



Stellungnahme

des

**Bundesverbandes privater Anbieter sozialer Dienste e.V.
(bpa)**

zum

**Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung
der zivilrechtlichen Vorschriften des Heimgesetzes
nach der Föderalismusreform**

**Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD
BT-Drs. 16/12409**

Berlin, 15. April 2009

I. Vorbemerkung

Nachdem im Zuge der Föderalismusreform die Gesetzgebungskompetenz für das Heimrecht auf die Länder übertragen wurde, sind in einigen Bundesländern bereits ordnungsrechtliche Neuregelungen in Kraft getreten. Zum Teil wurden in die Landesgesetze jedoch auch zivilrechtliche Regelungen aufgenommen; zwischen Bund und einzelnen Ländern bestanden offenbar unterschiedliche Auffassungen hinsichtlich der Gesetzgebungskompetenz jenseits der heimordnungsrechtlichen Regelungen. Leidtragende dieser unterschiedlichen Positionen sind Einrichtungsträger und Verbraucher, die aktuell vor das für sie kaum lösbare Problem einer rechtssicheren Vertragsgestaltung gestellt sind - bereits jetzt existieren in einigen Landesgesetzen zivilrechtliche Regelungen, die von den Vorschriften des Heimgesetzes abweichen. Für die in oder durch Einrichtungen der Alten- und Behindertenhilfe versorgten Verbraucher ist es jedoch unerlässlich, Rechtsklarheit über die für sie einschlägigen gesetzlichen Regelungen zu erhalten. Gleiches gilt für die Betreiber der sie versorgenden Einrichtungen, die angewiesen sind auf praktikable und verlässliche Rahmenbedingungen, um sich im Markt positionieren und wettbewerbsfähig bleiben zu können.

Der bpa begrüßt daher grundsätzlich die beabsichtigte Weiterentwicklung der zivilrechtlichen Vorschriften im Gesetz zur Regelung von Verträgen über Wohnraum mit Pflege- oder anderen Betreuungsleistungen (Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz – WBVG) mit dem Ziel, ein bundeseinheitliches Vertragsrecht zu sichern und einer weiteren Zersplitterung des Heimrechts entgegen zu wirken. Nachdem – zum jetzigen Zeitpunkt durchaus überraschend - mehrere Bundesländer offenbar nach wie vor die Gesetzgebungskompetenz des Bundes in diesem Bereich bezweifeln, ist zu hoffen, dass es nunmehr gelingt, die Akteure auch und gerade im Verbraucherinteresse von der Notwendigkeit einer bundeseinheitlichen Regelung zu überzeugen.

II. Artikel 1 - Gesetz zur Regelung von Verträgen über Wohnraum mit Pflege- oder Betreuungsleistungen (Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz – WBVG)

Zu den einzelnen Regelungen nehmen wir wie folgt Stellung:

§ 1 Anwendungsbereich

§ 1 Absatz 1

(1) Dieses Gesetz ist anzuwenden auf einen Vertrag zwischen einem Unternehmer und einem volljährigen Verbraucher, in dem sich der Unternehmer zu Überlassung von Wohnraum und zur Erbringung von Pflege- und Betreuungsleistungen verpflichtet, die der Bewältigung eines durch Alter, Pflegebedürftigkeit oder Behinderung bedingten Hilfebedarfs dienen. Unerheblich ist, ob die Pflege- oder Betreuungsleistungen nach den vertraglichen Vereinbarungen vom Unternehmer zur Verfügung gestellt oder vorgehalten werden. Das Gesetz ist nicht anzuwenden, wenn der Vertrag neben der Überlassung von Wohnraum ausschließlich die Erbringung von allgemeinen Betreuungsleistungen wie die Vermittlung von Pflege- oder Betreuungsleistungen, Leistungen der hauswirtschaftlichen Versorgung oder Notrufdienste zum Gegenstand hat.

Das WBVG soll Anwendung finden für Verträge zwischen volljährigen Verbrauchern und Unternehmern über die Überlassung von Wohnraum mit Pflege- oder anderen Betreuungsleistungen zur Bewältigung eines alters-, krankheits- oder behinderungsbedingten Hilfebedarfs. Die Loslösung von der Wohnform „Heim“ und die noch im Referentenentwurf vorgesehene

Erweiterung des Anwendungsbereichs auf grundsätzlich alle Verträge, die die Überlassung von Wohnraum mit der Erbringung, Vorhaltung oder Vermittlung von Pflege- oder anderen Betreuungsleistungen verbinden, stellte aus Sicht des bpa einen nicht unproblematischen Paradigmenwechsel dar. Insofern wird begrüßt, dass die bewährte Regelung des § 1 Abs. 2 HeimG nunmehr beibehalten werden soll. Die Fokussierung des Referentenentwurfs auf „typische Dienstleistungen“ (wie z.B. auch hauswirtschaftliche Versorgung, Verpflegung oder allgemeine Betreuungsleistungen, wie z.B. Notrufdienste), die in Anspruch genommen werden müssen, um ein Leben im Alter sowie mit Pflegebedürftigkeit oder Behinderungen bewältigen zu können, war wenig hilfreich und gefährdete den Bestand des Betreuten Wohnens als solches, obwohl gerade diese Wohnform mit Erbringung nur allgemeiner Betreuungsleistungen eine autonome Lebensführung ermöglicht und gerade nicht zu einer doppelten Abhängigkeit des Verbrauchers von einem Unternehmer führt.

Der Referentenentwurf stellte noch zu Unrecht die Frage, ob die Tages- und Nachtpflege mit der Überlassung von Wohnraum verbunden sei. Dies ist eindeutig nicht der Fall. Der Wohnraum der Tages- und Nachtpflege Gäste, die die entsprechenden Leistungen des § 41 SGB XI zudem nur an einzelnen Wochentagen in Anspruch nehmen, verbleibt im Haushalt des Verbrauchers. Konsequenterweise verzichtet der Gesetzentwurf der Fraktionen nun auch auf die entsprechende Anwendung des WBVG auf Verträge über Leistungen der Tages- oder Nachtpflege. Nachdem jedoch die Zweifel daran, dass die Tages- und Nachtpflege keine Überlassung von Wohnraum beinhaltet, bereits geäußert wurden, regt der bpa an, in der Gesetzesbegründung einen entsprechenden klarstellenden Hinweis aufzunehmen, um langwierige Rechtsstreitigkeiten zu diesem Punkt zu vermeiden und Verbrauchern wie Unternehmern die notwendige Rechtsklarheit zu bieten.

§ 3 Informationspflichten vor Vertragsschluss

§ 3 Absatz 3 Ziff. 1, 2 und 3

- (3) Zur Information über die für den Verbraucher in Betracht kommenden Leistungen gehört die Darstellung
1. des Wohnraums, der Pflege- und Betreuungsleistungen, gegebenenfalls der Verpflegung als Teil der Betreuungsleistungen sowie der einzelnen weiteren Leistungen nach Art, Inhalt und Umfang,
 2. des den Pflege- oder Betreuungsleistungen zugrunde liegenden Leistungskonzepts,
 3. der für die in Nummer 1 benannten Leistungen jeweils zu zahlenden Entgelte, der nach § 82 Absatz 3 und 4 des Elften Buches Sozialgesetzbuch gesondert berechenbaren Investitionskosten sowie des Gesamtentgelts,
- ...

Nach Abs. 3 Ziff. 1 und 2 soll zur vorvertraglichen Information über die für den Verbraucher in Betracht kommenden Leistungen die Darstellung von Art, Inhalt und Umfang der einzelnen Leistungen sowie das den Leistungen zugrunde liegende Leistungskonzept gehören. Nach der Begründung soll es um eine konkrete Darstellung dessen gehen, was aus Sicht des Unternehmers aus einer möglicherweise Vielzahl von verschiedenen Leistungen für den Verbraucher in Frage kommt. Dem Wortlaut und der Begründung zufolge ist daher im Rahmen der vorvertraglichen Information bereits auf den einzelnen Verbraucher abzustellen. Die vorvertragliche Informationspflicht soll den Verbraucher in die Lage versetzen, verschiedene Angebote einzuholen, zu vergleichen und auf dieser Grundlage seine Entscheidung für eine

Einrichtung/Wohnform treffen. Insofern wird der Unternehmer bereits einem „nur“ als Interessent anfragenden Verbraucher diese Informationen zukommen lassen müssen. Zu diesem Zeitpunkt kann jedoch eine auf den Verbraucher zugeschnittene Leistungskonkretisierung noch nicht erfolgen.

Angesichts der mit der Nichterfüllung der Informationspflichten verbundenen negativen Rechtsfolgen für den Unternehmer muss klargestellt sein, auf welche Weise der Unternehmer die Anforderungen an die einzelnen Informationen erfüllen kann. Dies betrifft auch und insbesondere Art, Inhalt und Umfang der einzelnen Leistungen, das zugrunde liegende Leistungskonzept und die für die Leistungen jeweils zu zahlenden Entgelte.

Bspw. im Bereich der vollstationären Versorgung benennen die Rahmenverträge nach § 75 SGB XI die im Rahmen der allgemeinen Pflegeleistungen zu erbringenden Hilfen nach „Verrichtungsgruppen“ i.S.v. § 14 Abs. 4 SGB XI (z.B. Hilfen bei der Körperpflege) und zählen die entsprechenden in Betracht kommenden Hilfeleistungen mit weiteren Details auf (für den Bereich der Körperpflege nur z.B.: „die Zahnpflege; diese umfasst insbesondere das Zähneputzen, die Prothesenversorgung, die Mundhygiene, Soor- und Parotitisprophylaxe“). Eine weitergehende Leistungsbeschreibung im Rahmen der vorvertraglichen Informationspflicht wie auch im Rahmen des Vertrages kann sinnvollerweise nicht gefordert werden. Insofern regt der bpa an, einen entsprechenden Hinweis in die Begründung aufzunehmen.

Das Leistungskonzept ergibt sich im Hinblick auf die in der Begründung genannten Beispiele etwa der baulichen Gegebenheiten, der Qualifikation des Personals, der „versorgten“ Krankheitsbilder entgegen der der Begründung zugrunde gelegten Annahme im einzelnen regelmäßig nicht aus den Versorgungsverträgen gemäß § 72 SGB XI. So kann einem Versorgungsvertrag in der Regel nicht ausdrücklich entnommen werden, dass ggf. Menschen mit bestimmten Krankheitsbildern in der Einrichtung nicht versorgt werden können, weil es eine Spezifikation des zu versorgenden Verbraucherkreises in dieser Form regelmäßig nicht gibt. Das Leistungskonzept soll jedoch ausweislich der Entwurfsbegründung zu einer besonderen Form der Geschäftsgrundlage werden. Darüber hinaus kann ein Ausschluss der Verpflichtung zur Leistungsanpassung nach § 8 Abs. 4 nur wirksam vereinbart werden, wenn der Unternehmer unter Berücksichtigung des dem Vertrag zugrunde gelegten Leistungskonzepts daran ein berechtigtes Interesse hat. Will der Unternehmer den für ihn negativen Rechtsfolgen bei nicht wirksamer Vereinbarung des Ausschlusses entgehen, muss er, falls er nicht etwa auf einen Verbraucherkreis mit bestimmten Krankheitsbildern spezialisiert ist, alle nur denkbaren Fallvarianten, in denen ihm beispielsweise eine fachgerechte Versorgung nicht möglich ist, als „Ausschlussstatbestände“ in sein allgemeines Leistungskonzept aufnehmen. Dies überspannt die Anforderungen an die Informationspflicht der Unternehmer. Um hier nicht weitere bürokratische Hürden aufzubauen, darf dem Leistungskonzept aus Sicht des bpa jedenfalls im Zusammenhang mit § 8 Abs. 4 eine derart rechtserhebliche Bedeutung nicht beigemessen werden.

Gleiches gilt entsprechend beispielsweise in unter den Anwendungsbereich des WBG fallenden Wohnformen, in denen eine Betreuung durch einen ambulanten Pflegedienst erfolgt. Ebenso wenig wie im stationären Bereich ist bei Pflegediensten aus dem Versorgungsvertrag nach § 72 SGB XI ein Leistungskonzept ableitbar. Hinzu kommt, dass die Leistungen nach SGB XI im ambulanten Bereich vom Verbraucher frei wählbar sind und diese Wahl keiner Einflussnahme des Pflegedienstes unterliegt. Hier wird besonders deutlich, dass eine individualisierte Beschreibung der Einzelleistungen nicht möglich ist.

Im Hinblick auf die für die einzelnen Leistungen jeweils zu zahlenden Entgelte ist dringend klarzustellen, dass im Bereich des SGB XI, XII und ggf. V die Angabe der nach deren Rege-

lungen vereinbarten Vergütungen für allgemeine Pflegeleistungen (Pflegesatz), Maßnahmenpauschalen, Leistungskomplexe etc. ausreichend ist und keine – den Unternehmen aufgrund der gesetzlichen Vergütungsvereinbarungssystematik unmögliche – Ausweisung der Entgelte für die jeweiligen, bspw. im Rahmenvertrag aufgezählten Einzelleistungen, erforderlich ist.

§ 3 Absatz 4

(4) Erfüllt der Unternehmer seine Informationspflichten nach den Absätzen 1 bis 3 nicht, ist § 6 Absatz 2 Satz 2 und 3 entsprechend anzuwenden.

Auf eine Sanktionierung der Verletzung der vorvertraglichen Informationspflicht in Form der Einräumung eines jederzeitigen außerordentlichen Kündigungsrechts sollte aus Sicht des bpa verzichtet werden, insbesondere wenn in der Zwischenzeit ein wirksamer Vertrag geschlossen wurde. § 3 Absatz 3 enthält eine Vielzahl von Anforderungen an die vorvertragliche Information, die neben den inhaltlichen auch zahlreiche mit unbestimmten Rechtsbegriffen benannte Voraussetzungen erfüllen muss (rechtzeitig, leicht verständliche Sprache etc.). Dies birgt im Hinblick auf die Frage, ob die Informationspflicht in jedweder Hinsicht erfüllt wurde, hohes Streitpotential. Ist ein wirksamer Vertrag geschlossen worden, darf eine unterbliebene, unvollständige oder streitbefangene vorvertragliche Information nicht dazu führen, dass trotz des wirksamen Vertragsschlusses ein jederzeitiges sofortiges Kündigungsrecht des Verbrauchers besteht. Der Verbraucher ist durch das Recht zur ordentlichen Kündigung, die mit einer ohnehin recht kurzen Frist möglich ist, ausreichend geschützt.

§ 4 Vertragsschluss und Vertragsdauer

§ 4 Absatz 1

(1) Der Vertrag wird auf unbestimmte Zeit geschlossen. Die Vereinbarung einer Befristung ist einschließlich möglicher Vertragsverlängerungen bis zu einer Gesamtdauer von drei Monaten zulässig, wenn die Befristung den Interessen des Verbrauchers nicht widerspricht. Liegen die Voraussetzungen des Satzes 2 nicht vor, gilt der Vertrag für unbestimmte Zeit, sofern nicht der Verbraucher seinen entgegenstehenden Willen innerhalb von zwei Wochen nach Ende der vereinbarten Vertragsdauer dem Unternehmer erklärt.

§ 4 Abs. 1 will eine Befristung des Vertrages einschließlich möglicher Vertragsverlängerungen nur bis zu einer Gesamtdauer von drei Monaten zulassen, wenn die Befristung den Interessen des Verbrauchers nicht widerspricht. Damit soll verhindert werden, dass der Unternehmer wiederholt den Vertrag befristet und dadurch einen Vertragsabschluss auf unbestimmte Zeit vereitelt. Derartige Fälle sind indessen aus der Praxis nicht bekannt.; jeder Unternehmer wird regelmäßig gerade an langfristigen, verlässlichen Vertragsbeziehungen interessiert sein. Insofern ist nicht nachvollziehbar, weshalb nicht an der bewährten Regelung des § 8 Abs. 1 festgehalten werden soll. Die Regelung lässt darüber hinaus vollkommen unberücksichtigt, dass beispielsweise im Rahmen der Eingliederungshilfe Befristungen der Leistungsbewilligungen durch die Sozialhilfeträger die Regel sind; insofern muss auch eine über drei Monate hinausgehende Befristung weiterhin möglich bleiben.

Nach § 4 Abs. 1 kann eine Befristung bspw. über 5 Monate auch dann nicht wirksam vereinbart werden, wenn sie vom Verbraucher ausdrücklich gewünscht ist, etwa weil danach bspw. eine familiäre Versorgung mit Unterstützung eines Pflegedienstes sichergestellt ist. Der Vertrag soll dann gemäß Satz 3 für unbestimmte Zeit gelten. Der Verbraucher kann dem nur

entgehen, indem er entweder rechtzeitig vor Ende der Befristungsdauer unter Einhaltung von Form und Frist nach § 11 Abs. 1 S. 1 den Vertrag kündigt oder seinen Befristungswunsch innerhalb von zwei Wochen nach Ende der vereinbarten Vertragsdauer wiederholt. Weshalb einem Verbraucher, der die längere Befristung ausdrücklich wünscht, dieses aufgebürdet werden soll, erschließt sich auch unter dem Aspekt des Verbraucherschutzes und der Selbstbestimmung nicht. Darüber hinaus ist nicht einzusehen, dass die Entscheidung über die Vertragsdauer bis zum Ablauf von zwei Wochen nach Ende des vereinbarten Befristungszeitraums zur Disposition des Verbrauchers steht. An dieser Stelle wäre es sach- und interessengerechter, die Erklärung des Verbrauchers über seinen entgegenstehenden Willen spätestens zwei Wochen vor Ende der vereinbarten Vertragsdauer zu verlangen.

Auch im Verbraucherinteresse sollte daher aus Sicht des bpa eine Vertragsbefristung generell möglich bleiben und § 4 Abs. 1 wie folgt gefasst werden:

„(1) Der Vertrag wird auf unbestimmte Zeit geschlossen. Die Vereinbarung einer Befristung und Verlängerungen des Befristungszeitraums sind zulässig, wenn dies den Interessen des Verbrauchers nicht widerspricht.“

§ 4 Absatz 3

(3) Mit dem Tod des Verbrauchers endet das Vertragsverhältnis zwischen ihm und dem Unternehmer. Die vertraglichen Bestimmungen hinsichtlich der Behandlung des in den Räumen oder in Verwahrung des Unternehmers befindlichen Nachlasses des Verbrauchers bleiben wirksam. Eine Fortgeltung des Vertrags kann für die Überlassung des Wohnraums gegen Fortzahlung der darauf entfallenden Entgeltbestandteile vereinbart werden, soweit ein Zeitraum von zwei Wochen nach dem Sterbetag des Verbrauchers nicht überschritten wird. In diesen Fällen ermäßigt sich das geschuldete Entgelt um den Wert der ersparten Aufwendungen des Verbrauchers.

Die Vorschrift soll in engen Grenzen eine Fortgeltung des Vertrages über den Tod hinaus ermöglichen. Dies ist nach der Begründung von dem Gedanken getragen, dass nach dem Tod des Bewohners der überlassene Wohnraum in der Regel nicht sofort wieder belegbar ist, weil die Abwicklung von Formalitäten, Benachrichtigung von Angehörigen, Räumung des Zimmers und Renovierung einen gewissen Zeitraum in Anspruch nehmen. Dieser „Leerstand“ in einer Einrichtung kann angesichts der weiterlaufenden Betriebskosten dann nicht refinanziert werden. Dies gilt angesichts der zunehmend kürzeren Verweildauer pflegebedürftiger Menschen in stationären Einrichtungen und der damit verbundenen Fluktuation umso mehr. Deshalb hält es auch der bpa für sachgerecht, für einen Zeitraum von zwei Wochen nach dem Sterbetag eine Fortgeltung des Vertrages in engen Grenzen zuzulassen. Dies dient einerseits dem Interesse der Einrichtungen und andererseits auch den Interessen des Verbrauchers, dem mit dieser Vereinbarung wegen der dann nicht erforderlichen unverzüglichen Räumung des Wohnraums ein würdevoller Abschied durch seine Angehörigen ermöglicht wird. Zu Recht hebt die Begründung diesen Aspekt einer Fortgeltungsvereinbarung hervor.

§ 15 Abs. 1 (in der Begründung wohl versehentlich: § 16 Abs. 1) soll jedoch in Verbindung mit § 87a Abs. 1 S. 2 SGB XI bei Leistungsempfängern der Pflegeversicherung einer solchen Fortgeltungsvereinbarung entgegenstehen. Die für eine Zulässigkeit einer Fortgeltungsvereinbarung sprechenden Gründe sind jedoch so überzeugend wie unabhängig vom sozialrechtlichen Status des Verbrauchers zutreffend. Insofern ist nicht einzusehen, weshalb eine Vereinbarung einer Fortgeltung des Vertrags über den Tod hinaus mit Leistungsempfängern der Pflegeversicherung nicht möglich sein soll. Die beabsichtigte Harmonisierung mit § 87a

Abs. 1 S. 2 SGB XI erfordert es jedenfalls nicht, bei diesem Kreis der Verbraucher die Vereinbarung über eine Fortgeltung des Vertrages nicht zuzulassen. Zumindest im Hinblick auf die mögliche Weiterberechnung der Investitionskosten nach § 8 Abs. 8 HeimG besteht auch schon bisher kein Widerspruch zu § 87 a Abs. 1 S. 2 SGB XI. Diese Vorschrift findet sich systematisch bei den Regelungen zur Pflegesatzvereinbarung und schließt daher eine Weiterberechnung des Pflegesatzes nach einem Todesfall aus. § 87 a I S. 2 SGB XI kann den § 8 Abs. 8 S. 2 HeimG in bezug auf die investiven Entgelte allerdings nicht verdrängen, denn das SGB XI hat mit seinen Regelungen in den §§ 84 ff. nichts mit der Höhe und der Dauer der Zahlungsverpflichtung für Investitionsaufwendungen zu tun.

Angesichts der überzeugenden Gründe für eine Zulässigkeit der Fortgeltungsvereinbarung nach Todestag muss aus Sicht des bpa eine Vereinbarung über die Weiterberechnung der Entgeltbestandteile für Wohnraum und Investitionskosten, in jedem Fall jedoch für letztere für einen Zeitraum von zwei Wochen nach dem Sterbetag auch für in einem Pflegeheim lebende Leistungsempfänger der Pflegeversicherung ermöglicht werden.

§ 6 Schriftform und Vertragsinhalt

§ 6 Abs. 1 und 2

(1) Der Vertrag ist schriftlich abzuschließen. Der Abschluss des Vertrags in elektronischer Form ist ausgeschlossen. Der Unternehmer hat dem Verbraucher eine Ausfertigung des Vertrags auszuhändigen.

(2) Wird der Vertrag nicht in schriftlicher Form geschlossen, sind zu Lasten des Verbrauchers von den gesetzlichen Regelungen abweichende Vereinbarungen unwirksam, auch wenn sie durch andere Vorschriften dieses Gesetzes zugelassen werden; im Übrigen bleibt der Vertrag wirksam. Der Verbraucher kann den Vertrag jederzeit ohne Einhaltung einer Frist kündigen. Der schriftliche Vertragsschluss kann nachgeholt werden, wenn er aus besonderen Gründen sowie unter Berücksichtigung der Interessen des Verbrauchers unterblieben ist und unverzüglich nach Wegfall der besonderen Gründe erfolgt.

Die Regelung sieht für den Vertragsschluss zwischen Unternehmer und Verbraucher abweichend vom bisherigen Recht grundsätzlich die Schriftform vor. Dieses liegt aus Gründen der Rechts- und Beweissicherheit sowohl im Interesse des Verbrauchers als auch des Unternehmers. Dass bei Nichteinhaltung der Schriftform zulasten des Verbrauchers von den gesetzlichen Regelungen abweichende Vereinbarungen unwirksam sein sollen, ist sachgerecht; dies gilt allerdings nicht, soweit auch Vereinbarungen ohne weiteres unwirksam sein sollen, die nicht über die im Entwurf des WBVG vorgesehenen möglichen, gesondert zu vereinbarenden Abweichungen hinaus gehen. Der Verbraucher ist hier im Zweifel durch die Darlegungs- und Beweislast des Unternehmers hinreichend geschützt.

Gibt es besondere Gründe für die Nichteinhaltung des Schriftformgebots und ist eine Nachholung nach Absatz 2 Satz 3 zulässig, geht es allerdings einseitig zulasten des Unternehmers, wenn im Zeitraum zwischen (mündlichem) Vertragsschluss und Nachholung des schriftlichen Vertragsschlusses dem Verbraucher gleichwohl eine jederzeitige fristlose Kündigung möglich bleibt. Solange die Gründe für ein Unterbleiben des schriftlichen Vertragsschlusses in der Sphäre des Verbrauchers liegen und daher die ohnehin nur im Ausnahmefall mögliche Nachholung nach Absatz 2 Satz 3 zulässig ist, kann dies nicht zu einer Sanktionierung in Form des außerordentlichen Kündigungsrechts zuungunsten des Unternehmers führen.

Wenn darüber hinaus bei Vereitelung des schriftlichen Vertragsschlusses oder dessen Nachholung durch den Verbraucher auch diejenigen Regelungen nach § 6 Abs. 2 S. 1 unwirksam sind, die im Rahmen der durch das WBGV vorgesehenen Abweichungsmöglichkeiten zulässig sind, geht auch dieses einseitig zulasten der Einrichtungen. Dies wird insbesondere am Beispiel der in § 8 Abs. 4 vorgesehenen Möglichkeit des gesondert schriftlich zu vereinbarenden Ausschlusses der Anpassungspflicht deutlich. Unterbleibt ein solcher Ausschluss, bleibt der Unternehmer auch dann leistungspflichtig, wenn sich der Gesundheitszustand des Verbrauchers so verändert hat, dass seine fachgerechte Betreuung in bzw. durch die Einrichtung nicht mehr möglich ist. Gleichzeitig ist trotz dieser Tatsache nach § 12 Abs. 1 Ziff. 2 eine Kündigung durch den Unternehmer ausgeschlossen, weil diese Vorschrift für diesen Fall allein auf den wirksamen Ausschluss der Anpassungspflicht abstellt. Gerade daran fehlt es aber in den geschilderten Fällen. Ist eine Einrichtung bspw. nicht darauf ausgerichtet, Verbraucher mit bestimmten Krankheitsbildern zu versorgen, und hat einen entsprechenden Ausschluss seiner Anpassungspflicht zulässigerweise schriftlich angeboten, bleibt er nach dem Gesetzentwurf auch dann über seine Möglichkeiten hinaus leistungspflichtig, wenn der Verbraucher bzw. sein Bevollmächtigter oder Betreuer die Nichtschriftlichkeit des Vertragsschlusses zu vertreten hat. Dem Unternehmer dieses Risiko aufzubürden, ist in keiner Weise gerechtfertigt.

Überall dort, wo es der Unternehmer entgegen der Entwurfsbegründung nicht in der Hand hat, durch den schriftlichen Abschluss des Vertrages bzw. dessen Nachholung die für ihn negativen Rechtsfolgen abzuwenden, muss diese Möglichkeit unbedingt auf andere Weise gewährleistet sein. Vor diesem Hintergrund wird vorgeschlagen, § 6 Abs. 2 wie folgt zu fassen:

„(2) Wird der Vertrag nicht in schriftlicher Form geschlossen, sind zu Lasten des Verbrauchers von den gesetzlichen Regelungen abweichende Vereinbarungen unwirksam, soweit sie nicht durch andere Vorschriften dieses Gesetzes zugelassen werden; im Übrigen bleibt der Vertrag wirksam. Der Verbraucher kann den Vertrag jederzeit ohne Einhaltung einer Frist kündigen. Der schriftliche Vertragsschluss kann nachgeholt werden, wenn er aus besonderen Gründen sowie unter Berücksichtigung der Interessen des Verbrauchers unterblieben ist und unverzüglich nach Wegfall der besonderen Gründe erfolgt. Solange die Nachholung des schriftlichen Vertragsschlusses nach Satz 3 zulässig ist, finden Satz 1, 1. Halbsatz und Satz 2 keine Anwendung.“

§ 6 Abs. 3

Zu den Anforderungen an den Vertragsinhalt im einzelnen vgl. Stellungnahme zu § 3 Abs. 3

§ 7 Leistungspflichten

§ 7 Abs. 1

(1) Der Unternehmer ist verpflichtet, dem Verbraucher den Wohnraum in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen und während der vereinbarten Vertragsdauer in diesem Zustand zu erhalten sowie die vertraglich vereinbarten Pflege- oder Betreuungsleistungen nach dem allgemein anerkannten Stand fachlicher Erkenntnisse zu erbringen.

§ 7 Abs. 1 übernimmt auf den Wohnraum bezogen den Grundsatz des § 535 Abs. 1 S. 2 BGB und verpflichtet den Unternehmer zur vertragsgemäßen Gebrauchsüberlassung und

zur Erhaltung der Mietsache. Während allerdings das BGB – in den Grenzen der §§ 305 ff. BGB – beispielsweise eine Übertragung der Verpflichtung zur Durchführung von Schönheitsreparaturen auf den Mieter zulässt, soll dies gem. § 16 im Anwendungsbereich des WBVG nicht möglich sein. Auch andere Regelungen des sozialen Mietrechts (etwa Mieterhöhungen, Kündigungsfrist im Todesfall) sollen zukünftig in diesem Bereich keine Anwendung mehr finden bzw. aufgrund des Verbots abweichender Vereinbarungen gem. § 16 jeglicher Gestaltungsmöglichkeit entzogen sein. Grundsätzlich unproblematisch ist dies für Unternehmer, deren Einrichtungen bisher bereits in den Anwendungsbereich des Heimgesetzes einbezogen waren.

Für die weitere Entwicklung der Angebote des Betreuten Wohnens bzw. neuer Wohn- und Betreuungsformen, die bisher nicht in den Anwendungsbereich des Heimgesetzes fielen, nunmehr aber unter Umständen den Regelungen des WBVG unterstellt werden sollen, würde sich diese Abkehr von den Regelungen und Gestaltungsmöglichkeiten des sozialen Mietrechts allerdings als Hemmschuh erweisen und sich zumindest in der Kalkulation insbesondere der Mietpreise niederschlagen.

§ 7 Absatz 3

(3) Der Unternehmer hat das Entgelt sowie die Entgeltbestandteile für die Verbraucher nach einheitlichen Grundsätzen zu bemessen. Eine Differenzierung ist zulässig, soweit eine öffentliche Förderung von betriebsnotwendigen Investitionsaufwendungen nur für einen Teil der Einrichtung erfolgt ist. Sie ist auch insofern zulässig, als Vergütungsvereinbarungen nach dem Zehnten Kapitel des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch über Investitionsbeträge oder gesondert berechenbare Investitionskosten getroffen worden sind.

§ 7 Absatz 3 übernimmt im Wesentlichen das bereits in § 5 Abs. 7 HeimG enthaltene Differenzierungsverbot. Während allerdings die heimgesetzliche Regelung dieses Differenzierungsverbot einrichtungsbezogen in dem Sinne aufstellt, dass die Entgelte und Entgeltbestandteile für alle Bewohner einer Einrichtung nach einheitlichen Grundsätzen zu bemessen sind, bezieht § 7 Abs. 3 des Gesetzentwurfs die Verpflichtung zur Entgeltbemessung nach einheitlichen Grundsätzen auf den Unternehmer. Dies ist insofern zumindest missverständlich, als hieraus der Schluss gezogen werden könnte, dass ein Unternehmer, der Träger beispielsweise mehrerer stationärer Pflegeeinrichtungen etwa in unterschiedlichen Regionen (Stadt/Land) ist, gehindert ist, die Entgelte für die Leistungen einrichtungsindividuell unterschiedlich zu bemessen. Zwar ist nach der Entwurfsbegründung abzustellen „auf den Kreis der Verbraucher, die in einer Wohnform mit gleichem Leistungskonzept leben“; nachdem jedoch verschiedene Einrichtungen der gleichen Art bzw. Wohnform regelmäßig mit einander entsprechenden Leistungskonzepten betrieben werden, wird auch hiermit nicht hinreichend deutlich, dass die Entgeltbemessung lediglich innerhalb einer Einrichtung nach einheitlichen Grundsätzen zu erfolgen hat.

Insofern regt der bpa an, die Gesetzesbegründung klarstellend zu ergänzen: *„Abzustellen ist auf den Kreis der Verbraucher, die in einer Einrichtung bzw. Wohnform mit gleichem Leistungskonzept leben.“*

§ 7 Absatz 5

(5) Soweit der Verbraucher länger als drei Tage abwesend ist, muss sich der Unternehmer den Wert der dadurch ersparten Aufwendungen auf seinen Entgeltanspruch anrechnen lassen. Im Vertrag kann eine Pauschalierung des Anrechnungsbetrages vereinbart werden. In Verträgen mit Verbrauchern, die Leistun-

gen nach dem Elften Buch Sozialgesetzbuch in Anspruch nehmen, ergibt sich die Höhe des Anrechnungsbetrags aus den in § 87a Absatz 1 Satz 7 des Elften Buches Sozialgesetzbuch genannten Vereinbarungen.

Gegenwärtig existieren mehrere Schnittstellen zwischen heimgesetzlichen und pflegeversicherungsrechtlichen Regelungen, die in sich widersprüchlich sind und in der Vergangenheit zu zahlreichen Rechtsstreitigkeiten geführt haben. Der bpa begrüßt daher, dass nunmehr ausdrücklich auch eine diesbezügliche Harmonisierung herbeigeführt werden soll.

Hinsichtlich der Berücksichtigung von Zeiten der Abwesenheit der Verbraucher ist eine Anlehnung an § 87a Abs. 1 S. 7 SGB XI zur Vermeidung weiterer Regelungswidersprüche unerlässlich. Das SGB XI sieht bei Abwesenheit eines Pflegebedürftigen eine Anrechnung ersparter Aufwendungen in Gestalt von Vergütungsabschlägen vor, „*soweit drei Kalendertage überschritten werden*“. Mit der Formulierung „Kalendertag“ ist klargestellt, dass ein Abwesenheitstag nur bei ganztägiger Abwesenheit von 00.00 Uhr bis 24.00 Uhr vorliegt. Während der ersten drei Abwesenheitstage hat die Einrichtung Anspruch auf die volle Vergütung, erst ab dem vierten Tag einer ununterbrochenen Abwesenheit erfolgt eine Anrechnung ersparter Aufwendungen (vgl. hierzu die Gesetzesbegründung zu § 87a Abs. 1 S. 5 bis 7 SGB XI, BT-Drs. 16/7439, S. 73 und das „Gemeinsame Rundschreiben der Spitzenverbände der Pflegekassen und des Spitzenverband Bund der Pflegekassen zu den leistungsrechtlichen Vorschriften des PflegeVG vom 01.07.2008“ zu § 43 SGB XI). Die Neuregelung in § 87 a Abs. 1 S. 7 SGB XI hat ihren Ursprung letztlich in der Rechtsprechung des BGH (III ZR 59/05) und ist auch insofern grundsätzlich sachgerecht, als sich der Unternehmer nur bei Abwesenheitszeiten von einer gewissen Dauer im Hinblick auf die anfallenden Vorhaltekosten – regelmäßig nur beim Lebensmitteleinkauf – auf einen reduzierten Bedarf einstellen kann.

Mit der Formulierung „*Soweit der Verbraucher länger als drei Tage abwesend ist, muss sich der Unternehmer den Wert der dadurch ersparten Aufwendungen auf seinen Entgeltanspruch anrechnen lassen*“ soll § 7 Abs. 5 des Gesetzentwurfes durch eine Anlehnung an die Neuregelung in § 87a SGB XI die erforderliche Harmonisierung mit den Regelungen der sozialen Pflegeversicherung herstellen. Allerdings ergibt sich bereits aus dem Allgemeinen Teil der Entwurfsbegründung unter Ziff. IV. 7. erneut ein Regelungswiderspruch: Mit § 7 Abs. 5 wird „eine Anrechnung des Wertes ersparter Aufwendungen ab dem dritten Tag einer Abwesenheit des Verbrauchers vorgegeben“, während das SGB XI eine solche erst ab dem vierten Tag vorsieht. Auch der Verzicht auf die Übernahme des Begriffes „Kalendertage“ aus § 87 a SGB XI wird wiederum zu vermeidbaren Rechtsstreitigkeiten führen, die mit den Neuregelungen durch das WBVG gerade verhindert werden sollen.

Vor diesem Hintergrund ist es aus Sicht des bpa unerlässlich, zum einen die Gesetzesbegründung unter A.IV.7. zu korrigieren:

„In Anlehnung an die Neuregelung in § 87a Absatz 1 Satz 7 SGB XI wird nunmehr eine Anrechnung des Wertes ersparter Aufwendungen ab dem vierten Tag einer ununterbrochenen Abwesenheit des Verbrauchers vorgegeben“

und § 7 Abs. 5 S. 1 wie folgt zu fassen:

„Soweit der Verbraucher länger als drei Kalendertage abwesend ist, ...“.

§ 8 Vertragsanpassung bei Änderung des Pflege- oder Betreuungsbedarfs

§ 8 Absätze 1 und 4

(1) Ändert sich der Pflege- oder Betreuungsbedarf des Verbrauchers, muss der Unternehmer eine entsprechende Anpassung der Leistungen anbieten. Der Verbraucher kann das Angebot auch teilweise annehmen. Die Leistungspflicht des Unternehmers und das vom Verbraucher zu zahlende angemessene Entgelt erhöhen oder verringern sich in dem Umfang, in dem der Verbraucher das Angebot angenommen hat.

(4) Der Unternehmer kann die Pflicht, eine Anpassung anzubieten, durch gesonderte Vereinbarung mit dem Verbraucher bei Vertragsschluss ganz oder teilweise ausschließen. Der Ausschluss ist nur wirksam, soweit der Unternehmer unter Berücksichtigung des dem Vertrag zugrunde gelegten Leistungskonzepts daran ein berechtigtes Interesse hat und dieses in der Vereinbarung begründet. Die Belange behinderter Menschen sind besonders zu berücksichtigen. Die Vereinbarung bedarf zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform; die elektronische Form ist ausgeschlossen.

Mit § 8 Abs. 1 soll nunmehr die Verpflichtung des Unternehmers zur Anpassung seiner Leistungen an einen veränderten Betreuungsbedarf grundsätzlich auch über das Maß des objektiv Möglichen hinaus ausgedehnt werden. Eine Verpflichtung zu einem Angebot der Leistungsanpassung soll nur dann entfallen, wenn ein solcher Ausschluss nach Maßgabe des § 8 Abs. 4 wirksam vereinbart wurde.

Abs. 4 wiederum setzt neben der Schriftform voraus, dass der Unternehmer unter Berücksichtigung des dem Vertrag zugrunde gelegten Leistungskonzepts hieran ein berechtigtes Interesse hat und dieses in der Vereinbarung begründet. Bei Einrichtungen mit einem Versorgungsvertrag nach § 72 SGB XI soll sich nach der Begründung das Leistungskonzept aus dem Versorgungsvertrag ergeben und eine Möglichkeit zum Ausschluss nur bestehen, soweit dieser Vertrag dies zulasse. Hier gilt wiederum das bereits zu § 3 Abs. 3 Gesagte: Aus den Versorgungsverträgen ergibt sich in aller Regel kein Versorgungskonzept. Sie sind regelmäßig allgemein gehalten, beziehen sich allgemein auf den pflegebedürftigen Verbraucherkreis, nicht auf eine positive oder negative Abgrenzung des zu versorgenden Personenkreises nach Krankheitsbildern und auch nicht auf bauliche Gestaltungen o.ä. Daraus darf nicht der Schluss gezogen werden, die Einrichtung müsse jenseits ihrer Möglichkeiten nach dem üblichen Betrieb die fachgerechte Versorgung eines Verbrauchers in jedwedem Gesundheitszustand gewährleisten. Der Einrichtung muss es auch weiterhin möglich bleiben, den Vertrag dann zu lösen, wenn unter Einsatz der vorhandenen Mittel im Rahmen des üblichen Pflegebetriebes eine fachgerechte Versorgung nicht mehr möglich ist. Auch eine eventuelle Gefährdung der in der Einrichtung ebenfalls versorgten anderen Verbraucher muss hier Berücksichtigung finden können.

Soweit ein wirksamer Ausschluss der Verpflichtung zum Angebot der Anpassung nicht vereinbart wurde, bleibt die Einrichtung primärleistungspflichtig, bis sich der Verbraucher für eine Beendigung des Vertrages entscheidet. Der in der Begründung genannte Verweis auf die in § 275 BGB genannten Vorschriften geht jedenfalls insofern fehl, als sich der Unternehmer auch nach diesen Vorschriften nicht von seiner Leistungspflicht befreien kann.

Auch die nach der Begründung angeordnete Unwirksamkeit einer nachträglichen Vereinbarung nach § 8 Abs. 4 ist nicht sachgerecht, wenn die Vereinbarung in gegenseitigem Einvernehmen getroffen wird. Der Verbraucher ist nicht verpflichtet, eine solche nachträgliche Vereinbarung zu treffen; zumindest dann, wenn er im Angebot darauf und auf die Rechtsfolgen hingewiesen wird, muss auch die nachträgliche Vereinbarung zulässig sein.

Insgesamt wird mit der Anordnung einer grundsätzlichen Anpassungspflicht ohne Ansehung der tatsächlichen Möglichkeiten des Unternehmers und mit der Regelung zum Ausschluss der Verpflichtung zur Anpassung unter Berücksichtigung des Leistungskonzepts eine erhebliche Rechtsunsicherheit zulasten der Unternehmer geschaffen. Insofern sollte es aus Sicht des bpa bei einer Verpflichtung des Unternehmers zur Anpassung der Leistungen bleiben, soweit ihm dies möglich ist. Die mit der Neuregelung nach der Begründung verbundene Erweiterung der Gestaltungsfreiheit des Unternehmers ist insofern nicht erforderlich. Den Interessen des Verbrauchers ist im Kündigungsfalle aufgrund nicht mehr möglicher fachgerechter Versorgung wegen Verschlechterung des Gesundheitszustands durch die Regelung des § 13 Genüge getan.

§ 8 Absätze 2 und 3

(2) In Verträgen mit Verbrauchern, die Leistungen nach dem Elften Buch Sozialgesetzbuch in Anspruch nehmen oder denen Hilfe in Einrichtungen nach dem Zwölften Buch Sozialgesetzbuch gewährt wird, ist der Unternehmer berechtigt, bei einer Änderung des Pflege- oder Betreuungsbedarfs des Verbrauchers den Vertrag nach Maßgabe des Absatzes 1 Satz 3 durch einseitige Erklärung anzupassen. Absatz 3 ist entsprechend anzuwenden.

(3) Der Unternehmer hat das Angebot zur Anpassung des Vertrags dem Verbraucher durch Gegenüberstellung der bisherigen und der angebotenen Leistungen sowie der dafür jeweils zu entrichtenden Entgelte schriftlich darzustellen und zu begründen.

Die Vertragsanpassung im Falle einer Höherstufung eines Verbrauchers durch die Pflegekasse ist seit der hierzu ergangenen Entscheidung des Bundesgerichtshofes aus dem Jahr 2007 hochproblematisch. Insofern begrüßt es der bpa ausdrücklich, dass bei Änderung des Betreuungsbedarfs bei Leistungsempfängern nach SGB XI und XII die Vertragsanpassung durch einseitige Erklärung des Unternehmers nunmehr eine unmittelbare gesetzliche Grundlage finden soll.

Unverständlich scheint in diesem Zusammenhang allerdings der Verweis auf Absatz 1 Satz 3, nach dessen Maßgabe die Vertragsanpassung durch einseitige Erklärung erfolgen soll. Sofern hiermit zum Ausdruck gebracht werden soll, dass stets nur eine parallele Anpassung von Leistung und Entgelt möglich ist, ist dies zumindest missverständlich; Abs. 1 S. 3 stellt für die Erhöhung oder Verringerung von Leistung und Entgelt auf den Umfang ab, in dem der Verbraucher das Angebot angenommen hat. Im Falle der einseitigen Vertragsanpassung bedarf es dieser zweiten Willenserklärung gerade nicht.

Nach Abs. 3, der entsprechende Anwendung finden soll, muss die Anpassungserklärung durch Gegenüberstellung der bisherigen und der „angebotenen“ Leistungen sowie der dafür jeweils zu entrichtenden Entgelte schriftlich dargestellt und begründet werden. Die Gegenüberstellung der bisherigen und der angebotenen bzw. angepassten Leistungen verlangt der Einrichtung Unmögliches ab, soweit hiermit eine dezidierte Darstellung der veränderten Hilfebedarfe im Sinne von § 15 Abs. 1 SGB XI verbunden sein soll. Es ist zu vermuten, dass die Entscheidung des BGH vom 02.10.2007, die auch im Falle der Bewilligung einer höheren Pflegestufe eine solche Darstellung gem. § 6 Abs. 2 HeimG für erforderlich erklärt, auf der irrigen Annahme beruht, dass eine Darstellung der Leistungsänderung bei veränderter Pflegebedürftigkeit im Sinne der Pflegestufen unproblematisch nach dem Schema Pflegestufe I: Leistungen a, b, c, Pflegestufe II: Leistungen d, e, f etc. beruht. Gerade dies ist jedoch nicht möglich. Die Pflegestufe ergibt sich in erster Linie aus dem Zeitaufwand, der in den grundpflegerischen Bereichen der Körperpflege, der Ernährung, der Mobilität und bei der hauswirtschaftlichen Versorgung zur Hilfeleistung erforderlich ist. Zur Körperpflege bspw. gehören wiederum das Waschen, Duschen, Baden, die Zahnpflege, das Kämmen, Rasieren, die

Darm- oder Blasenentleerung. Die anderen „Hilfebereiche“ sind entsprechend hinterlegt. In aller Regel drückt sich der erhöhte Hilfebedarf insbesondere im Hinblick auf die zeitliche Komponente bei der Hilfestellung zu den einzelnen Verrichtungen aus. Anzusetzen ist hierbei der Zeitaufwand, den eine nicht als Pflegekraft ausgebildete Person für die erforderlichen Hilfeleistungen im Haushalt des Pflegebedürftigen benötigt. Diese Zeitansätze zu ermitteln ist Aufgabe des MDK; dies kann im Wege der Gegenüberstellung der bisherigen und der veränderten, an den Betreuungsbedarf angepassten Leistungen nicht zur Aufgabe der Pflegeeinrichtung gemacht werden.

Einer rechtssicheren und zweifelsfreien Vereinbarung der konkreten Einzelleistungen mangelt es schon an einem Instrument zur Feststellung, das unter allen Beteiligten konsentiert ist. In der Vergangenheit ist der Versuch der Einführung eines konsentierten Instrumentes gescheitert.

Es sei darauf hingewiesen, dass die Begutachtungsrichtlinien, nach denen der Medizinische Dienst die Begutachtung von Pflegebedürftigkeit zur Zuordnung eines Versicherten zu einer Pflegestufe vornimmt, 165 Seiten umfasst; bereits hieran wird die Komplexität der Feststellung von Hilfebedarfen mehr als deutlich.

Für die Vertragsanpassung im Falle der Höherstufung muss es daher ausreichen, wenn die Pflegekasse auf einen entsprechenden Antrag hin eine höhere Pflegestufe bewilligt. Die Antragstellung selbst kann allein durch den Verbraucher erfolgen. Stellt er einen solchen Antrag, ist ihm bereits bewusst, dass sich sein Hilfebedarf wesentlich verändert hat. In diesem Bereich ist es daher verzichtbar, eine Gegenüberstellung der Leistungen zu verlangen. Zu einer Entgelterhöhung kann es ohnehin nur bei einer entsprechenden Höherstufungsentscheidung der Pflegekasse kommen; die Einrichtung ist im Hinblick auf die Berechnung von Pflegesätzen an die entsprechende Einstufungsentscheidung der Pflegekasse gebunden.

In diesem Zusammenhang ist es auch und insbesondere problematisch, dass zwischen Antragstellung und Entscheidung der Pflegekassen trotz der gesetzlich hierfür vorgegebenen Fristen regelmäßig mehrere Monate ins Land gehen. Der BGH hat zum Ausdruck gebracht, dass er eine Entgeltanpassung aufgrund einer Höherstufung mittels Anpassungsverlangens nur für einen zukünftigen Zeitraum für zulässig hält. Die Pflegekasse bewilligt jedoch die einer höheren Pflegestufe entsprechenden Leistungen stets rückwirkend auf den Ersten des Monats der Antragstellung. Sofern die Einrichtung nicht des Vergütungsanspruches für ihre entsprechend angepassten Leistungen auch für den zwischen Antragstellung und Entscheidung liegenden mehrmonatigen Zeitraum verlustig gehen will, ist sie daher bisher gezwungen, in jedem Falle sofort nach Kenntnisnahme von der Antragstellung ein entsprechendes Erhöhungsverlangen auf der Basis einer ungewissen Prognose bezüglich der möglichen Entscheidung der Pflegekasse über die Höherstufung mittels Gegenüberstellung der Leistungen geltend zu machen. Hinzu kommt, dass der BGH der Auffassung ist, dass zwar eine vierwöchige Ankündigungsfrist nach § 7 HeimG keine Anwendung findet, weil die Erhöhung wegen Veränderung der Berechnungsgrundlage etwas anderes und ungleich komplexer als die Entgeltanpassung aufgrund einer Leistungsanpassung ist, jedoch auch das Sonderkündigungsrecht nach § 8 Abs. 2 S. 2 HeimG bestehe. Insofern muss eine – wenn auch kurze – Überlegungsfrist eingeräumt werden, die eine effektive Ausübung des Sonderkündigungsrechts ermöglicht.

Am Beispiel: Der Verbraucher stellt am 30.05. einen Höherstufungsantrag. Die Einrichtung erfährt hiervon am 05.06. und erstellt ein entsprechendes Erhöhungsverlangen für eine – nur vermutete – Pflegestufe am 07.06. und macht für den Fall einer positiven Bescheidung durch die Pflegekasse vorsorglich das Entgelt für die – vermutete – Pflegestufe ab dem 15.06. gel-

tend. Am 30.08. ergeht der entsprechende Bescheid der Pflegekasse, der dem Bewohner die Leistungen der höheren Pflegestufe rückwirkend auf den 01.05. bewilligt. Zwischen dem 01.05. und dem 15.06. hat die Einrichtung zwar die nach dem Maß der Pflegebedürftigkeit erforderlichen, angepassten Leistungen erbracht (wozu sie bereits nach dem SGB XI verpflichtet ist), kann aber eine entsprechende Vergütung für diesen Zeitraum nicht verlangen, obwohl nach § 85 Abs.5 SGB XI die vereinbarten Pflegesätze für die Einrichtung wie den Pflegebedürftigen und dessen Kostenträger unmittelbar verbindlich sind.

Dies ist in keiner Weise sachgerecht, weder für die Einrichtung im Falle der Höherstufung noch für den Verbraucher im Falle der Herabstufung. Das Entgelt muss der Leistung auch im Hinblick auf den Zeitpunkt folgen. Ist der Verbraucher darüber aufgeklärt, welche Entgelte und Eigenanteile auf ihn bei eventueller Einstufung in die verschiedenen Pflegestufen zukommen, wird er auch im Falle einer Entgelterhöhung aufgrund der Änderung der Berechnungsgrundlage entsprechend informiert und stellt er in dem Bewusstsein der Veränderung seines Hilfebedarfes einen Höher- oder Herabstufungsantrag, muss die entsprechende Erhöhung oder Verringerung des Entgelts auch ohne weiteres auf den Zeitpunkt des Beginns der entsprechenden Leistungsgewährung durch die Pflegekasse zurückwirken können.

Dementsprechend schlägt der bpa folgende Änderung des § 8 Abs. 2 vor:

„In Verträgen mit Verbrauchern, die Leistungen nach dem Elften Buch Sozialgesetzbuch in Anspruch nehmen oder denen Hilfe in Einrichtungen nach dem Zwölften Buch Sozialgesetzbuch gewährt wird, ist der Unternehmer berechtigt und verpflichtet, bei einer Änderung des Pflege- und Betreuungsbedarfs des Verbrauchers den Vertrag durch einseitige Erklärung nach Maßgabe der Entscheidung der Pflegekasse oder des Sozialhilfeträgers auch rückwirkend anzupassen.“

§ 9 Entgelterhöhung bei Änderung der Berechnungsgrundlage

(1) Der Unternehmer kann eine Erhöhung des Entgelts verlangen, wenn sich die bisherige Berechnungsgrundlage verändert. Neben dem erhöhten Entgelt muss auch die Erhöhung selbst angemessen sein. Satz 2 gilt nicht für die in § 7 Absatz 2 Satz 2 und 3 genannten Fälle. Entgelterhöhungen aufgrund von Investitionsaufwendungen sind nur zulässig, soweit sie nach der Art des Betriebs notwendig sind und nicht durch öffentliche Förderung gedeckt werden.

(2) Der Unternehmer hat dem Verbraucher die beabsichtigte Erhöhung des Entgelts schriftlich mitzuteilen und zu begründen. Aus der Mitteilung muss der Zeitpunkt hervorgehen, zu dem der Unternehmer die Erhöhung des Entgelts verlangt. In der Begründung muss er unter Angabe des Umlagemaßstabs die Positionen benennen, für die sich durch die veränderte Berechnungsgrundlage Kostensteigerungen ergeben, und die bisherigen Entgeltbestandteile den vorgesehenen neuen Entgeltbestandteilen gegenüberstellen. Der Verbraucher schuldet das erhöhte Entgelt frühestens vier Wochen nach Zugang des hinreichend begründeten Erhöhungsverlangens. Der Verbraucher muss rechtzeitig Gelegenheit erhalten, die Angaben des Unternehmers durch Einsichtnahme in die Kalkulationsunterlagen zu überprüfen.

Die Regelung zur Entgelterhöhung bei Änderung der Berechnungsgrundlage ist angelehnt an die bisherige Regelung des § 7 HeimG. Dass nunmehr in der Erhöhungsbegründung bei der Darstellung der Kostensteigerungen nicht mehr auf jeden einzelnen Vertragsschluss abzustellen sein soll und eine doppelte Angemessenheitsprüfung bei Leistungsempfängern nach SGB XI und SGB XII entfällt, begrüßt der bpa ebenso wie die in der Begründung erfolgte Klarstellung zum Verfahren bei Einleitung eines Pflegesatzverfahrens nach § 85 SGB XI im Sinne der diesbezüglich ergangenen Rechtsprechung.

Hochproblematisch ist allerdings, dass es nun offenbar – anders als nach § 7 Abs. 2 Heimgesetz – die Vereinbarung eines einseitigen Erhöhungsrechts nicht mehr zulässig sein soll. Der Wortlaut des § 9 legt zwar die Annahme nahe, dass dem Unternehmer bei Einhaltung der Voraussetzungen der Absätze 1 und 2 ein gesetzlicher Anspruch auf das erhöhte Entgelt zusteht; dem widerspricht allerdings die Begründung zu § 9 Abs. 1: *„Absatz 1 ist an § 7 Heimgesetz angelehnt. Satz 1 formuliert die Berechtigung des Unternehmers, bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen eine Erhöhung des Entgelts zu verlangen. Nur wenn diese Voraussetzungen vorliegen, hat der Unternehmer einen Anspruch auf die für die Wirksamkeit der Erhöhung erforderliche Zustimmung des Verbrauchers.“*

Wird diese Zustimmung trotz Vorliegens aller Erhöhungsvoraussetzungen des § 9 vom Verbraucher nicht erteilt, weil dieser – grundsätzlich nachvollziehbar – an dem geringeren Entgelt festhalten will, heißt dies in der Konsequenz, dass der Unternehmer auf Abgabe der entsprechenden Willenerklärung klagen muss. Es ist vorhersehbar, dass dies zahlreiche unnötige Klageverfahren zur Konsequenz haben wird.

Auch bei Vereinbarung eines einseitigen Erhöhungsrechts bei Veränderung der Berechnungsgrundlage ist der Verbraucher umfassend geschützt. Zum einen steht ihm für den Fall der Entgelterhöhung ein Sonderkündigungsrecht nach § 11 Abs. 1 S. 2 zu; zum anderen ist selbst die ordentliche Kündigungsfrist nach § 11 Abs. 1 S.1 zugunsten des Verbrauchers knapp bemessen und hätte eine sehr eingeschränkte finanzielle Mehrbelastung bis zum Vertragsende zur Folge.

Der bpa hält es daher für dringend erforderlich, die bewährte Regelung des § 7 Abs. 2 in das WBVG zu übertragen und zwischen die bisherigen Absätze 1 und 2 des § 9 folgenden Absatz 2 zusätzlich aufzunehmen:

„Die Erhöhung des Entgelts bedarf außerdem der Zustimmung des Verbrauchers. Im Vertrag kann vereinbart werden, dass der Unternehmer berechtigt ist, bei Vorliegen der Voraussetzungen des Absatzes 1 das Entgelt durch einseitige Erklärung zu erhöhen.“

Als nach wie vor problematisch sieht es der bpa darüber hinaus an, dass im Hinblick auf die Erhöhungsbegründung an der Anforderung „unter Angabe des Umlagemaßstabes“ festgehalten werden soll. Eine verlässliche Anpassung vereinbarter Entgelte ist gerade bei Leistungsempfängern der Pflegeversicherung aufgrund dieser Anforderungen nach wie vor mit hohen Risiken verbunden, da die Verhandlung der Entgelte sinnvollerweise nicht nach dem so genannten Selbstkostendeckungsprinzip erfolgen soll. Somit werden in der Regel Kostenblöcke bzw. Preise gebildet. Die momentan geltenden Anforderungen ignorieren diese Situation und stellen somit eine Anforderung dar, die in der Praxis kaum zu realisieren ist. In Anlehnung an das bayerische Pflege- und Wohnqualitätsgesetz, das diese Problematik aufgegriffen hat, schlägt der bpa folgende Fassung des § 9 Abs. 2 vor:

„(2) Der Unternehmer hat dem Verbraucher die beabsichtigte Erhöhung des Entgelts unter Angabe der Begründung schriftlich mitzuteilen. Aus der Mitteilung muss der Zeitpunkt hervorgehen, zu dem der Unternehmer die Erhöhung des Entgelts verlangt. In der Begründung müssen die bisherigen Entgeltbestandteile den vorgesehenen neuen Entgeltbestandteilen gegenübergestellt werden. Der Verbraucher schuldet das erhöhte Entgelt frühestens vier Wochen nach Zugang der Mitteilung nach Maßgabe der Sätze 1 und 2. Der Verbraucher muss rechtzeitig Gelegenheit erhalten, die Angaben des Unternehmers durch Einsichtnahme in die Kalkulationsunterlagen zu überprüfen.“

§ 10 Nichtleistung oder Schlechtleistung

§ 10 Absatz 3

(3) Soweit der Unternehmer infolge einer schuldhaften Unterlassung der Anzeige nach Absatz 2 nicht Abhilfe schaffen konnte, ist der Verbraucher nicht berechtigt, sein Kürzungsrecht nach Absatz 1 geltend zu machen.

Für den Fall des Auftretens eines Mangels des Wohnraums oder der Erforderlichkeit einer Maßnahme zum Schutz des Wohnraums gegen eine nicht vorhergesehene Gefahr ist in Anlehnung an § 536c Abs. 1 BGB eine Anzeigepflicht des Verbrauchers vorgesehen. Angesichts des in § 10 Abs.1 enthaltenen bis zu sechs Monate rückwirkenden Kürzungsrechts bei Nichtleistung oder Schlechtleistung stellt dies eine sachgerechte Regelung dar, um den Unternehmer in die Lage zu versetzen, seine Instandhaltungs- und Instandsetzungspflicht zu erfüllen und Gefahren von der Mietsache abzuwenden.

Nicht nachvollziehbar ist es jedoch, den Ausschluss des bis zu sechs Monate rückwirkenden Kürzungsrechtes nach § 10 Abs. 3 daran zu knüpfen, dass das Unterlassen der Mangel- bzw. Gefahranzeige schuldhaft erfolgt ist. Nicht selten wird es bei dem Kreis der betroffenen Verbraucher aufgrund bspw. demenzieller Erkrankung an einer Einsichtsfähigkeit hinsichtlich des Erfordernisses einer Mangelanzeige fehlen; Betreuer oder Bevollmächtigte sind häufig nicht regelmäßig vor Ort. Scheidet in diesen Fällen eine *schuldhaftes* Unterlassen der Anzeige aus, führte dies nach der jetzigen Fassung des § 10 Abs. 3 dazu, dass der Unternehmer zwar mangels Kenntnis keine Abhilfe schaffen konnte, er gleichwohl jedoch im Zweifel ein rückwirkendes Kürzungsrecht gegen sich gelten lassen müsste.

§ 11 Kündigung durch den Verbraucher

§ 11 Absatz 1

(1) Der Verbraucher kann den Vertrag spätestens am dritten Werktag eines Kalendermonats zum Ablauf desselben Monats schriftlich kündigen. Bei einer Erhöhung des Entgelts ist eine Kündigung jederzeit zu dem Zeitpunkt möglich, zu dem der Unternehmer die Erhöhung des Entgelts verlangt. In den Fällen des § 1 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 und 2 kann der Verbraucher nur alle Verträge einheitlich kündigen. Bei Verträgen im Sinne des § 1 Absatz 2 Satz 2 hat der Verbraucher die Kündigung dann gegenüber allen Unternehmen zu erklären.

Aus Sicht des bpa ist klarzustellen, dass ein außerordentliches Kündigungsrecht des Verbrauchers nach Satz 2 der Regelung nur für den Fall der Entgelterhöhung bei Änderung der Berechnungsgrundlage im Sinne des § 9 besteht und vom Verbraucher nicht auch im Falle der Vertragsanpassung bei Änderung des Pflege- oder Betreuungsbedarfs und einer damit einhergehenden Erhöhung des Entgelts nach § 8 Absätze 1 und 2 geltend gemacht werden kann. Mit dem Angebot „erhöhter“ Leistungen durch den Unternehmer geht ein Angebot eines entsprechend erhöhten Entgelts einher. Der Verbraucher soll grundsätzlich in seiner Entscheidung frei sein, dieses Angebot anzunehmen oder abzulehnen. Ihm zusätzlich hierzu ein außerordentliches Kündigungsrecht bei Erhöhung des Entgelts nach § 11 Abs. 1 zuzugestehen, ginge einseitig zulasten des Unternehmers, der dann bei jedem nach § 8 verpflichtendem Angebot zur Leistungserhöhung auch mit einer außerordentlichen Kündigung nach § 11 Abs. 1 S. 2 rechnen müsste. Der Verbraucher ist jedoch durch sein Recht zur Ablehnung des Angebots hinreichend geschützt. Entsprechendes gilt im Falle der Vertragsanpassung bei Leistungsempfängern nach SGB XI und XII gemäß § 8 Abs. 2, der dem Umstand Rechnung trägt, dass für diese Verbraucher bezüglich der Leistungsanpassung bereits

besondere Regelungen aufgrund der Vereinbarungen zwischen Unternehmer und Kostenträger nach SGB XI und XII bestehen.

§ 11 Abs. 1 Satz 2 ist daher klarstellend wie folgt zu fassen:

(1) Der Verbraucher kann den Vertrag spätestens am dritten Werktag eines Kalendermonats zum Ablauf desselben Monats schriftlich kündigen. Bei einer Erhöhung des Entgelts nach § 9 Abs. 1 ist eine Kündigung jederzeit zu dem Zeitpunkt möglich, zu dem der Unternehmer die Erhöhung des Entgelts verlangt. In den Fällen des § 1 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 und 2 kann der Verbraucher nur alle Verträge einheitlich kündigen. Bei Verträgen im Sinne des § 1 Absatz 2 Satz 2 hat der Verbraucher die Kündigung dann gegenüber allen Unternehmen zu erklären.

§ 11 Absatz 2

(2) Innerhalb von zwei Wochen nach Beginn des Vertragsverhältnisses kann der Verbraucher jederzeit ohne Einhaltung einer Frist kündigen. Wird dem Verbraucher erst nach Beginn des Vertragsverhältnisses einer Ausfertigung des Vertrages ausgehändigt, kann der Verbraucher auch noch bis zum Ablauf von zwei Wochen nach der Aushändigung kündigen.

Mit Satz 2 der Regelung soll zum einen das Recht des Verbrauchers auf Aushändigung einer Ausfertigung des Vertrages gem. § 6 Abs. 1 S. 3 zusätzliches Gewicht verliehen werden; zum anderen soll die Regelung der Harmonisierung mit § 120 Abs. 2 S. 3 SGB XI dienen. Dabei bleibt unberücksichtigt, dass die Verhinderung des schriftlichen Vertragsschlusses und der Aushändigung einer Ausfertigung des Vertrages auch in der Sphäre des Verbrauchers liegen kann. Dieser hätte es insofern in der Hand, sich durch unbegründete Unterschriftenverweigerung ein außerordentliches Kündigungsrecht zu erhalten. Angesichts der in § 6 ohnehin vorgesehenen Sanktionen bei Verletzung des Schriftformgebots (insbes. außerordentliches Kündigungsrecht nach § 6 Abs. 2) ist es außerdem weder sinnvoll noch interessengerecht, dem Recht des Verbrauchers auf Aushändigung einer Ausfertigung des Vertrages auf diese Weise „zusätzliches Gewicht“ verleihen zu wollen.

Die Situation bei Versorgung eines Pflegebedürftigen mit Leistungen nach SGB XI durch einen Pflegedienst in der Häuslichkeit des Pflegebedürftigen unterscheidet sich darüber hinaus hinsichtlich der organisatorischen Rahmenbedingungen deutlich insbesondere von einer Versorgung in einer stationären Einrichtung. Insofern ist eine diesbezügliche „Harmonisierung“ verzichtbar und nicht sachgerecht.

§ 11 Abs. 2 Satz 2 ist daher aus Sicht des bpa zu streichen.

§ 12 Kündigung durch den Unternehmer

Die bisherigen Regelungen zur Kündigung des Vertrages durch den Unternehmer sollen nach dem Gesetzentwurf insofern eine wesentliche Änderung erfahren, als die Tatsache, dass sich der Gesundheitszustand des Verbrauchers so verändert hat, dass seine fachgerechte Betreuung nicht mehr möglich ist, allein nicht mehr für die Kündigung ausreichen soll.

Zusätzlich wird verlangt, dass dem Unternehmer ein Festhalten am Vertrag nicht zumutbar ist. Problematisch ist in diesem Zusammenhang, dass sich die Unzumutbarkeit bei wesentlicher Verschlechterung des Gesundheitszustands des Bewohners ausschließlich aus zwei Gründen ergeben kann und darüber hinaus eine Kündigung auch dann ausgeschlossen ist, wenn unabhängig davon aus vom Unternehmer nicht zu vertretenden Gründen tatsächlich

eine fachgerechte Betreuung nicht mehr möglich ist. Die zum Kündigungsrecht führende Unzumutbarkeit bei Änderung des Betreuungsbedarfs muss sich nach § 12 Abs. 1 Ziff. 2 ausschließlich daraus ergeben, dass entweder der Verbraucher ein Anpassungsangebot nicht annimmt oder der Unternehmer eine Anpassung seiner Leistungen aufgrund eines Ausschlusses nach § 8 Abs. 4 nicht anbietet. Dieser wirksame Ausschluss setzt wiederum Schriftform voraus.

Damit ist faktisch in den Fällen, in denen aus vom Unternehmer nicht zu vertretenden Gründen ein schriftlicher Vertragsschluss und somit ein wirksamer Ausschluss der Anpassungsverpflichtung nicht erfolgen konnte, ein Kündigungsrecht des Unternehmers auch dann ausgeschlossen, wenn eine fachgerechte Betreuung nicht mehr möglich und ein Festhalten am Vertrag nicht zumutbar ist. Dies ist mit weitreichenden Rechtsfolgen für den Unternehmer verbunden: Er bleibt gleichwohl primärleistungspflichtig und ist bei Festhalten des Verbrauchers an dem Vertrag auch unter dem Aspekt der Gefährdungsvermeidung für den Bewohner verpflichtet, eine fachgerechte Versorgung auf seine Kosten ggf. durch Inanspruchnahme Dritter sicherzustellen. Hier sieht der bpa dringenden Änderungsbedarf. Für die Kündigung durch den Unternehmer muss es auch in Zukunft ausreichend sein, wenn sich der Gesundheitszustand des Verbrauchers so verändert hat, dass die fachgerechte Betreuung durch den Unternehmer nicht mehr möglich ist. Sofern zusätzlich auf eine Unzumutbarkeit des Festhaltens am Vertrag abgestellt werden soll, darf die Feststellung der Unzumutbarkeit jedenfalls nicht an Formvorgaben scheitern.