der Überstreckung entgegenwirkenden Spezialgriff getragen.

Daraus ergibt sich aber doch, dass insgesamt eine einer therapeutischen Maßnahme zumindest vergleichbare Maßnahme vorliegt, die ebenfalls auf die Erhaltung (oder die Verbesserung) des Gesundheitszustandes des Betroffenen abzielt. Diese Verrichtungen sind aber nicht als pflegegeldrelevante Leistungen anzusehen, weil sie weder dem Begriff der Betreuung noch dem der Hilfe zuzurechnen sind (10 ObS 216/00p).

Quelle: Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, http://www.ogh.gv.at

© 2025 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at