

VERBRAUCHERSCHUTZ IN PFLEGEVERTRÄGEN

Rechtsprechung zu zivilrechtlichen Bewohnerverträgen mit ambulanten und stationären Pflegeleistungen sowie Änderungsbedarf

Gutachten im Auftrag der Pflegebevollmächtigten der Bundesregierung

A.	EINLEITUNG	5
B.	DISCLAIMER.....	7
C.	GUTACHTEN.....	8
I.	Hintergrund und rechtliche Grundlagen.....	8
	1. Darstellung der unterschiedlichen Betriebskonzepte für ambulante und stationäre Versorgung nebst Darstellung der gesetzlichen Grundlagen und Regelungen für Verträge mit Pflegeleistungen.....	8
	1.1 <i>Darstellung der unterschiedlichen Betriebskonzepte</i>	9
	1.1.1 Stationäre Pflegeeinrichtung	9
	1.1.2 Klassisches betreutes Wohnen.....	10
	1.1.3 Mischvarianten	11
	1.2 <i>Abgrenzung Pflegeeinrichtung und Wohnen mit ambulanter Pflege</i>	15
	1.2.1 Landesheimrechtliche Schwelle von ambulanter zu stationärer Pflege	16
	1.2.2 Besonderheiten aus dem öffentlichen Baurecht für Wohnformen mit Pflege	24
	1.3 <i>Vertragsstrukturen in ambulanten und stationären Pflegeeinrichtungen</i>	32
	1.3.1 Einschränkungen aus dem Mietrecht im Seniorenwohnen	32
	1.3.2 Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz (WBG)	33
	1.3.3 Verbraucherschutz des Wohnungsmieters im betreuten Wohnen	37
	2. Rechtliche Lücken und Notwendigkeit der Ergänzung gesetzlicher Regelungen	37
	2.1 <i>Ambulant vor stationär</i>	37
	2.2 <i>Marktlenkungswirkung der wirtschaftlichen Privilegierung und Förderung der Ambulantisierung</i>	39
	2.2.1 Abrechenbarkeit ambulanter Pflegeleistungen.....	40
	2.2.2 Anwendbarkeit des WBG auf Demenzen-WG	41
	2.2.3 Überprüfung von WBG-Verträgen.....	41
	2.3 <i>Auswirkungen auf den Verbraucherschutz</i>	42
	2.4 <i>Möglichkeiten zur Verbesserung des Verbraucherschutzes</i>	43
II.	Spezielle Herausforderungen bei Verträgen mit Pflegeanbietern.....	44
	1. Bewohnerabhängigkeitsverhältnis und Informationsasymmetrie unter Berücksichtigung der besonderen Schutzbedürfnisse von Pflegebedürftigen	44
	1.1 <i>Verbraucherschutz vor Inbetriebnahme</i>	45
	1.2 <i>Verbraucherschutz nach Inbetriebnahme</i>	46
	1.3 <i>Auswirkungen der vorrangigen Beratungspflicht in der Praxis</i>	46
	2. Unterschiedliche Behandlung von Sozialhilfeempfängern und Selbstzahlern	47
	2.1 <i>Betreutes Wohnen</i>	47
	2.2 <i>Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz</i>	47
	3. Vergleich mit anderen Vertragstypen (z.B. Behandlungsverträge)	49
	3.1 <i>Behandelnder</i>	49
	3.2 <i>Hauptleistungspflichten</i>	50
	3.3 <i>Dokumentationspflichten</i>	50
	4. Bewohnerverträge in der Insolvenz	51
	4.1 <i>Hintergründe und Abwicklungen der Insolvenz in der Praxis</i>	52
	4.2 <i>Betreutes Wohnen</i>	53
	4.2.1 Allgemeines	53
	4.2.2 Verwertung	53
	4.3 <i>Stationäre Pflegeeinrichtung</i>	55
	4.3.1 Allgemeines	55
	4.3.2 Verwertung	56
III.	Übersicht Rechtsprechung: Maßgebliche Vertragsklauseln mit Pflegeelementen (ambulant/stationär).....	57
	1. Allgemeine Geschäftsbedingungen, gesetzliche Verbote.....	57
	1.1 <i>Wohnungsmietverträge mit Pflegeelementen (ambulante Konzepte)</i>	58

1.1.1	Allgemeine Einleitung.....	58
1.1.2	Allgemeine Geschäftsbedingungen („AGB“)	58
1.1.3	Gesetzliches Verbot	59
1.2	WBVG-Verträge.....	60
1.3	Vertraglicher Leistungsumfang.....	61
1.3.1	Wohnungsmietverträge mit Pflegeelementen (ambulante Konzepte).....	61
1.3.2	WBVG Verträge.....	62
1.4	Sozialrechtlicher Bezug zu den Leistungen und Einfluss auf die Leistungserbringung	63
1.4.1	Ambulante Pflege im betreuten Wohnen	64
1.4.2	Bewohnervertrag nach WBVG	65
1.4.3	Entfall der Pflegevergütung bei Verstoß gegen gesetzliche und vertragliche Regelungen.....	65
1.5	Öffentlich-rechtliche Kontrolle und Prägung der Leistungen.....	67
1.5.1	Betreutes Wohnen	67
1.5.2	Stationäre Einrichtung.....	67
1.6	Anpassung des Leistungsumfangs.....	69
1.6.1	Wohnungsmietverträge mit Pflegeelementen (ambulante Konzepte).....	69
1.6.2	WBVG Verträge.....	69
1.7	Entgelte und Entgeltanpassung.....	70
1.7.1	Entgelt bei WBVG-Verträgen.....	70
1.7.2	Entgeltanpassung Ambulante Pflege	84
1.7.3	Entgeltanpassung bei betreutem Wohnen mit Unterstützungsleistungen – hier in Bezug auf Grundleistungspauschalen	88
1.8	Bewohnersicherheiten	89
1.8.1	Betreutes Wohnen	89
1.8.2	Stationäre Einrichtung.....	90
1.9	Schlechtleistung und Mangelhaftigkeit.....	91
1.9.1	Betreutes Wohnen	91
1.9.2	Bewohnervertrag nach WBVG	92
1.10	Recht auf Privatsphäre und Datenschutz	93
1.10.1	Datenschutzrelevante Mieter-Daten	93
1.10.2	Pflegevertragsbezogene Daten	93
1.10.3	Abtretung von Ansprüchen mit und ohne Pflegerelevanz	94
1.11	Rechtsfolgen bei unzulässigen Vertragsklauseln.....	96
1.11.1	Wohnungsmietverträge mit Pflegeelementen (ambulante Konzepte).....	96
1.11.2	WBVG Verträge.....	96
2.	Verletzung vertraglicher (Neben-)Pflichten: Rechtsfolgen und Beispiele	97
2.1	Gesetzliche Grundlage.....	97
2.2	Wesentliche Nebenpflichten.....	97
2.3	Rechtsprechung zu Sorgfalts- und Aufsichtspflichten	97
2.4	Haftungsfreizeichnung.....	98
2.5	Besuchsrecht und Hausverbot.....	99
2.6	Vorvertragliche Informationspflichten.....	100
2.6.1	WBVG Verträge.....	100
2.6.2	Ambulante Pflegeverträge	104
2.7	Vorvertragliche Aufklärungspflichten / Vertragliche Nebenpflichten	106
3.	Beendigung des Vertrages: Kündigungsmöglichkeiten und -bedingungen, Auswirkungen.....	107
3.1	Kündigung Wohnungsmietvertrag mit ambulanter Pflege.....	108
3.2	Kündigung WBVG-Bewohnervertrag.....	109
3.3	Kündigungsgrund: Pflichtverletzung des Bewohners.....	110
3.4	Kündigungsgrund: Betriebseinstellung/Betriebsänderung.....	111
3.5	Gewerbliche Zwischenmietverhältnisse	112
3.6	Ausweitung des Bestandsschutzes für Bewohner über § 565 BGB bei Beendigung des gewerblichen Zwischenmietverhältnisses ?	114
3.7	Sozialrechtliche und vertragsstrukturelle Vorgaben	116

3.8	Sicherung „wirtschaftlicher“ Wert des Bewohners bei Spezialimmobilie	
	<i>Pflegeheim in der Praxis</i>	117
3.9	Tod des Pflegebedürftigen	119
3.9.1	Der Sterbefall im betreuten Wohnen	119
3.9.2	Der Tod des Bewohners im WBVG-Vertrag	119
4.	Schlichtungsverfahren, Möglichkeit der Einbindung von Schiedsstellen und Behörden	120
4.1	<i>Einbindung der Heimaufsicht als Behörde</i>	120
4.2	<i>Ordentlicher Rechtsweg</i>	121
4.3	<i>Beteiligung des Heimbeirats</i>	121
4.4	<i>Teilnahme an der Streitbeilegung nach § 36 VBSG</i>	123
5.	Rechtsfolgen bei unzulässigen Vertragsklauseln	126
5.1	<i>Wohnungsmietverträge mit Pflegeelementen (ambulante Konzepte)</i>	126
5.2	<i>WBVG Verträge</i>	126
IV.	Diskussion möglicher gesetzlicher Regelungen, Schlussfolgerungen und Empfehlungen	126
1.	Mögliche gesetzliche Änderungen	126
1.1	<i>Verbraucherschutz nach Inbetriebnahme</i>	127
1.2	<i>Unterschiedliche Behandlung von Sozialhilfeempfängern und Selbstzahlern</i>	127
1.3	<i>Dokumentationspflichten</i>	128
1.4	<i>Bewohnerverträge in der Insolvenz</i>	128
1.5	<i>Entfall der Pflegevergütung bei Verstoß gegen gesetzliche oder vertragliche Regelungen</i>	130
1.6	<i>Anpassung Leistungsumfang und der Entgelte</i>	131
1.7	<i>Bewohnersicherheiten</i>	131
1.8	<i>Schlechtleistung und Mangelhaftigkeit, Kündigungsfristen</i>	132
1.9	<i>Datenschutz</i>	133
1.10	<i>Besuchsrecht</i>	133
1.11	<i>Vorvertragliche Informationspflichten</i>	133
1.12	<i>WBVG-Heimträgerkündigung</i>	133
1.13	<i>Gewerbliche Zwischenmietverhältnisse</i>	134
1.14	<i>Der Tod des Bewohners im WBVG-Vertrag</i>	135
1.15	<i>Schlichtungsverfahren</i>	135
2.	Schlussfolgerungen und Empfehlungen	136
	LITERATURVERZEICHNIS	139

A. EINLEITUNG

Einführung in das Thema, Relevanz und Zielsetzung des Gutachtens

Das nachfolgende Gutachten beleuchtet die uns bekannte relevante Rechtsprechung in Bezug auf zivilrechtliche Verträge zwischen Einrichtungen/Anbietern mit ambulanter bzw. stationärer Pflege und deren Bewohnern¹ oder Mietern. Es bietet eine Übersicht über die einschlägigen rechtlichen Rahmenbedingungen sowie die damit einhergehenden zulässigen und unzulässigen Vertragsklauseln. Dabei werden insbesondere Mietverträge und Bewohnerverträge gemäß dem Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz (W BVG) untersucht und weitere mögliche Vertragsgestaltungen erläutert sowie gesetzgeberischer Änderungsbedarf adressiert.

Verträge zwischen Einrichtungen mit ambulanter bzw. stationärer Pflege und deren Nutzern bilden die Grundlage für die Versorgung und Betreuung der Bewohner und bringen zahlreiche rechtliche Implikationen mit sich. Es werden nicht nur die finanziellen Aspekte der Pflege und Unterbringung geregelt, sondern auch die Rechte und Pflichten der Vertragsparteien. Der Verbraucherschutz ist in diesen Verträgen von fundamentaler Bedeutung, weil Menschen mit Pflegebedarf zumeist in einem existenziellen Abhängigkeitsverhältnis zu ambulanten und stationären Dienstleistern stehen. Es ist daher von besonderer Relevanz, die Rechte dieser Verbraucher zu schützen und zu stärken.

Obwohl die Pflegeversicherung und – im Falle von Intensivpflege – die Krankenkassen in Deutschland Pflegebedürftigen Leistungen gewähren, fehlen bislang ausdrückliche gesetzliche Regelungen, die die spezifischen Anforderungen und Anliegen im Zusammenhang mit Pflegeverträgen umfassend abdecken. Regelungen über die Qualität der erbrachten Leistungen gibt es beispielsweise nur in Verträgen über stationäre Pflege. Ähnlich wie dies beim Behandlungsvertrag vor seiner gesetzlichen Regelung durch das Patientenrechtegesetz war, sind auch Pflegeverträge nur teilweise spezialgesetzlich geregelt. Diese rechtliche Lücke führt sowohl bei Einrichtungen mit Pflegeleistungen als auch bei Menschen mit Pflegebedarf zu Unklarheit über die gegenseitigen Rechte und Pflichten, die leider oft zu Lasten der pflegebedürftigen Verbraucher ausgenutzt werden.

Wir von FPS haben bereits unmittelbar nach Inkrafttreten des als Verbraucherschutzgesetz deklarierten W BVG im Jahr 2010 nicht konsistente und für die pflegebedürftigen Bewohner nachteilige Regelungen im W BVG beim zuständigen Ministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend adressiert. Während die damalige gesundheitspolitische Sprecherin der Grünen, Frau Elisabeth Scharfenberg und auch die Rechtsabteilung beim Ministerium die gesetzgeberischen Defizite durchaus erkannten, lehnte die zuständige CDU Ministerin Frau Kristina Köhler (jetzt Schröder) jede Diskussion und erst recht jede Verantwortung hierfür leider kategorisch ab. Dass das Thema Verbraucherschutz in Pflegeverträgen nun zur

¹ Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird in diesem Gutachten das generische Maskulinum verwendet. Die verwendeten Personenbezeichnungen beziehen sich – sofern nicht anders kenntlich gemacht – auf alle Geschlechter.

Vorbereitung einer möglichen konkreten gesetzlichen Regelung erarbeitet und analysiert werden soll, ist erfreulich.

Dieses Gutachten zielt darauf ab, eine möglichst umfassende Untersuchung des Verbraucherschutzes in Pflegeverträgen in Deutschland durchzuführen. Es soll die bestehende Rechtsprechung, zulässige und unzulässige Vertragsinhalte sowie Ansprüche aus diesen Verträgen, insbesondere in Bezug auf Leistungsinhalte und Anpassungen der vertraglichen Leistungen, Entgelte und Entgeltanpassungen, Schlechtleistung, Verletzungen vertraglicher (Neben-)Pflichten und die Beendigung der Verträge im Kontext des Verbraucherschutzes beleuchten. Dabei sollen die besonderen Herausforderungen und Schutzbedürfnisse von Pflegebedürftigen sowie Gesetzeslücken berücksichtigt werden.

Das Pflegevertragsrecht ist ein äußerst dynamischer Bereich und die rechtlichen Aspekte der entsprechenden Verträge sind in einer ständigen Entwicklung, ein fundiertes Verständnis der aktuellen Sach- und Rechtslage ist daher entscheidend.

Das Health Care Team von FPS ist seit Einführung der Pflegeversicherung 1995/1996 mit der Strukturierung und Beratung von stationären und ambulanten Pflegebetrieben in der täglichen Praxis befasst und verfügt so mit fast 30 Jahren Erfahrung in diesem Segment über ein äußerst umfangreiches Wissen, was die Ausgestaltung von Bewohner- und Mietverträgen mit Pflegeelementen ambulanter sowie stationärer Art angeht; die Erstellung, Prüfung und Bewertung von Pflegeverträgen inkl. die dazugehörigen gerichtlichen Auseinandersetzungen gehören zu unserem täglichen Geschäft. Hierbei haben wir in der Beratung und Vertragskonzeption z.B. Lösungen für die Betriebssicherung bei langfristig verpachteten Health Care Betrieben entwickelt, um die Mieter und Bewohner im Falle einer Krise oder Insolvenz des Betreibers vor einer Betriebsschließung und damit verbundenem drohenden Auszug zu schützen (Betriebsübernahmeregelungen / Restrukturierung von Mietverträgen, Call Optionen etc.).

Auf dieser Basis soll dieses Gutachten dazu beitragen, Klarheit in einem Bereich des deutschen Rechtssystems zu schaffen, der von großer sozialer Bedeutung ist. Es zielt darauf ab, die Verbraucherrechte von Menschen mit Pflegebedarf zu schützen, und kann als Grundlage für eine zukünftige gesetzliche Regelung im Bereich des Verbraucherschutzes in Pflegeverträgen dienen. Es soll die Diskussion über künftige Regelungsinhalte als Argumentationsgrundlage anregen und somit einen wichtigen Beitrag zur Weiterentwicklung des Pflegerechts in Deutschland leisten, um sowohl der Rechte und Schutzmaßnahmen für Menschen mit Pflegebedarf anzuregen, als auch die Interessen aller Vertragsparteien angemessen zu schützen.

B. DISCLAIMER

Das Gutachten soll, die wesentlichen rechtlich relevanten Informationen im Zusammenhang mit dem Verbraucherschutz in Pflegeverträgen darstellen und essentielle rechtliche Aspekte (High Level) bewerten. Es kann keine erschöpfende Darstellung über alle Gerichtsentscheidungen und rechtlichen Fragen in Bezug auf das Thema der Pflegeverträge geben; dies ist im Hinblick auf das vereinbarte Budget, den dem Ministerium unterbreiteten Prüfungsvorschlag und dem vorgegebenen zeitlichen Rahmen nicht möglich. Das Gutachten ist keine Legal Opinion, vielmehr beruht es auf diversen Erfahrungen aus unserer langjährigen Beratungspraxis mit Pflegeverträgen in den Bereichen des Seniorenwohnens und der Pflegeheime.

Wesentliche Gerichtsentscheidungen werden zum Teil an mehreren Stellen des Gutachtens erläutert. Dies war geboten, weil zum einen die in Bezug genommenen Entscheidungsgründe mehrere Gliederungspunkte betrafen und zum anderen, weil der Verständnisgehalt des dargelegten Urteils so höher ist, als wenn ein bloßer Verweis auf eine andere Textstelle erfolgt wäre.

C. GUTACHTEN

I. Hintergrund und rechtliche Grundlagen

1. Darstellung der unterschiedlichen Betriebskonzepte für ambulante und stationäre Versorgung nebst Darstellung der gesetzlichen Grundlagen und Regelungen für Verträge mit Pflegeleistungen

Die Versorgung und Betreuung älterer Menschen und pflegebedürftiger Personen in Deutschland erfolgt auf vielfältige Weise, wobei der Fokus auf den beiden Betriebskonzepten, stationäre Pflegeeinrichtung und betreutes Wohnen mit ambulanter Pflege liegt. Diese beiden Konzepte bieten unterschiedliche Ansätze zur Gewährleistung der Pflegebedürfnisse und Lebensqualität von Senioren und Pflegebedürftigen.

In der Praxis finden sich aufgrund des Fehlens zwingender gesetzlicher Definitionen eine Flut an Bezeichnungen für Betriebskonzepte mit Seniorenwohnangeboten, z.B.:²

- Alten-/Seniorenwohnheime;³
- Alten-/Seniorenheime;⁴
- Pflegeheime (§ 71 Abs. 2 SGB XI);⁵
- Heime (§ 1 HeimG);
- Stationäre Einrichtung (§ 3 WTPG-BW; Art. 2 Abs. 1 BayPfleWoqG);
- Stationäre Pflegeeinrichtung (§ 71 Abs. 2 SGB XI);
- Wohneinrichtungen (§ 2 Abs. 4 HmbWBG);
- Gasteinrichtungen (§ 2 Abs. 5 HmbWBG; § 2 Abs. 2 Nr. 5 WTG-NRW);
- Servicewohnanlagen (§ 2 Abs. 2 HmbWBG);
- Service-Wohnen (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 WTG-NRW);⁶
- Betreutes Wohnen;⁷
- Betreute Wohngruppen (Art. 2 Abs. 4 BayPfleWoqG);
- Wohngemeinschaft (§ 2 Abs. 3 HmbWBG);
- Wohnassistenzgemeinschaft (§ 2 Abs. 3a HmbWBG);
- Ambulant betreute Wohngemeinschaft (§§ 4 ff. WTPG-BW; Art. 2 Abs. 3 BayPfleWoqG);

² Bundesministeriums für Gesundheit (BMG), Online Ratgeber „Pflege im Heim“, abrufbar unter <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/pflegeimheim>.

³ BMG, Online Ratgeber „Pflege im Heim“, aaO.

⁴ BMG, Online Ratgeber „Pflege im Heim“, aaO.

⁵ BMG, Online Ratgeber „Pflege im Heim“, aaO.

⁶ Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (BMFSFJ), Neue Wohn- und Betreuungsformen im heimrechtlichen Kontext, abrufbar unter <https://www.bmfsfj.de/resource/blob/78970/38ef7ee9cbe1fe05547e46c9e71109d29/croessmann-data.pdf>, S. 10.

⁷ BMFSFJ, Neue Wohn- und Betreuungsformen im heimrechtlichen Kontext, aaO S. 10.

- Seniorenwohnanlage;
- Seniorenwohnpark;
- Seniorenresidenz;⁸
- Wohnstift;⁹
- Seniorenstift.¹⁰

Diese Begriffe¹¹ sind weder rechtlich verbindlich definiert noch geschützt. Sie können daher von jeder Art an Einrichtung verwendet werden, ohne dass für (künftige) Pflegebedürftige erkennbar ist, welche Leistungen und Qualitäten sich dahinter verbergen. Beispielsweise kann sich ein in die Jahre gekommenes stationäres Pflegeheim ebenso Seniorenresidenz nennen wie ein exklusiver und komfortabler Luxuswohnkomplex für rüstige Senioren.

Im Hinblick auf den Verbraucherschutz wäre es ratsam, die Begriffe gesetzlich zu definieren und zu schützen, um für die (künftigen) Pflegebedürftigen bzw. Bewohner Transparenz zu schaffen. Betroffene sehen sich mit den verschiedenen Begrifflichkeiten konfrontiert, ohne belastbar entscheiden und einordnen zu können, welche Leistungen die jeweilige Einrichtung bietet und welche Standards erfüllt werden. Eine gesetzliche Einordnung der Begriffe kann dazu führen, dass Einrichtungen gewisse Merkmale erfüllen müssen, ohne sich hinter intransparenten – rein aus Vermarktungsgründen verwendeten – Begrifflichkeiten verstecken zu können. Denkbar wäre auch, die jeweilige Einrichtung zu verpflichten, hinter dem Einrichtungsbegriff deutlich erkennbar zu machen, welche sozialrechtlichen Verträge die Einrichtung nach SGB XI und XII abgeschlossen hat, damit jeder Verbraucher bereits von vornherein erkennen kann, ob es sich um eine zugelassene stationäre Einrichtung (§ 71 Abs. 2 SGB XI) handelt und ob der Sozialhilfeträger bei Bedarf die Kosten übernehmen wird.

Nachfolgend werden zunächst die Unterschiede zwischen Pflegeeinrichtungen und betreutem Wohnen mit ambulanter Pflege erläutert und die gesetzlichen Grundlagen sowie Regelungen für Verträge mit Pflegeleistungen vorgestellt. Sodann wird aufgezeigt und erörtert, dass der Pflegemarkt inzwischen über eine Vielzahl weiterer Betriebskonzepte verfügt; eine Ein- und Zuordnung der verschiedenen Wohnformen im Einzelfall gestaltet sich zumeist schwierig.

1.1 Darstellung der unterschiedlichen Betriebskonzepte

1.1.1 Stationäre Pflegeeinrichtung

Die rechtliche Grundlage für Pflegeleistungen ist das Sozialgesetzbuch XI (SGB XI). Hier sind die Leistungen der Pflegeversicherung geregelt, die sowohl für Pflegeeinrichtungen als

⁸ BMFSFJ, Auf der Suche nach der passenden Wohn- und Betreuungsform, Ein Wegweiser für ältere Menschen, abrufbar unter <https://www.bmfsfj.de/resource/blob/95506/3af25cf0f77841a6d9fab72756a2a527/wegweiser-wohn-betreuungsformen-data.pdf>, S. 153.

⁹ BMFSFJ, Neue Wohn- und Betreuungsformen im heimrechtlichen Kontext, aaO S. 14.

¹⁰ BMFSFJ, Auf der Suche nach der passenden Wohn- und Betreuungsform, Ein Wegweiser für ältere Menschen, aaO S. 153.

¹¹ Diese Begrifflichkeiten werden als „traditionelle Heimtypen“ bezeichnet, Online Ratgeber des Bundesministeriums für Gesundheit „Pflege im Heim“, aaO.

auch für ambulante Pflege gelten. Die Legaldefinition der stationären Pflegeeinrichtung in **§ 71 Abs. 2 SGB XI** bildet die Rechtsgrundlage für die stationäre Pflege:

(2) Stationäre Pflegeeinrichtungen (Pflegeheime) im Sinne dieses Buches sind selbständig wirtschaftende Einrichtungen, in denen Pflegebedürftige:

1. unter ständiger Verantwortung einer ausgebildeten Pflegefachkraft gepflegt werden,
2. ganztägig (vollstationär) oder tagsüber oder nachts (teilstationär) untergebracht und gepflegt werden können.

Stationäre Pflegeeinrichtungen bieten, zumeist als Pflegeheime oder Altenheime, Pflege und Betreuung in einer Einrichtung, die speziell auf die Bedürfnisse von Pflegebedürftigen ausgerichtet ist, denen eine selbständige Versorgung und Haushaltsführung nicht mehr möglich ist.

Bewohner dieser Einrichtungen leben entweder dauerhaft in einem eigenen Zimmer oder Apartment oder befinden sich im Rahmen eines teilstationären Aufenthalts nur zeitweise in der Einrichtung mit Tages- oder Nachtpflege. Unabhängig von der Aufenthaltsdauer werden die Pflegebedürftigen im Rahmen der stationären Pflege in einem institutionellen Umfeld mit festen Abläufen und Strukturen unter ständiger Verantwortung einer ausgebildeten Pflegefachkraft gepflegt, § 71 Abs. 2 Nr. 1 SGB XI. Die Versorgung erfolgt als pauschales Angebot mit nur sehr eingeschränkter Möglichkeit der Individualisierung.

1.1.2 Klassisches betreutes Wohnen

Beim klassischen betreuten Wohnen handelt es sich um eigenständige Wohnungen oder Apartments in speziellen Seniorenresidenzen oder betreuten Wohnanlagen. Der Begriff ist rechtlich nicht eindeutig definiert; entsprechend der DIN 77 800 kann das betreute Wohnen. Als Überbegriff beschrieben werden. Als Leistungsangebot für ältere Menschen, die in einer barrierefreien Wohnung oder Wohnanlage leben, das allgemeine Unterstützungs- bzw. Betreuungsleistungen als Grund- oder Standardleistungen sowie über allgemeine Unterstützungsmaßnahmen hinausgehende Betreuungsleistungen als Wahlleistungen umfasst.¹²

Wenn ein Pflegegrad besteht, können die Pflegebedürftigen durch ambulante Pflege- oder Betreuungseinrichtungen in der Regel alle Leistungen erhalten, die sie auch in einer stationären Einrichtung bekommen würden, **§ 71 Abs. 1, Abs. 1 a) SGB XI**:

(1) Ambulante Pflegeeinrichtungen (Pflegedienste) im Sinne dieses Buches sind selbständig wirtschaftende Einrichtungen, die unter ständiger Verantwortung einer ausgebildeten Pflegefachkraft Pflegebedürftige in ihrer Wohnung mit Leistungen der häuslichen Pflegehilfe im Sinne des § 36 versorgen.

¹²Landesheimgesetze haben ähnliche Definitionen zum betreuten Wohnen wie z. B. § 2 Abs. 4 Einrichtungsqualitätsgesetz Mecklenburg-Vorpommern – EQG M-V, § 2 Abs. 4 Sächsisches Betreuungs- und Wohnqualitätsgesetz – SächsBeWoG sowie § 9 Abs. 1 Selbstbestimmungstärkungsgesetz Schleswig-Holstein – SbStG; vgl. auch Studie der HypZert Fachgruppe Sozialimmobilien, Bewertung von Objekten des betreuten Wohnens sowie Bewertung von Pflegeheimen, Februar 2018, S. 14.

(1a) Auf ambulante Betreuungseinrichtungen, die für Pflegebedürftige dauerhaft pflegerische Betreuungsmaßnahmen und Hilfen bei der Haushaltsführung erbringen (Betreuungsdienste), sind die Vorschriften dieses Buches, die für Pflegedienste gelten, entsprechend anzuwenden, soweit keine davon abweichende Regelung bestimmt ist.

Die Bewohner erhalten Unterstützung nach Bedarf, wobei die Dienstleistungen, welche medizinische, pflegerische und soziale Betreuung umfassen können, in der Regel von einem Pflegedienst vor Ort erbracht werden. Die Services können frei gewählt und gebucht werden, weswegen diese Form des Wohnens mehr Unabhängigkeit und Privatsphäre bietet.

Die Pflege erfolgt auch im betreuten Wohnen unter der Verantwortung einer ausgebildeten Pflegefachkraft, § 71 Abs. 1 SGB XI, allerdings besteht anders als in einer stationären Einrichtung keine rund um die Uhr Betreuung, weshalb das betreute Wohnen nicht für jeden Grad der Pflegebedürftigkeit angezeigt ist.

1.1.3 Mischvarianten

1.1.3.1 Wohngemeinschaften

Mischvarianten, wie etwa Wohngemeinschaften, sind eine flexible und weniger institutionalisierte Form der Pflege und Unterstützung.

In Wohngemeinschaften teilen sich mehrere Pflegebedürftige den Wohn- und Essbereich einer gemeinsamen Wohnung, in der sie mit Rückzugsmöglichkeit in einem eigenen Zimmer selbstbestimmt leben. Pflegekräfte oder Pflegedienste besuchen die Wohngemeinschaft, um Pflege und Unterstützung zu erbringen.

Wohngemeinschaften fördern die soziale Interaktion und bieten oft eine familiäre Atmosphäre, in der die Bewohner sich gegenseitig unterstützen.

Die Kosten und Organisation variieren je nach Modell, wobei die Bewohner in der Regel für Unterkunft und Dienstleistungen bezahlen.

1.1.3.2 Ambulante Intensivpflege

Die außerklinische Intensivpflege umfasst pflegerische Maßnahmen für die Versorgung schwerstpflegebedürftiger Patienten. Hierzu zählt insbesondere die Beatmungspflege.

Durchgeführt wird Intensivpflege in der Regel in der sogenannten 1:1 Betreuung oder 24 Stunden Pflege in der häuslichen Umgebung der Patienten. Für die Betreuung eines Patienten in der häuslichen Intensivpflege sind im Schnitt 4,5 Pflegekräfte notwendig. Hingegen werden in einer Beatmung-WG bzw. Intensivwohngruppe mehrere Patienten, die beispielsweise auf Beatmungspflege angewiesen sind, untergebracht und versorgt. Die Versorgung

wird durch speziell geschultes Personal eines ambulanten Intensivpflegedienstes durchgeführt. Die Größe der Intensiv-WGs schwankt zwischen 3 und 14 Plätzen, wobei die durchschnittliche Größe einer Intensiv-WG bei ca. 6 Patienten liegt. Die Anzahl der Pflegeplätze ist, anders als in anderen Bundesländern, in Bayern und NRW nicht begrenzt. Eine Überprüfung der Qualität des Pflegedienstes fand bis zur Einführung des „Gesetz[es] zur Stärkung von intensivpflegerischer Versorgung und medizinischer Rehabilitation in der gesetzlichen Krankenversicherung“ (*Intensivpflege- und Rehabilitationsstärkungsgesetz – GKV-IPReG vom 23.10.2020*), welches am 24.10.2020/31.10.2023 hinsichtlich Art. 2 in Kraft getreten ist, nicht statt.

Hintergrund des Gesetzes waren Hinweise auf etwaige bestehende Fehlversorgungen. Dies betraf insbesondere die ambulante Versorgung von Beatmungspatienten und Patienten mit Tracheostoma und die fehlenden Anreize zur Entwöhnung der Beatmung sowie zur Dekanülierung, da für diese Leistungen entsprechend hohe Vergütungen gezahlt wurden und werden. Hinzukamen, dass bis zum Inkrafttreten des GKV-IPReG der Eigenanteil im stationären Bereich -im Vergleich zum ambulanten- höher war, und daher ambulante Versorgungsformen bevorzugt wurden. Ferner gab es kein vergleichbares Qualitätsmanagement für das Pflegepersonal für Intensivpflege bei ambulanten Diensten.

Die bisherigen Regelungen zur Erbringung medizinischer Behandlungspflege für Versicherte mit intensivpflegerischem Versorgungsbedarf wurden mit dem GKV-IPReG in einen **neuen Leistungsanspruch auf außerklinische Intensivpflege** überführt. Hierfür wurde eigens ein neuer § 37c SGB V eingeführt. Die Leistung bedarf nunmehr der Verordnung durch hierfür besonders qualifizierte Vertragsärzte und wird an besondere Voraussetzungen geknüpft. Die Eigenanteile, die die Versicherten bei der Inanspruchnahme von Leistungen der außerklinischen Intensivpflege in vollstationären Pflegeeinrichtungen zu leisten haben, wurden erheblich reduziert. Leistungen der außerklinischen Intensivpflege dürfen nur von Leistungserbringern erbracht werden, die besondere Anforderungen erfüllen. Hierzu gehört beispielsweise die Durchführung eines internen Qualitätsmanagements. Bisher gab es in der Vergangenheit hier keine besonderen Qualitätsanforderungen.

Die Versorgung in Intensivpflege-WGs ist in § 37c Abs. 2 Nr. 3 SGB V n.F. mit Wohneinheiten i.S.d. § 132I Abs. 5 Nr. 1 SGB V n. F .ausdrücklich mit erfasst. Nach § 132I Abs. 5 SGB V n.F. schließen die Landesverbände der Krankenkassen und die Ersatzkassen gemeinsam und einheitlich Verträge mit Leistungsanbietern, die eine Wohneinheit für mindestens zwei Versicherte betreiben, die Leistungen nach § 37c SGB V in Anspruch nehmen. Auch die stationären Einrichtungen sind vom Anwendungsbereich des § 37c SGB V n.F. erfasst.

§ 37 c) SGB V „**außerklinische Intensivpflege**“ regelt nun:

- (1) Versicherte mit einem besonders hohen Bedarf an medizinischer Behandlungspflege haben Anspruch auf außerklinische Intensivpflege. Ein besonders hoher Bedarf an medizinischer Behandlungspflege liegt vor, wenn die ständige Anwesenheit einer geeigneten Pflegefachkraft zur individuellen Kontrolle und Einsatzbereitschaft oder ein vergleichbar intensiver Einsatz einer Pflegefachkraft erforderlich ist. Der Anspruch auf au-

Berlinische Intensivpflege umfasst die medizinische Behandlungspflege, die zur Sicherung des Ziels der ärztlichen Behandlung erforderlich ist, sowie eine Beratung durch die Krankenkasse, insbesondere zur Auswahl des geeigneten Leistungsorts nach Absatz 2. Die Leistung bedarf der Verordnung durch eine Vertragsärztin oder einen Vertragsarzt, die oder der für die Versorgung dieser Versicherten besonders qualifiziert ist. Die verordnende Vertragsärztin oder der verordnende Vertragsarzt hat das Therapieziel mit dem Versicherten zu erörtern und individuell festzustellen, bei Bedarf unter Einbeziehung palliativmedizinischer Fachkompetenz. [...]

(2) Versicherte erhalten **außerklinische Intensivpflege**

1. in vollstationären Pflegeeinrichtungen, die Leistungen nach § 43 des Elften Buches erbringen,
2. in Einrichtungen im Sinne des § 43a Satz 1 in Verbindung mit § 71 Absatz 4 Nummer 1 des Elften Buches oder Räumlichkeiten im Sinne des § 43a Satz 3 in Verbindung mit § 71 Absatz 4 Nummer 3 des Elften Buches,
3. in einer Wohneinheit im Sinne des § 132l Absatz 5 Nummer 1 oder
4. in ihrem Haushalt oder in ihrer Familie oder sonst an einem geeigneten Ort, insbesondere in betreuten Wohnformen, in Schulen, Kindergärten und in Werkstätten für behinderte Menschen.

Bis 2020 galt die Regelung des § 37 Abs. 2 SGB V, bei der es entscheidend auf die Abgrenzung der einzelnen Pflegeformen stationär oder ambulant ankam.

§ 37 Abs. 2 SGB V a.F. - häusliche Krankenpflege – regelte hierzu Folgendes:

Versicherte erhalten in ihrem Haushalt, ihrer Familie oder sonst an einem geeigneten Ort, insbesondere in betreuten Wohnformen [...] Behandlungspflege, wenn diese zur Sicherung des Ziels der ärztlichen Behandlung erforderlich ist. [...]. Der Anspruch nach Satz 1 besteht über die dort genannten Fälle hinaus ausnahmsweise auch für solche Versicherte in zugelassenen Pflegeeinrichtungen im Sinne des § 43 des Elften Buches, die auf Dauer, voraussichtlich für mindestens sechs Monate, einen besonders hohen Bedarf an medizinischer Behandlungspflege haben. [...]

Versicherte erhalten in stationären Einrichtungen im Sinne des § 43a des Elften Buches Leistungen nach Satz 1, wenn der Bedarf an Behandlungspflege eine ständige Überwachung und Versorgung durch eine qualifizierte Pflegefachkraft erfordert.

Für eine Leistungserbringung und den Anspruch auf häusliche Krankenpflege kam es in der Vergangenheit entscheidend darauf an, ob Wohngemeinschaften eine betreute Wohnform i.S.v. § 37 Abs. 2 SGB V a.F. darstellen.

Das Landessozialgericht (LSG) Hamburg¹³ hatte in einer Entscheidung vom 17.05.2010 (Az. L 1 KR 25/10 B ER) die Krankenkasse verpflichtet, häusliche Krankenpflege in Form von 24 Stunden-Beatmungspflege in der Wohngemeinschaft gemäß ärztlicher Verordnung vorläufig zu erbringen, da die WG als betreute Wohnform zu qualifizieren sei. Hintergrund ist die Abgrenzung zur stationären Einrichtung, um zu vermeiden, dass der Einrichtungsträger sich zu

¹³ LSG Hamburg v. 17.05.2010, Az. L 1 KR 25/10 B ER.

Lasten der Krankenkasse von den kostenintensiven Pflegepflichtaufgaben bei der Einordnung als stationäre Pflege befreit.

Hat ein Bewohner einer Wohngemeinschaft einen Mietvertrag mit einem Vermieter abgeschlossen, der juristisch nicht mit dem Pflegedienst identisch ist und hat er aus dem Mietvertrag keinen Anspruch auf die Erbringung von Pflegeleistungen oder Behandlungspflegeleistungen, so handelt es sich um eine ambulant betreute Wohnform im Sinne von § 37 Abs. 2 SGB V. Bei Wohngemeinschaften ist insofern weiter erforderlich, dass eine Wohngemeinschaftsvereinbarung existiert, die unter anderem auch die Eigenverantwortlichkeit der Bewohner über die Abläufe in der Wohngemeinschaft regelt. Solange hier den Bewohnern eine eigenverantwortliche Wirtschaftsführung möglich ist und sie in der Lage sind, sich selbst wirtschaftlich zu versorgen, liegt **eine ambulant betreute Wohnform** vor, die eine ambulante Versorgung durch externe Pflegedienste gewährleistet.¹⁴

Zudem hat der ambulante Pflegedienst mit der Krankenkasse nach § 132a Abs. 4 SGB V über die Einzelheiten der Versorgung mit häuslicher Krankenpflege, über die Preise und deren Abrechnung und die Verpflichtung der Leistungserbringer zur Fortbildung einen Vertrag nebst entsprechenden Vergütungsvereinbarungen abzuschließen. Alternativ gibt es Einzelvereinbarungen für den jeweiligen Patienten oder aber Einzelabsprachen mit Angebot des Pflegedienstes und Bestätigung der Krankenkassen. Allein der Beitritt zum Rahmenvertrag reicht nicht aus, wenn dort keine Regelung oder „Einzelfallvereinbarung“ vorgesehen ist.¹⁵

Im Übrigen hatte der Patient / Bewohner auch früher bei einer Unterbringung in einer stationären Einrichtung einen Anspruch auf häusliche Krankenpflege. Dies ergibt sich aus dem Ausnahmetatbestand des § 37 Abs. 2 S. 3 SGB V, nach dem ausnahmsweise auch für solche Versicherte in zugelassenen Pflegeeinrichtungen i.S.d. § 43 SGB XI Anspruch auf Behandlungspflege bestehe, die auf Dauer, voraussichtlich für mindestens sechs Monate, einen besonders hohen Bedarf an medizinischer Behandlungspflege haben. Dies ist bei beatmungspflichtigen Patienten in der Regel der Fall.

Der Gesetzgeber hat hier die Fehlanreize erkannt und gegengesteuert. Außerklinische Intensivpflege kann nunmehr in Pflegeeinrichtungen, in Einrichtungen der Hilfe für behinderte Menschen, in qualitätsgesicherten Intensivpflege-Wohneinheiten, in der eigenen Häuslichkeit sowie in geeigneten Orten, wie z.B. betreuten Wohnformen, Schulen, Kindergärten und Werkstätten erbracht werden.

Damit Patienten in der Intensivpflege dauerhaft qualitätsgesichert versorgt werden, haben die Medizinischen Dienste im Auftrag der Krankenkassen im Rahmen einer persönlichen Begutachtung am Leistungsort jährlich insbesondere zu prüfen, ob die medizinische und pflegerische Versorgung sichergestellt werden kann.

¹⁴ LSG Hamburg v. 17.05.2010, Az. L 1 KR 25/10 B ER.

¹⁵ BSG v. 20.04.2016, Az. B 3 KR 18 / 15 R.

Damit die Unterbringung in einer stationären Einrichtung nicht aus finanziellen Gründen scheitert, wurden die Intensiv-Pflegebedürftige in stationären Pflegeeinrichtungen weitgehend von Eigenanteilen entlastet.

Die Kostenübernahme gilt für sechs Monate auch dann weiter, wenn sich der Gesundheitszustand der versicherten Person bessert und außerklinische Intensivpflege nicht mehr nötig ist. Die Krankenkassen können die Leistungsdauer in ihrer Satzung noch verlängern.

Nur qualitätsgeprüfte Pflegedienste dürfen nunmehr noch außerklinischer Intensivpflege erbringen. Maßnahmen zur Qualitätssicherung werden bundeseinheitlich in Rahmenempfehlungen formuliert. Die Rahmenempfehlung nach § 123I Abs. 1 SGB V zur Versorgung mit außerklinischer Intensivpflege des GKV Spitzenverbandes ist am 03.04.2023 in Kraft getreten und regelt neben der Pflegefachkraftquote auch deren Qualifikationen.

Somit wird hier der Verbraucherschutz durch Qualitätsanforderungen in Bezug auf das Pflegepersonal sowie etwaige Personalschlüssel entsprechend umgesetzt. Etwaige frühere Missstände werden damit korrigiert und in jeder Behandlungsform nunmehr die Intensivpflege zugelassen. Etwaige frühere Wettbewerbsvorteile der ambulanten Pflegedienste für ambulant betreute Wohnformen bspw. für Wohngemeinschaften ohne die Qualitätskontrollen, denen stationäre Pflegeeinrichtungen seit jeher unterworfen waren, sind nunmehr nivelliert und ein einheitliches Pflegeniveau wurde hergestellt.

1.2 Abgrenzung Pflegeeinrichtung und Wohnen mit ambulanter Pflege

Wie ausgeführt umfassen stationäre Pflegeeinrichtungen grundsätzlich Einrichtungen, in denen pflegebedürftige Personen dauerhaft untergebracht werden. Diese Einrichtungen bieten je nach Ausgestaltung teilweise rund um die Uhr Pflege und Betreuung sowie Unterkunft und Verpflegung für ihre Bewohner. Die Pflegeeinrichtungen sind auf die Bedürfnisse von Menschen mit unterschiedlichem Pflegebedarf ausgerichtet und bieten eine dauerhafte Lösung für diejenigen, die nicht mehr in der Lage sind, in ihrer eigenen häuslichen Umgebung zu leben.

Im Gegensatz dazu ermöglicht das Wohnen mit ambulanter Pflege älteren Menschen und Pflegebedürftigen, in einer eigenen häuslichen Umgebung zu bleiben, während sie dennoch die notwendige Pflege und Betreuung erhalten. Diese Form der Pflege basiert auf dem Konzept, dass die Pflegekräfte regelmäßig an die Wohnstätte der Senioren kommen, um ihre Bedürfnisse zu erfüllen. Dies kann in Form von medizinischer Pflege, Hilfe bei Alltagsaufgaben, sozialer Betreuung und mehr geschehen. Das Wohnen mit ambulanter Pflege ermöglicht den Menschen, ihre Unabhängigkeit und Lebensqualität zu bewahren, während sie dennoch die erforderliche Unterstützung erhalten.

Soweit die klassische Begriffserklärung und -differenzierung.

Eine solche klare Abgrenzung einer stationären Pflegeeinrichtung zum Wohnen mit ambulanter Pflege ist heutzutage jedoch nicht mehr ohne weiteres möglich; die angebotenen

Wohnformen für Senioren mit Pflege- und Serviceelementen sind inzwischen vielschichtig. Die frühere klare Trennung zwischen dem klassischen Altenpflegeheim und reinen Wohnkomplexen ist überholt. Heute gibt es zahlreiche Mischformen in allen Schattierungen, so dass beispielsweise zwischen „Pflegeheimen“ (vollstationär/teilstationär), Altenwohnheimen, betreutem Wohnen, Servicewohnen, Wohnstiften, betreuten Wohngemeinschaften, selbstbestimmten Wohngemeinschaften, ambulanten Wohngemeinschaften, intensiv betreutem Wohnen und zahlreichen weiteren Formen zu unterscheiden ist, die auch teilweise durch die Anbieter kombiniert werden. Eine klare Abgrenzung fällt schwer, zumal jeder Betreiber sich abzuheben versucht und andere Leistungen anbietet.

Die rechtliche Bewertung ist anhand des konkreten Betriebskonzepts vorzunehmen und zwar bezogen auf die jeweils einschlägigen Rechtsgebiete: Im Bauplanungsrecht zur Zulässigkeit der Art eines bestimmten Vorhabens, im Bauordnungsrecht zur baulichen Konzeption und Bausicherheit, im Landesheimrecht und im Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz (WVBVG) zum Schutze der Bewohner in der Abgrenzung zum Wohnungsmietrecht.

Aufgrund dieser vielfältigen Einordnungsmöglichkeiten und der in jedem Bundesland unterschiedlich gehandhabten Abgrenzung von ambulanter zu stationärer Pflege gibt es keinen durchgehenden gleichwertigen Verbraucherschutz für die Bewohner und Pflegebedürftigen.

Im Einzelnen:

1.2.1 Landesheimrechtliche Schwelle von ambulanter zu stationärer Pflege

Nach der Übertragung des Heimrechts in die Zuständigkeit der Länder 2006 (Art. 72 GG) haben alle 16 Bundesländer eigene Heimgesetze erlassen.¹⁶

Das Sozial- und Ordnungsrecht hat keinen einheitlichen Heimbegriff¹⁷. Während früher die bundesheim- und bauordnungsrechtlichen Begriffsbestimmungen mit Altenwohnheim, Altenheim und Altenpflegeheim grundsätzlich übereinstimmten, haben die Landesheimgesetze neue Definitionen für deren Anwendbarkeit entwickelt, die primär auf die Abhängigkeiten der Bewohner von dem jeweiligen Wohnungsüberlassenden und/oder Pflegedienst abstellen. Sie versuchen damit, auf die neue, auch vom Gesetzgeber gewünschte, Vielfalt der Pflegeangebote zu reagieren und diese zu regulieren.

Die meisten Landesheimgesetze knüpfen bei der Definition der stationären Einrichtung daran an, dass die Einrichtung pflegebedürftige Menschen aufnimmt, ihnen Wohnraum überlässt, Pflege- und Betreuungsleistungen bereit hält, im Bestand vom Bewohnerwechsel unabhängig ist und entgeltlich betrieben wird. Diese Regelungen sind dann nicht anwendbar, wenn die Bewohner nur verpflichtet sind, neben der Wohnraumüberlassung noch untergeordnete Grundleistungen, z. B. Notruf, Vermittlung von Pflege- und Betreuung, Hilfe bei Behördenangelegenheiten, Vermittlung von Hilfen im Alltag, Organisation von Hilfen bei

¹⁶ Die Länder Saarland und Thüringen haben bisher zu den baulichen Anforderungen noch keine Durchführungsverordnungen erlassen, so dass hier weiter die Heimindestbauverordnung Anwendung findet.

¹⁷ Plantholz in Krahrmer/Plantholz Lehr- und Praxiskommentar SGB XI, § 71 Rn. 5.

Krankheit, Vermittlung von Freizeitangeboten, Nutzung von Gemeinschaftsräumen, in Anspruch zu nehmen und die darüber hinausgehenden Pflege- und Betreuungsleistungen von den Bewohnern frei wählbar sind.¹⁸

Ob ein betreuter Wohnkomplex die heimrechtliche Schwelle überschreitet und damit die landesheimrechtlichen Anforderungen, insbesondere heimbaurechtlicher Art, erfüllen muss, richtet sich nach dem Betriebskonzept des Betreibers und der konkreten Betriebs- und Nutzungsform.¹⁹ Die Bezeichnung der Einrichtung ist irrelevant. Abgrenzungskriterien sind dabei vor allem, welche Leistungen in der Einrichtung angeboten werden und welche der Bewohner vertraglich übernimmt.

1.2.1.1 Hauptsächlich stationäre Einrichtungen erfasst

Von den Landesheimgesetzen erfasst werden in erster Linie stationäre Einrichtungen und damit „Pflegeheime“ im ursprünglichen Sinn. Die meisten Länder knüpfen bei der Definition der stationären Einrichtung (oder auch „Heim“²⁰) an die des § 1 Abs. 1 HeimG an, wonach die Einrichtung dem Zweck dient, ältere Menschen oder pflegebedürftige oder behinderte Volljährige aufzunehmen, ihnen Wohnraum zu überlassen sowie Betreuung und Verpflegung zur Verfügung zu stellen oder vorzuhalten, und die in ihrem Bestand von Wechsel und Zahl der Bewohner unabhängig sind und entgeltlich betrieben wird.²¹

1.2.1.2 Voraussetzung: Verpflichtung der Bewohner zur Inanspruchnahme von angebotenen Betreuungs- und Pflegeleistungen

Zentrale Voraussetzung für ein Heim ist, dass der Träger der Einrichtung neben der Wohnraumüberlassung Betreuung und Verpflegung anbietet und damit eine Versorgungsgarantie, auch für den Fall der Verschlechterung des Gesundheitszustands des Bewohners, übernimmt.²² Der Bewohner muss darauf vertrauen können, dass er Hilfe in allen Bereichen der Daseinsvorsorge erhält, selbst wenn sich seine Bedürfnisse stark ändern. Betreuung als Oberbegriff schließt Pflege ein und geht deutlich darüber hinaus. Auch ein reines Pflegeheim bietet nicht nur Pflege an, sondern stellt weitere Betreuungsangebote zur Verfügung oder hält sie vor (z. B. soziale Betreuung i. S. v. § 43 Abs. 2 SGB XI).²³

Ferner ist Voraussetzung, dass der Bewohner durch eine vertragliche Abrede mit dem Träger der Einrichtung verpflichtet wird, Betreuungs- und Pflegeleistungen von ihm oder einem vom Betreiber bestimmten Anbieter in Anspruch zu nehmen, die über allgemeine Betreu-

¹⁸ z. B. § 3 Abs. 2 WTPGBW; Art. 2 Abs. 3 BayPfleWoqG; § 2 Abs. 4 HGBP § 2 Abs. 1, 4 EQGMV; § 2 Abs. 4 SächsBeWoG; § 6 Abs. 1 WTGLSA; Studie der HypZert Fachgruppe Sozialimmobilien, S. 37.

¹⁹ OVG Saarlouis v. 11. 4. 2016 – 2 B 69/16, BeckRS 2016, 44664.

²⁰ So bspw. die NuWG.

²¹ Vgl. § 3 Abs. 1 WTPGBW, Art. 2 Abs. 1 BayPfleWoqG, § 3 Abs. 1 WTG Berlin, § 2 Abs. 1 BremWoBeG, § 2 Abs. 1 HBPG, § 2 Abs. 1 EQG M-V, § 2 Abs. 2 NuWG, § 4 Abs. 1 LWTG, § 1a Abs. 1 SaarlWBPF, § 2 Abs. 1 SächsBeWoG, § 3 Abs. 1 WTG LSA, § 7 Abs. 1 SbStG, § 2 Abs. 1 ThürWTG, ähnlich § 2 Abs. 1 WTG NRW.

²² Begründung des Entwurfs eines Dritten Gesetzes zur Änderung des Heimgesetzes v. 23. 2. 2001, BT-Drucks. 14/5399, S. 18.

²³ BT-Drucks. 14/5399, S. 18.

ungsleistungen hinausgehen und hierdurch eine strukturelle Abhängigkeit des Bewohners von dem Träger der Einrichtung besteht.²⁴

1.2.1.3 Keine Anwendung bei vertraglicher Verpflichtung zur Inanspruchnahme von lediglich allgemeinen (untergeordneten) Unterstützungs-/ Serviceleistungen – Abgrenzung zum „Betreuten Wohnen“

Für die Überschreitung der Schwelle von betreutem Wohnen zur stationären Einrichtung muss die angebotene Unterstützung eine gewisse Intensität und Trägerabhängigkeit aufweisen. Nicht anwendbar sind die Landesheimgesetze deshalb, wenn sich der Bewohner vertraglich verpflichtet, neben der Wohnraumüberlassung nur untergeordnete Grundleistungen bzw. allgemeine Betreuungsleistungen (z. B. Notruf, Vermittlung von Pflege- und Betreuung, Informations- und Beratungsangebote, Hilfe bei Behördenangelegenheiten, Vermittlung von Hilfen im Alltag, Organisation von Hilfen bei Krankheit, Freizeitangebote, Nutzung von Gemeinschaftsräumen) in Anspruch zu nehmen und die darüber hinausgehenden Pflege- und Serviceleistungen von dem Bewohner frei wählbar sind.²⁵

Eine solche Wohnform, bei der der Bewohner eine barrierefreie, altengerechte Wohnung, meist in einer speziellen Wohnanlage, anmietet (Wohnungsmietvertrag) und darüber hinaus ein Grundpaket an Serviceleistungen annehmen muss (sog. Servicepauschale), welche die genannten Leistungen der Beratungs- und Informationsleistungen und die Notrufsicherung umfasst, stellt das „Betreute Wohnen“ dar. Für diese Wohnform werden auch synonym die Begriffe „Servicewohnen“ oder „unterstütztes Wohnen“ verwendet. Wenn von Bewohnern im Bedarfsfall allerdings Pflegeleistungen eines bestimmten Anbieters in Anspruch genommen werden müssen, wird die Schwelle des Servicewohnens bzw. betreuten Wohnens verlassen und es gelten die Regelungen über die stationären Einrichtungen.²⁶

Diverse Projektentwickler von betreuten Seniorenwohnanlagen gehen vor diesem Hintergrund dazu über, die bauliche Anlage baulich so zu errichten, dass auch die Anforderungen gemäß dem einschlägigen Landesheimbaurecht für Pflegeheime unschwer erfüllt werden können. Das Betriebskonzept des betreuten Wohnens kann dadurch so ausgestaltet werden, dass der Bewohner sehr weitgehend von einem Anbieter betreut wird und von diesem heimmäßig abhängig ist, weil das bauliche Konzept schon so ausgerichtet ist, dass – falls die Behörde dieses Wohnkonzept als Pflegeheim entsprechend beanstandet - entweder das Betriebskonzept auf Wohnniveau zurückgefahren oder die Anlage auf Pflegeheimniveau aufgerüstet wird.

²⁴ OVG Saarlouis v. 11. 4. 2016 – 2 B 69/16, BeckRS 2016, 44664; Begründung des Gesetzesentwurfs des Niedersächsischen Landtags v. 19. 5. 2010 zum Entwurf eines Niedersächsischen Gesetzes zum Schutz von Heimbewohnerinnen und Heimbewohnern (NHeimG), Drucks. 16/2493, S. 14, 23; Begründung des Bremischen Wohn- und Betreuungsgesetzes (BremWoBeG), bremische Bürgerschaft, Drucks. 19/1273, S. 41; § 2 Abs. 3 LWTG; VG Düsseldorf v. 17. 6. 2014 –26 K 4193/12, BeckRS 2014, 53459; Gesetzesentwurf des Landtags NRW zum Gesetz zur Umsetzung der Föderalismusreform auf dem Gebiet des Heimrechts v. 11. 6. 2008, Drucks. 14/6972, S. 39, 40.

²⁵ So beispielsweise im Hinblick auf das Landesheimrecht des Saarlands: OVG Saarlouis v. 11. 4. 2016 – 2 B 69/16, BeckRS 2016, 44664. Ebenso: BT-Drucks. 14/5399, S. 18; Ausdrücklicher Ausschluss des betreuten Wohnens in dieser Form bei allgemeinen (untergeordneten) Betreuungsleistungen: § 2 Abs. 6 WTPG, Art. 2 Abs. 3 PflWoqG.

²⁶ OVG Bautzen v. 10. 9. 2015 – 5 A 70/15, BeckRS 2015, 56017.

1.2.1.4 Bauliche Konzeption als Indiz für das Vorliegen einer Einrichtung, die unter das Landesheimrecht fällt

Für die Anwendung des Heimrechts kann sprechen, dass die Einrichtung baulich wie ein Pflegeheim ausgestattet ist. Dies kann beispielsweise das Bestehen von Gemeinschaftsräumen oder Therapieräumen sein.²⁷ Entscheidend ist und bleibt aber das Betriebskonzept, denn die Einordnung der Einrichtung erfolgt aufgrund der zur Verfügung gestellten Leistungen.

1.2.1.5 Selbstbestimmte Wohngemeinschaften

Die Unterschiede in den einzelnen Landesheimgesetzen für den Übergangsbereich der stationären Einrichtung und ambulanter Versorgung zeigen sich besonders bei den selbstbestimmten Wohngemeinschaften, wofür die Landesheimgesetze grundsätzlich nicht gelten sollen. Evident wurde dies in zwei gegensätzlichen Urteilen des OVG Bautzen für Sachsen und des OVG Magdeburg für Sachsen-Anhalt aus dem Jahr 2015. Was die ambulanten Wohngemeinschaften für Pflegebedürftige angeht, so galt das Sächsische Betreuungs- und Wohnqualitätsgesetz (SächsBeWoG) gem. § 2 Abs. 5 SächsBeWoG a.F. nicht, wenn sie von Dritten unabhängig sind. Dies ist dann der Fall, wenn die Mitglieder der Wohngemeinschaft alle Angelegenheiten der Wohngemeinschaft selbst regeln und die Wahlfreiheit bei den Betreuungsleistungen nicht beschränkt ist, wobei eine solche Beschränkung insbesondere dann vorliegt, wenn Vermieter und Pflegedienstleister identisch sind oder rechtlich oder tatsächlich verbunden sind. Nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 WTG-LSA gilt das Landesheimrecht Sachsen-Anhalt für nicht selbstorganisierte Wohnformen. Nach § 4 Abs. 1, 2 WTG-LSA muss die selbstorganisierte Wohngemeinschaft baulich, organisatorisch und wirtschaftlich selbständig sein, die Pflege- und Betreuungsdienste dürfen nur einen Gaststatus innehaben und nicht mehr als zwölf pflege- bzw. betreuungsbedürftige Personen beherbergen. Die maßgebliche Selbstorganisation liegt hierbei nach § 4 Abs. 2 S. 1 WTG-LSA nicht vor, wenn die Wohngemeinschaft unter der Verantwortung eines Trägers steht oder von diesem strukturell abhängig ist. Dabei wird gem. § 4 Abs. 2 S. 4, 5 WTG-LSA vermutet, dass eine die Selbstorganisation aufhebende Abhängigkeit gegeben ist, wenn Vermieter und Dienstleistungsanbieter personenidentisch, gesellschafts- oder handelsrechtlich miteinander verbunden oder Angehörige (miteinander verwandt) sind, wobei die Vermutung wiederum widerlegt ist, wenn die freie Wählbarkeit der Pflege- und Betreuungsleistungen nachweislich nicht eingeschränkt wird.

a) Rechtsprechung in Sachsen

Das Oberverwaltungsgericht Bautzen hatte in einem Urteil vom 10.09. 2015²⁸ bzgl. einer Einrichtung im sächsischen Weinböhla zu entscheiden, ob es sich bei den dort betriebenen Wohngemeinschaften für Demenz- und Intensivpatienten um eine stationäre Einrichtung i. S. v. § 2 Abs. 1 SächsBeWoG handelt. Zu bewerten war ein von Vermieter und Pflege-

²⁷ BT-Drucks. 14/5399, S. 18.

²⁸ OVG Bautzen v. 10. 9. 2015 – 5 A 70/15, BeckRS 2015, 56017; bestätigt durch BVerwG v. 19. 1. 2016 – 3 B 76.15 = BeckRS 2016, 42162.

dienst gemeinsam initiiertes Kooperationsmodell, bei der der Pflegedienst im gemieteten Gebäude ein Büro für die Pflegedienstleitung und einen Mitarbeiteraufenthalts- und Schwesternraum unterhielt, eine Versorgungsgarantie mit Rundumversorgung abgab und der Pflegedienst auch die wesentlichen Belange in der Wohngemeinschaft steuerte. Dieses Modell stufte die Heimaufsicht als stationäre Einrichtung ein, auch wenn den Bewohnern formal das freie Wahlrecht über den Pflegedienst eingeräumt war. Dem Gericht zufolge kommt es unter Berufung auf die Begründung des Regierungsentwurfs zum SächsBeWoG²⁹ auf den, anhand der Umstände des Einzelfalls zu bewertenden, Begriff der „Unabhängigkeit“ an. Dabei zitiert das Gericht aus dieser Begründung die dort genannten maßgeblichen Indikatoren für eine Unabhängigkeit und damit Nichtanwendbarkeit der heimrechtlichen Regelungen des SächsBeWoG:

- Die Wohngemeinschaft wird von den Bewohnern/Betreuern selbst initiiert;
- Die Bewohner/Betreuer holen mehrere Angebote von Pflegediensten ein;
- Die Bewohner/Betreuer entscheiden in Abstimmung mit dem Vermieter darüber, wer einzieht;
- Die Bewohner/Betreuer entscheiden darüber, wer die Hausgemeinschaft als Gast betritt und üben das Hausrecht aus;
- Der Tagesablauf wird von den Bewohnern/Betreuern selbst gestaltet;
- Die Bewohner/Betreuer stellen das Mobiliar für die Wohngemeinschaft selbst.

Indikatoren für die Abhängigkeit und Einstufung als stationäre Einrichtung gemäß SächsBeWoG sind danach demgegenüber:

- Es wird eine Versorgungsgarantie gegeben;
- Die Bewohnergemeinschaft überlässt oder überträgt wesentliche Entscheidungen bzw. Tagesplanung Dritten (z. B. Pflegedienst);
- Die Anwesenheit einer Betreuungs-/Pflegefachkraft ist während des gesamten Tages und der gesamten Nacht erforderlich, weil mindestens ein Mitglied einer intensivmedizinisch-therapeutischen Maßnahme bedarf.

Beim Blick auf die Indikatoren und die Selbstbestimmtheit gilt dem Gericht zufolge, dass, je höher der Pflegebedarf ist, umso aktiver und intensiver die Bewohnergemeinschaft agieren muss, damit von einer Wahlfreiheit und Selbstbestimmung ausgegangen werden kann. Ein Intensivpflegebedarf mit ganztägigem Versorgungsbedarf indiziert die Abhängigkeit vom Pflegedienstanbieter und löst damit regelmäßig die Anwendbarkeit des SächsBeWoG für stationäre Einrichtungen aus.³⁰ Schließlich hebt das OVG Bautzen hervor, dass die Einstufung der Wohngemeinschaft nach dem SächsBeWoG und im Leistungsrecht des Sozialgesetzbuchs wegen der unterschiedlichen Zielrichtungen voneinander unabhängig sind. Das SächsBeWoG stellt als Abgrenzungskriterium für die Wohngemeinschaft auf die Unabhängigkeit von Dritten ab. Im Sozialgesetzbuch erfolgt die Abgrenzung der gewährten Leistun-

²⁹ OVG Bautzen v. 10. 9. 2015 – 5 A 70/15, BeckRS 2015, 56017, Rz. 33 mit Verweis auf LT-Drucks. 5/6427, S. 3.

³⁰ OVG Bautzen v. 10. 9. 2015 – 5 A 70/15, BeckRS 2015, 56017, Rz. 40, 41.

gen nach Leistungsort, Leistungsgegenstand, Leistungsbreite, Leistungszweck und Leistungserbringer.³¹

Da nach den meisten Betriebskonzepten von betreuten Wohnanlagen mit Komplettversorgungsstrukturen – wie auch im vorliegenden Fall des OVG Bautzen – der Betreiber eine Vollversorgungsgarantie gegenüber den Bewohnern abgab, der einzige Pflegedienst in der Einrichtung ist und auch den Tagesablauf der Bewohner im Wesentlichen steuert, wurde hier eine stationäre Einrichtung nach dem SächsBeWoG angenommen.

Parallel zum OVG Bautzen stellen auch das OVG Münster³², das OVG Greifswald³³ sowie die Verwaltungsgerichte München und Augsburg³⁴ bei der Frage, ob es sich um eine stationäre Einrichtung handelt oder nicht, die den umfassenden Anforderungen des WTG-NRW, EQG-MV bzw. des BayPfleWoqG unterliegt, darauf ab, ob – bei wertender Betrachtung der Gesamtumstände – die Bewohner selbstbestimmt wohnen und insbesondere die Angelegenheiten des täglichen Lebens eigenständig regeln, was bei schwerstpflegebedürftigen Bewohnern meist nicht der Fall sein wird.

Eine Selbstverantwortung „nur auf dem Papier“³⁵ reicht hierzu nicht aus.

Mit dem Gesetz zur Änderung des SächsBeWoG, in Kraft getreten zum 07.06.2019, erfolgte überdies eine explizite Klarstellung in Bezug auf ambulant betreute Wohngemeinschaften:

§ 2 Abs. 2 SächsBeWoG lautet nun:

Ambulant betreute Wohngemeinschaften im Sinne dieses Gesetzes sind Wohnformen, die dem Zweck dienen, pflege- oder betreuungsbedürftigen Menschen das Leben in einem gemeinsamen Haushalt und die Inanspruchnahme externer Pflege- oder Betreuungsleistungen gegen Entgelt zu ermöglichen. Dies gilt unabhängig davon, wer die Wohngemeinschaften initiiert und begleitet und ob sie in ihrem Bestand von Wechsel und Zahl der Bewohner unabhängig sind. Für ambulante betreute Wohngemeinschaften gelten nur die Bestimmungen der Teile 3, 4 und 5, mit Ausnahme des § 18, wenn

1. die Selbstbestimmung der Bewohner gegebenenfalls durch vertretungsbefugte Dritte gewährleistet ist,
2. die Bewohner oder deren gesetzliche Betreuungspersonen die Betreuungs- und Pflegedienste sowie Art und Umfang der Betreuungs- oder Pflegeleistungen frei wählen können,

³¹ OVG Bautzen v. 10. 9. 2015 – 5 A 70/15, BeckRS 2015, 56017, Rz. 38.

³² OVG Münster v. 7. 10. 2016 – 4 B 777/16, NWVBl 2017, 152 = NZS 2016, 945 (LS), OVG Münster v. 21.12.2017 - 4 B 1184/17 (BeckRS 2007, 142779, sowie OVG Münster v. 20.09.2022 – 12 A 4187/19, BeckRS 2022, 32481.

³³ OVG Greifswald v. 18.7.2016 – 1 M 235/16, LSK 2016, 52616 = NordÖR 2017, 189.

³⁴ VG München v. 29.10.2015 – M 17 K 14.4341, BeckRS 2016, 54724; VG Augsburg v. 22. 7. 2014 – Au 3 K 13.444, BeckRS 2014, 56697.

³⁵ Drasdo NZM 2023, 748, Fn 10, OVG Münster v. 21.12.2017 - 4 B 1184/17 (BeckRS 2007, 142779, OVG Münster v. 20.09.2022 – 12 A 4187/19, BeckRS 2022, 32481.

3. die Pflege- und Betreuungsdienste keine eigenen Büroräume in der ambulant betreuten Wohngemeinschaft haben,
4. die ambulant betreute Wohngemeinschaft baulich, organisatorisch und wirtschaftlich selbstständig ist, insbesondere kein Bestandteil einer stationären Einrichtung ist, und sich nicht mehr als zwei ambulante betreute Wohngemeinschaften der gleichen Initiatoren in unmittelbarer räumlicher Nähe und organisatorischem Verbund finden sowie
5. nicht mehr als zwölf pflege- oder betreuungsbedürftige Personen in der ambulant betreuten Wohngemeinschaft wohnen.

Andernfalls finden auf ambulant betreute Wohngemeinschaften die Bestimmungen des Teils 2 Anwendung.

Mithin wird eine ambulant betreute Wohngemeinschaft bereits dann als stationäre Einrichtung qualifiziert, wenn der Pflegedienst — wie im vom OVG Bautzen zu entscheidenden Fall – über eigene Büroräumlichkeiten in der Wohngemeinschaft verfügt.

b) Rechtsprechung in Sachsen-Anhalt

Anders ist die Herangehensweise bei den Gerichten in Sachsen-Anhalt auf Basis des WTG-LSA. In einer Alten- und Pflegeeinrichtung betrieb die Klägerin in einem gemieteten Gebäude eine stationäre Einrichtung mit 103 Plätzen und im Erdgeschoss eine ambulante Intensivpflege mit Schwerpunkt Beatmung. Die sich dort befindenden Bewohner waren alle schwerstpflegebedürftig, hatten Wohnungsmietverträge abgeschlossen und die Betreuung erfolgte rund um die Uhr durch einen Pflegedienst. Das OVG Magdeburg³⁶ stufte im Gegensatz zur Heimaufsicht die Intensivpflegewohngemeinschaft nicht als stationäre Einrichtung ein. Begründet wird dies im Wesentlichen mit dem Wortlaut der Definition der stationären Einrichtung in § 3 Abs. 1 Nr. 1 WTG-LSA, wonach eine stationäre Einrichtung voraussetzt, dass dem Pflegebedürftigen mit der Wohnraumüberlassung verpflichtend Pflege- oder Betreuungsleistungen zur Verfügung gestellt oder vorgehalten werden. Aus dem Gesetzeswortlaut des § 3 Abs. 1 Nr. 1 WTG-LSA, wonach „mit der Wohnraumüberlassung verpflichtend“ Pflege- oder Betreuungsleistungen zur Verfügung gestellt oder vorgehalten werden müssen, folgt eine formalrechtliche Betrachtungsweise. Eine solche Verpflichtung i. S. v. § 3 Abs. 1 Nr. 1 WTG-LSA besteht nur dann, wenn die Bewohner sich vertraglich verpflichtet haben, neben dem Wohnraum auch Pflege- und Betreuungsleistungen eines bestimmten Anbieters in Anspruch zunehmen. Diese Verpflichtung liegt nicht vor, wenn der rechtliche Rahmen einer Vermietung im Übrigen und/oder die tatsächlichen Verhältnisse so gestaltet sind, dass die Bewohner mit der Wohnraumüberlassung faktisch Pflege- oder Betreuungsleistungen eines bestimmten Dienstleisters in Anspruch nehmen müssen und dies vertraglich nicht geregelt ist. Nicht entscheidend ist danach, ob der Betroffene in der Lage ist, über seine Unterbringung, Versorgung sowie Pflege und Betreuung selbst zu entscheiden, eine Rund-um-die-Uhr-Betreuung durch einen Pflegedienst erfolgt und erforderlich ist oder die Regelung in einer Gemeinschaftsvereinbarung vorliegt, wonach sich die Bewohner mehrheitlich auf einen Pflegedienst einigen und neue Bewohner sich dem unterwerfen

³⁶ OVG Sachsen-Anhalt v. 10. 2. 2015 – 4 L 51/14, BeckRS 2015, 44953; bestätigt durch BVerwG v. 23. 7. 2015 – 3 B 27/15, BeckRS 2015, 50321.

müssen. Es kommt allein darauf an, ob der Bewohner formal im Mietvertrag rechtlich dazu verpflichtet wurde, die Pflege- oder Betreuungsleistungen eines bestimmten Anbieters in Anspruch zu nehmen; nur dann liegt eine stationäre Einrichtung im Sinne des WTG-LSA vor. Diese formalrechtliche Interpretation wird auch dadurch unterstützt, dass zunächst im Gesetzesentwurf des WTG-LSA formuliert war, den Bewohnern „Wohnraum zu überlassen sowie verpflichtend Pflege- und Betreuungsleistungen zur Verfügung zu stellen oder vorzuhalten“ und dies dann zu „mit der Wohnraumüberlassung verpflichtend“ umformuliert und ins WTG-LSA aufgenommen wurde.³⁷ Das niedersächsische Gesetz über unterstützende Wohnformen in der Fassung vom 14.04.2016 verfolgt denselben formalrechtlichen Ansatz und gibt ambulanten Strukturen sogar explizit einen Anschubbonus, indem es in § 2 Abs. 5 S. 1, 2 NuWG festhält, dass ein ambulanter Betrieb dann kein Heim ist, wenn er seine Wohnungsmieter zunächst im ersten Betriebsjahr dazu verpflichtet, nur einen Pflegedienstleister in Anspruch zu nehmen und dann ein Jahr nach Einzug das Recht einräumt, den über allgemeine Unterstützungsleistungen hinausgehenden Pflegedienst frei wählen zu können.

c) Bewertung der Rechtsprechung

Die unterschiedlichen Urteile in den einzelnen Bundesländern für gleich gelagerte Wohnformen nach den jeweiligen Landesheimrechten sind das Ergebnis der zum 01.09.2006 erfolgten Föderalismusreform, mit der das Heimrecht gem. Art 74 Abs. 1 Nr. 7 GG in die Länderkompetenz übertragen worden ist. Je nach Bundesland werden unterschiedliche Schwerpunkte verfolgt: Auf der einen Seite stehen die Heimgesetze wie in Sachsen, Bayern und Nordrhein-Westfalen, die das konkrete Bewirtschaftungskonzept bei Wohnungsmietverträgen mit ambulanter Versorgung im Einzelfall prüfen und regelmäßig anhand von Indikatoren dahingehend bewerten, ob eine tatsächliche Abhängigkeit des Bewohners von dem konkreten Betriebskonzept vorliegt. Ist dies der Fall, gilt dies als stationäre Einrichtung im Sinne des Landesheimrechts und es sind die daran anknüpfenden für Pflegeheime geltenden baulichen und betrieblichen strengen Anforderungen zu erfüllen. Diese Betrachtungsweise wird den individuellen Schutzbedürfnissen der Bewohner stärker gerecht.

Auf der anderen Seite stehen die Landesheimgesetze wie in Sachsen-Anhalt und Niedersachsen, bei denen die großzügige Öffnung zu neuen Wohnformen im Sinne einer vielfältigen Angebotslandschaft im Vordergrund steht. So soll der Grundsatz „ambulant vor stationär“ effizient umgesetzt und eine maximale Flexibilität der Bewohnerversorgung erreicht werden.

Damit einher geht eine Deregulierung, nach der einerseits die stationären Einrichtungen darauf reduziert werden, dass nur vertraglich verpflichtende Kombinationen von Wohnen und Pflege umfasst werden und die andererseits selbstbestimmte Wohngemeinschaften und betreutes Wohnen mit geringfügigen allgemeinen Unterstützungsleistungen keiner bzw. kaum einer staatlichen Aufsicht unterstellt. Letztere werden vielmehr wie Wohnen in

³⁷ OVG Sachsen-Anhalt v. 10. 2. 2015 – 4 L 51/14, BeckRS 2015, 44953, S. 8 mit Verweis auf LT-Drucks. 5/2556, S. 6.

*der eigenen Häuslichkeit behandelt (i. d. R. keine Anzeigepflicht, keine staatliche Aufsicht).*³⁸

d) Auswirkungen

Die Auswirkungen dieser unterschiedlichen Einstufung ambulanter Wohnformen als stationäre Einrichtungen im Sinne der Landesheimgesetze sind in Bezug auf die Frage des Verbraucherschutzes erheblich. Bei einer stationären Einrichtung muss der Betreiber die hohen heimrechtlichen Anforderungen an Pflegeheime erfüllen. Dies beinhaltet insbesondere die Einhaltung der spezifischen Regelungen an die Wohnqualität mit z. B. 100 % Einzelzimmerquote in Baden-Württemberg (§ 3 Abs. 1 LHeimBauVO), Bremen (§ 4 Abs. 1 BremWoBeGBauVO), Hamburg (§ 6 WBBauVO), Hessen (§ 12 Abs. 2 HGBP-VO) sowie Nordrhein-Westfalen (§ 20 Abs. 3 WTG), 80 % für Sachsen-Anhalt (§ 4 Abs. 1 WTG Mind-BauVO), 75 % für Schleswig-Holstein (§ 3 Abs. 1 SbStG-VO) und Bayern³⁹, 70 % in Niedersachsen (§ 2 Abs. 2 NuWGBauVO), 60 % in Berlin (§ 4 Abs. 2 Satz 2 WTG-BauV). Zudem existieren auch Mindestflächenvorgaben mit 12 bis 14 qm für jedes Einzelzimmer und, sofern diese überhaupt zulässig sind, 16 bis 20 qm für Doppelzimmer. Auch für die Sanitäranlagen bestehen spezielle Vorgaben, wonach ein Bad pro Zimmer vorhanden sein muss⁴⁰, Gemeinschaftsflächen pro Platz, z. B. mindestens 5 qm in Baden-Württemberg; Berlin und NRW und 1,5 qm in Bayern nachzuweisen sind, Barrierefreiheit (DIN 18040) in Berlin, Hamburg etc. gegeben sein muss, teilweise die Pflegeheime auch im Bestand umzurüsten sind. Hierbei handelt es sich um Anforderungen, denen ein ambulant betriebenes Haus mit Wohnungsmietverträgen und ambulantem Pflegedienst so nicht unterliegt.

Weiterhin besteht für stationäre Einrichtungen im Sinne der Landesheimgesetze eine spezielle und regelmäßige jährliche Kontrolle der Einrichtung durch die Heimaufsicht unter anderem dahingehend, ob die heimrechtlichen Anforderungen, etwa betreffend des Personals mit der Fachkraftquote von meistens mindestens 50 % in Pflegeheimen, erfüllt sind. Bei ambulanten Pflegediensten existieren solche gesetzlichen Vorgaben zum Fachkräfteanteil nicht.⁴¹ Die ambulante Struktur mit den Wohnungsmietverträgen bietet für die Bewohner somit einen schlechteren Versorgungsschutz und weniger behördliche Kontrolle. Darüber hinaus ist nur eine deutlich geringere bauliche Wohnqualität geschuldet.

1.2.2 Besonderheiten aus dem öffentlichen Baurecht für Wohnformen mit Pflege

Neben der vertraglichen, leistungs- und heimrechtlichen Ebene haben die Wohnformen für Pflegebedürftige baurechtliche Anforderungen zu erfüllen.

³⁸ Strebing, Verbraucherzentrale Berlin, Ambulant betreute Pflegewohngruppen in der Ländergesetzgebung – Erfahrungen und Perspektiven – Neue Wohnformen nach dem Wohn- und Teilhabegesetz Sachsen-Anhalt (WTGLSA), 29. 11. 2011, vhw.skiptSN110441, S. 44-47, erhältlich bei: vhw-Bundesverband, Fritschestr. 27/28, 10585 Berlin; Tybussek, Vom Heim zum Komplexanbieter, 19. 4. 2018, Skript S. 58 mit dem Hinweis für Niedersachsen, dass Träger von ambulant betreuten Wohngemeinschaften diese gegenüber der Heimaufsicht anzeigen müssen; Vincentz Akademie Konferenz, erhältlich bei Vincentz Network, Plathnerstraße 4c, 30175 Hannover.

³⁹ In Bayern enthält die gesetzliche Vorgabe nur eine angemessene Vorgabe (§ 4 Abs. 3 AVPfleWoqG), aber in der Behördenpraxis wird dies mit 75 % interpretiert.

⁴⁰ Vgl. beispielsweise § 7 Abs. 1 WTG-DVO NRW; § 8 AVPflewoqG.

⁴¹ Vgl. Studie der HypZert Fachgruppe Sozialimmobilien, S. 21 f.; aerzteblatt.de v. 5. 9. 2017; „Pflegerat warnt vor Aufweichungen der Fachkraftquote in Pflegeeinrichtungen“; FAZ.de v. 29. 7. 2018, „Pflegeheim wird für Bewohner deutlich teurer“.

1.2.2.1 Bauplanungsrecht

Die planungsrechtlichen Voraussetzungen, in welchem Baugebiet das jeweilige Wohngebäude mit Service- und Pflegekomponenten errichtet werden kann, ergeben sich aus dem Baugesetzbuch (BauGB) und der Baunutzungsverordnung (BauNVO). Dabei kommt es maßgeblich auf das Betriebskonzept des Betreibers an.⁴²

Weder der Begriff des „Altenwohnheims“ noch der des „Pflegeheims“ oder des „betreuten Wohnens“ tauchen in der BauNVO auf. § 3 Abs. 4 BauNVO bestimmt hierzu, dass zu den (nach §§ 2 - 7 BauNVO zulässigen) „Wohngebäuden“ auch solche gehören, „die ganz oder teilweise der Betreuung und Pflege ihrer Bewohner dienen“. Die besondere Erscheinungsform des Wohnens kombiniert mit Betreuung und Pflege, auch wenn die Betreuung und Pflege einen Schwerpunkt bilden, stellt damit gesetzlich eine Unterart des Wohnens dar.

Es muss jedoch noch ein Mindestmaß an „Wohnen“ vorliegen. Ein solches Wohnen ist nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) durch eine auf Dauer angelegte Häuslichkeit, Eigengestaltung der Haushaltsführung und des häuslichen Wirkungskreises sowie der Freiwilligkeit des Aufenthaltes gekennzeichnet.⁴³ Diese Ebene der bauplanungsrechtlich zulässigen Wohnnutzung wird erst bei der intensivpflegerischen Betreuung verlassen, wenn der Bewohner auch nicht mehr ansatzweise selbstbestimmend sein Leben gestalten kann und darf.⁴⁴

1.2.2.2 Bauordnungsrecht

Das Bauordnungsrecht ist im Gegensatz zum Bauplanungsrecht nicht flächenbezogen, sondern hat das einzelne Gebäude im Fokus und besagt, dass bauliche Anlagen so zu errichten und instand zu halten sind, dass die öffentliche Sicherheit und Ordnung, insbesondere Leben und Gesundheit, nicht gefährdet werden.⁴⁵ Ausgehend von diesem Schutzzweck steigen einerseits die baulichen sicherheitsbezogenen Anforderung an die Gebäude, je pflegebedürftiger die Bewohner sind. Dies betrifft insbesondere die im Vergleich zum herkömmlichen Wohnkomplex erhöhten Anforderungen an die Wohnqualität (z. B. Barrierefreiheit, Gemeinschaftsflächen), an den Brandschutz, die Standsicherheit sowie die Nachweise gegenüber und Kontrolle durch Behörden.⁴⁶ Andererseits sinken infolge zunehmenden

⁴² BVerwG v. 25. 3. 1996 – 4 B 302.95, NVwZ 1996, 893; Koblenz v. 18. 12. 2018 – 8 A 11049/18.OVG, NVwZ-RR 2019, 403 = DVBl 2019, 721.

⁴³ Begriff des „Wohnens“ nach BVerwG v. 25. 3. 1996 – 4 B 302.95, NVwZ 1996, 893.

⁴⁴ VGH München v. 3. 6. 2016 – 15 BV 15.2441, BeckRS 2016, 47778; VGH München v. 27. 10. 1999 – 1 ZS 99.2460, VwRR BY 2000, 230 = BeckRS 1999, 25984; VGH München v. 25. 8. 2009 – 1 CS 09.287, BauR 2010, 120 = IBRRS 2009, 3744; OVG Koblenz v. 18. 12. 2018 – 8 A 11049/18.OVG, NVwZ-RR 2019, 403; OVG Berlin v. 18. 2. 2020 – 10 S 2/20, BeckRS 2020, 2832 = LSK 2020, 2832.

⁴⁵ Vgl. § 3 Abs. 1 HBO; § 3 NBauO; Art. 3 BayBO; § 3 LBauORhPf; § 3 LBOBW, § 3 BauONRW; Böhm, JA 2013, 481.

⁴⁶ Ausgehend davon, dass herkömmliche Wohngebäude in der Regel im vereinfachten Baugenehmigungsverfahren zu beurteilen sind, ergeben sich erhöhte Anforderungen daraus, dass durch die Behörde (zum Beispiel in Bayern nach Art. 60 BayBO) die Übereinstimmung mit Bauplanungsrecht und Bauordnungsrecht sowie weiteren öffentlich-rechtliche Anforderungen überprüft wird; dementsprechend die anderen Bundesländer, siehe hierzu BeckOK BauordnungsR NRW/Henke, § 50 Rz. 68 ff.; Hornmann, Hessische Bauordnung, 4. Aufl., 2022, § 2 Rz. 88 f.; Große-Suchsdorf, Niedersächsische Bauordnung, 10. Aufl., 2020, § 2 Rz. 57 ff.; § 50 Abs. 3 Nr. 2 BauO Saar. verlangt sogar komplette Barrierefreiheit für Pflegeheime.

den Pflegebedarfs die Mobilitätsanforderungen, was sich z. B. darin auswirkt, dass weniger Kfz- und Fahrradstellplätze einzurichten sind.⁴⁷

Bei Wohnformen für Pflegebedürftige kommt es wesentlich darauf an, ob die Schwelle zu einem Sonderbau erreicht bzw. überschritten wird, für den besondere bauliche Anforderungen gelten. Nach § 2 Abs. 4 Nr. 9 der Musterbauordnung (MBO) sind Gebäude mit Nutzungseinheiten zum Zwecke der Pflege oder Betreuung von Personen mit Pflegebedürftigkeit oder Behinderung, deren Selbstrettungsfähigkeit eingeschränkt ist, Sonderbauten, wenn die Nutzungseinheiten einzeln für mehr als sechs Personen oder für Personen mit Intensivpflegebedarf bestimmt sind oder einen gemeinsamen Rettungsweg haben und für mehr als 12 Personen bestimmt sind.

Mit der Klassifizierung als Sonderbau gehen zahlreiche zusätzliche Anforderungen einher, welche die Anbieter von ambulantiserten Pflegekonzepten durch ihre verschiedenen Anbieterkonstruktionen vermeiden wollen. Die Länder haben die Regelung der MBO größtenteils im Kern⁴⁸ übernommen⁴⁹.

Die Differenzierung der Schutzwürdigkeit der Gebäude anhand der Definition von Sonderbauten, wird nachfolgend exemplarisch an der Bayerischen Bauordnung (BayBO) aufgezeigt. Ein Sonderbau wird im vollen Baugenehmigungsverfahren nach Art. 60 BayBO überprüft. Wohngebäude stellen in Abgrenzung hierzu in der Regel keine Sonderbauten dar⁵⁰ und unterfallen damit dem vereinfachten Baugenehmigungsverfahren des Art. 59 BayBO mit reduziertem baurechtlichen Prüfungsprogramm.

Mit dem Verfahren nach Art. 60 BayBO ist die Einhaltung der „höheren“ bauordnungsrechtlichen Anforderungen verbunden. Zudem wird der Bauaufsichtsbehörde bei Sonderbauten die Gelegenheit gegeben, gem. Art. 54 Abs. 3 und Abs. 4 BayBO weitere besondere, einzelfallspezifische Anforderungen an die bauliche Anlage zu stellen. Dies beinhaltet auch die Anordnung von wiederkehrenden Prüfungen, die in einigen Bundesländern gesetzlich vorgeschrieben sind.⁵¹ Ferner gelten bei den bautechnischen Bauvorlagen und Nachweisen nach Art. 62 BayBO Besonderheiten für Sonderbauten. Insbesondere sind bautechnische Nachweise zur Einhaltung der Anforderungen an die Standsicherheit, den Brand-, Schall- und Erschütterungsschutz (in Bayern aufgrund des Art. 62 BayBO) erforderlich. Diese sind

⁴⁷ Beispiel: Nach der Anlage zur Verordnung über den Bau und Betrieb von Garagen sowie über die Zahl der notwendigen Stellplätze Bayern (Garagen- und Stellplatzverordnung – GaStellV) sind bei Einfamilienhäusern und auch Mehrfamilienhäusern 1 Stellplatz je Wohnung zu errichten (Nr. 1.1 und 1.2 der Anlage). Bei Gebäuden mit Altenwohnungen sind währenddessen nur 0,2 Stellplätze je Wohnung (Nr. 1.3 der Anlage), bei Altenwohnheimen 1 Stellplatz je 15 Betten, wobei mindestens 3 Stellplätze erforderlich sind (Nr. 1.9 der Anlage) und weiter abgestuft bei Altenheimen, sowie Langzeit- und Kurzzeitpflegeheimen lediglich 1 Stellplatz je 12 Betten, wobei es mindestens 3 Stellplätze geben muss (Nr. 1.10 der Anlage).

⁴⁸ Kleinere Unterschiede zum Beispiel in Sachsen, wo bei einem gemeinsamen Rettungsweg sechs Personen ausreichen.

⁴⁹ Anders z.B. BaWü (§ 38 Abs. 2 Nr. 6 LBO), Niedersachsen (§ 2 Abs. 5 Nr. 10 NBauO), Rheinland-Pfalz (§ 50 Abs. 2 Nr. 6 BauO), Berlin (§ 2 Abs. 4 Nr. 9 BauBln), die (in verschiedenen Ausprägungen) allgemeinere oder erweiternde Klauseln haben, die oft Pflegeeinrichtungen bzw. Einrichtungen zur Pflege generell als Sonderbauten charakterisieren.

⁵⁰ Ausnahme: Hochhaus gem. Art. 2 Abs. 4 Nr. 20 BayBO; § 50 Abs. 2 Nr. 1 BauO NRW.

⁵¹ Nach § 10 Abs. 1 Nr. 2f PrüfVONRW hat die Bauaufsichtsbehörde in Zeitabständen von höchstens sechs Jahren Einrichtungen für Pflege- und Betreuungsleistungen mit mehr als 1.600 qm BGF in einem Gebäude auf die Einhaltung der Baurechtskonformität und Betriebsvorschriften wiederkehrend zu prüfen; vgl. auch § 1 Nr. 5 SächsTechPrüfVO.

als Bauvorlagen gem. § 3 BauVorIV Bayern bei Beantragung einer Baugenehmigung vorzulegen.⁵²

a) Einzelne Sonderbaudefinitionen am Beispiel BayBO

Relevant in Bezug auf die Sonderbaueinordnung von Wohnkomplexen mit Service- und Pflegekomponenten sind in der BayBO die Bestimmungen des Art. 2 Abs. 4 Nr. 9 und Nr. 11 BayBO.⁵³

aa) Sonderbau Art. 2 Abs. 4 Nr. 9 BayBO

Sonderbauten nach **Art. 2 Abs. 4 Nr. 9 BayBO** sind:

„Gebäude mit Nutzungseinheiten zum Zweck der Pflege oder Betreuung von Personen mit Pflegebedürftigkeit oder Behinderung, deren Selbstrettungsfähigkeit eingeschränkt ist⁵⁴, wenn die Nutzungseinheiten a) einzeln für mehr als sechs Personen bestimmt sind, b) für Personen mit Intensivpflegebedarf bestimmt sind oder c) einen gemeinsamen Rettungsweg haben und für insgesamt mehr als zwölf Personen bestimmt sind.“

Tatbestand Pflegebedürftigkeit beim Sonderbau

Die Tatbestandsmerkmale „Pflegebedürftigkeit“ oder „Behinderung“ setzen voraus, dass die Personen mindestens auf ambulante Pflege- oder Betreuungsleistungen angewiesen sind.⁵⁵ Nach dem VGH München muss eine ausdrückliche Widmung für diesen Zweck vorliegen.⁵⁶ Der Zweck der Anlage muss gerade die Pflege oder Betreuung von Personen sein und dieser Zweck muss deutlich erkennbar (insbesondere in der Betriebsbeschreibung) sein; ansonsten ist in der Regel von Wohnungen für ein bestimmtes Klientel (Altenwohnungen) auszugehen.⁵⁷ Pflege oder Betreuung liegen nicht vor bei lediglich hauswirtschaftlicher Versorgung, Verpflegung und allgemeinen Dienstleistungen.⁵⁸

⁵² Bei baulichen Anlagen, die Sonderbauten sind, muss der Standsicherheitsnachweis durch die Bauaufsichtsbehörde, einen Prüfenieur oder ein Prüfungsamt geprüft sein (Art. 62a Abs. 2 Satz 2 BayBO). Dies gilt entsprechend auch für den Brandschutznachweis (Art. 62b BayBO). Gem. § 11 BauPrüfVO NRW sind dem Bauantrag das Brandschutzkonzept nach § 9 BauPrüfVO NRW und das Barrierefrei-Konzept nach § 9a BauPrüfVO in dreifacher Ausfertigung beizufügen, siehe BeckOK BauordnungsR NRW/Henke, § 50 Rz. 54; ähnlich § 81 Abs. 2 i. V. m. § 66 Abs. 3 SächsBO.

⁵³ Exkurs: Vergleichbare/ähnliche Regelungen zur BayBO finden sich für andere Bundesländer insbesondere in § 2 Abs. 4 Nr. 9,11 BauOBln; § 50 Abs. 2 Nr. 8, 10 BauONRW; § 2 Abs. 5 Nr. 10, 11 NBauO; § 2 Abs. 4 Nr. 9,11 SächsBauO; § 2 Abs. 4 Nr. 9, 11 BauOSaarl.

⁵⁴ Nicht erfasst werden vom Sonderbaubegriff daher beispielsweise betreute Wohngruppen für Menschen mit seelischer Behinderung, deren Selbstrettungsfähigkeit unterstellt werden kann; vgl. Vollzugshinweise zur BayBO 2013 des Bayerischen Staatsministeriums des Inneren v. 1. 7. 2013, Rz. 2.4.9, abrufbar unter: https://www.stmb.bayern.de/assets/stmi/buw/baurechtundtechnik/vollzugshinweise_baybo_2013.pdf.

⁵⁵ Vollzugshinweise zur BayBO 2013 des Bayerischen Staatsministeriums des Inneren v. 1. 7. 2013, Rz. 2.4.9; abrufbar unter: https://www.stmb.bayern.de/assets/stmi/buw/baurechtundtechnik/vollzugshinweise_baybo_2013.pdf.

⁵⁶ VGH München v. 5. 2. 2015 – 2 BV 14.1202, NVwZ-RR 2015, 526.

⁵⁷ (VGH München v. 5. 2. 2015 – 2 BV 14.1202, NVwZ-RR 2015, 526). In dem vom VGH München zu entscheidenden Fall, auf den unter nachfolgend c) noch detaillierter eingegangen wird, war der Sachverhalt so, dass das Vorhaben als „WAL-Wohnen in allen Lebensphasen, Neubau von 29 Mietwohnungen und Gemeinschaftsraum“ bezeichnet war. Nach dem Nutzungskonzept der Klägerin war zwar vorgesehen, dass Zielgruppe ältere Menschen mit geringem und hohem Betreuungs- und Pflegebedarf sowie Menschen mit Behinderung sind. Bei späterer Pflegebedürftigkeit sollte ein Umzug ins Pflegeheim vermieden werden, woran die Klägerin aber nicht mehr festhielt. Nach dem Gericht war hierin nicht erkennbar, dass Zweck der Anlage die Pflege oder Betreuung von Personen ist. Eine ausdrückliche Widmung zur Pflege lag damit nicht vor.

⁵⁸ https://www.bayern-pflege-wohnen.de/files/bayernpflegewohnen/abWG/dokumente/fachtagung2018nuernberg/Bauliche_Anforderungen_an_ambulante_betreuten_Wohngemeinschaften.pdf, unter Bezugnahme auf den Beschluss der Fachkommission Bauaufsicht v. 22. 5. 2012, S. 19.

Einzelne Fallgruppen des Art. 2 Abs. 4 Nr. 9 a – c BayBO

Hinsichtlich der einzelnen Fallgruppen der Nr. 9 a – c ergibt sich Folgendes: Im Hinblick auf die einzelnen Nutzungseinheiten in lit. a) ist bzgl. „einzeln“ auf die bauliche und organisatorische Eigenständigkeit der Nutzungseinheit abzustellen.⁵⁹ Personen mit Intensivpflegebedarf gem. lit. in b) sind z. B. Menschen mit apallischem Syndrom (Wachkoma) oder Beatmungsbedarf, wobei es nicht auf die Personenzahl in der Nutzungseinheit ankommt. Im Hinblick auf die Bestimmung in lit. c) sind nur diejenigen Nutzungseinheiten zu betrachten, die besonderen Wohnformen dienen und auf einen gemeinsamen Rettungsweg angewiesen sind. Erdgeschoßwohnungen mit eigenem Ausgang bleiben außer Betracht. Je nach Fallgruppe ergeben sich besondere Anforderungen an Bauteile und Rettungswege.

bb) Sonderbau Art. 2 Abs. 4 Nr. 11 BayBO:

Sonderbauten nach **Art. 2 Abs. 4 Nr. 11 BayBO** sind:

„sonstige Einrichtungen zur Unterbringung von Personen sowie Wohnheime“. Hierunter fallen insbesondere Altenwohnheime.

Eine „Einrichtung“ ist die „organisatorische Zusammenfassung sächlicher und personeller Mittel unter der Verantwortung eines Trägers“.⁶⁰ Der Begriff der Einrichtung geht also über den Begriff des Gebäudes hinaus.⁶¹

Der VGH München⁶² grenzt in seinem Urteil vom 19.05.2011 den Übergang vom Seniorenwohnheim (Altenwohnheim) zum Altenpflegeheim wie folgt ab:

Beim Altenwohnheim steht der Wohncharakter eindeutig im Vordergrund. In diesem Heimtyp mieten oder kaufen sich nicht-pflegebedürftige ältere Menschen ein, stattdessen die Wohnräume in der Regel mit eigenem Mobiliar aus und führen darin – ungeachtet der vom Heimträger im Bedarfsfall zur Verfügung gestellten Betreuungsdienste – grundsätzlich einen selbstständigen Haushalt. Dementsprechend sind die Bewohnerverträge stark miet- oder eigentumsrechtlich ausgestaltet und die Wohnplätze verfügen auch über alle zur selbstständigen Haushaltsführung notwendigen Einrichtungen.

Die Kategorie des reinen oder überwiegenden Altenpflegeheims dient demgegenüber der Aufnahme von vorhersehbar oder von vornherein auf Dauer pflegebedürftiger alter Menschen. Auch dieser Heimtyp hat insofern Elemente des Wohnens, als er auf Dauer und als Heimstatt genutzt wird. Jedoch tritt das Element des Wohnens stark hinter den Versorgungs-, Pflege- und Betreuungscharakter der Einrichtung zurück. Die pflegebedürftigen Bewohner sind regelmäßig weder zur eigenständigen Haushaltsführung noch sonst zu der

⁵⁹ Merkblatt 4-BayBO 2013, herausgegeben von der Bayerischen Architektenkammer – <https://www.byak.de/planen-und-bauen/recht-und-berufspraxis/gesetze-verordnungen-und-satzungen/bayerische-bauordnung-2008/merkmale-baybo.html>.

⁶⁰ Vgl. BT-Drucks. 11/5120 zum HeimG 1990; *Dimberger*, in: Busse/Kraus, Rz. 455.

⁶¹ *Dimberger* a.a.O.

⁶² VGH München v. 19. 5. 2011 – 2 B 11.353, NJOZ 2011, 1972.

dem Wohnen wesenseigenen Disposition und Tagesplanung in der Lage.⁶³ Bei einem Altenpflegeheim sind die Anforderungen an die Wohnqualität und insbesondere an den Brandschutz deutlich höher als bei einem Altenwohnheim; so müssen beim Altenpflegeheim grundsätzlich zwei sichere Rettungswege sowie eine auf die Feuerwehr aufgeschaltete Brandmeldeanlage vorhanden sein, was regelmäßig auch für Bestandsbauten gilt.⁶⁴

b) Gleitender Übergang der Sonderbauwohnformen

Der Übergang vom Altenwohnheim zum Altenpflegeheim ist baurechtlich fließend. Nach der Rechtsprechung hält sich die tatsächliche Nutzung eines Heims noch im Rahmen der baulich genehmigten Nutzungsform Altenwohnheim, wenn die Anzahl der pflegebedürftigen Bewohner so gering ist, dass sie im Vergleich zur Zahl der übrigen Bewohner nicht ins Gewicht fällt. Dies ist nicht erst dann zu verneinen, wenn sich der Anteil der pflegebedürftigen Heimbewohner 50% annähert.⁶⁵

Ein betreuter Wohnkomplex, der dafür eine Baugenehmigung hat, kippt baurechtlich infolge zunehmender Pflegebedürftigkeit seiner Mieter automatisch zu einem Altenpflegeheim um und wird dadurch baurechtlich illegal, weil die auf das betreute Wohnen bezogene Baugenehmigung die jetzt vorliegende Pflegeheimnutzung nicht mehr abdeckt.⁶⁶ Das für Fälle der Nutzung von Gebäuden ohne Baugenehmigung angemessene behördliche Zwangsmittel ist die Nutzungsuntersagung für die nunmehr illegale Pflegeheimnutzung.⁶⁷

c) Vertiefung: Widmung zur Pflege?

Der VGH München⁶⁸ hatte im Urteil vom 5.02.2015 über die Rechtmäßigkeit einer Behördenverfügung zur Errichtung einer zweiten Außentreppe als zweiten baulichen Rettungsweg zu entscheiden. Die Baugenehmigung beinhaltete eine Wohnanlage mit auch altengerechten Wohnungen im 1. und 2. OG, die von Bewohnern im Alter zwischen 74 und 84 Jahren belegt waren. Zudem war ein Träger der freien Wohlfahrtspflege räumlich präsent und bot den Bewohnern Pflege- und Betreuungsleistungen an. Wesentlich kam es darauf an, ob es sich um einen Sonderbau im Sinne der BayBO handelt oder nicht. Bei einem bestandsgeschützten Gebäude können nachträglich Anforderungen gestellt werden, wenn dies zur

⁶³ VGH München v. 19. 5. 2011 – 2 B 11.353, NJOZ 2011, 1972; VGH München v. 28. 5. 2015 – 9 ZB 15.136, BeckRS 2015, 47098.

⁶⁴ VGH München v. 26. 2. 2014 – 9 CS 13.2463, BeckRS 2014, 48636; OVG Lüneburg v. 16. 4. 2014 – 1 LA 131/13, NVwZ-RR 2014, 588; VG Ansbach v. 7. 11. 2013 – AN 9 S 13.01814, BeckRS 2013, 58434; OVG Münster v. 21. 3. 2007 – 10 A 2767/06, BeckRS 2007, 141466; OVG Münster v. 23. 12. 1996 – 10 B 2813/86, BeckRS 1996, 121617; VG Koblenz v. 9. 1. 2018 – 3 K 376/17.KO; BeckRS 2018, 3676 = NJW-Spezial 2018, 227; VG Köln v. 14. 1. 2014 – 2 K 7003/12, BeckRS 2014, 49039; VG Dessau v. 26. 6. 1997 – 1 A 168/95, LKV 1998, 325; Famers/Messerer, in: Amrehn/Speck, vhw-Skript NW 213008 – Teil 2 (13. 9. 2021), S. 487, erhältlich beim vhw NRW unter www.vhw.de; vgl. zu diesem Themenbereich Odermatt, ZfIR 2021, 478, 484.

⁶⁵ VGH München v. 19. 5. 2011 – 2 B 11.353, NJOZ 2011, 1972 = BauR 2011, 1961.

⁶⁶ VGH München v. 17. 8. 2018 – 1 CS 18.930, BeckRS 2018, 19990; VGH München v. 28. 5. 2015 – 9 ZB 15.136, BeckRS 2015, 47098; VGH München v. 11. 4. 2012 – 14 CS 12.294, BeckRS 2012, 52492; BeckOK Bauordnungsrecht Bayern/Robl, Art 55 BayBO Rz. 1 m. w. N.

⁶⁷ OVG Sachsen-Anhalt v. 10. 4. 2018 – 2 M 6/18, BeckRS 2018, 13074; OVG Sachsen-Anhalt v. 25. 7. 2013 – 2 L 73/11, BeckRS 2013, 54408; OVG Sachsen-Anhalt v. 30. 11. 2006 – 2 M 264/06, BeckRS 2008, 32714; OVG Weimar v. 4. 11. 1993 – 1 B 113/92, ThürVBI 1994, 111; OVG Saarlouis v. 2. 7. 2012 – 2 A 446/11, BeckRS 2012, 53487, BauR 2012, 1690 (Ls.); VGH Kassel v. 30. 10. 1995 – 3 TG 3115/95, NVwZ-RR 1996, 487; Odermatt, ZfIR 2021, 478, 483.

⁶⁸ VGH München v. 5. 2. 2015 – 2 BV 14.1202, NVwZ-RR 2015, 526.

Abwehr von erheblichen Gefahren für Leben und Gesundheit notwendig ist (Art. 54 Abs. 4 BayBO).⁶⁹ Anerkannt ist, dass eine erhebliche Gefahr für Leben und Gesundheit dann besteht, wenn ein erforderlicher zweiter Rettungsweg nicht vorhanden ist. Während bei Gebäuden, die keine Sonderbauten sind, für den zweiten Rettungsweg eine mit Rettungsgeräten der Feuerwehr erreichbare Stelle der Nutzungseinheit regelmäßig ausreicht, ist dies bei Sonderbauten genau umgekehrt; d. h. der zweite Rettungsweg über Rettungsgeräte der Feuerwehr ist nur dann zulässig, wenn keine Bedenken wegen der Personenrettung bestehen (Art. 31 Abs. 2, 3 BayBauO).⁷⁰ Damit kam es für die Frage, ob eine feste Außentreppe als zweiter Rettungsweg zu errichten ist, darauf an, ob hier von einem Sonderbau – dann ist eine Außentreppe erforderlich – auszugehen ist oder nicht – dann reicht ein Hubrettungsfahrzeug mit Rettungskorb.

Sonderbauten sind nach Art. 2 Abs. 4 Nr. 9 BayBO⁷¹ Gebäude mit Nutzungseinheiten zum Zweck der Pflege oder Betreuung von Personen mit Pflegebedürftigkeit oder Behinderung, deren Selbstrettung eingeschränkt ist. Dem Nutzungskonzept des Gebäudes muss eine ausdrückliche Widmung zur Pflege zugrunde liegen. Soweit eine solche Widmung zur Pflege weder durch das Nutzungskonzept belegt noch durch nachgewiesene Schwerstpflegebedürftige offenkundig ist, ist nach dem VGH München nicht von einer ausdrücklichen Widmung zur Pflege auszugehen.

Als Sonderbau gem. Art. 2 Abs. 4 Nr. 11 BayBO⁷² klassifiziert wird auch ein Altenwohnheim. Dies ist ein Heim, in dem alte Menschen zur Führung eines Haushalts noch im Stande sind, volle Unterkunft in abgeschlossenen, nach Anlage, Ausstattung und Einrichtung auf die besonderen Bedürfnisse alter Menschen ausgerichteten Wohnungen gewährt wird und die Möglichkeit vorgesehen ist, im Bedarfsfall zusätzliche Verpflegung, Betreuung und vorübergehende Pflege durch den Träger zu gewähren. Letzteres erfordert ein Mindestmaß an Organisationsstruktur, die auch eine gewisse Leitungsfunktion durch einen Träger beinhaltet, d.h. die Bewohner müssen organisationsmäßig rechtlich eng mit dem Träger verbunden sein. Dies hat die Behörde nachzuweisen. Hierfür sind nicht ausreichend

- das Alter und die Anzahl der Bewohner, soweit deren erhebliche Pflegebedürftigkeit nicht nachgewiesen ist;
- die räumliche Präsenz eines Pflegedienstes, wenn dieser rechtlich getrennt vom Bauherrn seine Leistungen anbietet und die Bewohner allein entscheiden, ob bzw. welche Leistungen sie bei wem beanspruchen;
- die Werbung, wonach Dienstleistungen und Hilfen für den Mieter (Notruf, Erreichbarkeit rund um die Uhr, ambulante Kranken und Altenpflege, soziale Angebote/Freizeitangebote, Seelsorge, Sterbebegleitung) verfügbar sind, denn es fehlen Angaben zur Art und Weise der Leistungserbringung und zum Leistungserbringer selbst;

⁶⁹ Vgl. Parallelvorschriften z. B. § 61 Abs. 3 HBO, § 76 Abs. 1 LBO BW.

⁷⁰ Vgl. auch entsprechende Vorschrift z. B. § 33 Abs. 2, 3 ThürBO.

⁷¹ Vgl. Parallelvorschriften z. B. § 2 Abs. 4 Nr. 9 ThürBO, § 2 Abs. 4 Nr. 9 LBOSaarl.

⁷² Vgl. Parallelvorschriften z. B. § 2 Abs. 4 Nr. 11 ThürBO, § 2 Abs. 4 Nr. 11 LBOSaarl.

- unübliche Ausstattungen des Wohngebäudes mit Aufzug bei einem zweigeschossigen Gebäude, Hausnotruf, Gemeinschaftsraum für gemeinsames Mittagessen.

d) Bewertung der Relevanz der baurechtlichen Rechtsprechung

Den ambulanten Pflegekonzepten wird es auf Basis dieser baurechtlichen Rechtsprechung und der Nachweispflicht der Behörde betreffend das Vorliegen eines Pflegeheims oder Altenwohnheims regelmäßig gelingen, durch Übertragung der Pflege- und Betreuungsleistungen auf einen Dritten und rechtliche Wahlfreiheit der Bewohner betreffend den Pflegedienstleister, nur die baulichen Anforderungen an ein Wohngebäude erfüllen zu müssen. Dies gilt umso mehr, als die dem Bewirtschaftungskonzept zugrunde liegenden Kooperationsverträge zwischen Vermieter und Betreiber zur Versorgung der Bewohner der Behörde nicht bekannt sind und grundsätzlich auch nicht zur Kenntnis gegeben werden müssen. Mit der Einstufung einer ambulanten Pflegestruktur als zulässiges Wohngebäude entfallen nicht nur besondere Anforderungen an den Brandschutz, sondern es entfällt auch die Installation von notwendigen technischen Anlagen (Lüftung, Rauchabzug, Sprinkler, Brandmeldeanlage, etc., vgl. Art. 2 Abs. 4 Nr. 9 BayBO i. V. m. § 1 Abs. 1, 2 SPrüfV), die Erbringung von bautechnischen und anderen Nachweisen (Art. 62 Abs. 3 S. 1; Art. 2 Abs. 4 Nr. 9 BayBO), der Einbau von an Pflegebedürfnissen ausgerichteten Aufzügen (§ 42 HBO; § 36 LBauORP) und die Barrierefreiheit (Art. 48 Abs. 3 BayBO). Darüber hinaus entfallen die gebührenpflichtigen wiederkehrenden Sonderbaukontrollen durch die Bauaufsichtsbehörde, die etwa nach § 10 Abs. 1 Nr. 2 f) PrüfVONRW bei Einrichtungen mit Räumen für Pflege- und Betreuungsleistungen in Zeitabständen von maximal 6 Jahren die baulichen Anlagen auf die Einhaltung der Baugenehmigung und auf die Einhaltung/Nachrüstung von brandschutzrechtlichen Anforderungen prüft und notwendige Verfügungen erlässt. Die BGW (Berufsgenossenschaft für Gesundheitsdienst und Wohlfahrtspflege) hat es bereits im Juni 2012 in BGWinfo „*Kooperatives Aufsichtshandeln in der Pflege?*“ plakativ und überspitzt zusammengefasst: *„Die Pflegeheime werden von Bauaufsicht, Brandschutzamt, Gewerbeaufsicht, MDK- und Heimaufsicht, Gesundheits- und Veterinärämtern und selten auch vom Zoll besucht. Die ambulanten Pflegedienste werden bis auf wenige Ausnahmen, fast ausschließlich vom MDK besucht.“*

Mit der Ausrichtung auf eine Wohnnutzung in Verbindung mit einer ambulanten Pflege lassen sich Neubauten billiger errichten und Bestandsgebäude kostengünstiger in Seniorenwohnanlagen umwandeln. Dies gilt sogar für denkmalgeschützte Gebäude, die wegen ihrer oft behindertenfeindlichen geschützten Gebäudesubstanz als Pflegeheim gar nicht genehmigungsfähig wären.

Erfreulich für die Investoren, der Verbraucherschutz bleibt jedoch mangels regelmäßiger Prüfungen und bewohnerschützender Vorschriften in diesem Rahmen auf der Strecke.

1.3 Vertragsstrukturen in ambulanten und stationären Pflegeeinrichtungen

Grundsätzlich gibt es zwei Vertragsmöglichkeiten zwischen Einrichtungen/Anbietern mit ambulanter und stationärer Pflege und Bewohnern/Mietern: Solche, die sich nach dem WBVG richten und reguläre Wohnraummietverträge (§§ 535 ff. BGB), ergänzt durch Service-Komponenten:

1.3.1 Einschränkungen aus dem Mietrecht im Seniorenwohnen

Beim betreuten Wohnen verläuft – ebenso wie bei der Pflegeeinrichtung – die Vermietung üblicherweise zweistufig. Auf der ersten Stufe mietet der Betreiber als Generalmieter den Wohnkomplex im Wege eines Generalmietvertrags an. Dies stellt einen Gewerbemietvertrag dar, der wohnungsmietrechtlichen Beschränkungen nicht unterliegt. Auf der zweiten Stufe vermietet der Betreiber die einzelnen Einheiten per Wohnungsmietvertrag an die einzelnen Bewohner weiter.

Aufgrund der besonderen baulichen Ausgestaltungen wie Barrierefreiheit und größere Gemeinschaftsflächen sowie der Servicekomponenten (z. B. Concierge, Vorhalten von einrichtungsbezogenen Anlagen wie Möblierungen, Waschmaschinen, Fitness, Getränkeautomat) in betreuten Wohnkomplexen kann dann die vom einzelnen Wohnungsmieter zu zahlende Miete ohne Weiteres das Doppelte oder mehr der Miete betragen, die von dem typischen Wohnungsmieter einer Wohnung verlangt wird. Besondere mietrechtliche Fragestellungen ergeben sich hierbei im Verhältnis des Betreibers zum einzelnen Bewohner bei Einrichtungen, die im örtlichen Geltungsbereich der Mietpreisbegrenzungen der jeweiligen Länder liegen, weil sich hiernach die Miete und die Mieterhöhungen bemessen.

In der Regel werden Verträge mit Bewohnern in betreuten Wohnanlagen in Deutschland als *Wohnraummietverträge* nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) eingestuft, so dass die Vorschriften des Wohnraummietrechts (§§ 535 ff. BGB) Anwendung finden.

Diese Folge beruht auf einer zum HeimG ergangenen, aber auch auf die jetzige Rechtslage anwendbaren, Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGH) aus dem Jahr 2005. Darin hat der BGH zwar festgestellt, dass es sich bei dem Vertragsmodell des „betreuten Wohnens“ um einen gemischten Vertrag handelt, der sich aus Elementen des Miet-, Dienst- und Kaufvertragsrechts zusammensetzt, dieser jedoch bei der rechtlichen Beurteilung nicht in Einzelteile zerlegt werden kann. Vielmehr ist ein solcher Vertrag einem einzigen Vertragsrecht zu unterstellen, welches den Schwerpunkt des Vertrags bildet. Nur wenn hierdurch die Eigenart des Vertrags nicht richtig gewürdigt werden kann, sind auch Bestimmungen eines anderen Vertragsrechts heranzuziehen,⁷³

⁷³ BGH v. 21. 4. 2005 – III ZR 293/04, NJW 2005, 2008, ebenso: BGH v. 29. 10. 1980 – VIII ZR 326/79, NJW 1981, 341.

Abzustellen ist bei der Zuordnung des Schwerpunktes des Vertragsregimes vor allem auf die Zuweisung der *Höhe der Vergütung* zu den jeweiligen Vertragsbestandteilen.⁷⁴ Anders als im Pflegeheim wird beim betreuten Wohnen fast immer die Wohnraumüberlassung den Hauptbestandteil der Vergütung ausmachen, so dass das Wohnraummietrecht zur Anwendung kommt.

1.3.2 Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz (WBG)

Das WBG stellt ein bundesrechtliches Vertragsrecht für Verträge zwischen Unternehmern (Betreibern) und Verbrauchern dar. Es kommt für die Frage, ob das WBG gilt, ausschließlich auf den Gegenstand der vertraglichen Vereinbarungen zwischen dem Unternehmer und dem Verbraucher an; der Anwendungsbereich ist losgelöst von dem Typ der Wohn- und Einrichtungsformen.⁷⁵ Ist das WBG einschlägig, hat dies insbesondere folgende Auswirkungen:

- Vor Vertragsschluss ist der Bewohner detailliert über das Leistungsprogramm und das zu zahlende Entgelt zu informieren (§ 3 WBG).
- Der Unternehmer stellt neben Wohnraum auch Betreuungs- und Pflegeleistungen zur Verfügung (§ 1 Abs. 1 S. 1, 2 WBG).
- Den Unternehmer trifft eine Versorgungsgarantie, wonach gegenüber dem Bewohner bei verändertem Pflege- und Betreuungsbedarf eine entsprechende Leistungserweiterung anzubieten ist, soweit nicht solche Leistungen durch eine vertragliche Vereinbarung ausdrücklich ausgeschlossen sind (§ 8 Abs. 1, 4 WBG).
- Die komplette Instandhaltung und Instandsetzung inkl. Schönheitsreparaturen liegen beim Unternehmer (§ 7 Abs. 1 S. 1 WBG).
- Das geschuldete Gesamtentgelt muss die einzelnen Kostenpositionen, insbesondere für Wohnraumüberlassung (Investitionskosten), Pflege- oder Betreuungsleistungen, explizit ausweisen (§ 6 Abs. 3 Nr. 2 WBG).
- Das Entgelt ist nach einheitlichen Grundsätzen zu bemessen, wobei eine Differenzierung bei den Investitionskosten (Wohnkomfortzuschläge) möglich ist (§ 7 Abs. 3 WBG).
- Das Entgelt muss angemessen sein; dies richtet sich nach objektiven Maßstäben wie Gestehungskosten des Unternehmens für Erstellung/Betrieb der Immobilie und Vergleich mit anderen Betrieben; soweit der Betreiber Pflegesatzvereinbarungen oder Verträge mit dem Sozialhilfeträger abgeschlossen hat, gelten die darin vereinbarten Sätze – auch Erhöhungen – stets als angemessen (§ 7 Abs. 2 WBG).

⁷⁴ Der BGH folgte in einem zu entscheidenden Fall dem Berufungsgericht, welches die zu erbringenden Dienst- und Fürsorgeleistungen anhand der Höhe der Vergütung schwerer gewichtete: BGH v. 29. 10. 1980 – VIII ZR 326/79, NJW 1981, 341. Ebenso wurde das Kriterium des Entgelts der einzelnen Vertragsbestandteile in einem weiteren vom BGH zu entscheidenden Fall herangezogen. Hier war jedoch nicht ersichtlich, welchen Anteil die Betreuungspauschale am gesamten Entgelt einnahm. BGH v. 21. 4. 2005 – III ZR 293/04, NJW 2005, 2008.

⁷⁵ BT-Drucks. 16/12409, S. 14.

- Steigen die Kosten beim Unternehmer, auch Sachkosten, z. B. Kosten für Wohnen und Verpflegung, Energie, Sanierung der Immobilie, so verhandelt zunächst der Unternehmer bei stationären Einrichtungen mit den Pflegekassen im Rahmen neuer Vergütungsvereinbarungen u.a. die Kosten für Wohnen und Verpflegung, Energie als Teil des Entgelts für „Unterkunft und Verpflegung“ sowie mit den Sozialhilfeträgern für die Sozialhilfeempfänger mit Blick auf die Investitionskosten etwaige Kosten für die Sanierung der Immobilie neu. Diese Kostensteigerung kann der Unternehmer nach den Anforderungen des § 9 WBVG an die Bewohner weitergeben.
- Für den Unternehmer gibt es besondere Kündigungsgründe (aus wichtigem Grund) in § 12 WBVG, etwa wenn er den Betrieb einstellt (z. B. Generalmietvertrag zwischen Betreiber und Grundstückseigentümer endet) oder wenn der Bewohner Leistungen benötigt, die der Unternehmer vertraglich explizit ausgeschlossen hat.
- Vertragsvereinbarungen, die zum Nachteil des Verbrauchers vom WBVG abweichen, sind unwirksam; an deren Stelle treten die Regelungen des WBVG (§ 16 WBVG).

1.3.2.1 Anwendungsbereich: Überlassung von Wohnraum verknüpft mit der Erbringung von Pflege- oder Betreuungsleistungen

Um von dem Anwendungsbereich des WBVG erfasst zu sein, müssen Verträge zum einen die Überlassung von Wohnraum und zum anderen die Erbringung von Pflege- oder Betreuungsleistungen enthalten, die der Bewältigung eines durch Alter, Pflegebedürftigkeit oder Behinderung bedingten Hilfebedarfs dienen (§ 1 Abs. 1 S. 1 WBVG).

Diese beiden Vertragselemente müssen vereinbart werden, um die erforderliche doppelte Abhängigkeit des Bewohners vom Betreiber zu begründen, die von der gesetzlichen Regelung des WBVG erfasst wird.⁷⁶ Es reicht aus, dass der Betreiber diese Leistungen im Bedarfsfall zu erbringen hat; sie müssen vom Bewohner nicht tatsächlich in Anspruch genommen werden (§ 1 Abs. 1 Satz 2 WBVG). Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass Verträge auch zu einem Zeitpunkt abgeschlossen werden können, in dem noch keine Pflege- oder Betreuungsleistungen benötigt werden, da diese auch zu einem späteren Zeitpunkt erbracht werden können.

1.3.2.2 Voraussetzung: Gewisse Intensität der Betreuungsleistungen

Die Pflege- und Betreuungsleistungen müssen eine gewisse Intensität aufweisen, um die Anwendung des WBVG zu rechtfertigen.

Allgemeine Unterstützungsleistungen i. S. d. § 1 Abs. 1 S. 3 WBVG zählen nicht zu den Betreuungsleistungen und fallen daher nicht in den Anwendungsbereich des WBVG. Allgemeine Unterstützungsleistungen sind in diesem Zusammenhang die Vermittlung von Pflege- und

⁷⁶ Bachem/Hacke, § 1 Rz. 36.

Betreuungsleistungen, die Erbringung von hauswirtschaftlichen Leistungen oder Notrufrdiensten. Darüber hinaus werden in der Begründung zum WBVG allgemeine Hausmeisterdienste, Fahr- und Begleitdienste sowie Sicherheits- und Besucherdienste als allgemeine Betreuungsleistungen eingestuft, die nicht in den Anwendungsbereich des WBVG fallen.⁷⁷

Auch wenn neben der Wohnraumüberlassung mehrere allgemeine Unterstützungsleistungen kumulativ angeboten werden, führen sie in der Summe nicht zur Anwendbarkeit des WBVG, solange nicht mindestens eine Pflege- oder Betreuungsleistung im Sinne des WBVG im Gesamtkonzept enthalten ist.⁷⁸

Beim betreuten Wohnen kommt es für die Einordnung somit darauf an, ob Pflegeleistungen erbracht werden, die über allgemeine Betreuungsleistungen hinausgehen. Diese Leistungen dürfen, um die Anwendbarkeit des WBVG anzunehmen, nicht lediglich Wahlleistungen darstellen, sondern müssen für den Bewohner verpflichtend sein.

1.3.2.3 Dauer und Umfang der zu erbringenden Leistungen

Grundsätzlich enthält das WBVG selbst keine Vorgaben an Dauer und Umfang der zu erbringenden Leistungen. Es wird in § 7 Abs. 1 WBVG lediglich die Vorgabe gemacht, dass die vertraglich vereinbarten Pflege- oder Betreuungsleistungen nach dem allgemein anerkannten Stand fachlicher Erkenntnisse zu erbringen sind. Die Frage ist, wann Betriebskonzepte des Seniorenwohnens die Schwelle der allgemeinen Unterstützungsleistungen überschreiten und den Bewohnervertrag, der dann meistens als Mietvertrag ausgestaltet ist, in einen WBVG-Vertrag überführen.

Immer wieder sind in der Praxis Vertragsklauseln anzutreffen, wonach den Bewohnern im Falle von Erkrankungen bzw. eintretendem Pflegebedarf vorübergehend, z. B. 21 Tage im Jahr bzw. 14 Tage im Quartal, Pflege als Grundleistung zur Verfügung gestellt wird.⁷⁹ Während es sich hierbei zwar auf der einen Seite nicht mehr um allgemeine Betreuungsleistungen handelt, ist auf der anderen Seite nicht eindeutig, ob diese Leistungen einen gerade durch Alter, Pflegebedürftigkeit oder Behinderung bedingten Hilfebedarf erfüllen sollen.⁸⁰ Die Rechtsprechung hat hierzu noch nicht eingehend Stellung bezogen.

Der Bundesverband privater Anbieter sozialer Dienste e. V. (bpa) nimmt an, dass diese Leistungen den Vertrag mit dem Bewohner in den Anwendungsbereich des WBVG überführen⁸¹. Das Leistungsspektrum dieser pflegerischen Erstversorgung, dient der Erfüllung eines durch Alter oder Pflegebedürftigkeit ausgelösten Hilfebedarfs, sofern diese im Buchungspaket des Bewohners zwingend erhalten ist. Das Seniorenschutzgesetz WBVG beinhaltet insoweit keine zeitlichen Anforderungen. Auch aus der Gesetzesbegründung zum WBVG lässt

⁷⁷ BT-Drucks. 16/12409, S. 15.

⁷⁸ BT-Drucks. 16/12409, S. 15; Informationsmemorandum des bpa, zu beziehen bei der Geschäftsstelle des bpa, Bundesgeschäftsstelle, Friedrichstraße 148, 10117 Berlin (bund@bpa.de), Sonderausgabe 4/2019, S. 6

⁷⁹ Informationsmemorandum des bpa, Sonderausgabe 4/2019, S. 7; Bachem/Hacke, § 1 Rz. 69.

⁸⁰ Informationsmemorandum des bpa, Sonderausgabe 4/2019, S. 7; Bachem/Hacke, § 1 Rz. 69.

⁸¹ Informationsmemorandum des bpa, Sonderausgabe 4/2019, S. 7.

sich keine Einschränkung des Verbraucherschutzes im Hinblick auf eine zeitliche Komponente feststellen.

Es erscheint im Sinne des Verbraucherschutzes nicht zweckmäßig, klar zu stellen, dass eine pflegerische Erstversorgung WBVG-relevant ist, weil dann droht, dass die Vermieter diese für den Wohnungsmieter im betreuten Wohnen nicht mehr vorsehen werden. Im Gegenteil ist zu überlegen, ob man nicht die pflegerisch notwendige Erstversorgung explizit gesetzlich unter die WBVG-freien allgemeinen Unterstützungsleistungen (§ 1 Abs.1 S. 3 WBVG) einordnet.

1.3.2.4 Leistung der Betreuungs- und Pflegeleistungen durch den Betreiber oder von ihm beauftragter Dritter

Grundsätzlich sind die Betreuungs- und Pflegeleistungen durch den Betreiber bzw. Vermieter des Wohnraums selbst zu leisten, § 1 Abs. 1 S. 1 WBVG.

Die Regelungen des WBVG sind ferner dann anzuwenden, wenn die Leistungen von verschiedenen Unternehmern geschuldet werden, diese rechtlich oder wirtschaftlich miteinander verbunden sind und der Vertrag über die Überlassung von Wohnraum an den Bestand des Vertrags über die Erbringung von Pflege- oder Betreuungsleistungen i.S.d. § 1 Abs. 2 S. 1 WBVG gekoppelt ist, § 1 Abs. 2 S. 2 WBVG.

a) Rechtliche Verbindung des Vermieters und des (externen) Pflegedienstes

Von einer *rechtlichen Verbindung* ist dann auszugehen, wenn die Unternehmer (Wohnraumüberlassung einerseits und Pflege- und Betreuungsleistungen andererseits) durch Verträge verbunden sind und diese einen Bezug zum Anwendungsbereich des WBVG haben.

Beispielsweise können die Unternehmer Kooperationsvereinbarungen getroffen haben, wonach sie sich zur gemeinschaftlichen Erbringung der den Anwendungsbereich begründenden Leistungen verabreden.⁸² Ebenso begründet eine rechtliche Verbundenheit eine Vereinbarung, in der sich die Unternehmer finanzielle Vorteile versprechen, beispielsweise eine Gewinnbeteiligung, eine Provision oder Vergütung für die Vornahme von Leistungen, die der andere Unternehmer erbringt.⁸³

Unter das WBVG fällt damit auch die Konstellation, in der sich ein Unternehmer gegenüber dem Bewohner lediglich zur Wohnraumüberlassung (inkl. untergeordnete Grundleistungen) und in einem gesonderten Vertrag ein bestimmter externer Pflegedienst gegenüber dem Bewohner zur Erbringung von Pflege- und Betreuungsleistungen vertraglich verpflichtet, solange die Unternehmen durch einen Kooperationsvertrag miteinander verbunden sind, die Pflegeleistungen von dem Kooperationspartner zur Verfügung gestellt werden (keine Wahlfreiheit des Bewohners) und die Verträge i. S. d. § 1 Abs. 2 WBVG in ihrem Bestand voneinander abhängen.

⁸² BT-Drucks. 16/12409, S. 16.

⁸³ BT-Drucks. 16/12409, S. 16.

Nicht von dem Anwendungsbereich des WBVG erfasst werden dagegen die Fälle, in denen sich ein Unternehmer verpflichtet, Wohnraum zu überlassen und lediglich als Wahlleistungsangebot den Abschluss eines Pflegevertrags bzw. die Erbringung von Pflege- und Betreuungsleistungen durch einen kooperierenden Dritten offeriert. Solange der Verbraucher selbst darüber entscheiden kann, ob er überhaupt Pflegeleistungen und von welchem Pflege- oder Betreuungsdienst er wählt, wird keine doppelte Abhängigkeit zu dem Unternehmer, der Wohnraum überlässt, begründet.

Ebenso nicht erfasst wird die Vertragsgestaltung, bei der sich ein Unternehmer zur Überlassung von Wohnraum und ein anderer verpflichtend nur zur Erbringung von Serviceleistungen verpflichtet, soweit hiernach keine Pflege- oder Betreuungsleistungen zu erbringen sind.

b) Wirtschaftliche Verbundenheit des Vermieters und des (externen) Pflegedienstes

Eine *wirtschaftliche Verbundenheit* des Vermieters und des Pflegedienstes liegt vor, wenn es sich zwar um rechtlich selbstständige Unternehmen handelt, diese aber in unmittelbarer wirtschaftlicher Beziehung zueinander stehen, weil sie beispielsweise der selben Gesellschaft oder dem selben Konzern angehören.⁸⁴

1.3.3 Verbraucherschutz des Wohnungsmieters im betreuten Wohnen

Beim betreuten Wohnen gibt es keinen über die generellen Mieterschutzvorschriften für Wohnungsmieter hinausgehenden Verbraucherschutz von pflegebedürftigen Bewohnern. Mithin besteht das Hauptrisiko des Betreibers lediglich darin, dass die Miete im betreuten Wohnen in unzulässiger Weise überhöht ist und der Mieter die überzahlte Miete zurückverlangen kann, was betagte Bewohner jedoch in den seltensten Fällen tatsächlich machen.

Grundsätzlich ist es daher für die Bewohner von Vorteil, wenn kein Wohnraummietvertrag, sondern ein Vertrag nach dem WBVG abgeschlossen wird, was in den meisten ambulant betreuten Settings, wie ausgeführt, nicht der Fall sein wird.

2. Rechtliche Lücken und Notwendigkeit der Ergänzung gesetzlicher Regelungen

2.1 Ambulant vor stationär

Wie aufgezeigt, gibt es große Unterschiede und Defizite in Gesetzen und Rechtsprechung im Umgang mit dem Seniorenwohnen.

Den sechzehn Landesheimgesetzen und den Landesbauordnungen fällt es schwer, die zahlreichen Facetten des modernen Seniorenwohnens mit ambulanter Pflege sachgerecht einzustufen.

⁸⁴ BT-Drucks. 16/12409, S. 16.

Hinzu kommt, dass der Gesetzgeber durch finanzielle Bevorzugung der ambulanten Pflege im Rahmen der drei Pflegestärkungsgesetze⁸⁵ massiv gestalterisch in den Pflegeheimmarkt eingegriffen hat und es mittlerweile wirtschaftlich lukrativer ist, Senioreneinrichtungen in Gestalt der ambulanten Pflege und nicht als stationäre Einrichtungen (Pflegeheime) zu betreiben.

Der wirtschaftliche Vergleich eines Bewohners mit Pflegegrad 3 in einer ambulanten Wohngemeinschaft und in einer stationären Einrichtung macht die ambulante Bevorzugung besonders deutlich⁸⁶:

	Ambulante Pflege-WG	EUR	EUR	Vollstationär
	Pflegesachleistung (§ 36 SGB XI)	1.363 Ab 01.01.2024 1.431,15	1.262	Pflegebedingte Aufwendungen einschl. Betreuung und für Leistungen der medizinischen Behandlungspflege (§§ 43 Abs. 2, 84 Abs. 1 SGB XI)
+	Wohngruppenzuschlag (§ 38a SGB XI)	214		
+	Entlastungsbetrag (§ 45b SGB XI)	125		
	Summe	1.637	1.262	
+	Tagespflege (§ 41 SGB XI)	bis 1.298		
	Max. Summe (inkl.)	2.935	1.262	
+	Einmalige Anschubfinanzierung bei Gründung (§ 45e SGB XI)	bis 2.500 pro Bewohner begrenzt auf 10.000 pro Wohngruppe		
+	Zuschüsse Wohnumfeld verbes- sernde Maßnahmen	bis zu 4.000 pro Maßnahme begrenzt auf 16.000 je Wohngruppe		
+	Landesrechtliche Spezialförde-			

⁸⁵ Erstes, Zweites und Drittes Gesetz zur Stärkung der pflegerischen Versorgung und zur Änderung weiterer Vorschriften (Erstes, Zweites und Drittes Pflegestärkungsgesetz – PSG I, II, III) vom 17. 12. 2014 (PSG I, BGBl. I, S. 2222 ff.); vom 21. 12. 2015 (PSG II, BGBl. I, S. 2424 ff.) und vom 23. 12. 2016 (PSG III, BGBl. I, 3191 ff.).

⁸⁶ Studie der HypZert Fachgruppe Sozialimmobilien, S. 22; Tybussek; Skript S. 27; Vincentz Akademie Konferenz, erhältlich bei Vincentz Network, Plathnerstraße 4c, 30175 Hannover; Terranus/Bienentreu, Marktentwicklungen und Finanzierungsmöglichkeiten im Bereich der Pflegeimmobilien, 8. 11. 2017, vhw-Skript BW172680, S. 28; erhältlich bei: vhw-Bundesverband, Fritschestr. 27/28, 10585 Berlin.

	rung ⁸⁷			
+	Abrechnung häusliche Krankenpflege (§ 37 Abs. 2 S. 1 SGB V)			

2.2 Marktlenkungswirkung der wirtschaftlichen Privilegierung und Förderung der Ambulantisierung

Angesichts der Förderung durch die öffentlichen Kostenträger ist das Marktsegment der ambulanten Pflege – neben der Tagespflege – der boomende Faktor im Pflegemarkt. Es scheint sich bei der Ambulantisierung – bei allen Pflegegraden⁸⁸ – um einen längerfristigen Trend zu handeln, der sich durch die Corona Pandemie und Aufnahmestopps bei Heimen vermutlich beschleunigt hat.⁸⁹ So entwickelte sich der stetig wachsende Pflegeimmobilienmarkt besonders im Bereich der ambulant betreuten Wohnformen und nimmt vor allem auch vor dem Hintergrund des Fachkräftemangels kontinuierlich zu.⁹⁰ Ausweislich des Pflegeheimatlas 2023⁹¹ geht der Anteil der Pflegebedürftigen, die in vollstationären Pflegeheimen untergebracht sind – die „Heimquote“ – kontinuierlich zurück und lag in den untersuchten Städten zwischen 14 und 20% gegenüber einem Stand von 30% im Jahr 2011, hingegen nimmt die Zahl der ambulanten Strukturen stetig zu; bis Ende September 2023 wurden allein 188 neue ambulante Pflegedienste registriert,⁹² den Anteil ambulant versorgter Pflegebedürftiger ermittelte der am 11.12.2023 veröffentlichte Pflegeheim Rating Report 2024 mit 24,4%.⁹³

Dies lässt sich durch die zu beobachtenden Änderungen in den Betriebsstrukturen nachvollziehen:

In der Praxis gründen stationäre Betreiber zunehmend ambulante Dienste und wandeln vermehrt ihre stationären Pflegeeinrichtungen in ambulante Pflegeplätze um. Die bestehenden Pflegezimmer werden zu Apartments umfunktioniert und im Zuge von Mietverträgen an die Bewohner vermietet. In der Pflege und den Abläufen ändert sich dabei nichts, da trotz Wahlfreiheit meist alle Bewohner als nunmehr Wohnungsmieter den eigenen ambulanten Pflegedienst wählen, der Pflegeleistungen zum Teil bis hin zum Stadium der In-

⁸⁷ Z. B. die Richtlinie des Landes Niedersachsen über die Gewährung von Zuwendungen von Projekten oder Maßnahmen zur Stärkung der ambulanten Pflege im ländlichen Raum, Erl. d. MS v. 8. 6. 2016 – 104.12 – 43590/29 – zuletzt geändert durch Erl. d. MS v. 16.11.2022 – 104.31-4335-D – VORIS 83000 –; Richtlinie zur Förderung neuer ambulant betreuter Wohngemeinschaften sowie zur Förderung von Vorhaben zur Verbesserung der Lebensqualität und der Rahmenbedingungen in der Pflege (Förderrichtlinie Pflege – WoLeRaF), Bekanntmachung d. Bayerischen Staatsministeriums für Gesundheit und Pflege vom 5. April 2023, Az. 43c-G8300-2022/7768-1 (BayMBl. Nr. 182).

⁸⁸ So zum Beispiel auch im der Entscheidung BSG NJW 2018, 2819 zugrundeliegenden Sachverhalt, wo ein dauerhaft zu beatmender Patient im Servicewohnen lebt. Das BSG entscheidet hier, dass die allg. Maßstäbe zur Erforderlichkeit häuslicher Krankenpflege nach SGB V auf alle neuen Wohnformen, unabhängig von ihrer konkreten heimrechtlichen Bezeichnung anzuwenden ist.

⁸⁹ „Zahl der Pflegebedürftigen steigt stärker als angenommen bpa fordert: Bund und Länder sind in der Pflicht, die Sicherstellung der pflegerischen Versorgung zu gewährleisten“, bpa.Magazin Ausgabe # 4/2021 S. 8, abrufbar unter:

https://www.bpa.de/fileadmin/user_upload/MAIN-dateien/BUND/bpa_Magazin/bpa_Magazin_4-2021_Internet.pdf

⁹⁰ Betreutes Wohnen bei Investoren gefragt, CAREINVEST v. 04.06.2021, 12/2021, S. 2.

⁹¹ Abrufbar unter: <https://www.wuestpartner.com/de-de/produkt/pflegeheim-atlas-deutschland-2023/>.

⁹² Zahlreiche Eröffnungen trotz angespannter Lage, CAREINVEST v. 20.10.2023, 22/2023, S. 10 f.

⁹³ Im bewerteten Jahr 2021, Pressemitteilung abrufbar unter <https://www.rwi-essen.de/presse/wissenschaftskommunikation/pressemitteilungen/detail/pflegeheim-rating-report-2024-wirtschaftliche-lage-deutscher-pflegeheime-hat-sich-leicht-verbessert-personal-wird-zunehmen-knapp>

tensivpflege ambulant anbietet. In der tatsächlichen Versorgungsstruktur unterscheidet sich dies praktisch nicht von einer stationären Einrichtung, lediglich in der Abrechnungsstruktur. Man kann mithin von einer (pseudo-) ambulanten Struktur sprechen.

Die Rechtsprechung hat die dargestellten Strukturen in Bezug auf ihre zulässige Refinanzierung nach dem SGB XI wie folgt überprüft.

2.2.1 Abrechenbarkeit ambulanter Pflegeleistungen

§ 71 Abs. 1 SGB XI definiert ambulante Pflegeeinrichtungen als selbstständig wirtschaftende Einrichtungen, die unter ständiger Verantwortung einer ausgebildeten Pflegefachkraft Pflegebedürftige in ihrer Wohnung mit Leistungen der häuslichen Pflege i. S. d. § 36 SGB XI versorgen. Unter dem die ambulante von der stationären Einrichtung abgrenzenden Begriff der Wohnung versteht der Gesetzgeber nicht nur eine eigene Wohnung, sondern auch Altersheime, Altenwohnheime, Heime für Behinderte und gleichwertige Einrichtungen sowie ambulant betreute Wohngruppen.⁹⁴ Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts⁹⁵ ist auch dann noch eine ambulant abrechenbare Versorgung anzunehmen, wenn die pflegerische Versorgung im Laufe der Erkrankung etwa bei Demenz im Vordergrund steht, weil auch diese pflegerische Versorgung eine selbstbestimmte Lebensführung bezweckt. Der Gesetzgeber hat dies mit der Förderung der ambulanten Pflege so gewollt. Das LSG Bayern⁹⁶, hatte auf dieser Grundlage folgerichtig kein Problem mit einer ambulanten Abrechnung für einen Bewohner mit Intensivpflegebedarf, der einerseits mit dem Ehemann der Eigentümerin des ambulanten Pflegedienstes einen Wohnungsmietvertrag abschloss, während das Unternehmen der Ehefrau des Vermieters die Pflegeleistungen ambulant erbrachte. Nach dem LSG Bayern handelt es sich um zwei selbstständige Verträge und die Bewohner hätten die – theoretische – Möglichkeit, auch einen anderen Pflegedienst zu beauftragen, obgleich in der Einrichtung die Pflegeleistungen ausschließlich durch den ambulanten Dienst der Ehefrau des Vermieters erbracht werden.

Mit dieser großzügigen Rechtsprechung zur Abrechenbarkeit ambulanter Pflegedienstleistungen ist der vorherrschende Praxisfall der ambulanten Versorgungsstruktur, in dem ein Wohnungsmietvertrag mit dem Bewohner abgeschlossen wird und im Ergebnis „systemimmanent“ nur ein einziger anderer ambulanter Pflegedienst alle Bewohner im Zuge von ambulanten Pflegeleistungen versorgt, von der Rechtsprechung, was die zulässige ambulante Abrechnung angeht, akzeptiert. Allerdings kommt bei dieser Rechtsprechung zum einen zu kurz, dass die Pflegeleistungsgesetze mit „ambulant vor stationär“, vgl. § 3 SGB XI, im Wesentlichen die Menschen im Blick hatten, die im häuslichen Umfeld durch Angehörige oder Nachbarn im Verbund mit professionellen ambulanten Pflegedienstleistern ge-

⁹⁴ BT-Drucks. 12/5262, S. 133; *Plantholz*, in: *Krahmer/Plantholz, SGB XI-Kom.*, 5. Aufl., 2017, § 71 Rz. 10 weist unter Bezugnahme auf den die Wohnungsdefinition prägenden Begriff der Haushaltsführung in § 37 Abs. 1 und 2 SGB V, wonach der Anspruch auf häusliche Krankenpflege an jedem sonst geeigneten Ort erfolgen kann, darauf hin, dass dies auch eine stationäre Einrichtung sein kann, in der sich ein Versicherter auf unabsehbare Zeit aufhält und betreut wird, ohne auch noch anderswo zu wohnen, soweit der Träger der stationären Einrichtung nicht bereits kraft Gesetzes oder Vertrages die medizinische Behandlungspflege zu erbringen verpflichtet ist. Diese Ansicht wird vom BSG v. 30. 11. 2017 – B 3 KR 11/16R, NZS 2018, 545 geteilt.

⁹⁵ BSG v. 30. 6. 2016 – B 8 SO 6/15 R, LSK 2016, 74209.

⁹⁶ LSG Bayern v. 20. 12. 2016 – L 8 SO 128/14, BeckRS 2016, 114370; ebenso LSG Baden-Württemberg v. 21. 7. 2015 – L 11 KR 3010/14, RDG 2018, 53.

pflegt werden können und sollten. Nicht beabsichtigt war jedoch die infolge der finanziellen Zuweisungen einhergehende Aushöhlung der vollstationären Pflege durch vermeintliche Ambulantisierung.⁹⁷ Dies zeigt sich auch an den unmittelbaren Finanzzuweisungen gem. § 36 SGB XI für ambulante Pflege und gem. § 43 SGB XI für die stationäre Pflege, wonach die reinen Pflegesachleistungen bei der ambulanten Pflege bis Pflegegrad 3 höher als für die stationäre Pflege sind, wohingegen die Pflegesachleistungen für Pflegegrade 4 und 5 wiederum in der stationären Pflege höher als in der ambulanten Pflege sind. Zum anderen korrespondiert diese großzügige Rechtsprechung nicht mit dem Wirtschaftlichkeitsgebot des § 4 Abs. 3 SGB XI, wonach Pflegekassen, Pflegeeinrichtungen und Pflegebedürftige darauf hinzuwirken haben, dass die Leistungen wirksam und wirtschaftlich erbracht und nur im notwendigen Umfang in Anspruch genommen werden.⁹⁸

2.2.2 Anwendbarkeit des WBVG auf Dementen-WG

Das OLG Celle⁹⁹ hatte über die Frage der Anwendbarkeit des WBVG für eine Dementen-Wohngemeinschaft zu entscheiden, in der ein Unternehmen den Wohnraum vermietete und mit einem getrennten Vertrag ein anderes Unternehmen den Bewohner rund um die Uhr beaufsichtigte, das außerdem wie branchenüblich die Serviceleistungen gegenüber sämtlichen Bewohnern der Wohngemeinschaft erbrachte. Das OLG Celle bestätigt die Anwendbarkeit des WBVG und stellt hierzu fest, dass für ein Abhängigmachen i. S. d. § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 WBVG der Grad, in dem ein Anbieter von Wohn- und Betreuungsleistungen den Abschluss beider Verträge miteinander in Verbindung gebracht hat, maßgebend ist. Auf eine rechtliche Verbindung der Verträge kommt es dabei nicht an, sondern vielmehr auf eine tatsächliche Abhängigkeit bei Abschluss des Vertrags über die Wohnraumüberlassung. Unerheblich ist, dass die Leistungen von verschiedenen Unternehmen erbracht werden, denn es wird in diesem Fall eine rechtliche oder wirtschaftliche Verbundenheit der Unternehmen angenommen. Der Unternehmer trägt die Beweislast dafür, dass die handelnden Unternehmer weder wirtschaftlich noch rechtlich verbunden sind.¹⁰⁰ Diese Beweislast wird der Unternehmer im Hinblick darauf, dass die Kooperation zwischen dem Wohnungsvermieter und dem ambulanten Pflegebetreiber üblicherweise auf Versorgungs- und Exklusivitätsvereinbarungen beruht in der Praxis nicht entkräften können.¹⁰¹ Demgegenüber wird bei einer sonstigen Senioren-Wohngemeinschaft und betreuten Wohnanlagen unterhalb der Schwerstpflegebedürftigkeit die Anwendbarkeit des WBVG bei getrennten Verträgen für den Wohnraum und die Dienstleistungen in der Regel verneint.¹⁰²

2.2.3 Überprüfung von WBVG-Verträgen

⁹⁷ BT-Drucks. 410/16, S. 2; Studie der HypZert Fachgruppe Sozialimmobilien, S. 21; Schmidt, Das Dritte Pflegestärkungsgesetz, NZS 2017, 207.

⁹⁸ Studie der HypZert Fachgruppe Sozialimmobilien, S. 22.

⁹⁹ OLG Celle v. 14. 1. 2015 – 13 U 170/14, BeckRS 2015, 2453.

¹⁰⁰ OLG Celle v. 14. 1. 2015 – 13 U 170/14, a.a.O. m. w. N.; Grüneberg/Weidenkaff, § 1 Rz. 4 WBVG.

¹⁰¹ Michel/Schlüter, Handbuch Betreutes Wohnen 2012, Kap. 2 Rz. 62, Kap. 3 Rz. 360, 632 ff.; Schlüter, Betreute Wohnformen als Angebote der Wohnungs- und Immobilienwirtschaft, 28. 8. 2018, vhw-skript RP186401, S. 84 erhältlich bei: vhw-Bundesverband, Fritschestr. 27/28, 10585 Berlin; Viehweger, Betreutes Wohnen-Betreuung, 12. 9. 2017, vhw-Skript NW174924, S. 27, erhältlich bei: vhw-Bundesverband, Fritschestr. 27/28, 10585 Berlin.

¹⁰² Richter, in: Plagemann, Münchner Anwaltshandbuch Sozialrecht, 5. Aufl., 2018, § 31 Pflege II-Leistungserbringung, Rz. 3; Drasdo, NZM 2017; 577, 582.

In Bezug auf eine staatliche Kontrolle der WBVG-Verträge hat das BVerwG¹⁰³ zum früheren Heimgesetz festgestellt, dass der dortige § 17 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 HeimG sämtliche gesetzlichen und vertraglichen Pflichten des Heimträgers nach dem HeimG der aufsichtsrechtlichen Überwachung unterwirft. Sinn und Zweck dieser Regelung ist es nämlich, die Position der Heimbewohner angesichts ihrer wirtschaftlichen Unterlegenheit und ihrer strukturellen Abhängigkeit vom Heimträger zu stärken. Hieran anknüpfend ist davon auszugehen, dass die jeweilige Heimaufsicht auch die Einhaltung der WBVG-Vorschriften überprüfen kann, wenn ihr nach dem jeweiligen Landesheimrecht ein dem § 17 HeimG a. F. entsprechendes Aufsichtsrecht in Bezug auf die vertraglichen Gestaltungen eingeräumt worden ist.¹⁰⁴ Davon hat die Hälfte der Bundesländer Gebrauch gemacht.¹⁰⁵ Allerdings muss die Eintrittsschwelle für die Anwendbarkeit des jeweiligen landesheimrechtlichen Aufsichtsrechts überschritten sein. D. h., es muss sich um eine Wohnform handeln, die auch dem heimrechtlichen Aufsichtsrecht unterliegt. Die landesheimrechtlichen Definitionen der primär auf stationäre Einrichtungen fokussierten überwachungsbedürftigen Einrichtungen stimmen allerdings oft nicht mit der Definition des WBVG überein, ab wann ein Bewohnervertrag ein WBVG-Vertrag ist oder nicht. Gerade im Übergangsbereich ambulanter zu stationärer Einrichtungen geht es der Heimaufsicht in den Auseinandersetzungen mit den Betreibern zunächst primär um die richtige rechtliche Statureinordnung des Betriebs und nicht um nachgeordnete Folgethemen bei der Vertragsgestaltung. Vielmehr haben in der Praxis die Heimaufsichtsbehörden sich überwiegend aus der Überwachung der WBVG-Verträge zurückgezogen und überlassen die Kontrolle von zulässigen WBVG-Klauseln den für die Überprüfung von zivilrechtlichen Verträgen sachnäheren Verbraucherschutzverbänden.¹⁰⁶

2.3 Auswirkungen auf den Verbraucherschutz

Nach der von den Landesgesetzgebern initiierten Gesetzeslage und der korrespondierenden Behörden- und Gerichtspraxis, drängt sich für einen Pflegeheimbetreiber die ambulante Pflege in ihren unterschiedlichen individuellen Ausprägungen und Gestaltungsmöglichkeiten geradezu auf. Geringeren Herstellungskosten (für stationäre Einrichtungen geltende heimbaurechtliche Anforderungen müssen nicht erfüllt werden) stehen höheren Einnahmen bei geringeren baulichen und personellen Anforderungen sowie einer geringeren behördlichen Kontrolle gegenüber.

¹⁰³ BVerwG v. 2. 6. 2010 – BVerwG 8 C 24/09, BeckRS 2010, 50098, RN. 32.

¹⁰⁴ VG Stuttgart v. 13. 1. 2011 – 4 K 3702/10; BeckRS 2011, 47410 = NJW-Spezial 2011, 386.

¹⁰⁵ Dem § 17 HeimG a. F. entsprechende Regelungen enthalten: Art. 13 Abs. 1 BayPfleWoqG; § 33 Abs. 1 BremWohn- und Betreuungsgesetz; § 10 Abs. 1 EQG M-V; § 13 Abs. 1 Saarl. Wohn- und Betreuungs- und Pflegequalitätsgesetz; § 11 Abs. 1 SächsBeWOG; § 23 Abs. 1 WTG-LSA; § 19 Abs. 1 Satz 1, 3 Nr. 3, 4 Thür-WTG, § 11 Abs. 8 HBPG.

¹⁰⁶ Grunewald-Feskorn, Verbraucherzentrale Berlin, Ambulant betreute Pflegewohngruppen in der Ländergesetzgebung – Erfahrungen und Perspektiven, 29. 11. 2011, vhw-skript SN110441, S. 101 ff, erhältlich bei: vhw-Bundesverband, Fritschestr. 27/28, 10585 Berlin; vgl. auch die überwiegende veröffentlichte Rechtsprechung zu WBVG-Vertragsklauseln auf Initiative von Verbraucherzentralen z. B. BGH v. 5. 4. 2018 – III ZR 36/17, NJW 2018, 1808; BGH v. 12. 5. 2016 – III ZR 279/15, SRa 2016, 148; BGH v. 21. 5. 2015 – III ZR 263/14, NJW 2015, 2573; OLG Köln v. 16. 12. 2016 – 6 U 71/16, NJOZ 2017, 1720; OLG Hamm v. 22. 8. 2014 – 12 U 127/13, IBRRS 2014, 2736 = BeckRS 2014, 19281; OLG Zweibrücken v. 23. 7. 2014 – 1 U 143/13, GuP 2014, 240; LG Düsseldorf v. 25. 6. 2014 – 12 O 273/13, BeckRS 2014, 17614; LG Mainz v. 31. 5. 2013 – 4 O 113/12, BeckRS 2014, 7473; LG Berlin v. 13. 11. 2012 – 15 O 181/12, LSK 2013, 80867.

Die zunehmende Verlagerung der Pflegeplätze in ambulante Settings wirkt sich mangels einzuhaltender baulicher und pflegerischer Vorgaben und Kontrollmechanismen aus dem Bereich des Landesheimrechts und dem Fehlen von mit dem WBVG vergleichbaren vertraglichen Schutzvorschriften jedoch negativ auf den Verbraucherschutz aus. Im ambulanten Bereich sind die Rechte von hilfs- und pflegebedürftigen Bewohnern sowie deren Durchsetzung und Kontrolle durch die Behörden schlicht nicht vorhanden.

Bauliche Voraussetzungen wie Einzelzimmerquote, Flächenvorgaben für Bewohnerzimmer oder auch Vorgaben zu Sanitäreinrichtungen sowie hohe technische Anforderungen (behindertengerechte Ausstattung wie Flurbreiten, Beleuchtung etc.) gelten für ambulante Konzepte wie betreute Wohnanlagen, Servicewohnen oder selbstverantwortlichen Wohngemeinschaften nicht bzw. nicht so wie bei einem Pflegeheim. In baurechtlicher Hinsicht müssen ambulante Pflegekonzepte durch die Übertragung von Pflege- und/oder Betreuungsleistungen an Dritte und die rechtliche Wahlfreiheit der Bewohner hinsichtlich des Pflegedienstleisters oft nur die Anforderungen an ein Wohngebäude erfüllen. Dies führt u.a. dazu, dass spezifische Anforderungen an Brandschutz, technische Anlagen und bautechnische Nachweise entfallen. Dies gilt auch für Aufzüge, Barrierefreiheit und wiederkehrende Sonderbaukontrollen, der Verbraucherschutz wird aufgrund fehlender regelmäßiger Prüfungen und schützender Vorschriften vernachlässigt.

Gerade in der ambulanten Pflege unterliegt der Verbraucher zudem besonderen Abhängigkeiten vom Dienstleister. Diese Abhängigkeit wird im herkömmlichen Dienstvertragsrecht oft vernachlässigt, da der Fokus des Dienstvertragsrechts in §§ 611 ff. BGB darauf liegt, die Rechte des Dienstleisters in seiner Rolle als Arbeitnehmer gegenüber dem Dienstempfänger zu stärken. Im Rahmen der Pflege-Dauerschuldverhältnisse besteht jedoch ein umgekehrter Schutzbedarf. Hier ist der pflegebedürftige Verbraucher in der Regel schutzbedürftiger als der Pflegedienst. Es fehlen angemessene verbraucherschützende Regelungen für diese Vertragskonstellation, was dazu führt, dass die Rechtsverhältnisse für Verbraucher in vielen Fällen nachteilig sind.

2.4 Möglichkeiten zur Verbesserung des Verbraucherschutzes

Solange lediglich für stationäre Einrichtungen genaue bauliche und technische Voraussetzungen gelten, die im Rahmen von Zimmergrößen, sanitären Anlagen, gemeinschaftlichen Flächen etc. das Wohl der Bewohner schützen, ist es aus verbraucherschutzrechtlichen Aspekten nicht sachgerecht, die Zuordnung eines Betriebs zu einer stationären Einrichtung lediglich nach dem Betriebskonzept, was der Heimträger steuern kann, zu beurteilen. Stattdessen sollte darauf abgestellt werden, welcher Anteil der Bewohner tatsächlich in welchem Umfang pflegebedürftig ist. Soweit die betriebene Einrichtung nach ihrer tatsächlichen Organisation oder wegen einer signifikanten Zahl an pflegebedürftigen Bewohnern von der Versorgungsstruktur durch den Wohnungsvermieter abhängig erscheint, sollte dies zu höheren Verbraucherschutzanforderungen führen. Es kann im Interesse des Verbraucherschutzes nicht allein auf eine Betrachtung der formalrechtlichen Vertragsbeziehungen ankommen.

Zur Schaffung einer klaren und transparenten Regelung bietet es sich an, solche Sachverhalte in das WVG einzubinden¹⁰⁷. In diesem Zusammenhang müsste das WVG konzeptionell so angepasst werden, dass es auch die beschriebenen (pseudo-) ambulanten Betriebsstrukturen umfasst, zumindest, wenn die Mehrzahl der Bewohner hohe Pflegegrade aufweist.

Die seit Jahren geforderte „Entsäulung“ der Pflegeversicherung, also die Auflösung der Unterschiede zwischen ambulanter und stationärer Pflege¹⁰⁸, kann nur dann verbraucher-schützend gelingen, wenn klar geregelt wird, dass ambulant gepflegte Verbraucher mit hoher Pflegebedürftigkeit den gleichen Schutz erhalten wie Bewohner in stationären Betrieben.

Einzelheiten zu den erforderlichen Regelungen werden in den folgenden Kapiteln dargestellt.

II. Spezielle Herausforderungen bei Verträgen mit Pflegeanbietern

1. Bewohnerabhängigkeitsverhältnis und Informationsasymmetrie unter Berücksichtigung der besonderen Schutzbedürfnisse von Pflegebedürftigen

Pflegebedürftige benötigen besonderen Schutz vor Ausbeutung, Kriminalität, Vernachlässigung und Misshandlung sowie die Beachtung des Rechts auf Privatsphäre.¹⁰⁹

Ein solcher Schutz vollzieht sich auf zwei Ebenen, zum einen auf der privatrechtlichen und zum anderen auf der öffentlich-rechtlichen Ebene.

Im Bereich der Pflegeverträge besteht einerseits eine doppelte Abhängigkeit der Verbraucher durch die Bereiche der Wohnraumüberlassung und Erbringung von Pflege- und Betreuungsleistungen, andererseits eine Informationsasymmetrie zwischen den Einrichtungen als Leistungserbringern und den Verbrauchern als Leistungsbeziehern.

Durch den Mangel an Pflegekräften, verbunden mit der kontinuierlich steigenden Zahl an Pflegebedürftigen, besteht ein Anbietermarkt, der die Abhängigkeit der Verbraucher von den Leistungen des Betreibers erhöht.¹¹⁰ Überdies setzt sich der ambulante Pflege- und Betreuungsmarkt aus großen, aber auch vielen kleinen Betreibern zusammen. Die in diesem Zusammenhang verwendeten Verträge beinhalten oft Klauseln, die die Verbraucher benachtei-

¹⁰⁷ So auch die Forderung des BMFSFJ: Diskussionspapier zu einer möglichen Weiterentwicklung des Wohn- und Betreuungsvertragsgesetzes (nicht leitungs- oder ressortabgestimmt) - Stand: 30.03.2023 – S. 12, abrufbar unter: https://www.der-paritaetische.de/fileadmin/user_upload/20230330_BMFSFJ_WVG_Diskussionspapier.pdf

¹⁰⁸ Vgl. zuletzt Terranus/Sakwe Nakonji zum Pflegeheim Rating Report 2024 abrufbar unter: <https://www.terranus.de/wissenswertes/neuer-rwi-pflegeheim-rating-report/>

¹⁰⁹ Kreuzer, Missstände in der Heimpflege – Reform der Pflege und Pflegekontrolle, ZRP 2014, 174.

¹¹⁰ Diskussionspapier zu einer möglichen Weiterentwicklung des Wohn- und Betreuungsvertragsgesetzes (nicht leitungs- oder ressortabgestimmt) - Stand: 30.03.2023 – abrufbar unter: https://www.der-paritaetische.de/fileadmin/user_upload/20230330_BMFSFJ_WVG_Diskussionspapier.pdf.

ligen.¹¹¹ Insbesondere Verbraucher im hohen Alter oder Pflegebedürftige, die unter einer schweren Krankheit leiden, verfügen meist nicht über genügend Erfahrung oder das für ein Auftreten als gegenüber einer Einrichtung oder einem Pflegedienst gleichberechtigter Verhandlungs- und Vertragspartner¹¹² erforderliche Wissen. Auch ein Wechsel der Pflegeeinrichtung oder des Pflegedienstes findet aufgrund der hohen Opportunitätskosten¹¹³ und der Schwierigkeit, einen passenden Ersatz zu finden, so gut wie nicht statt, da eine Kündigung mangels Alternative meist nur theoretisch möglich ist, was dazu führt, dass Verbraucher auch unhaltbare Zustände ertragen, aus Unwissenheit oder Angst davor, nicht weiter versorgt zu werden.¹¹⁴

Die angesprochene Informationsasymmetrie manifestiert sich häufig darin, dass die geschlossenen Verträge den Anspruch auf Pflegesachleistungen vollständig ausschöpfen, obwohl es für den Pflegebedürftigen nicht immer zwingend erforderlich ist, sämtliche Leistungen ausschließlich über den Pflegedienst zu beziehen. Die Leistungen können vielmehr kombiniert werden, beispielsweise mit Pflegegeld oder anteilig für Betreuungs- und Entlastungsangebote. Diese Möglichkeit ist jedoch Pflegebedürftigen oft nicht bekannt.¹¹⁵

Da -häufig altersbedingt - pflegebedürftige Menschen zum einen streitmüde sind und zum anderen Auseinandersetzungen mit dem Einrichtungsträger wegen der aufgezeigten besonderen faktischen Abhängigkeit von dessen Leitungen scheuen, ist und bleibt die Rechtsprechung der Zivilgerichte zu vertraglichen Themen sehr überschaubar.¹¹⁶ Demnach ist der privatrechtliche Bereich nur in sehr limitiertem Maße in der Lage, den Schutzbedürfnissen der Pflegebedürftigen als Verbraucher Rechnung zu tragen. Dies bedeutet, dass ein Verbraucherschutz momentan nur im öffentlich-rechtlichen Bereich sicher gestellt werden kann.

1.1 Verbraucherschutz vor Inbetriebnahme

Während bei der Wohnnutzung mit über Grundleistungen hinausgehenden frei wählbaren Pflegeelementen wegen des prägenden Wohncharakters öffentlich-rechtlich – wenn überhaupt – nur eine rudimentäre Anzeigepflicht besteht (z.B. § 8 HmbWBG; § 32 Abs.1 i.V.m. § 9 Abs.1 S.1 WTGNRW; § 1b Abs.5 i.V.m. § 4 SL-WoBePfleqG), ist jedenfalls vor der Inbetriebnahme stationärer Einrichtungen dieser Verbraucherschutz als ausreichend einzuschätzen. Nach den Landesheimgesetzen (z.B. § 11 WTPGBW; Art 4 BayPfleWoqG; § 19 WTGBIn; § 16 HmbWBG; § 11 HGBP; § 9 WTGNRW; § 18 LWTGRhPf; § 4 SL-WoBePfleqG) muss bei stationären Einrichtungen der Einrichtungsträger vor Inbetriebnahme

¹¹¹ Verbraucherpolitische Forderung aus dem Projekt Marktprüfung ambulante Pflegeverträge (Stand 14.06.2018), S. 17;

https://www.pflegevertraege.de/sites/default/files/2018-06/Verbraucherpolitische_Forderungen_Projekt%20Marktpr%C3%BCfung%20ambulante%20Pflegevertr%C3%A4ge_2.pdf.

¹¹² Diskussionspapier zu einer möglichen Weiterentwicklung des Wohn- und Betreuungsvertragsgesetzes (nicht leitungs- oder ressortabgestimmt) - Stand: 30.03.2023 – abrufbar unter: https://www.der-paritaetische.de/fileadmin/user_upload/20230330_BMFSEJ_WBVG_Diskussionspapier.pdf.

¹¹³ Vgl. Heislbetz, Die Dokumentation in der Altenpflege Ihr Zusammenwirken mit der Pflege- und Managementqualität sowie der Lebensqualität der Pflegebedürftigen, S. 87.

¹¹⁴ Verbraucherpolitische Forderung aus dem Projekt Marktprüfung ambulante Pflegeverträge (Stand 14.06.2018), S. 15;

https://www.pflegevertraege.de/sites/default/files/2018-06/Verbraucherpolitische_Forderungen_Projekt%20Marktpr%C3%BCfung%20ambulante%20Pflegevertr%C3%A4ge_2.pdf.

¹¹⁵ Deutsche Stiftung Patientenschutz Info-Dienst, Ausgabe 4/2018, S. 2 (https://www.stiftung-patientenschutz.de/uploads/docs/PID_4_2018_Eckpunkte_ambulante_Pflegevertraege.pdf).

¹¹⁶ Drasdo, Heimunterbringung und Betreutes Wohnen, Entwicklungslinien nicht nur unter dem Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz seit Mitte 2019, NZM 2021, 785; NZM 2023, 749.

der Heimaufsicht das Pflege- und Versorgungskonzept in baulicher und personeller Hinsicht darlegen und anzeigen. In der Praxis überprüft dann die Heimaufsicht die Einrichtung vor Ort auf deren Tauglichkeit und Gesetzeskonformität und lässt die Inbetriebnahme zu.

1.2 Verbraucherschutz nach Inbetriebnahme

Deutlich schlechter als vor der Inbetriebnahme ist der Verbraucherschutz nach Betriebsaufnahme aufgrund der heimrechtlichen Gesetzessystematik aufgestellt. Ein Großteil der Landesheimgesetze verlangt, dass die Heimaufsicht bei Mängeln den Einrichtungsträger beraten soll. Erst wenn die Beratung des Einrichtungsträgers erfolglos ist und eine drohende Beeinträchtigung oder Gefährdung des Wohls der Bewohner vorliegt, kann die Behörde Anordnungen erlassen (z.B. § 21 Abs. 1 WTPGBW; Art. 12, 13 BayPfleWoqG; § 28 WTGBIn; § 22 BbgPBWoG; § 15 HGBP; § 15 WTGNRW; § 12 SL-WoBePfleqG). Das OVG Münster hat hierzu in seinem Beschluss vom 11.03.2011¹¹⁷ ausgeführt:

„Wie sich aus dem Wortlaut des § 19 Abs.1 Satz 1 WTG (jetzt § 15 Abs.1 WTGNRW) ergibt,

„Wird festgestellt, dass ein Betreiber die Einrichtungsleitung oder die Beschäftigten die Anforderungen nach diesem Gesetz oder aufgrund dieses Gesetzes nicht erfüllen, soll die zuständige Behörde zunächst den Betreiber über die Möglichkeiten zur Abstellung dieser Mängel beraten“ (Hervorhebung des Senats), ist die – neben der allgemeinen Beratungspflicht bestehende und – einer aufsichtsrechtlichen Maßnahme vorgelagerte („zunächst“) Beratung inhaltlich darauf ausgerichtet, Möglichkeiten zur Abstellung der festgestellten Mängel aufzuzeigen.“

Danach ordnet das Gesetz eine besondere Sperrwirkung an, wonach aufsichtsbehördliche Maßnahmen zur Mangelbeseitigung erst nach Erfüllung der Beratungspflicht zulässig sind.¹¹⁸ Auch auf der Ebene der Pflegekassen wird eine Kündigung des Versorgungsvertrags nur als Ultima Ratio angesehen und in § 74 Abs. 1 S. 3 SGB XI hineininterpretiert, dass die Beratung bei Pflegedefiziten ein geeignetes Instrumentarium ist, um gravierenden Missständen zu begegnen. Hinzu kommt, dass die Pflegekassen regelmäßig erst dann den Versorgungsvertrag in Frage stellen, nachdem die Heimaufsicht Anordnungen getroffen hat.¹¹⁹

1.3 Auswirkungen der vorrangigen Beratungspflicht in der Praxis

In der Praxis führt diese Subsidiarität, wonach die Eingriffsbefugnisse grundsätzlich erst nach Durchlaufen des Beratungsvorgangs zulässig sind, dazu, dass die Heimaufsichtsbehörden wegen Mängel in der Wohnqualität, z.B. Schimmel- und Pilzsporenbildung, Bau- und Brandschutzdefizite oder Legionellen regelmäßig keine Anordnungen zur Beseitigung von Mängeln in der Wohnqualität treffen, sondern die Betroffenen – Bewohner oder mietender Einrichtungsträger – entweder auf die Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche verweisen

¹¹⁷ OVG Münster v. 11.03.2011 – 12 B 1808/10, BeckRS 2011, 50740.

¹¹⁸ OVG Münster, aaO.

¹¹⁹ Bördner, Pflegequalität im Institutionenmix, Tagungsbericht des Instituts für Europäische Gesundheitspolitik und Sozialrecht (ineges) an der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main v. 23.06.2016, NZS 2016, 858, 860.

oder sich hinter der besonderen Kompetenz von Fachbehörden wie Baubehörde (Brand-
schutz) oder Gesundheitsamt (Legionellen) zurückziehen.

Da eine Auseinandersetzung über den Verbraucherschutz auf zivilrechtlicher Ebene wegen der Abhängigkeit des pflegebedürftigen Bewohners vom Einrichtungsträger weitgehend nicht stattfindet und die zusätzliche Beratung der Einrichtungsträger durch die Behörden zu Lasten des Schutzes der pflegebedürftigen Bewohner geht, sollte diese vorrangige Beratungspflicht bei Mängeln abgeschafft werden. Mittlerweile agieren am Pflegemarkt überwiegend hochprofessionelle auf Gewinnerzielung ausgerichtete internationale Investoren mit eigenen Rechtsabteilungen, die einer zusätzlichen Mängelberatung nicht bedürfen.

2. Unterschiedliche Behandlung von Sozialhilfeempfängern und Selbstzahlern

Bei Verträgen mit Pflegeleistungen handelt es sich um gemischte Verträge. Ein Mietvertrag mit erheblichen pflegerischen Zusatzleistungen wird regelmäßig als Wohn- und Betreuungsvertrag einzustufen sein, für den das Verbraucherschutzrecht des WVBVG einschlägig ist. Im Fall des betreuten Wohnens gilt für die Raumüberlassung Wohnungsmietrecht nach §§ 535 ff. BGB und für die Betreuungsleistungen das Recht des Dienstvertrags nach §§ 611 ff. BGB.¹²⁰ Beim betreuten Wohnen gilt außerhalb der Beschränkungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (§ 19 AGG) mit dem Diskriminierungsverbot bzgl. Rasse, ethnischer Herkunft, Geschlecht, Religion, Behinderung, Alter oder sexueller Identität grundsätzlich die Privatautonomie mit der freien Vereinbarung der Wohnungsmiete und des Entgelts.

2.1 Betreutes Wohnen

Im Wohnungsmietrecht mit untergeordneten Service-/Pflegeleistungen (betreutes Wohnen) stellt sich das Thema der unterschiedlichen Behandlung von Sozialhilfeempfängern und Selbstzahlern nicht. Vielmehr sind die Wohnungsmiete und die Dienstleistungen in den gesetzlichen Grenzen eines etwaig einschlägigen Mietspiegels (§§ 558a ff. BGB), des Rechts der zulässigen Allgemeinen Geschäftsbedingungen (§§ 305 ff. BGB) oder der Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB) grundsätzlich frei vereinbar. Für Sozialhilfeempfänger werden von den Sozialhilfeträgern nach Maßgabe des SGB II nur die abstrakt und konkret angemessenen Kosten für die Unterkunft übernommen.¹²¹

2.2 Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz

In Pflegeheimen sind rund ein Drittel der Pflegebedürftigen in Heimen auf Sozialleistungen angewiesen.¹²² Die Kosten für die Pflege- und Betreuungsleistungen werden von den Pflegekassen in Höhe der je nach Pflegegrad angesetzten Höhe übernommen (§ 85 SGB XI), den Rest bezahlt der Bewohner, ebenso die Kosten für Unterkunft und Verpflegung sowie die Investitionskosten (insbesondere Miete). Soweit der Bewohner dazu wirtschaftlich nicht

¹²⁰ BGH v. 10.01.2019 – III ZR 37/18, NJW 2019, 1280.

¹²¹ BSG v. 07.11.2006 – B 7b AS 10/06 R, Rn. 24; v. 18.06.2008 – B 14/7b AS 44/06 Rn. 16; v. 18.11.2014 – B 4 AS 9/14 R; SG Wiesbaden v. 24.11.2017 – S 16 AS 1131/15, BeckRS 2017, 144806 Rn. 26.

¹²² Storm, Reformpläne greifen viel zu kurz, CAREINVEST v. 06.04.2023, 08/2023, S. 2.; Opolony, Pflegefinanzierung als gesamtgesellschaftliche Herausforderung, ZRP 2019, 204 m.w.N.

in der Lage ist, tritt der Sozialhilfeträger ein.¹²³ § 84 Abs.3 SGB XI bestimmt für Pflegesätze, dass diese für alle Heimbewohner des Pflegeheimes nach einheitlichen Grundsätzen zu bemessen sind und eine Differenzierung nach Kostenträgern unzulässig ist. Was die Investitionskosten angeht, so werden diese für die Bewohner mit einem sozialhilferechtlichen Anspruch zwischen der jeweiligen Einrichtung und dem Sozialhilfeträger verhandelt und vereinbart (§§ 75 ff. SGB XII). Für die übrigen Bewohner werden die Investitionskosten direkt zwischen der jeweiligen Einrichtung und dem Bewohner vereinbart.¹²⁴

Dabei verlangt die Einrichtung unter Berufung auf den Grundsatz der Vertragsfreiheit von den sogenannten Selbstzahlern oft höhere Entgelte bei den Investitionskosten als diejenigen, die mit dem Sozialhilfeträger vereinbart sind. Diese höhere Belastung der Selbstzahler wird von den Behörden im Hinblick auf die Ausnahmeregelung in § 7 Abs. 3 S. 3 WVBVG (Differenzierung ist zulässig, als Vergütungsvereinbarungen nach SGB XII über Investitionskosten getroffen worden sind) regelmäßig toleriert, weil infolge einer höheren Kostenlast bei den Selbstzahlern einerseits und dem bei den Investitionskosten geltenden Kostendeckungsprinzip andererseits gleichzeitig die Belastung der Sozialkassen sinkt, wenn die Selbstzahler einen höheren Kostenanteil an den gesamten Investitionskosten der Einrichtung übernehmen. Allerdings wird diese Praxis der unterschiedlichen Behandlung zwischen Sozialhilfeempfängern und Selbstzahlern von der Rechtsprechung unter Hinweis auf die Verbraucherschutzregelungen des WVBVG zunehmend abgelehnt.

Das OLG Celle hat in seinem Hinweisbeschluss vom 14.01.2015¹²⁵ folgendes ausgeführt:

„Nach § 7 Abs.2 S.1 WVBVG kann die Entgelthöhe zwischen den Parteien nicht frei vereinbart werden. Das Entgelt muss vielmehr und nach seinen einzelnen Bestandteilen im Verhältnis zu den Leistungen angemessen sein. Maßstab für die Angemessenheit ist dabei die Kostenübernahme der Sozialhilfeträger nach den einschlägigen gesetzlichen Vorgaben.“

Danach haben Pflegeheimbetreiber gegen ihre selbst zahlenden Bewohner keinen weitergehenden Anspruch auf Vergütung als die vom zuständigen Sozialhilfeträger gezahlten Leistungen.¹²⁶

Das SG Rostock hat in seinem Urteil vom 28.06.2022¹²⁷ diese Auffassung des OLG Celle wie folgt bestätigt:

„Nach § 7 Abs.3 Satz 1 des Wohn- und Betreuungsvertragsgesetzes (WVBVG) hat der Unternehmer das Entgelt sowie die Entgeltbestandteile für die Verbraucher nach einheitlichen Grundsätzen zu bemessen. Eine Differenzierung zwischen den auf Sozialhilfe angewiesenen Bewohnern und den Selbstzahlern ist danach grundsätzlich nicht zulässig.“

¹²³ BSG v. 28.10.2008 – B 8 SO 22/07 R, NJOZ 2009, 2324; SG Köln, Urt. v. 19.01.2012 – S 21 SO 212/11, BeckRS 2012, 68395; Opolony, aaO;

¹²⁴ BSG v. 28.01.2021 – B 8 SO 6/19; Rn.16; Bundesinteressenvertretung für alte und pflegebetroffene Menschen e.V. (BIVA Pflegeschutzbund), Investitionskosten – Was sind Investitionskosten und welche Kosten dürfen auf die Bewohnerinnen und Bewohner umgelegt werden?, 4. Auflage September 2019, S.4, abrufbar unter <https://www.biva.de/dokumente/broschueren/Investitionskosten-im-Pflegeheim.pdf>.

¹²⁵ OLG Celle v. 14.01.2015 – 13 U 170/14, BeckRS 2015, 2453.

¹²⁶ OLG Celle, aaO.

¹²⁷ SG Rostock v. 28.06.2022 – S 8 SO 60/21, BeckRS 2022, 15610.

Zwar sieht § 7 Abs.3 S.3 WBVG bei den Investitionskosten eine Differenzierung zwischen Sozialhilfeempfängern und Selbstzahlern vor, aber er ist von seinem Wortlaut missglückt, weil er eine Schlechterstellung von solchen Selbstzahlern gegenüber Sozialhilfeempfängern zulassen würde, die sogar unter das Sozialhilfeniveau (Verletzung des Grundrechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus Art. 1 Abs. 1 GG) fallen.¹²⁸ Zudem erlaubt § 7 Abs. 3 S.3 SGB nicht, vom Grundsatz der Angemessenheit des vereinbarten Entgelts nach § 7 Abs. 2 S.1 WBVG abzuweichen. Wenn nach dem OLG Celle der Maßstab dieser Angemessenheit nach § 7 Abs.2 S.1 WBVG der vom Sozialhilfeträger bewilligte Investitionskostensatz ist,¹²⁹ so bleibt für eine zulässige Differenzierung bei den Investitionskosten zwischen Sozialhilfeempfängern und Selbstzahlern kaum noch Raum.

Trotz dieser Urteile wird in der Betreiberpraxis die unterschiedliche Behandlung zwischen Selbstzahlern und Sozialhilfeempfänger bei den Investitionskosten weiter durchgeführt und von den Behörden im Hinblick auf die angespannte Haushaltslage nicht beanstandet. Vermietende Investoren rechnen ebenfalls bei der Nachhaltigkeit der erzielbaren Miete mit deutlich höheren Entgelteinnahmen (Investitionskosten) durch Selbstzahler verglichen mit Sozialhilfeempfängern. Unberührt bleibt den Betreibern natürlich, Selbstzahler höher zu belasten, wenn diese einen besonderen Komfort, etwa ein besonders großes Zimmer, freiwillig buchen.

3. Vergleich mit anderen Vertragstypen (z.B. Behandlungsverträge)

Verträge mit Pflegeelementen sind typengemischte Verträge, welche sich aus Elementen des Mietvertrags, Dienstvertrags und Kaufvertrags zusammensetzen.¹³⁰

Dies stellt bereits einen erheblichen Unterschied zum Behandlungsvertrag (§ 630 a BGB) dar, welcher ein Dienstvertrag ist.¹³¹ Dies führt bereits zu ersten erheblichen Wertungsunterschieden, denn ein einheitlicher Vertragstyp – besonderer Dienstvertrag – ist deutlich leichter schematisch einzuordnen, als typengemischte Verträge, welche je nach Ausgestaltung unterschiedliche Schwerpunkte setzen.

Ferner ist der Behandlungsvertrag durch eine deutlich engere Eingrenzung gekennzeichnet, denn für das Vorliegen eines Behandlungsvertrags ist gemäß § 630a Abs. 1 BGB eine entgeltliche medizinische Behandlung erforderlich.

3.1 Behandelnder

Die Regelungen des Behandlungsvertrags gemäß §§ 630a ff. BGB sind nur einschlägig, wenn die leistungserbringende Partei ein medizinischer Behandler ist. Dies sind alle Angehörigen der Heilberufe.¹³²

¹²⁸ SG Rostock, aaO.

¹²⁹ OLG Celle v. 14.01.2015 – 13 U 170/14, BeckRS 2015, 2453.

¹³⁰ BGH v. 13.02.2003, Az. III ZR 194/02 – NZM 2003, 613.

¹³¹ Grüneberg/Weidenkaff, § 630a BGB, Vorb., Rn.1.

¹³² BT-Drucks. 17/10488, S. 18.

Hier kann eine Parallele zu Anbietern von Pflegedienstleistungen gezogen werden, da diese ebenfalls eine gesonderte Zulassung (Heilberuf) benötigen, also ein hinreichend abgeschlossener Personenkreis ebenfalls ermittelt werden kann. Rechtsgrundlage für die Zulassung von Pflegediensten ist § 72 SGB XI.

Es besteht zwar keine komplette Parallele zum Behandlungsvertrag, da es beim dortigen Behandlerbegriff nicht auf eine Zulassung zu Lasten der öffentlichen Kassen ankommt, sondern sämtliche Behandler, inklusive Privatärzte, erfasst sind. Das Zugrunde legen dieses Begriffs im Rahmen von Pflegeverträgen ist aber durchaus sinnvoll, da es nach unserer praktischen Erfahrung dort keine reinen Privatangebote gibt.

3.2 Hauptleistungspflichten

Hauptleistungspflicht eines Behandlungsvertrags gemäß § 630a BGB ist die Erbringung der Behandlung nach den Grundsätzen der ärztlichen Kunst. Ein Erfolg ist nicht geschuldet.¹³³

Selbiges Leistungsbild gilt auch für die Erbringung von Pflegedienstleistungen.¹³⁴ Allerdings ist die Hauptleistungspflichtabgrenzung nicht ohne weiteres so deutlich möglich wie beim Behandlungsvertrag. Denn soweit auch eine Wohnraumüberlassungskomponente im Vertrag enthalten ist, ist diese auch Teil der Hauptleistungspflicht. Die Wohnraumüberlassung stellt dann für den Verbraucher die Schaffung seines Lebensmittelpunkts dar, welcher einen besonderen Schutz benötigt.

3.3 Dokumentationspflichten

Im Rahmen von § 630f BGB ist für Behandlungsverträge eine Dokumentationspflicht kodifiziert. Der Behandelnde ist gemäß § 630f Abs. 1 S. 1 BGB verpflichtet, in unmittelbarem zeitlichem Zusammenhang mit der Behandlung eine Patientenakte zu führen. Diese muss sämtliche aus fachlicher Sicht für die derzeitige und künftige Behandlung wesentliche Maßnahmen und deren Ergebnisse aufzuzeichnen (§ 630f Abs. 2 S. 1 BGB). Eine nachträgliche Änderung oder Berichtigung ist nur zulässig, wenn neben dem ursprünglichen Inhalt erkennbar bleibt, wann sie vorgenommen wurde (§ 630f Abs. 1 S. 2 BGB).

Der Patient ist gemäß § 630g BGB berechtigt, Einsicht in die Patientenakte zu nehmen.

Diese Regelungen sind in erheblichem Umfang Verbraucherschützend. Denn ohne diese Dokumentations- und Einsichtspflichten hätte der Verbraucher einen erheblichen Wissensnachteil, da er weder den medizinischen Sachverstand hat, die vorgenommenen Behandlungsleistungen zu bewerten noch Einblick in die Entscheidungsfindungsprozesse (Diagnose, etc.) hat.

¹³³ BeckOGK/U.Walter, BGB § 630a Rn. 28.

¹³⁴ Grüneberg/Weidenkaff, Einf. v. § 611, Rn. 19 m.w.N.

Im Rahmen von Pflegeleistungsverträgen existiert keine einheitliche zivilrechtliche Anspruchsnorm bzgl. der Erstellung von Dokumentation und einer korrespondierenden Einsichtnahme. Dokumentationspflichten finden sich allerdings regelmäßig in den Landesheimgesetzen der Bundesländer¹³⁵. Zudem sind sie gem. § 75 Abs. 1 SGB XI in den Rahmenverträgen mit den Kostenträgern vereinbart.¹³⁶

Spezialgesetzliche Einsichtnahmerechte zugunsten der Pflegebedürftigen existieren nicht. Vielmehr ist eine Einsichtnahme nur aus allgemeinen Grundsätzen herleitbar, wie aus § 34 BDataSchG, § 810 BGB oder, falls vereinbart, als Nebenpflicht aus dem Wohnvertrag. All diesen Anspruchsgrundlagen ist gemein, dass sie nicht spezifisch darauf ausgerichtet sind, dem Verbraucher ein zielgerichtetes Einsichtnahmerecht zu gewähren. Darüber hinaus fehlt es an einer einheitlichen verbraucherschützenden Rechtsgrundlage, welche den Umfang der zu leistenden Dokumentation beschreibt. Die Dokumentationsvorgaben der Rahmenverträge gemäß § 75 SGB XI sind primär darauf ausgerichtet, die Dokumentation für die Leistungserbringer zu gewährleisten. Auch die Vorgaben der Landesheimgesetze sind nicht primär an den Verbraucher adressiert, sondern dienen der Schaffung eines allgemeinen Qualitätsmanagements für die Heimaufsicht.

Es besteht daher durchaus Reformbedarf im Sinne des Verbraucherschutzes. Dies umfasst zum einen die Erstellung einer spezifischen Leistungsdokumentation für den Verbraucher. Die Regelungen für den Behandlungsvertrag können diesbezüglich durchaus als Vorbild dienen. Zum anderen wäre dann korrespondierend auch ein entsprechendes Einsichtnahmerecht zu gewähren. Allerdings ist in diesem Zusammenhang abzuwägen, dass Pflegeheime keine Organisationsstruktur wie Krankenhäuser besitzen. Während Ärzte nur für die medizinische Behandlung verantwortlich sind, müssen Pflegekräfte umfassender tätig werden, weshalb vorab zu prüfen wäre, ob verstärkte Dokumentationspflichten überhaupt praktisch machbar wären bzw. solche müssten im Einzelnen gesetzlich spezifiziert werden.

4. Bewohnerverträge in der Insolvenz

Zahlreiche größere und kleinere Pflegeunternehmen mussten in den letzten Monaten Insolvenz anmelden.¹³⁷ Die gängigen Betriebsstrukturen sind dabei so ausgestaltet, dass der Bewohner ein Vertragsverhältnis mit einem Betreiber (Heimträger) hat, im betreuten Wohnen in Form eines Wohnungsmietvertrags mit untergeordneten Service-/Betreuungsleistungen oder in einer stationären Einrichtung in Form eines Wohnungsvertrags gemäß dem Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz (WVBG). Der Betreiber wiederum hat den Wohnkomplex von einem oder mehreren Grundstückseigentümern im Wege eines gewerblichen Generalmietvertrags angemietet. Nunmehr gerät der Betreiber und Generalmieter in eine wirtschaftliche Schieflage und wird insolvent.

¹³⁵ Z.B.: § 12 WTPG BaWü; Art. 7 PflWoqG Bayern; § 22 WTG Berlin; § 13 BbgPBWoG Brandenburg; § 14 BremWoBeG Bremen; § 14 HmbWBG; § 9 HGBP Hessen; § 5 EQG-MV Mecklenburg-Vorpommern; § 8 NuWG Niedersachsen; § 10 WTG NRW; § 19 LWTG Rheinland-Pfalz; § 7 SächsBeWoG Sachsen; § 13 WTG Sachsen-Anhalt; § 14 SbStG Schleswig-Holstein; § 11 WTG Thüringen.

¹³⁶ Biva – Einsichtnahme in die Pflegedokumentation, S. 5 (<https://www.biva.de/dokumente/broschueren/Pflegedokumentation-rechtliche-Grundlagen.pdf>).

¹³⁷ Curata, Convivo, Novent, Hansa, DOREA-Gruppe, vgl. Kirstein/von Schwanenflügel, Fachkräftemangel und Pflegeheime - Sozialrechtliche Situation der Bewohnerinnen und Bewohner -, NZS 2023, 601 m.w.N.

4.1 Hintergründe und Abwicklungen der Insolvenz in der Praxis

Gemäß § 165 Abs. 1 SGB III wird durch den Insolvenzausfallgeldanspruch der Nettolohn für die letzten, der Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorausgehenden, drei Monate des Arbeitsverhältnisses gesichert. Die Bundesagentur für Arbeit übernimmt also für einen Zeitraum von bis zu 3 Monaten die Personalkosten bis zur Bemessungsgrenze, was in Anbetracht der Tatsache, dass die Kosten für Gehälter und Löhne mindestens 60% der Gesamtkosten eines Pflegeheims ausmachen, eine erhebliche Entlastung ist.¹³⁸ Im Insolvenzverfahren kann der Insolvenzverwalter nach § 109 Abs.1 InsO ohne Rücksicht auf die vereinbarte Vertragsdauer oder einen vereinbarten Ausschluss des Rechts zur ordentlichen Kündigung langfristige Vertragsverhältnisse wie das Generalmietverhältnis (gewerblicher Mietvertrag) mit einer Kündigungsfrist von drei Monaten zum Monatsende kündigen. Damit gelingt es dem mietenden (insolventen) Betreiber meist, den Vermieter zu einem Mietverzicht oder einer Verlustübernahme zu bewegen, insbesondere um den Betriebsübergang auf einen neuen Betreiber zu ermöglichen. Sozialimmobilien sind auf ihre spezielle Nutzungsart (Pflegeheim, betreuter Wohnkomplex) zugeschnitten und der Vermieter hat ein dringendes Interesse daran, den Betrieb im laufenden Zustand („warme Betten“) zu erhalten. Tut er dies nicht und kommt es zu einer Betriebsschließung, würde die Belegung auf null zurückgefahren und auch das heute sehr kostbare Personal (Stichwort Fachkräftemangel) würde sich einen anderen Arbeitgeber suchen. Ein nicht operativer Betrieb macht die Einrichtung für einen neuen Betreiber deutlich weniger attraktiv und erhöht auch die zu erwartenden pre-opening Kosten erheblich.¹³⁹ Deshalb wird der überwiegende Teil der Sozialbetriebe mit einem insolventen Betreiber nicht geschlossen, sondern mit einem neuen mietenden Betreiber (Nachmieter) unter signifikanter Kostenbeteiligung des Vermieters fortgeführt. Der Insolvenzverwalter nutzt diese Situation zugunsten der Gläubiger des Insolvenzschuldners aus und verlangt in der Praxis vom Vermieter für die Betriebsübertragung neben dem Verzicht auf die Miete auch noch einen signifikanten Kaufpreis für die Betriebsübertragung auf einen Nachmieter mit der Drohung, ansonsten die Bewohner und die Mitarbeiter an einen anderen benachbarten Betreiber zu verkaufen. Nachfolgend ist hierzu der Wortlaut des Schreibens des Insolvenzverwalters eines insolventen Pflegeheimbetreibers zitiert:

„Die Alternative (Anmerkung: statt Übertragung des Betriebs an einen vom Vermieter benannten Betreiber), mithin der Umzug der Bewohner und die Übernahme des Personals, stellt aktuell das, wirtschaftlich betrachtet, bessere Angebot dar. Es ist zwar richtig, dass ein Umzug zu weiteren Beeinträchtigungen der Bewohner führen könnte und die Verlagerung des Betriebsteils zusätzlichen Aufwand auf Seiten des Verkäufers und des Käufers erfordert. Gleichwohl sollte beachtet werden, dass der vorläufige Gläubigerausschuss nach den bisherigen Eindrücken die wirtschaftliche Beurteilung der Angebote nicht aufgrund „sozialer“ Gesichtspunkte vernachlässigen wird.“

Es stellt sich die Frage, ob diese Herangehensweise der Insolvenzverwalter, wonach die Bewohner und das Pflegepersonal offenbar als Ware teuer verkauft werden können, mit dem

¹³⁸ Nerlich/Römermann, § 22 Rn. 114; Voigt-Salus, Das Insolvenzverfahren nutzen zur Rettung des Unternehmens, CAREINVEST v. 03.11.2023, Nr.23/2023 S.5.

¹³⁹ Voigt-Salus, aaO.

Senienschutzgedanken des WBVG in Einklang zu bringen ist bzw. wie die derzeitige Gesetzeslage in solchen Fallkonstellationen aufgestellt ist.

4.2 Betreutes Wohnen

4.2.1 Allgemeines

In der Insolvenz des Vermieters im betreuten Wohnen läuft der Mietvertrag für die Mietwohnung unverändert weiter (§§ 108ff. InsO). Dem insolventen Vermieter sind keine Kündigungsgründe eingeräumt (anders als dem insolventen Mieter eines Grundstücks gemäß § 109 Abs.1 S.1 InsO), so dass sich Kündigungsgrund und -frist beim Wohnungsmietvertrag nach dem Gesetz, §§ 573ff. BGB, richten. Mietzahlungen sind auf das vom Insolvenzverwalter mitgeteilte Konto zu zahlen; der Insolvenzverwalter ist auch für die Abarbeitung von Mängeln und Instandsetzungen zuständig, ebenso für die Abrechnung von Betriebskosten. Soweit der Mieter noch Guthaben, etwa aus Betriebskostenabrechnungen hat, muss er diese zur Insolvenztabelle anmelden.

Zusätzlich abgeschlossene ambulante Pflegeverträge (Dienstverträge nach §§ 611ff. BGB) kann der Pflegebedürftige nach der Rechtsprechung des BGH gemäß § 627 Abs.1 BGB sowie nach § 120 Abs.2 S.2 SGB XI jederzeit ohne Kündigungsfrist¹⁴⁰ und der Insolvenzverwalter des ambulanten Pflegedienstes mit der im ambulanten Pflegevertrag vorgesehenen Kündigungsfrist (meist 14 Tagen),¹⁴¹ in jedem Fall mit Dreimonatsfrist zum Monatsende (§ 113 InsO) kündigen.

4.2.2 Verwertung

Gewerbliche Zwischenvermietung: Für die Wohnungsmietverträge im betreuten Wohnen gilt § 565 BGB. Danach tritt der Vermieter bei der Beendigung des Mietverhältnisses (Insolvenzverwalter kündigt für Betreiber als Generalmieter dessen gewerbliches Hauptmietverhältnis mit Grundstückseigentümer gem. § 109 Abs.1 InsO) in die Rechte und Pflichten aus dem Mietverhältnis zwischen dem Mieter (Betreiber) und dem Dritten (Wohnungsmieter) ein, wenn der Mieter nach dem Mietvertrag den gemieteten Wohnraum gewerblich einem Dritten zu Wohnzwecken weitervermieten soll. Dies erfasst den klassischen Fall des gewerblichen Zwischenmieters, wonach der Eigentümer den betreuten Wohnkomplex an den Betreiber zur Untervermietung an einzelne Wohnungsmieter mit untergeordneten Pflege- und Serviceleistungen vermietet.

In einem Urteil vom 30.10.2013¹⁴² hatte der BGH darüber zu entscheiden, ob der Ersteher einer Wohnungseigentumseinheit in der Zwangsversteigerung die einzelne Wohneinheit nach dem Sonderkündigungsrecht des § 57a ZVG kündigen und die Herausgabe der Wohnung vom Mieter verlangen kann, obwohl das Mietobjekt (zusammen mit weiteren 12 Woh-

¹⁴⁰ BGH v. 09.06.2011 – III ZR 203/10.

¹⁴¹ Richter, Die Kündigung des Pflegevertrags, abrufbar unter: <https://www.diepflegedienstberater.de/die-kuendigung-des-pflegevertrages/>

¹⁴² BGH v. 30.10.2013 – XII ZR 113/12, NJW 2014, 536.

nungen) durch einen einheitlichen Gesamtmietvertrag an einen Generalmieter zur Nutzung für betreutes Wohnen vermietet war.

Der BGH war ebenso wie die vorangehenden Gerichte¹⁴³ der Auffassung: „Nur wenn dem Ersteher – nicht dem Käufer – jeder einzelnen Wohneinheit das Sonderkündigungsrecht unabhängig von den anderen Wohnungsinhabern eingeräumt wird, ist der Sinn und Zweck des Sonderkündigungsrechts des § 57a ZVG gewahrt, wonach im Interesse der Realgläubiger ein möglichst hoher Erlös bei der Versteigerung ermöglicht werden soll.“¹⁴⁴ und führt hierzu aus:

- „1. Dem Ersteher einer Wohnungseigentumseinheit steht das Sonderkündigungsrecht des § 57a ZVG gegenüber dem Mieter auch dann zu, wenn das versteigerte Wohnungseigentum Teil eines aus mehreren Wohnungseinheiten bestehenden und insgesamt für einen einheitlichen Zweck (hier: betreutes Wohnen) vermieteten Objekts ist.
2. Der Ersteher kann von einem Mieter, der die Eigentumswohnung im Rahmen einer gewerblichen Weitervermietung an einen Endmieter zur Wohnzwecken vermietet hat, trotz Wirksamkeit der auf § 57a ZVG beruhenden Kündigung nicht Räumung und Herausgabe verlangen, weil der Endmieter wegen § 565 BGB unbeschadet dieser Kündigung zu Besitz und Nutzung berechtigt bleibt.“¹⁴⁵

Auf Basis dieser Rechtsprechung wird das Mietverhältnis des mietenden Bewohners im betreuten Wohnen bei Kündigung des Generalmietverhältnisses mit dem Betreiber auf den Grundstückseigentümer als neuen Vermieter übertragen. Der Endmieter kann bei Wohnraum den (Wohnungs-)Kündigungsschutz (§§ 573, 574, 574a BGB) nicht nur dem Zwischenmieter uneingeschränkt entgegen halten, sondern aufgrund § 565 BGB auch dem Vermieter (Eigentümer), wenn dieser den Zwischenmieter im eigenen Interesse zwecks Weitervermietung im betreuten Wohnen eingeschaltet hat.

Eine Lücke besteht darin, dass § 565 BGB nicht gilt, wenn der Zwischenvermieter nicht gewerblich, sondern als karitativ tätiger gemeinnütziger Verein die Wohnung an Bedürftige nicht gewerblich überlässt.¹⁴⁶ Um den karitativen Träger zu schützen, hat der Gesetzgeber die Wohnungsmietvorschriften über § 578 Abs. 3 BGB zugunsten des karitativen Zwischenmieters erweitert. Ist dieser jedoch insolvent und beendet er das Generalmietverhältnis über sein Sonderkündigungsrecht gemäß § 109 InsO, genießt der besonders schützenswerte Bewohner im betreuten Wohnen, der sich in die Obhut eines karitativen Trägers begeben hat, nicht den von § 565 BGB begründeten Wohnungskündigungsschutz. Der BGH hat hierzu in einer Entscheidung vom 30.04.2003¹⁴⁷ festgestellt, dass aufgrund des verfassungsrechtlichen allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes (Art. 3 Abs.1 GG) der Mieterschutz gegen Räumung dem Endnutzer dann bei Abwägung der konkreten Umstände (im entschiedenen Fall hatte der Zwischenmieter die Räume für Wohnzwecke hergerichtet) zugutekommen

¹⁴³ LG Chemnitz v. 31.08.2012 – 6 S 93/12, BeckRS 2013, 20261; AG Freiberg, Schlussurt. v. 16.02.2012 – 4 C 403/11, BeckRS 2013, 20263.

¹⁴⁴ LG Chemnitz, aaO.

¹⁴⁵ BGH, aaO.

¹⁴⁶ Grüneberg/Weidenkaff, 82. Aufl. 2023, § 546 Rn. 22.

¹⁴⁷ BGH v. 30.04.2003 – VIII ZR 162/02 (LG Berlin), NJW 2003, 3054.

muss, wenn ein gemeinnütziger Verein Zwischenmieter ist und der Vermieter die Wohnung auch unmittelbar an den Endmieter vermietet hätte.

Ein solcher Rückgriff auf den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 Abs.1 GG; § 242 BGB), der an eine Wertung des konkreten Einzelfalls dahingehend geknüpft ist, ob die Interessenlage der an dem gestuften Mietverhältnis einbezogenen Beteiligten mit den Fällen der gewerblichen Zwischenvermietung vergleichbar ist und ob nicht der Schutz des § 578 Abs.3 BGB als ausreichend einzustufen ist,¹⁴⁸ vermittelt dem schutzbedürftigen Wohnungsmieter keine ausreichende Sicherheit. Insofern wäre gesetzgeberisch zu überlegen, ob nicht eine Regelung aufgenommen wird, wonach bei nicht gewerblichen Zwischenmietverhältnissen, die der Vermieter etwa mit einem karitativen Träger bewusst eingeht, beim Ausfall dieses Zwischenmieters der einen Wohnungsmietvertrag abschließende Endmieter (Bewohner) den Wohnungsmietrechtsschutz nach BGB (§§ 573, 574, 574a BGB) vergleichbar dem Mieter im gewerblichen Zwischenmietverhältnis genießen soll.

4.3 Stationäre Pflegeeinrichtung

4.3.1 Allgemeines

Der Bewohnervertrag ist auf unbestimmte Zeit geschlossen. Die Stellung des Insolvenzantrags berührt für sich genommen den Bestand des Bewohnervertrags nicht und Heimträger und Bewohner bleiben an die im Bewohnervertrag vereinbarten Rechte und Pflichten gebunden. Die insolvenzrechtliche Regelung des § 108 InsO, wonach Mietverträge mit Wirkung für die Insolvenzmasse fortgelten, gibt es für Bewohnerverträge nach dem WBVG nicht. Damit gilt § 103 Abs.1 InsO, wonach der Insolvenzverwalter ein Wahlrecht hat, ob er den Bewohnervertrag erfüllt oder ablehnt. Bis zur Entscheidung des Insolvenzverwalters besteht zwar der Bewohnervertrag weiter, dessen Rechte und Pflichten können aber nicht gegenüber dem Heimträger durchgesetzt werden; die Erfüllungsansprüche aus dem Bewohnervertrag werden suspendiert und bleiben bis zur Geltendmachung von Nichterfüllungsansprüchen suspendiert, wenn der Insolvenzverwalter die Erfüllung ablehnt.¹⁴⁹ Erst mit Ausübung des Erfüllungswahlrechts werden die Ansprüche des Bewohners dann Masseforderungen und Masseverbindlichkeiten und der Bewohnervertrag wird wie geschlossen weiter durchgeführt.

Es gibt keinen sachlichen Grund, den pflegebedürftigen Bewohner im Fall der Insolvenz des Heimträgers schlechter als den Wohnungsmieter zu stellen; das Gegenteil ist der Fall; der pflegebedürftige Bewohner ist mit seinem Nutzungsinteresse schutzbedürftiger als der Wohnungsmieter; von daher sollte das Wahlrecht des Insolvenzverwalters nicht nur für den Wohnungsmietvertrag, sondern auch für den Bewohnervertrag nach WBVG (Ergänzung von § 108 InsO) gesetzlich ausgeschlossen werden.

Der Bewohnervertrag kann vom Heimträger nur in Ausnahmefällen gekündigt werden, sofern ein wichtiger Grund vorliegt. Ein solcher wichtiger Grund ist gemäß § 12 Abs.1 S. 3 Nr.1

¹⁴⁸ Grüneburg/Weidenkaff, aaO, § 565 BGB Rn.2.

¹⁴⁹ Undurchsetzbarkeitstheorie, vgl. BGH v. 19.11.2015 – IX ZR 198/14, NJW 2016, 711, 712; v. 25.04.2002 – IX ZR 313/99 (Dresden), NZI 2002, 375, 376; Dahl, Kündigung des Mietverhältnisses durch den Insolvenzverwalter nach § 109 Abs.1 S.1 InsO, Beck'sches Formularbuch Mietrecht, Gies, 6. Aufl. 2020, Anm.3; Jauch/Dahl/Linnenbrink, Mietrecht in Krise und Insolvenz, 3. Aufl. 2022, Rn.140.

WBVG gegeben, wenn der Heimbetreiber insolvent ist und den Betrieb einstellen muss. Dabei muss er jedoch dem Bewohner eine Ersatzeinrichtung benennen und die Umzugskosten übernehmen, § 13 Abs.2 WBVG. Da in der Praxis der Bewohner einen „wirtschaftlichen Wert“ darstellt, wird dieses Thema bisher oft nicht relevant. Diese Ausführungen sind im Kontext mit dem Kapitel zu gewerblichen Zwischenmietverhältnisse zu sehen; insofern wird auf die Ausführungen unter Teil III Ziffer 3.5 verwiesen.

4.3.2 Verwertung

In der Insolvenz stationärer Betriebe ist der Erwerb der insolventen Pflegeheimbetriebsgesellschaft (sogenannter Share Deal) die Ausnahme. Vielmehr wird, wenn der Vermieter sich nicht auf einen neuen Mietvertrag mit der insolventen Betriebsgesellschaft zu schlechteren Mietkonditionen einlässt (soweit dies im Einzelfall in Frage kommt), der Betrieb im Wege der Übernahme der betriebsnotwendigen Verträge und Sachmittel als Asset Deal vom Insolvenzverwalter durch eine vom Vermieter akzeptierte andere Betriebsgesellschaft übernommen.

Eine solche Betriebsübernahme ist langwierig und bedarf insbesondere der Durchführung folgender öffentlich-rechtlicher bzw. sozialrechtlicher Schritte:

- Einholung des Institutionskennzeichen (IK-Nummer) bei der ARGE IK (§ 293 SGB V);
- Anzeige Betriebsaufnahme samt dazugehöriger Dokumentation durch neue Betriebsgesellschaft bei der Heimaufsicht (z.B. § 11 WTPGBW; Art. 4 BayPfleWoqG; § 7 BbgPBWoG; § 11 HGBP; § 7 NuWG);
- Abschluss Versorgungsvertrag (§ 72 ff. SGB XI);
- Abschluss Pflegesatz- und Investitionskostenvereinbarung (§§ 82, 85 SGB XI; 75 ff. SGB XII).

Auf privatrechtlicher Ebene kommen als maßgebliche Maßnahmen die Übernahme der wesentlichen betriebsbezogenen Verträge und die Inventarisierung hinzu. Da sich bei den Bewohner- und Mitarbeiterverträgen (Betriebsübergang gemäß § 613a BGB) inhaltlich nichts ändert, ist diese Übertragung reine Formsache.

In der Praxis schwierig gestaltet sich die Langwierigkeit einer Betriebsübernahme im Zuge der Insolvenz. Die Bewohner treibt die Sorge um den Fortbestand ihrer Wohnverträge und die Mitarbeiter um ihren Arbeitsplatz. Von den Behörden erfolgt keine Hilfe: (i) Pflichten in Landesheimgesetzen wie etwa in § 9 Abs.3 WTGNRW oder in § 18 Abs. 4 Nr. 3 LWT-GRP, wonach die Insolvenzureife der Heimaufsicht anzuzeigen ist, sind sanktionslos; (ii) die Erledigung der sozialrechtlichen Schritte (Versorgungsvertrag für neuen Betreiber etc.) ist unter einem Zeitraum von acht Wochen nicht zu bewerkstelligen; (iii) die behördlichen Stellen wie Heimaufsicht und Pflegekassen mischen sich in die insolvenzrechtlichen Verfahren nicht ein. In der Praxis erschwert dies die sichere Wohnerversorgung erheblich. Beispielsweise weigern sich die Pflegekassen regelmäßig, einen zweiten Versorgungsvertrag mit einem vom Eigentümer bestimmten Folgebetreiber trotz eines gekündigten Mietverhältnisses

abzuschließen, solange der insolvente Betreiber seinen Versorgungsvertrag noch nicht beendet hat und einem Versorgungsvertrag mit einem neuen Betreiber nicht zustimmt. Die Betriebsfortführung durch einen vom Eigentümer bestimmten neuen Betreiber ist damit von einer Einigung mit dem insolventen Betreiber bzw. Insolvenzverwalter abhängig, die dann wiederum einen signifikanten Kaufpreis für die Betriebsüberleitung verlangen. Der insolvente Betreiber bzw. der Insolvenzverwalter hat aber keine Eile, denn er wird in den ersten drei Monaten nach Insolvenzantragstellung erst einmal die Gehälter aus dem von der Bundessagentur für Arbeit gezahlten Insolvenzgeld befriedigen (vgl. § 165 SGB III), gleichzeitig die Bewohnerentgelte vereinnahmen und so die Betriebskasse wieder auffüllen.¹⁵⁰ Diese damit einhergehende unsichere Situation über ihre künftige Versorgung belastet die pflegebedürftigen Bewohner und Mitarbeiter.

Kirstein/von Schwanenflügel haben in ihrem Aufsatz in der NZS 2023, 601¹⁵¹ darauf hingewiesen, dass § 77 SGB XI den Pflegekassen in der ambulanten Versorgung die Möglichkeit einräumt, zur Gewährleistung der pflegerischen Versorgung Verträge mit Einzelpersonen abzuschließen, um krisenhafte Situationen abzufedern, wohingegen vergleichbare Regelungen bei der stationären Versorgung fehlen. Von den Autoren verwiesen wird auf § 150 SGB XI, der Vorbild für den Gesetzgeber im stationären Bereich sein könnte. Dieser gibt den Pflegekassen im Falle einer wesentlichen Beeinträchtigung der Leistungserbringung in Folge der Coronavirus-Pandemie, unter Beteiligung der für das Heimrecht zuständigen Stelle, weitreichende Möglichkeiten inkl. der Abweichung von gesetzlichen Anforderungen zur Sicherstellung der pflegerischen Versorgung.¹⁵²

Es ist den Autoren Recht zu geben, dass eine gesetzgeberische Bestimmung fehlt und sinnvoll wäre, um den Ängsten der pflegebedürftigen und schutzbedürftigen Bewohner und deren Angehörigen bei einer Insolvenz der stationären Einrichtung Rechnung zu tragen und diesen Versorgungssicherheit in ihrer Wohnung im Pflegeheim zu bieten. Mit einer entsprechenden Regelung und Kompetenzzuweisung an die Pflegekassen ließe sich diese Versorgungsgarantie herstellen und auch ein menschenunwürdiges „Verwerten“ der Bewohner, indem diese z.B. anderen Betreibern zwecks Optimierung von Gläubigerinteressen zum Kauf angeboten werden, verhindern.

III. Übersicht Rechtsprechung: Maßgebliche Vertragsklauseln mit Pflegeelementen (ambulant/stationär)

1. Allgemeine Geschäftsbedingungen, gesetzliche Verbote

Vertragsklauseln jeglicher Verträge und damit auch Standardklauseln in Verträgen mit Pflegeelementen müssen wirksam sein und dürfen insbesondere nicht gegen (Verbraucher-)Schutzvorschriften verstoßen. Sofern es Rechtsprechung zu entsprechenden Standardklausel gibt, haben wir diese im Folgenden beispielsweise dargestellt.

¹⁵⁰ Voigt-Salus, Das Insolvenzverfahren nutzen zur Rettung des Unternehmens, CAREINVEST v. 03.11.2023, Nr.23/2023 S.5

¹⁵¹ Kirstein/von Schwanenflügel, Fachkräftemangel und Pflegeheime, Sozialrechtliche Situation der Bewohnerinnen und Bewohner, NZS 2023, 601.

¹⁵² Kirstein/von Schwanenflügel, aaO, S. 604.

In Bezug auf die Verbraucherschutzvorschriften bestehen verschiedene Anforderungen, je nachdem was für ein Vertragstyp vorliegt.

In der Praxis ist die Frage oft sehr komplex, da häufig zahlreiche Bewertungsspielräume bestehen. Im Einzelnen:

1.1 Wohnungsmietverträge mit Pflegeelementen (ambulante Konzepte)

Im Rahmen von Wohnungsmietverträgen mit Pflegeelementen gelten die allgemeinen zivilrechtlichen Anforderungen an Schuldverhältnisse.

1.1.1 Allgemeine Einleitung

Wie bereits dargestellt wurde, handelt es sich bei den Wohnungsmietverträgen mit Pflegebestandteilen um typengemischte Verträge mit Elementen aus verschiedenen Vertragstypen, wie Mietvertrag, Dienstvertrag, Kaufvertrag, etc. Zunächst stellt sich regelmäßig die Frage, welches gesetzliche Vertragsregime anwendbar ist. Dies bestimmt sich nach der sogenannten Schwerpunkttheorie danach, welcher Teil des Vertrages den Schwerpunkt darstellt.¹⁵³ Im Rahmen der hier gegenständlichen Verträge kommt es dann jeweils auf eine Einzelfallprüfung an, wobei aus unserer praktischen Erfahrung typischerweise die Wohnraummiet- sowie Dienstvertragsselemente von größter Bedeutung sind. Der Wohnraum stellt die Lebensgrundlage und das Lebenszentrum des Bewohners dar, während der Dienstleistungsvertrag regelmäßig Pflege- und Betreuungsleistungen umfasst, auf welche der Bewohner für seine Lebensführung ebenfalls zwingend angewiesen ist.

1.1.2 Allgemeine Geschäftsbedingungen („AGB“)

1.1.2.1 Tatbestandsvoraussetzungen einer AGB

Pflegeverträge sind regelmäßig als Allgemeine Geschäftsbedingungen („AGB“) ausgestaltet. Allgemeine Geschäftsbedingungen sind für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen, welche von einer Partei gestellt werden (§ 305 BGB).

Vertragsbedingungen sind Erklärungen, die eine rechtsgeschäftliche Bedeutung haben und im Zusammenhang mit der vertraglichen Beziehung stehen.¹⁵⁴ In der Regel sind, auch wenn die Definition weiter ist, die einzelnen Vertragsklauseln Kernschwerpunkt von AGB-Problematiken.

Die relevanten Vertragsbedingungen müssen zudem vorformuliert sein, also bereits vor dem konkreten Vertragschluss vorausschauend formuliert sein.¹⁵⁵ Dies zeichnet sich in der Pra-

¹⁵³ BGH v. 19.07.2018, Az. VII ZR 19/18 – ZfBR 2018, 775.

¹⁵⁴ BGH v. 18.07.2012, VIII ZR 337/11; NJW 2013, 291; BGH v. 19.11.2009, III ZR 108/08; NJW 2010, 1277.

¹⁵⁵ BGH v. 11.07.2019, VII ZR 266/17 – NJW 2019, 2997.

xis vor allem dadurch aus, dass die Unternehmerseite Vertragsmuster vorhält, welche für alle Verträge mit den jeweiligen Verbrauchern verwendet werden.

Ferner müssen die Vertragsbedingungen für eine Vielzahl von Verträgen bestimmt sein, wobei bei Verbraucherverträgen, wie hier betrachtet, gemäß § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB schon eine einmalige Verwendung genügt. Es gilt hierzu, dass (das Merkmal „bestimmt für Vielzahl von Verträgen“ in der Praxis regelmäßig dadurch erfüllt ist, dass der Unternehmer Vertragsmuster verwendet.

In der Praxis sind die Wohnungs- /Pflegeverträge in der absoluten Mehrzahl der Fälle AGB. Denn der Betreiber des jeweiligen Pflegekonzepts wird nicht mit jedem Bewohner einen eigenen Vertrag aushandeln, sondern auf von ihm gestellte Musterverträge zurückgreifen.

1.1.2.2 Inhaltskontrolle

Allgemeine Geschäftsbedingungen müssen der gesetzlichen Inhaltskontrolle gemäß §§ 307 ff. BGB standhalten. Die einzelnen diesbezüglichen Spannungsfelder werden im Folgenden anhand der einzelnen Klauseln betrachtet.

Grundsätzlich dürfen AGB nicht gegen die Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit gemäß § 309 BGB, gegen die Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit gemäß § 308 BGB und nicht gegen die Generalklausel gemäß § 307 BGB verstoßen.

Ferner dürfen AGB nicht überraschend sein (§ 305c BGB). Eine Klausel ist überraschend, wenn sie von den Erwartungen des Vertragspartners deutlich abweicht und dieser mit ihr nach den Umständen vernünftigerweise nicht zu rechnen braucht.¹⁵⁶ Dies ist beispielsweise der Fall, wenn Klauseln an ungewöhnlichen Stellen im Vertrag versteckt werden oder eine unübliche Abweichung vom dispositiven Gesetzesrecht vorliegt.¹⁵⁷

1.1.3 Gesetzliches Verbot

Ferner gilt die allgemeine Vorgabe, dass Rechtsgeschäfte nicht gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen dürfen (§ 134 BGB). Gesetze i.S.d. § 134 BGB sind alle Rechtsnormen i.S.v. Art. 2 EGBGB, also nicht nur formelle Gesetze, sondern auch Rechtsverordnungen und autonome Satzungen.¹⁵⁸ Ein Verbot i.S.d. Vorschrift liegt vor, wenn durch die betroffene Norm die Vornahme eines nach seiner allgemeinen Natur grundsätzlich möglichen Rechtsgeschäfts wegen seines Inhalts bzw. des mit ihm bezweckten Erfolgs oder auf Grund besonderer Umstände in seiner Vornahme untersagt ist.¹⁵⁹ § 134 BGB stellt also eine Grenze der Privatautonomie dar.

¹⁵⁶ BGH v. 30.09.2009, IV ZR 47/09 – NJW 2010, 294; BGH v. 05.12.2012, IV ZR 110/10; NZA-RR 2013, 327.

¹⁵⁷ BeckOGK/Bonin BGB, § 305c Rn. 33.

¹⁵⁸ BeckOK/Wendland § 134 Rn. 2.

¹⁵⁹ BeckOK BGB/Wendland § 134 Rn. 9.

1.2 WBVG-Verträge

Anders ist dies bei der stationären Pflege, dort sind die Verträge zwischen dem (Pflege-)Unternehmer und dem (volljährigen) Verbraucher über die Überlassung von Wohnraum und die Erbringung von Pflege- oder Betreuungsleistungen, die der Bewältigung eines durch Alter, Pflegebedürftigkeit oder Behinderung bedingten Hilfebedarfs dienen anhand der Anforderungen des WBVG zu bewerten (§ 1 Abs. 1 S. 1 WBVG).

§ 16 WBVG enthält hier eine gesonderte Spezialvorschrift. Dort heißt es:
„Von den Vorschriften dieses Gesetzes zum Nachteil des Verbrauchers abweichende Vereinbarungen sind unwirksam.“

Es handelt sich um eine zwingende verbraucherschützende Regelung, von welcher nicht zum Nachteil des Verbrauchers abgewichen werden darf. Ob es sich um AGB oder Individualvereinbarungen handelt, ist dabei nicht von Bedeutung.

Die Rechtsfolge eines Verstoßes gegen § 16 WBVG ist die Nichtigkeit der betroffenen Klausel.¹⁶⁰

Zu beachten ist es allerdings, dass nur die betroffene Klausel nichtig ist. Im Rahmen der folgenden Abschnitte 1.3 – 1.11 werden im jeweiligen Unterabschnitt einzelne Anforderungen und Mechanismen des WBVG aufgezeigt, deren Missachtung zur Rechtsfolge der Nichtigkeit führen kann.

Zudem ist in **§ 15 WBVG** geregelt, dass in Verträgen mit Verbrauchern, die Leistungen nach dem SGB (XI bzw. XII bzw. IX) in Anspruch nehmen, die korrespondierenden sozialrechtlichen Vorschriften einzuhalten sind. Andernfalls sind derartige Vereinbarungen unwirksam. Hierdurch soll eine Harmonisierung zwischen den zivilrechtlichen Vertragsvereinbarungen des WBVG und den sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften erreicht werden.¹⁶¹ Der Wortlaut des § 15 WBVG lautet:

„(1) In Verträgen mit Verbrauchern, die Leistungen nach dem Elften Buch Sozialgesetzbuch in Anspruch nehmen, müssen die Vereinbarungen den Regelungen des Siebten und Achten Kapitels des Elften Buches Sozialgesetzbuch sowie den aufgrund des Siebten und Achten Kapitels des Elften Buches Sozialgesetzbuch getroffenen Regelungen entsprechen. Vereinbarungen, die diesen Regelungen nicht entsprechen, sind unwirksam.“

„(2) In Verträgen mit Verbrauchern, die Leistungen nach dem Zwölften Buch Sozialgesetzbuch in Anspruch nehmen, müssen die Vereinbarungen den aufgrund des Zehnten Kapitels des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch getroffenen Regelungen entsprechen. Absatz 1 S. 2 ist entsprechend anzuwenden.“

¹⁶⁰ BGH v. 12.05.2016, Az. III ZR 279/15 – NZM 2016, 561.

¹⁶¹ BT-Drucks. 16/12409, S. 10, 13.

(3) In Verträgen mit Verbrauchern, die Leistungen nach dem Teil 2 des Neunten Buches Sozialgesetzbuch in Anspruch nehmen, müssen die Vereinbarungen den aufgrund des Teils 2 Kapitel 8 des Neunten Buches Sozialgesetzbuch getroffenen Regelungen entsprechen. Absatz 1 Satz 2 ist entsprechend anzuwenden.“

Zu beachten ist zudem, dass WBVG-Verträge nicht nur die gesetzlichen Verbote gemäß § 16 WBVG beachten müssen. Selbstverständlich dürfen WBVG Verträge auch nicht gegen außerhalb des WBVG liegende gesetzliche Verbote verstoßen. Da es sich regelmäßig um AGB handelt, erfolgt diese Beurteilung dann am Prüfungsrahmen der §§ 305 ff BGB.¹⁶² Es gelten die allgemeinen Vorgaben.

1.3 Vertraglicher Leistungsumfang

1.3.1 Wohnungsmietverträge mit Pflegeelementen (ambulante Konzepte)

Im Zuge von ambulanten Konzepten ist keine schematische Betrachtung möglich, denn hier existieren in der Praxis zahlreiche verschiedene Konzepte mit unterschiedlichsten Ausprägungen, welche durch passgenaue vertragliche Regelungen umgesetzt werden können.

Gemeinhin ist es praktisch jedoch üblich, dass die Verträge aus einer Wohnraumüberlassungs- und einer Pflege-/Betreuungselementekomponente bestehen. Dabei existieren sowohl Modelle, wo beide Elemente in einem Vertrag oder in zwei gekoppelten oder ungekoppelten Verträgen geregelt sind.

Im Rahmen der Wohnungsmietverträge gelten sämtliche Mieterschutzvorschriften, sodass der dort regulierte Verbraucherschutz gewährleistet ist. Dies umfasst die beschränkten Möglichkeiten einer Mietzinserhöhung (Indexmiete (§ 557b BGB), Staffelmiete (§ 558a BGB), u.U. Mietpreisbremse (§ 558 ff. BGB) sowie die Begrenzungen der Überwälzung von Instandhaltungs- und Instandsetzungspflichten auf den Verbraucher und die stark beschränkten Kündigungsmöglichkeiten.

Für die ambulanten Pflegeverträge / Vertragselemente gilt im Wesentlichen das Dienstvertragsrecht, da es an spezialgesetzlichen Regelungen fehlt.

Aus Verbraucherschutzaspekten sind dabei praktisch gesehen insbesondere folgende Punkte problematisch:

- Kurze Kündigungsmöglichkeiten;
- Relativ freie Entgelterhöhungsmöglichkeiten.

Sozialrechtlich ist es gemäß § 120 Abs. 3 SGB XI erforderlich, dass Leistungen bei ambulanten Pflegeverträgen nach Art, Inhalt und Umfang gesondert zu beschreiben sind. Es ist je-

¹⁶² BeckOGK/Drasdo, WBVG § 16 Rn. 10.

doch nicht eindeutig geregelt in welcher Form die Leistungen zu beschreiben sind. In der Praxis wird aus Verbraucherschutz Gesichtspunkten bemängelt, dass

- Leistungskomplexe oft nur genannt und nicht inhaltlich beschrieben werden;
- Angaben zu Dauer und Häufigkeit der Leistungen oft fehlen.¹⁶³

Hier wäre ein klarstellender Verbraucherschutz wünschenswert; eine Orientierung können dabei die Regelungen aus dem WBVG bieten, welche im folgenden Punkt beschrieben werden.

§ 120 SGB XI gewährt zudem noch eine weitere Preiskontrolle. Während im allgemeinen Dienstvertragsrecht keine Preiskontrolle besteht, ist gemäß § 120 Abs. 4 SGB XI keine höhere Vergütung als die in den sozialrechtlichen Vergütungsvereinbarungen vereinbarte Vergütung zulässig.

Ferner hat die Rechtsprechung entschieden, dass der Leistungsumfang in den Pflegeverträgen hinreichend konkret beschrieben sein muss.¹⁶⁴ In einem Fall hat das OLG Naumburg eine Klausel mit folgendem Inhalt als unwirksam erachtet:

„Durch das Unternehmen [...] sollen folgende Leistungen erbracht werden:
Tägliche Grundpflege entsprechend der Pflegestufe
Tägliche hauswirtschaftliche Versorgung entsprechend der Pflegestufe.“

Das Gericht stellte fest, dass diese Klausel nicht erkennen lässt, welche konkreten Leistungen geschuldet sind, weshalb die Klausel gegen die Bestimmungen des § 307 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 Nr. 1 BGB i.V.m. § 120 Abs. 3 SGB XI verstößt und für unwirksam erachtet wurde.¹⁶⁵ Diese Rechtsprechung ist aus Verbraucherschutz Gesichtspunkten als positiv und ausreichend einzuschätzen. Allerdings ist zu überlegen, ob nicht § 120 SGB XI detaillierter ausformuliert werden sollte, sodass die einzelnen Leistungssegmente im Detail ausgeführt und nach Art, Inhalt und Umfang hinreichend bestimmt beschrieben werden müssen und auch die vom Kostenträger gemäß § 89 SGB XI zu entrichtende Vergütung im Detail zu spezifizieren ist.

1.3.2 WBVG Verträge

Der Leistungsumfang im Rahmen von WBVG-Verträgen muss gemäß § 6 Abs. 3 WBVG im Vertrag hinreichend beschrieben sein, insbesondere muss gemäß § 6 Abs. 3 Nr. 1 WBVG:

„der Vertrag [...] mindestens
1. die Leistungen des Unternehmers nach Art, Inhalt und Umfang einzeln beschreiben.“

¹⁶³ Verbraucherpolitische Forderung aus dem Projekt Marktprüfung ambulante Pflegeverträge (Stand 14.06.2018), S. 7; https://www.pflegevertraege.de/sites/default/files/2018-06/Verbraucherpolitische_Forderungen_Projekt%20Marktpr%C3%BCfung%20ambulante%20Pflegevertr%C3%A4ge_2.pdf.

¹⁶⁴ OLG Naumburg v. 19.12.2008, Az. 10 U 38/08 – BeckRS 2008, 140903; Ziegler, GuP 2012, 21, 22.

¹⁶⁵ OLG Naumburg v. 19.12.2008, Az. 10 U 38/08 – BeckRS 2008, 140903; Ziegler, GuP 2012, 21, 22.

Im Rahmen dieser Beschreibung wird als hinreichend angesehen, dass die Beschreibung verständlich erfolgt, wobei auf geschlossene Rahmenverträge verwiesen werden darf.¹⁶⁶

Aus Verbraucherschutzgesichtspunkten ist dies insofern kritisch, als damit die Transparenz der Leistungsbeschreibung aus dem Vertrag eben wieder entfernt wird. Andererseits muss die Leistungsbestimmung im WBVG-Vertrag gemäß § 15 WBVG den Regelungen der Rahmenverträge entsprechen.¹⁶⁷ Im Ergebnis kann aber trotz einer Verweisung auf die Regelungen der Rahmenverträge von einer ausreichenden Transparenz für den Verbraucher ausgegangen werden.

Die konkreten Leistungspflichten eines WBVG-Vertrags ergeben sich aus § 7 WBVG. Demnach ist der Unternehmer verpflichtet, dem Verbraucher Wohnraum zu überlassen und instand zu halten sowie die vertraglich vereinbarten Pflege- oder Betreuungsleistungen nach dem allgemein anerkannten Stand fachlicher Erkenntnisse zu erbringen.

Im Rahmen der Wohnraumüberlassungskomponente ist, in Abgrenzung zum allgemeinen Wohnraummietrecht, vor allem die Instandhaltung- und Instandsetzung des Wohnraums enthalten. Hier obliegt es im Rahmen des WBVG unabdingbar dem Unternehmer, alle Instandhaltungs- und Instandsetzungsmaßnahmen, inklusive der Schönheitsreparaturen durchzuführen.¹⁶⁸ Eine entgegenstehende Klausel wäre gemäß § 16 WBVG unwirksam.

Der allgemeine Stand fachlicher Erkenntnisse, nach welchem die Pflege- und Betreuungsleistungen gemäß § 7 WBVG zu erbringen sind, bestimmt sich dynamisch nach den jeweiligen in Fachkreisen als sachgerecht anerkannten Methoden.¹⁶⁹

Der Wortlaut von § 6 Abs. 3 WBVG entspricht im Übrigen im Wesentlichen dem des § 120 SGB XI. Diese Verzahnung stellt eine Konsequenz des Zieles des WBVG dar, die zivilrechtlichen Vertragsvereinbarungen und die sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften zu harmonisieren.¹⁷⁰

1.4 Sozialrechtlicher Bezug zu den Leistungen und Einfluss auf die Leistungserbringung

Das SGB XI beschreibt die maßgeblichen Leistungen der sozialen Pflegeversicherung und zwar sowohl für die ambulante als auch für die stationäre Pflege.

Für die Wohnraummiete gelten die allgemeinen Grundsätze des SGB II, wenn der Wohnungsmieter Sozialhilfeempfänger ist: Es werden die angemessenen Wohnkosten (Miete inkl. Mietnebenkosten) für eine angemessene Wohnung von dem jeweiligen staatlichen Leistungsträger wie dem Jobcenter übernommen (§ 22 Abs.1 SGB II). Dabei kann eine Bescheinigung des staatlichen Leistungsträgers verlangt werden, aus der sich die Bewilligung der

¹⁶⁶ BGH v. 08.11.2001, Az. III ZR 14/01 – NJW 2002, 507.

¹⁶⁷ BeckOGK/Drasdo, WBVG § 6 Rn. 13.

¹⁶⁸ BeckOGK/Drasdo, WBVG § 7 Rn. 9.

¹⁶⁹ BeckOGK/Drasdo, WBVG § 7 Rn. 11.

¹⁷⁰ BeckOGK/Drasdo, WBVG § 15 Rn. 1.

Sozialhilfe für die konkrete Wohnung ergibt. Auf Antrag des Leistungsempfängers oder bei behördlichen Zweifeln, dass der Sozialhilfeempfänger die Miete an den Vermieter weiterleitet, erfolgt gemäß § 22 Abs. 7 SGB II eine Direktzahlung an den Vermieter. Der Vermieter kann allerdings nur dann eine Direktzahlung von der staatlichen Stelle verlangen, wenn diese ihm gegenüber eine Schuldübernahmeerklärung abgegeben hat; denn der Sozialhilfeanspruch ist personenbezogen und sieht nur in den Fällen des § 22 Abs.7 SGB II eine Direktzahlung an den Vermieter vor. Eine Vereinbarung im Mietvertrag, wonach der Mieter seine Ansprüche auf Sozialleistungen für Wohnkosten und Heizung an den Vermieter abtritt, ist somit unzulässig und unwirksam.¹⁷¹

1.4.1 Ambulante Pflege im betreuten Wohnen

Soweit der Wohnungsmieter über den Mietvertrag hinaus pflegerische Hilfe benötigt, schließt er dafür einen ambulanten Pflegevertrag ab. Bei häuslicher Pflege übernimmt der über einen Versorgungsvertrag (§ 72 SGB XI) zugelassene Pflegedienst gegenüber dem Pflegebedürftigen auf Basis eines Pflegevertrags (Dienstvertrag, §§ 611 ff. BGB) die Verpflichtung, diesen nach Art und Schwere seiner Pflegebedürftigkeit zu versorgen. Die Leistungen werden durch die Rahmenverträge nach § 75 SGB XI ausgestaltet und gemäß den Vergütungsvereinbarungen (§ 89 SGB XI) abgerechnet. Nach § 120 Abs. 3 SGB XI sind in dem Pflegevertrag mindestens Art, Inhalt und Umfang der Leistungen einschließlich der dafür mit den Kostenträgern nach § 89 SGB XI vereinbarten Vergütungen gesondert zu beschreiben. Dementsprechend erbringen die ambulanten Pflegedienste regelmäßig nur solche Leistungen, die in den Rahmenverträgen enthalten sind, weil diese nach den Vergütungsvereinbarungen abgerechnet werden können.¹⁷² Anders als in Wohnungsmietverträgen verbietet es §§ 120 Abs. 4 S. 2, 89 Abs. 1 S. 4 SGB XI den ambulanten Pflegediensten, zwischen den mit der Pflegekasse und den mit den Kunden abzurechnenden Leistungen zu Lasten der Kunden zu differenzieren. Der BGH hat bestätigt, dass die dynamische Verweisung auf Regelungen im jeweils geltenden Rahmenvertrag gemäß § 75 SGB XI in einem vorformulierten Vertrag mit pflegebedürftigen Kunden auch nach dem Recht über Allgemeine Geschäftsbedingungen (§ 307 BGB) nicht zu beanstanden ist.¹⁷³

Das Kammergericht Berlin hat im Beschluss vom 23.08.2019¹⁷⁴ in Bezug auf den ambulanten Pflegevertrag darauf hingewiesen, dass der Pflegevertrag nicht schriftlich sein muss, sondern der Pflegevertrag spätestens mit Erbringung des ersten Pflegeeinsatzes konkludent zustande kommt. Bei Sozialhilfeempfängern geschieht die Übernahme der dem ambulanten Pflegedienst zustehende Vergütung in Form eines Schuldbeitritts des Sozialhilfeträgers (kumulative Schuldübernahme) durch Verwaltungsakt mit Drittwirkung. Sozialhilfeträger und Hilfeempfänger werden in Höhe der bewilligten Leistung, wie sie in dem gegenüber dem Hilfsbedürftigen ergehenden Kostenübernahmebescheid ausgewiesen ist, Gesamtschuldner im Sinne der §§ 421 ff. BGB.¹⁷⁵

¹⁷¹ BSG v. 09.08.2018, - B 14 AS 38/17 R; LSG Niedersachsen-Bremen, v. 03.02. 2022 – L 11 AS 578/20; SG Köln, v. 18.01.2012 – S 21 SO 212/11, BeckRS 2012, 68395.

¹⁷² Kaeding, Vergütungsanpassung in Pflegeverträgen, NJW 2018, 1430, 1431.

¹⁷³ Vgl. BGH v. 08.11.2001 – III ZR 14/01, NJW 2002, 507.

¹⁷⁴ KG, Beschl. v. 23.08.2019 – 4 U 102/18, BeckRS 2019, 20447.

¹⁷⁵ KG, aaO; BGH v. 07.05.2015 – III ZR 204/1, BGHZ 205, 260 Rn. 24.

1.4.2 Bewohnervertrag nach WBG

Soweit der pflegebedürftige Bewohner in einer WBG-relevanten Einrichtung öffentliche Leistungen der Pflegeversicherung gemäß SGB XI, der Sozialhilfe gemäß SGB XII oder der Eingliederungshilfe gemäß SGB IX in Anspruch nimmt und Pflegeleistungen, Unterkunft und Verpflegung sowie Investitionskosten von den Leistungsträgern vergütet werden, wozu diese mit den Heimträgern als Leistungserbringern Verträge abschließen, kommt es zu Überschneidungen der Regelungen in SGB XI und SGB XII mit dem zivilrechtlichen Wohn- und Betreuungsvertrag. Vorrang haben die zwingenden Regelungen des SGB XI, XII und IX. Dies ist teilweise in den einzelnen Vorschriften des WBG bestimmt. So werden z.B. die Ansprüche des Heimträgers auf Entgelt in § 7 Abs. 2 S. 2, 3, Abs. 5 S. 3 WBG und auf Sicherheitsleistung in § 14 Abs. 4 WBG begrenzt. Für nicht ausdrücklich geregelte Fälle ergeben sich der Vorrang und die Rechtsfolgen aus § 15 WBG.¹⁷⁶

Der BGH hat in seinem Urteil vom 07.02.2019¹⁷⁷ bestätigt, dass schon die amtliche Überschrift „*Besondere Bestimmungen bei Bezug von Sozialleistungen*“ deutlich erkennen lässt, dass es sich bei § 15 Abs. 1 WBG um eine gegenüber den allgemeinen heimvertraglichen Vorschriften vorrangige Spezialregelung für Verträge mit Leistungsempfängern der Pflegeversicherung handelt. Dies bedeutet, dass die vertraglichen Regelungen, insbesondere die Vergütungsvereinbarungen den Vorgaben der §§ 69 ff. SGB XI (Beziehungen der Pflegekassen zu den Leistungserbringern) und der §§ 82 ff. SGB XI (Pflegevergütung) unterstellt werden.¹⁷⁸

1.4.3 Entfall der Pflegevergütung bei Verstoß gegen gesetzliche und vertragliche Regelungen

Ungeklärt ist im Einzelfall, wie weit die vorrangige Unterstellung der Leistungen nach den §§ 82 ff. SGB XI im Bewohnervertrag gemäß WBG geht, insbesondere was die Vergütung und Dokumentation der Pflegeleistungen angeht, die zum einen durch die Pflegekassen bis zur gesetzlichen Maximalhöhe (§§ 36, 43 SGB XI) und zum anderen durch den Pflegebedürftigen selbst in Bezug auf die darüber hinausgehenden Kosten zu tragen sind.

Das LSG Baden-Württemberg hat in seinem Urteil vom 25.03.2022¹⁷⁹ ausgeführt, dass die vom Bundessozialgericht herausgearbeiteten Grundsätze zu Vergütungsstreitigkeiten zwischen einem Vertragsarzt und einer kassenärztlichen Leistung¹⁸⁰ auch auf die Leistungserbringer der Pflegeversicherung übertragbar sind.

Das BSG führte aus, dass nach seiner ständigen Rechtsprechung zum Vertragsarztrecht und zum Leistungsrecht der gesetzlichen Krankenversicherung Bestimmungen, die die Vergütung ärztlicher oder sonstiger Leistungen von der Erfüllung bestimmter formaler oder in-

¹⁷⁶ Grüneberg/Weidenkaff, § 1 WBG Rn.5; § 15 Rn.1.

¹⁷⁷ BGH v. 07.02.2019¹⁷⁷ – III ZR 38/18, NJW-RR 2019, 942.

¹⁷⁸ BGH, aaO.

¹⁷⁹ LSG Baden-Württemberg v. 25.03.2022 – L 4 P 4005/18, BeckRS 2022, 8246; bestätigt durch BSG v. 02.08.2022 – B 3 P 3/22 BH.

¹⁸⁰ BSG v. 17.05.2000 – B 3 KR 19/99 B; v. 08.09.2004 – B 6 KA 14/03.

haltlicher Voraussetzungen abhängig machen, innerhalb dieses Systems die Funktion haben, zu gewährleisten, dass sich die Leistungserbringung nach den für die vertragsärztliche Versorgung geltenden gesetzlichen und vertraglichen Bestimmungen vollzieht. Dies werde dadurch erreicht, dass dem Vertragsarzt oder den sonstigen Leistungserbringern für Leistungen, die unter Verstoß gegen derartige Vorschriften bewirkt werden, auch dann keine Vergütung zustehe, wenn diese Leistungen im Übrigen vertragsgemäß erbracht worden seien. Denn die Bestimmungen des Leistungserbringerrechts über die Erfüllung bestimmter formaler und inhaltlicher Voraussetzungen der Leistungserbringung können ihre Steuerungsfunktion nicht erfüllen, wenn der Vertragsarzt oder der mit ihm zusammenarbeitende nicht-ärztliche Leistungserbringer die rechtswidrig bewirkten Leistungen über einen Wertersatzanspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung im Ergebnis dennoch vergütet bekäme.

Nach dem LSG Baden-Württemberg soll auch im Bereich der Pflegeversicherungen mit den Bestimmungen der § 72 Abs. 4 S. 3 i.V.m. § 82 Abs. 1 S. 1 und § 89 SGB XI gewährleistet werden, dass sich die Leistungserbringung nach den gesetzlichen und vertraglichen Bestimmungen vollzieht, ihre Steuerungsfunktion würde nicht erreicht, wenn der Leistungserbringer ungeachtet der Rechtswidrigkeit der Leistungserbringung eine Vergütung verlangen könnte. Demnach steht einem Leistungserbringer für Leistungen, die er unter Verstoß gegen gesetzliche oder vertragliche Vereinbarungen bewirkt hat, auch dann keine Vergütung zu, wenn die Leistungen im Übrigen ordnungsgemäß erbracht sind.¹⁸¹

In Bezug auf den vom LSG Baden-Württemberg entschiedenen Fall ist zunächst anzumerken, dass dieser einen extremen Fall beinhaltete. Gegen den in diesem Fall abrechnenden ambulanten Pflegedienst liefen bereits Strafverfahren wegen gefährlicher Pflege und erheblichen fehlerhaften Abrechnungen bei häufig ungenügender Pflegedokumentation. Auch der Versorgungsvertrag war mittlerweile außerordentlich gekündigt worden. Ungeachtet dessen war unstrittig, dass ein gewisser Teil der ambulanten Pflegeleistungen erbracht worden war, wobei der klagende ambulante Pflegedienst keine ordnungsgemäßen Belege und Pflegedokumentation zur Abrechnung seiner Leistungen vorlegen konnte.

Unklar bleibt das Verhältnis des § 72 SGB XI zu § 115 Abs. 3 SGB XI, der folgenden Wortlaut hat:

„Hält die Pflegeeinrichtung ihre gesetzlichen oder vertraglichen Verpflichtungen insbesondere ihre Verpflichtungen zu einer qualitätsgerechten Leistungserbringung aus dem Versorgungsvertrag (§ 72) ganz oder teilweise nicht ein, sind die nach dem Achten Kapitel vereinbarten Pflegevergütungen für die Dauer der Pflichtverletzung entsprechend zu kürzen.“

Für den pflegebedürftigen Bewohner unangenehm werden können in einem solchen Fall, in dem eigentlich pflegekassenrelevante Leistungen von den Kassen nicht gezahlt werden, die üblichen Klauseln in seinem Wohnervertrag, wonach der Bewohner verpflichtet ist, die nicht durch einen Kostenträger (z.B. Kranken- und Pflegekasse, Sozialhilfeträger) übernom-

¹⁸¹ LSG Baden-Württemberg, aaO, Rn 64

menen Entgelte selbst zu zahlen.¹⁸² In diesem Fall droht dem Bewohner, dass ihm diese von den Pflegekassen abgelehnten Kosten weiterberechnet werden.

Im Sinne des Verbraucherschutzes des Pflegebedürftigen empfiehlt es sich, klarzustellen, dass § 87a Abs. 3 SGB XI, wonach die dem pflegebedürftigen Heimbewohner nach den §§ 41 bis 43 SGB XI zustehenden Leistungsbeträge einschließlich des Leistungszuschlags nach § 43c SGB XI von seiner Pflegekasse mit befreiender Wirkung unmittelbar an das Pflegeheim zu zahlen sind, auch zugunsten des Bewohners schuldbefreiend dann und insoweit (betragskürzend) wirkt, als die Pflegekassen aufgrund von Umständen, die der Heimträger zu vertreten hat, die auf den Pflegebedürftigen entfallenden Leistungsbeträge nicht zahlt.

1.5 Öffentlich-rechtliche Kontrolle und Prägung der Leistungen

1.5.1 Betreutes Wohnen

Das betreute Wohnen zeichnet sich bei pflegebedürftigen Bewohnern durch zwei vertragliche Ebenen aus. Den Wohnungsmietvertrag und den ambulanten Pflegevertrag als Dienstvertrag gemäß §§ 611 ff. BGB. Der Mietvertrag wird öffentlich-rechtlich im Wesentlichen nur durch Wirtschaftsstrafrecht bei Ausnutzen einer Notlage (§ 5 WiStG)¹⁸³ und die Mietpreisbremse in Gebieten mit angespanntem Wohnungsmarkt (§ 556d BGB) eingeschränkt. Dabei gilt die Mietpreisbremse grundsätzlich auch für das betreute Wohnen, was in der Rechtsprechung allerdings bislang noch nicht geklärt ist.¹⁸⁴ Die Mietspiegel scheitern jedenfalls dann im betreuten Wohnen, wenn die Servicekomponente nicht mit einem eigenen Preisschild ausgewiesen ist, weil dann die vergleichbare qm-Miete nicht berechnet werden kann.¹⁸⁵

Der ambulante Pflegevertrag ist als zivilrechtlicher Dienstvertrag (§§ 611 ff. BGB) ausgestaltet. Es wird davon ausgegangen, dass im Hinblick auf die jederzeitige Kündbarkeit gemäß § 120 Abs. 2 S. 2 SGB XI und die weiteren sozialrechtlichen Rahmenbedingungen in § 120 SGB XI ein besonderer behördlicher Verbraucherschutz beim ambulanten Pflegevertragsrecht nicht geboten ist.

1.5.2 Stationäre Einrichtung

Hinsichtlich Bewohnerverträgen in der stationären Einrichtung ist der Beschluss des BVerwG vom 28.05.2014¹⁸⁶ maßgeblich, in dem das BVerwG für das in Hessen geltende HGBP festgehalten hat, dass das Bundesrecht den Landesgesetzgeber nicht daran hindert, dass er die Heimaufsichtsbehörden dazu ermächtigt, die Einhaltung von Regelungen der Pflegeversicherung – unter Einschluss von Festlegungen in Rahmenverträgen nach §§ 75, 88 SGB XI – durch die Heimträger zu überwachen und gegen Verstöße einzuschreiten. Es besteht da-

¹⁸² Vgl. Torben Bartels RICHTER RECHTSANWÄLTE, Beck'sche Online-Formulare Medizinrecht, 36 Ed. 2023, Stand: 01.02.2020; Nr. 14.1.2.2 Einrichtungsvertrag bei stationärer Pflege, § 13

¹⁸³ LG Koblenz v. 15.12.2004 – 12 S 147/04; NZM 2005, 256; v. Franckenstein, Das Seniorenwohnen mit Pflege- und Servicekomponenten, ZfIR 2022, 164, 171.

¹⁸⁴ v. Franckenstein, aaO, ZfIR 2022, 164, 173; Drasdo, Heimunterbringung und betreutes Wohnen, NZM 2023, 748, 752.

¹⁸⁵ v. Franckenstein, aaO, ZfIR 2022, 164, 173.

¹⁸⁶ BVerwG v. 28.05.2013 – BVerwG 8 B 71.12, SRa 2014, 202.

nach keine Hinderung des Landesgesetzgebers, die Regelungen des WBVG und des SGB XI durch die Heimaufsichtsbehörde überwachen zu lassen.¹⁸⁷ Der Bewohner kann somit nicht darauf verwiesen werden, dass er gegen Vertragsverstöße zivilrechtlich vorgehen kann. Sinn und Zweck der zusätzlichen aufsichtsrechtlichen Überwachung ist es, die Position der Heimbewohner angesichts ihrer wirtschaftlichen Unterlegenheit und ihrer strukturellen Abhängigkeit vom Heimträger zu stärken. Die Durchsetzung der heimrechtlichen Pflichten soll daher nicht der Rechtsverfolgung oder -verteidigung durch die Bewohner überlassen werden, die häufig unter altersbedingten Einschränkungen leiden oder von Behinderungen betroffen sind.¹⁸⁸

Im Hinblick auf den Sinn und Zweck einer solchen aufsichtsrechtlichen Überwachung zum Schutz der Bewohner hat sich in Bezug auf das Recht der Heimaufsicht hinsichtlich der Überprüfung der WBVG Regelungen ein differenzierteres Bild in der Rechtsprechung entwickelt. Danach besteht die Überwachungsbefugnis jedenfalls im Bereich des Schutzes und der Sicherheit des Bewohners sowie in Bezug auf die Beachtung der spezifisch sozialrechtlichen Verpflichtungen, insbesondere was die Einhaltung von Rahmenverträgen nach § 75 und § 88 des SGB XI angeht, und gegen Verstöße einzuschreiten, etwa gegen eine unzulässige Abrechnung von zusätzlichen Leistungen, wenn die Leistungen zu den allgemeinen Pflegeleistungen gehören.¹⁸⁹ Insofern hat beispielsweise der VGH Mannheim¹⁹⁰ festgestellt, dass die Heimaufsichtsbehörde anordnen darf, dass ein Heimbetreiber die Heimbewohner zum Arzt zu begleiten hat, aber verneint, dass die Heimaufsicht dies als allgemeine Pflegeleistung im Sinne des Rahmenvertrags klassifizieren kann, weil diese Leistung im Rahmenvertrag nicht als allgemeine Pflegeleistung ausdrücklich einbezogen war. Damit konnte dem Heimbetreiber nicht versagt werden, hierfür ein gesondertes Entgelt zu verlangen.¹⁹¹ Letztlich kommt es beim konkreten Umfang der Überwachungsbefugnis der Heimaufsicht auf die Kompetenzzuweisung in den Landesheimgesetzen an, die allerdings meistens keine unmittelbare Prüfung des WBVG durch die Heimaufsicht mehr vorsehen. Dem vom BVerwG betonten Schutzbedarf der pflegebedürftigen Bewohner, wonach die Heimaufsicht auch die WBVG-Konformität prüft, tragen solche heimgesetzlichen Regelungen Rechnung wie sie z.B. in § 6 Abs. 2 Nr. 5 BbgPBWoG enthalten ist. Hiernach ist der Leistungsanbieter verpflichtet, die zivilrechtlichen Vorschriften zu beachten. Eine dem Schutzbedarf Rechnung tragende Norm findet sich auch in § 15 Abs.2 Nr. 8 LWTGRP, wonach der Träger die für die Einrichtung geltenden Bestimmungen des WBVG zu beachten hat.

Es ist zu überlegen, ob nicht der Schutz der Bewohnerinteressen in Bezug auf die Prüfung der WBVG-Konformität der Bewohnerverträge durch die Heimaufsichtsbehörden auch auf der Ebene der Pflegekassen möglich werden soll, vergleichbar zumindest dem § 120 Abs. 2 S. 1 SGB XI für ambulante Pflegeverträge.

¹⁸⁷ BVerwG, aaO.

¹⁸⁸ BVerwG, aaO v.02.06.2010 – BVerwG 8 C 24.09 – Buchholz 451.44 HeimG Nr. 11 Rn.32.

¹⁸⁹ VGH Kassel v. 24.03.2015 – 10 A 272/14, BeckRS 2015, 45638; VGH Mannheim v. 09.07.2021 – 6 S 773/11, BeckRS 2012, 54146; VG Cottbus v. 22.06.2020 – 8 K 3018/17, BeckRS 2020, 14045.

¹⁹⁰ VGH Mannheim v. 09.07.2021 – 6 S 773/11, BeckRS 2012, 54146; VGH Kassel, .

¹⁹¹ VGH Mannheim, aaO.

1.6 Anpassung des Leistungsumfangs

1.6.1 Wohnungsmietverträge mit Pflegeelementen (ambulante Konzepte)

Primärer Teil, bei welchem eine Leistungsumfangsanpassung in Frage steht, ist der Pflege- / Servicevertragsteil. In Dienstverträgen ist eine Anpassung des Leistungsumfangs grundsätzlich formfrei möglich. Im Rahmen von ambulanten Pflegeleistungen gilt jedoch § 120 SGB XI, wonach die allgemeinen dienstvertragsrechtlichen Pflichten modifiziert werden. Wesentlich ist u.a., dass im Pflegevertrag mindestens Art, Inhalt und Umfang der Leistungen einschließlich der dafür mit den Kostenträgern nach § 89 SGB XI vereinbarten Vergütungen für jede Leistung oder jeden Leistungskomplex enthalten sein muss (§ 120 Abs. 3 S. 1 SGB XI) sowie dass der Pflegedienst den Pflegebedürftigen vor Vertragsschluss und bei jeder wesentlichen Veränderung in der Regel schriftlich über die voraussichtlichen Kosten zu unterrichten hat (§ 120 Abs. 3 S. 2 SGB XI).

In der Praxis wird bemängelt, dass die schriftliche Information über die voraussichtlichen Kosten keine verlässliche schriftliche Vertragsänderung darstellt und daher schnell eine fehlende Nachvollziehbarkeit entsteht.¹⁹² Allerdings ist auch zu beachten, dass der Pflege- und Betreuungsbedarf dynamisch ist, also eine gewisse Leistungsflexibilität erforderlich ist.

Ferner sind Anpassungen sehr schnell möglich; so wurde u.a. in der Rechtsprechung entschieden, dass Preiserhöhungen zulässig sind, die mit einer Frist von zwei Wochen vorher angekündigt wurden; Preiserhöhungen dürfen allerdings nicht rückwirkend erfolgen.¹⁹³

Grundsätzlich ist es erwägenswert, ein Schriftformerfordernis einzuführen, wonach jede wesentliche Vertragsänderung schriftlich zu erfolgen hat und vereinbart werden muss. Als Sanktion könnte anderenfalls eine Unwirksamkeit entsprechend erhöhter Entgeltforderungen gelten.

1.6.2 WBVG Verträge

Das WBVG enthält spezielle Regelungen zur Anpassung des Leistungsumfangs. Gemäß § 8 WBVG hat der Verbraucher einen Anspruch auf Vertragsanpassung, wenn sich der Pflege- oder Betreuungsbedarf des Verbrauchers ändert.

In der Praxis problematisch ist in diesem Zusammenhang vor allem die regelmäßig vom Unternehmer mit der Anpassung des Leistungsumfangs verbundene Entgeltanpassung, welche in einem gesonderten Punkt betrachtet wird, sowie die Fälle, in denen der Unternehmer keine Anpassung wünscht.

Der Unternehmer hat gemäß § 8 Abs. 1 S.1, Abs. 4 WBVG die Pflicht, eine Vertragsanpassung bei Änderung des Pflege- oder Betreuungsbedarfs des Bewohners anzubieten, was er

¹⁹² Deutsche Stiftung Patientenschutz Info-Dienst, Ausgabe 4/2018, S. 3 (https://www.stiftung-patientenschutz.de/uploads/docs/PID_4_2018_Eckpunkte_ambulante_Pflegevertraege.pdf).

¹⁹³ OLG Stuttgart v. 31.07.2008, Az. 2 U 17/08 -BeckRS 2011, 4225.

durch eine gesonderte Vereinbarung mit dem Verbraucher bei Vertragsschluss ganz oder teilweise ausschließen kann. Dieser Ausschluss ist jedoch nur wirksam, wenn der Unternehmer unter Berücksichtigung des dem Vertrag zugrunde gelegten Leistungskonzept ein berechtigtes Interesse hat und dieses in der Vereinbarung begründet.

Diese Regelung dient stark dem Verbraucherschutz, was bereits durch die Form- und Zeitvorgaben deutlich wird. Eine Ausschlussregelung muss zwingend in Schriftform erfolgen. Die Erklärung darf dabei nicht Teil des Vertrags sein, sondern muss gesondert erfolgen.¹⁹⁴ Zeitlich muss der Ausschluss im Zusammenhang mit dem Vertragsabschluss vereinbart werden; spätere Änderungen und Ergänzungen sind mithin ausgeschlossen.¹⁹⁵

Selbst wenn die Zeit- und Formvorgaben eingehalten sind, ist ein berechtigtes Interesse des Unternehmers am Leistungsausschluss erforderlich. Die widerstreitenden Interessen müssen dabei ebenfalls schriftlich festgehalten werden.¹⁹⁶ Die Rechtsprechung hat sich bis jetzt noch nicht umfassend mit den Fragen dieser Interessenabwägung befasst, sodass diese Rechtsfrage (Voraussetzung der vorrangigen Unternehmensinteressen) noch nicht abschließend geklärt ist. Gemäß der GWBVG-Gesetzesbegründung stellt jedenfalls ein höherer Aufwand für den Unternehmer allein kein berechtigtes Interesse dar.¹⁹⁷ Vielmehr müssen spezifische Gründe in der Personalausstattung (Fehlen von notwendigem speziell qualifiziertem Personal o.ä.) oder in Spezialisierungen des Pflege- und Betreuungskonzepts oder Limitierungen der baulichen Gegebenheiten vorliegen.¹⁹⁸

Falls eine Anpassung grundsätzlich in Betracht kommt, erfolgt dies nach folgendem Mechanismus: Gemäß § 8 Abs. 2 WBVG darf der Unternehmer den Pflege- und Betreuungsbedarf durch einseitige Erklärung anpassen, wenn Leistungen i.S.d. SGB XI, XII betroffen sind. Formell hat der Unternehmer dabei gemäß § 8 Abs. 3 WBVG das Angebot zur Leistungsanpassung durch Gegenüberstellung der bisherigen und der angebotenen Leistungen sowie des Entgelts schriftlich darzustellen und zu begründen. Dies ist gemäß der Rechtsprechung streng formalistisch zu verstehen und erfordert eine explizite Gegenüberstellung der bisherigen und der neuen Leistungen samt des entsprechenden Entgelts.¹⁹⁹ Ein fehlerhaftes Anpassungsverlangen führt zur Unwirksamkeit der Vereinbarung und es darf trotz eventuell erbrachter Leistungen kein höheres Entgelt verlangt werden.²⁰⁰

1.7 Entgelte und Entgeltanpassung

1.7.1 Entgelt bei WBVG-Verträgen

1.7.1.1 Spezifizierung / Bemessung

Der Vertrag zwischen Verbraucher und Unternehmer muss nach § 6 Abs. 3 WBVG mindes-

¹⁹⁴ LG Berlin v. 06.05.2020, Az. 65 S 164/19 – BeckRS 2020 18072; BeckOGK/Drasdo, WBVG § 8 Rn. 38.

¹⁹⁵ LG Berlin v. 06.05.2020, Az. 65 S 164/19 – BeckRS 2020 18072 BeckOGK/Drasdo, WBVG § 8 Rn. 39.

¹⁹⁶ BeckOGK/Drasdo, WBVG § 8 Rn.40.

¹⁹⁷ BT-Drucks. 16/12409, S. 22.

¹⁹⁸ BT-Drucks. 16/12409, S. 22 f.

¹⁹⁹ BGH v. 02.10.2007, Az. III ZR 16/07 – NJW 2009 1818; OLG Hamm v. 03.03.2017, Az. 12 U 80/16 – BeckRS 2017, 116573.

²⁰⁰ BGH v. 02.10.2007, Az. III ZR 16/07 – NJW 2009 1818; OLG Hamm v. 03.03.2017, Az. 12 U 80/16 – BeckRS 2017, 116573.

tens eine *detaillierte Beschreibung der Leistungen des Unternehmers*, die dafür zu zahlenden Entgelte sowie das Gesamtentgelt enthalten. Die Entgelte sind dabei nach § 6 Abs. 3 Nr. 2 WBVG getrennt nach Überlassung des Wohnraums, Pflege- und Betreuungsleistungen und gegebenenfalls Verpflegung als Teil der Betreuungskosten anzugeben. Ebenfalls anzuführen sind die gesondert berechenbaren Investitionskosten u. U. gestaffelt nach Sozialhilfeempfänger oder kein Sozialhilfeempfänger (unterschiedliche Höhe) und Ausbildungsvergütungszuschläge sowie sonstige Entgelte, insbesondere des einrichtungseinheitlichen Eigenanteils.²⁰¹

Der einrichtungseinheitliche Eigenanteil (EEE) bezeichnet den Anteil an den Pflegekosten in Pflegeheimen, der über die Leistungsbeträge der Pflegekasse hinausgeht und daher von den Bewohnern einer Pflegeeinrichtung selbst bezahlt werden muss.

Der Unternehmer muss grundsätzlich das Entgelt für alle Bewohner nach einheitlichen Grundsätzen bemessen (Differenzierungsverbot). Etwas anderes gilt ausschließlich hinsichtlich der betriebsnotwendigen Investitionskosten (§ 7 Abs. 3 WBVG). Hintergrund ist hier, dass der Träger, der seine Einrichtung nicht mit Fördermitteln finanzieren kann, auf zusätzliche Einnahmen angewiesen ist. Für die Differenzierung besteht daher ein sachlicher Grund.²⁰² Somit kann er beispielsweise für einen Teil, für den er keine öffentliche Förderung erhält, Investitionskosten (angemessene Miete) erheben; auch kann der Träger nach dem Wortlaut der Regelung von § 7 Abs. 3 S. 3 WBVG zwischen Sozialhilfeempfänger und Selbstzahler in Bezug auf die Investitionskosten differenzieren, was aber gerichtlich zunehmend in Frage gestellt wird (vgl. nachfolgend unter Teil III, Ziffer 1.7.1.2 b).²⁰³

Das *Heimentgelt* besteht daher aus den *drei wesentlichen Bestandteilen*:

- (1) *Pflegevergütung*,
- (2) *Hotelkosten* (Unterkunft und Verpflegung) und
- (3) *Investitionskosten*.

Über den Versorgungsvertrag mit den Pflegekassen (§§ 72 ff. SGB XI) in Verbindung mit der Pflegesatzvereinbarung (§ 85 SGB XI) erhält der Betreiber von den Pflegekassen die *Pflegekosten* bis zu den entsprechenden Höchstgrenzen. Dabei wird für die Pflegeversicherten in der Pflegesatzvereinbarung auch die Höhe der *Hotelkosten* festgelegt (§ 87 SGB XI). Die *Investitionskosten* betreffen die Kosten der Baufinanzierung, Instandhaltung und vor allem die Gebäudemiete und stellen den dritten Entgeltbestandteil dar.²⁰⁴

Alle Kosten mit Ausnahme der Pflegekosten bis zu den festgelegten Höchstgrenzen zahlt der Bewohner selbst an den Betreiber. Ist der Bewohner zur Zahlung nicht imstande, so werden der von der Pflegekasse nicht gedeckte Anteil an den Pflegekosten sowie die Hotel- und Investitionskosten von der Sozialhilfe nach Maßgabe der Vergütungs- und Prüfungsvereinba-

²⁰¹ Beispielsweise Wahlleistungen bei betreutem Wohnen, bei stationären Einrichtungen können Zusatzleistungen nur im Rahmen des § 88 SGB XI geltend gemacht werden.

²⁰² Kunz/Butz/Wiedemann, § 5 Rn. 35.

²⁰³ SG Bremen v. 10.12.2009, S 25 P 17/05, S. 6 ff.; zu finden unter: www.sozialgericht-bremen.de.

²⁰⁴ Schäfer/Voland/von Streng, NZS 2008, 573; Theusinger/Thomas, ZfIR 2008, 7 f.; Richter/Köhler, DStR 2004, 825.

rungen mit den Sozialhilfeträgern (§§ 75 ff. SGB XII) getragen.

Des Weiteren müssen die Entgelte nach § 7 Abs. 2 WBG nur gezahlt werden, sofern diese insgesamt und nach ihren Bestandteilen im Verhältnis zu den Leistungen angemessen sind. In Verträgen mit Verbrauchern, die Leistungen nach dem SGB XI in Anspruch nehmen, gilt die aufgrund der Bestimmungen des 7. und 8. Kapitels des SGB XI festgelegte Höhe des Entgelts als vereinbart und angemessen. In Verträgen mit Verbrauchern, denen Hilfe in Einrichtungen nach SGB XII gewährt wird, gilt die aufgrund des 10. Kapitels des SGB XII festgelegte Höhe des Entgelts als vereinbart und angemessen. Die Höhe des Entgelts steht insoweit nicht mehr zur Disposition der Vertragsparteien; dieses ist immer angemessen.

1.7.1.2 Anpassung des Entgelts bei WBG-Verträgen

a) Bei Änderung des Bedarfs (§ 8 WBG)

Ändern sich der Pflege- und Betreuungsbedarf des Verbrauchers, z. B. weil dieser in ein neues Stadium einer Krankheit oder Pflegebedürftigkeit eintritt, dann ist der Unternehmer zu einer entsprechenden Anpassung seiner Leistungen verpflichtet. Eine solche Verpflichtung besteht nur dann nicht, wenn der Unternehmer diese Leistungspflicht bei Vertragsschluss gemäß den Voraussetzungen des § 8 Abs. 4 WBG ausgeschlossen hat.

Besteht die Anpassungspflicht des Unternehmers, so hat dieser dem Verbraucher ein entsprechendes Angebot zu unterbreiten. Dieses Angebot kann der Verbraucher nicht, vollständig oder teilweise annehmen. Das vom Verbraucher zu zahlende Entgelt verändert sich dann in dem Umfang, in dem der Verbraucher das Angebot angenommen hat. Bei Leistungsempfängern der Pflegeversicherung und der Sozialhilfe kann der Unternehmer den Vertrag bei einer *Änderung des Pflege- und Betreuungsbedarfs* durch *einseitige Erklärung* anpassen (z. B. Hochstufung von Pflegegrad 1 auf 2; jedoch nicht bei Änderung innerhalb von Pflegegrad 0, da noch kein Leistungsempfänger).

Nimmt der Verbraucher das Angebot nicht oder nur teilweise an, dann kann für den Unternehmer eine Situation entstehen, in der mit den vom Verbraucher akzeptierten Leistungen keine fachgerechte Pflege oder Betreuung sicherzustellen ist. In dieser Situation kommt für den Unternehmer eine außerordentliche Kündigung nach § 12 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 a) WBG nach vergeblicher angemessener Fristsetzung zur Annahme des Angebots und Kündigungsandrohung in Betracht.²⁰⁵

Für die Anpassung ist es erforderlich, das Angebot zur Vertragsanpassung zu begründen. Dabei sind die bisherigen und die angebotenen Leistungen und Entgelte gegenüberzustellen. Dies gilt auch für die einseitige Anpassung durch den Unternehmer bei Leistungsempfängern der Pflegeversicherung oder Sozialhilfe.

²⁰⁵ Grüneberg/Weidenkaff, § 8 WBG Rn. 3; § 12 WBG Rn. 4.

- b) Bei Änderung der Berechnungsgrundlage (§ 9 WBVG)
- aa) Anpassungsverlangen – Zustimmung

Eine Anpassung des Entgelts und damit des Vertrages ist neben der Veränderung des Betreuungsg- und Pflegebedarfs auch bei einer Veränderung der Berechnungsgrundlage möglich. Dies betrifft insbesondere das Entgelt für Unterkunft, Verpflegung sowie Pflegevergütung, beispielsweise bei Verhandlung der Pflegesatzvereinbarung und der Investitionskosten. Der Anpassungsbedarf ist hier lediglich auf das Entgelt gerichtet.

§ 9 Abs. 1 WBVG regelt, dass der Unternehmer bei Änderung der Berechnungsgrundlage eine Erhöhung des Entgelts *verlangen kann*. Gemäß § 9 WBVG soll entgegen der alten Regelung des § 7 Abs. 2 S. 2 HeimG,²⁰⁶ nach der im Heimvertrag ein einseitiges Erhöhungsrecht des Trägers vereinbart werden konnte, diese einseitige Erhöhung nicht mehr möglich sein. Vielmehr bedarf es zur Erhöhung der Zustimmung des Verbrauchers.²⁰⁷ So führt die Gesetzesbegründung aus:

„Nur wenn diese Voraussetzungen vorliegen, hat der Unternehmer einen Anspruch auf die für die Wirksamkeit der Erhöhung erforderliche Zustimmung des Verbrauchers.“²⁰⁸

Diese Auslegung des § 9 Abs. 1 WBVG hat auch der BGH in seinem Urteil vom 12.05.2016²⁰⁹ bestätigt. Eine *Entgelterhöhung bei Änderung der Berechnungsgrundlage ist durch einseitige Erklärung durch den Einrichtungsträger nicht mehr möglich*. Es bedarf zur Wirksamkeit der Erhöhung eines *schriftlichen Änderungsvertrages*, mit dem auch der Bewohner seine Zustimmung zu der Erhöhung erklärt. Lehnt der Verbraucher eine Erhöhung ausdrücklich oder stillschweigend ab, so muss der Unternehmer Klage gegen ihn auf Erklärung der Annahme des Angebots erheben und ein Urteil erwirken, das die Abgabe der Erklärung fingiert.²¹⁰

Während die Vorinstanz, das OLG Düsseldorf²¹¹, noch ein einseitiges Verlangen des Heimbetreibers für ausreichend hielt, um eine Vertragsänderung zu bewirken, hat der BGH²¹² in der Revision in Anlehnung an die mietrechtlichen Vorgaben zur Mieterhöhung in §§ 558, 558b BGB die Zustimmung des Verbrauchers gefordert: Wortlaut (*„Unternehmer kann eine Erhöhung des Entgelts verlangen“*), Systematik und Entstehungsgeschichte der Vorschrift ließen es nicht zu, ein einseitiges Entgelterhöhungsrecht anzunehmen. Gemäß § 16 WBVG ist eine Klausel, die gegen § 9 Abs. 1 WBVG verstößt unwirksam. Dies stellt mit dem BGH

²⁰⁶ § 7 Abs. 2 HeimG a. F.: *Die Erhöhung des Entgelts bedarf außerdem der Zustimmung der Bewohner [...]. In dem Heimvertrag kann vereinbart werden, dass der Träger eines Heims berechtigt ist, bei Vorliegen der Voraussetzungen des Absatzes 1 das Entgelt durch einseitige Erklärung zu erhöhen.*

²⁰⁷ Grüneberg/Weidenkaff, § 9 WBVG, Rn. 3.

²⁰⁸ BT-Drucks. 16/12409, S. 23.

²⁰⁹ BGH v. 12.05.2016 - III ZR 279/15, NZM 2016, 561.

²¹⁰ Grüneberg/Weidenkaff, § 9 WBVG, Rn. 3.

²¹¹ OLG Düsseldorf v. 13.08.2015, - 6 U 182/14, BeckRS 2015, 15495.

²¹² BGH v. 12.05.2016 (III ZR 279/15, NZM 2016, 561, dem nachfolgend auch LG Köln (1. Zivilkammer), Urt. v. 27.05.2021 – 1 S 20/20, BeckRS 2021, 54892.

zugleich eine unangemessener Benachteiligung nach § 307 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 BGB dar, was ebenfalls zur Unwirksamkeit nach AGB Recht führt.

Das Zustimmungserfordernis umfasst dabei nach Ansicht des BGH auch Erhöhungen der Investitionskosten sowie der Entgelte für die Pflege als Ergebnis des Abschlusses einer neuen Pflegesatzvereinbarung. Zwar muss nach § 15 WBVG der Vertrag den Regelung des SGB IX, XI und XII entsprechen. Jedoch entschied der BGH, dass das SGB XI und XII kein Vertragsrecht enthalten. Allein die Ausgestaltung des sozialrechtlichen Vergütungsverfahrens gibt deshalb keine Antwort auf die Frage, ob und inwieweit noch zivilrechtliche Willenserklärungen der Vertragsparteien des Wohn- und Betreuungsvertrages zur Umsetzung sozialrechtlicher Vorgaben erforderlich sind. Damit wurde seitens des BGH eine Gleichstellung und Gleichbehandlung von Selbstzahlern und Sozialhilfeempfängern in Bezug auf Entgeltanpassungen erwirkt.

Der Entscheidung des BGH lag folgende Regelung zu Grunde, die sich im Standardvertrag der Einrichtung (AGB) fand:

6. Die Ermittlung der Entgelte und ihre Anpassung.

6.1. Die Höhe der Pflegevergütung gem. § 82 II SGB XI sowie der Entgelte für Unterkunft und Verpflegung wird im Rahmen von Vergütungsvereinbarungen gem. §§ 85-87 SGB XI festgelegt. Die Entgelte können also nicht durch eine Vereinbarung zwischen dem in der Pflegeversicherung versicherten, Leistungen beziehenden Bewohner und uns vereinbart werden. Wir sind durch gesetzliche Anordnung an den Inhalt der genannten Vergütungsvereinbarungen gebunden. Die mit den Kostenträgern getroffenen Vergütungsvereinbarungen gelten auch im Verhältnis zwischen uns und den Bewohnern als vereinbart und angemessen, vgl. § 7 II 2 WBVG und § 85 VI 1 Hs. 2 SGB XI. Ungeachtet dessen wird der Heimträger Entgelterhöhungen entsprechend § 9 WBVG mitteilen und begründen:

Der Heimträger kann eine Erhöhung des Entgelts verlangen, wenn sich die bisherige Berechnungsgrundlage verändert. Neben dem erhöhten Entgelt muss auch die Erhöhung selbst angemessen sein. Die beabsichtigte Erhöhung wird schriftlich mitgeteilt und begründet; sie muss den Zeitpunkt erkennen lassen, zu dem die Entgelterhöhung verlangt wird. [...] Tritt eine Ermäßigung von Kostenbestandteilen ein, so ist der Heimträger zur Vornahme einer entsprechenden Absenkung der Entgelte verpflichtet. **In den Fällen einer zulässigen Entgeltveränderung nach Punkt 6.1 dieses Vertrags behält sich der Heimträger vor, diese Veränderung durch einseitige Erklärung herbeizuführen.** [...]

6.2. Betriebsnotwendige Investitionsaufwendungen werden gegenüber dem Bewohner gesondert berechnet, vgl. 5.2. Die Höhe der gesondert gegenüber dem Bewohner berechenbaren Investitionsaufwendungen bedarf gem. § 82 III SGB XI und nach sonstigen landesrechtlichen Regelungen der Zustimmung der zuständigen Landesbehörde. Der Heimträger versichert, dass eine Zustimmung im Hinblick auf die von ihm gesondert berechneten Investitionsaufwendungen vorliegt. [...] Der Heimträger darf eine Erhöhung der gesondert berechenbaren investiven Aufwendungen verlangen, wenn sich die bisherige Berechnungsgrundlage verändert. Neben dem erhöhten Entgelt muss auch die Erhöhung selbst angemessen sein, wobei insoweit ergänzend gilt, dass Erhöhungen aufgrund von Investitionsaufwendungen nur zulässig sind, wenn sie nach

Art des Heimbetriebs notwendig sind und nicht durch eine öffentliche Förderung gedeckt werden. [...] **In den Fällen einer zulässigen Entgeltveränderung nach Punkt 6.2 dieses Vertrags behält sich der Heimträger vor, diese Veränderung durch einseitige Erklärung herbeizuführen.**

Dabei führt der BGH²¹³ aus, dass die Zustimmung auch konkludent erteilt werden kann, bspw. durch Zahlung des erhöhten Entgelts oder durch das schlichte Verstreichenlassen der nach § 11 Abs. 1 S. 2 WBVG eröffneten Kündigungsfrist für den Bewohner. Soweit Zahlungen ohne Zustimmung des Verbrauchers zur Entgelterhöhung erfolgten, können diese nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB zurückverlangt werden. Ein zusprechendes Urteil wirkt dann mit Eintritt der Rechtskraft auf den Tag zurück, zu dem die Zustimmung wirksam gefordert wurde (§ 894 ZPO).²¹⁴

Das OLG Dresden hat jedoch in seiner Folge-Entscheidung vom 02.08.2022²¹⁵ entgegen der Rechtsprechung des BGH entschieden, dass die Teilzustimmung zu einer Entgelterhöhung ebensowenig eine Annahme des auf Entgelterhöhung gerichteten Vertragsänderungsangebots darstellt, wie das Verstreichenlassen der Kündigungsfrist.

Der BGH²¹⁶ führt in Bezug auf die im WBVG vorgesehene Harmonisierung mit den sozialrechtlichen Vorschriften bei Leistungsempfängern nach dem SGB XI, IX, XII aus, dass diese trotz allem weiterhin dadurch sichergestellt sei, dass die bei einer Entgelterhöhung erforderliche doppelte Angemessenheitsprüfung (§ 9 Abs. 1 S. 2 WBVG) bei zwischen Kostenträgern und Leistungserbringern vereinbarten Entgelterhöhungen in den in § 7 Abs. 2 S. 2 – 4 WBVG genannten Fällen nicht gilt (vgl. § 9 Abs. 1 S. 3 WBVG). In diesen Fällen ist davon auszugehen, dass die Entgelterhöhung angemessen ist.

Die Zustimmung des Verbrauchers ist auch bei Sozialleistungsbezug – wie der BGH ausführt – dennoch sinnvoll, denn der Verbraucher soll innerhalb der Bedenkzeit von mindestens vier Wochen (§ 9 Abs. 2 S. 4 WBVG) frei entscheiden können, ob er mit der vom Unternehmer beabsichtigten Entgelterhöhung einverstanden ist oder nicht. Im Hinblick auf die Rechtsprechung des BGH sollte klarstellend geregelt werden, dass das Zustimmungserfordernis auch bei Verbrauchern mit Sozialleistungsbezug sowie bei Entgelterhöhungen im Bereich von Investitionskosten aufwendungen gilt.²¹⁷

Es ist zu prüfen, inwieweit Folgeänderungen aufgrund der Umsetzung der o.g. Rechtsprechung des BGH in § 7 Abs. 2 WBVG und in § 85 Abs. 6 S. 1 HS. 2 SGB XI einerseits sowie in § 8 Abs. 2 WBVG andererseits erforderlich sind, damit durchgängig berücksichtigt wird, dass Vertragsänderungen der Zustimmung des Verbrauchers bedürfen, unabhängig davon, ob dieser Selbstzahler oder Leistungsempfänger nach dem SGB XI, IX, XII ist.

²¹³ BGH v. 12.05.2016 - III ZR 279/15, NZM 2016, 561, 564.

²¹⁴ OLG Dresden v. 02.08.2022, 4 U 143/22, NZM 2023, 301.

²¹⁵ OLG Dresden v. 02.08.2022, 4 U 143/22, NZM 2023, 301

²¹⁶ BGH v. 12.05.2016 - III ZR 279/15, NZM 2016, 561, 564.

²¹⁷ BGH, a.a.O.

bb) Investitionskosten

Der Unternehmer hat das Entgelt sowie die Entgeltbestandteile für die Verbraucher nach einheitlichen Grundsätzen zu bemessen (§ 7 Abs. 3 S. 1 WBVG). Ausnahmen von diesem sog. Differenzierungsverbot werden gemäß § 7 Abs. 3 S. 3 WBVG im Bereich der Investitionskosten zugelassen, wenn der Einrichtungsträger mit einem Träger der Sozialhilfe Vergütungsvereinbarungen nach den §§ 75 ff. SGB XII zur Übernahme der betriebsnotwendigen Investitionsaufwendungen durch den Sozialhilfeträger getroffen hat (vgl. auch § 76a Abs. 3 Fall 2 SGB XII).

Nach dem Diskussionspapier des Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (BMFSFJ) wäre zu prüfen, ob eine Ergänzung der Ausnahmeregelung in § 7 Abs. 3 S. 3 WBVG erforderlich ist, um der Praxis von Unternehmern Einhalt zu gebieten, wonach eine Mehrbelastung von nicht sozialhilfebedürftigen Verbrauchern durch Inrechnungstellung höherer Investitionskosten erfolgt, soweit die mit dem Träger der Sozialhilfe vereinbarten Investitionskostensätze zur Refinanzierung der betriebsnotwendigen Investitionsaufwendungen nicht auskömmlich sind.²¹⁸

Anders formuliert es die Bundesinteressenvertretung für alte und pflegebetroffene Menschen (BIVA Pflegeschutzbund) aus der Pflegeheimperspektive. Dieser weist in seiner Forderung zum Verbraucherschutz darauf hin, dass die Praxis häufig anders aussieht. Der Grund: Die Sozialhilfeträger (Kreise und Kommunen), die für die Sozialhilfeempfänger zahlen müssen, weigern sich oftmals, die volle Umlage für „ihre“ Bewohner zu übernehmen. Als Argument dient etwa eine im regionalen Vergleich zu hohe Umlage oder die fehlende Genehmigung bei baulichen Investitionen durch die jeweiligen Sozialhilfeträger, obwohl die Investitionen betriebsnotwendig sind. Die Betreiber legen dann häufig die fehlenden Beträge, die eigentlich die Sozialhilfeträger übernehmen müssten, auf die übrigen Bewohner um. Wirtschaftlich gesehen handelt es sich dabei, so der BIVA, um eine Zusatzzahlung ohne Gegenleistung – zugunsten einer öffentlichen Kasse. Aus Verbraucherschutzsicht ist es eine ungerechtfertigte Schlechterbehandlung von einzelnen Verbrauchern, die damit zusätzlich zu ihrer eigenen Miete quasi einen Mietanteil für finanziell schlechter gestellte Bewohner zahlen müssen. Die gut organisierten Sozialhilfeträger verschaffen sich Vorteile, von denen die benachteiligten Verbraucher oft nichts wissen und gegen die sie sich auch nicht wehren können, da ihnen die Marktmacht fehlt und sie das System nicht durchschauen.²¹⁹

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die gesondert berechneten Investitionskosten bei fehlender Landesförderung gemäß § 82 Abs. 4 SGB XI keiner Zustimmungspflicht der zuständigen Landesbehörde unterliegen und von den Verbrauchern vollständig selbst getragen werden müssen.

²¹⁸ Diskussionspapier zu einer möglichen Weiterentwicklung des Wohn- und Betreuungsvertragsgesetzes (nicht leitungs- oder ressortabgestimmt) - Stand: 30.03.2023 – abrufbar unter: https://www.der-paritaetische.de/fileadmin/user_upload/20230330_BMFSFJ_WBVG_Diskussionspapier.pdf

²¹⁹ Verbraucherschutz im Pflegeheim muss besser werden! BIVA Forderung 6/11 abrufbar unter <https://www.biva.de/gleiche-preise-fuer-gleiche-leistung-unabhaengig-vom-kostentraeger/>

Was die Höhe der zu berücksichtigenden Aufwendungen für die Investitionen anbelangt, ist in § 82 SGB XI festgelegt, dass nur die betriebsnotwendigen Kosten auf die Bewohner umgelegt werden dürfen. Betriebsnotwendig sind die Kosten, die der Realisierung des Betriebszwecks entsprechen. Sowohl der Sache (§ 82 Abs. 3 SGB XI) als auch der Höhe nach (§ 82 Abs. 4 SGB XI) müssen sie für den Betrieb erforderlich sein.

Entgelterhöhungen für getätigte Investitionen können dabei nach § 9 Abs. 1 S. 4 WBVG nur im eingeschränkten Rahmen gefordert werden. Sie sind nur möglich, wenn die Investitionen nach der Art des Betriebes notwendig sind und nicht durch öffentliche Fördermittel gedeckt wurden. Dies schützt den Verbraucher zunächst davor, dass er die Kosten von Luxussanierungen zu tragen hat. Der Unternehmer soll die Einrichtung nicht auf Kosten der Bewohner für den Markt attraktiver machen können. Allerdings ist nicht erforderlich, dass für die Ausgabe jeweils eine gesetzliche Grundlage gegeben ist. Dem Unternehmer verbleibt immer noch ein Selbstbestimmungsrecht, wie er seinen Betrieb ausstatten möchte.

Sofern das SG Rostock²²⁰ argumentiert, dass weit Überwiegendes dafür spricht, dass der Heimträger nicht berechtigt ist, von Selbstzahlern höhere Investitionskosten zu verlangen, als mit dem Sozialhilfeträger vereinbart und sich dies aus § 7 Abs. 3 S. 1 WBVG ergibt, so wäre dies jedoch gesetzgeberisch noch umzusetzen.

Nach Ansicht des SG Rostock ist eine Differenzierung zwischen den auf Sozialhilfe angewiesenen Bewohnern und den Selbstzahlern grundsätzlich nicht zulässig, da der Unternehmer das Entgelt sowie die Entgeltbestandteile für die Verbraucher nach einheitlichen Grundsätzen zu bemessen hat. Die anschließenden Ausnahmeregelungen in § 7 Abs. 3 Satz 2 und 3 WBVG sind nach Auffassung des SG Rostock nicht einschlägig. Satz 2 erlaubt eine Differenzierung nur dann, soweit eine öffentliche Förderung von betriebsnotwendigen Investitionsaufwendungen nur für einen Teil der Einrichtung erfolgt ist. Satz 3 sei zudem sprachlich zwar missglückt und lässt auch eine Auslegung zu, dass eine Differenzierung der Entgeltbestandteile immer schon dann zulässig ist, wenn überhaupt eine Vergütungsvereinbarung über die Investitionsbeträge oder gesondert berechenbaren Investitionskosten getroffen worden ist.

Diese Auslegung stehe allerdings nach Ansicht des SG Rostock nicht im Einklang mit dem Sinn und Zweck des Gesetzes, wie er sich aus der Gesetzesbegründung ergibt. Danach dienen die Vorschriften ausdrücklich der Harmonisierung zwischen dem WBVG und den Vorschriften des SGB XI und des SGB XII. Dies ergibt sich aus der Bundestagsdrucksache 16/12409, S. 21. Im Übrigen wäre dann, wenn die Vorschriften so auszulegen wären, dass der Heimträger von den Bewohnern höhere Investitionskosten verlangen kann, als mit dem Sozialhilfeträger vereinbart, wenn sie Selbstzahler sind, eine gesetzgeberische Verletzung des Grundrechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus Art. 1 Abs. 1 Grundgesetz zu verzeichnen. Dies deshalb, weil dann – wie auch hier geschehen – wegen der höheren Investitionskostenforderung vom Selbstzahler dessen Einkommen und Vermögen zur Deckung seines Bedarfs nicht ausreichend sein kann und zugleich dem Sozialhilfeträger nach § 76 a Abs. 3 SGB XII die Gewährung entsprechender

²²⁰ SG Rostock v. 28.06.2022 – S 8 SO 60/21, BeckRS 2022, 15610.

Hilfen untersagt ist. Das menschenwürdige Existenzminimum des betroffenen Selbstzahlers wäre in diesem Fall nicht gewährleistet. Eine Auslegung von § 7 Abs. 3 WBVG, die zu einem verfassungswidrigen Ergebnis führt, verbietet sich. Vielmehr liegt es nach dem Sinn und Zweck der Norm und ihrer systematischen Stellung nahe, § 7 Abs. 3 S. 3 WBVG in Parallele zum voranstehenden § 7 Abs. 3 S. 2 WBVG dahingehend auszulegen, dass eine Differenzierung der Entgelte und Entgeltbestandteile zwischen verschiedenen (z.B. selbstzahlenden und Sozialhilfe in Anspruch nehmenden) Verbrauchern nur dann zulässig ist, wenn gerade diese Differenzierung in einer Vergütungsvereinbarung nach dem Zehnten Kapitel des SGB XII über Investitionskostenbeträge oder gesondert berechenbare Investitionskosten ausdrücklich geregelt und zugelassen ist. Bei einer solchen Auslegung wäre sowohl ein Widerspruch zwischen den Regelungen des WBVG und des SGB XII als auch eine Verletzung des Grundrechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus Art. 1 Abs. 1 GG vermieden.

Wenn man hier bedenkt, dass die Kommentarliteratur stets die Differenzierung nach § 7 Abs. 3 S. 3 nicht thematisiert und hier allein das SG Rostock²²¹ über die Auslegung zu diesem Ergebnis kommt, erscheint es daher angebracht, dieses Thema der Differenzierung zwischen Sozialhilfeempfängern und Selbstzahlern bei den Investitionskosten in § 7 Abs. 3 S. 3 WBVG zu überarbeiten.

Was das Ansetzen von Investitionskosten im Zusammenhang mit einer öffentlichen Förderung in Bezug auf das Entgelt angeht, kommt ein solcher Ansatz von Investitionskosten nach § 7 Abs. 3 S. 2 WBVG nicht in Betracht. Ob die Fördermittel aufgrund landes- oder bundesgesetzlicher Vorgaben gewährt werden, spielt keine Rolle. Entscheidend ist mit der Regelung beabsichtigt, dass die Fördermittel dem Verbraucher zugutekommen. Der Ausschluss kann aber nur in dem Rahmen gelten, in dem die Förderung erfolgt. Dies ergibt sich aus der Verwendung des Wortes „soweit“ in § 7 Abs. 3 S. 2 WBVG. Der Gesetzgeber wollte somit keinen Ausschluss bei der Leistung von Fördermitteln in vollem Umfang vornehmen. Soweit der Unternehmer für die öffentlich geförderten Leistungen wiederum Kosten, etwa eine Zinsbelastung, hat, können diese in Ansatz gebracht werden.

cc) Weitere Voraussetzungen

Die Wirksamkeit der Entgelterhöhung gemäß § 9 WBVG und damit auch der Anspruch auf die Zustimmung zu dieser Erhöhung setzt weiterhin voraus:

- Änderung der bisherigen Berechnungsgrundlage, z. B. im Anschluss an Vertragsverhandlungen mit Kostenträgern;
- Angemessenheit der Erhöhung und des erhöhten Entgelts (die Angemessenheitsprüfung entfällt für Erhöhungen aufgrund von entsprechenden Vereinbarungen mit Pflegekassen und Sozialhilfeträgern, da diese als angemessen gelten, § 9 Abs. 1 S. 3 WBVG);
- Entgelterhöhungen aufgrund von Investitionsaufwendungen sind nur zulässig, soweit

²²¹ SG Rostock v. 28.06.2022 – S 8 SO 60/21, BeckRS 2022, 15610.

sie nach der Art des Betriebs notwendig sind und nicht durch öffentliche Förderung gedeckt werden;

- schriftliche Mitteilung und Begründung der beabsichtigten Erhöhung unter Angabe des Zeitpunkts, zu dem die Erhöhung wirksam werden soll. *Hierbei ist zu beachten, dass der Bewohner das erhöhte Entgelt frühestens vier Wochen nach Zugang des hinreichend begründeten Erhöhungsverlangens schuldet;*
- die Begründung muss weiterhin unter Angabe des Umlagemaßstabes die Positionen benennen, für die sich durch die veränderte Berechnungsgrundlage Kostensteigerungen ergeben, und die bisherigen Entgeltbestandteile den vorgesehenen neuen Entgeltbestandteilen gegenüberstellen;
- der Bewohner hat rechtzeitig Gelegenheit zu erhalten, die Angaben des Einrichtungsträgers durch Einsichtnahme in die Kalkulationsunterlagen zu überprüfen.

(1) Angemessenheit des Entgelts

Nach § 7 Abs. 2 S. 2 und 3 WBVG gilt die aufgrund des SGB XI bzw. XII festgelegte Höhe des Entgelts für Verträge mit Verbrauchern, die Leistungen nach SGB XI bzw. SGB XII in Anspruch nehmen, *als vereinbart* und angemessen. Jedoch bezieht sich der Verweis in § 9 Abs. 1 S. 3 WBVG nur auf die Angemessenheit. Dieser regelt, dass § 9 Abs. 1 S. 2 WBVG – die Erforderlichkeit der Angemessenheit – nicht gilt, sofern es sich um vereinbarte Entgelte nach SGB XI bzw. SGB XII handelt.

§ 85 Abs. 6 SGB XI regelt:

„Pflegesatzvereinbarungen sowie Schiedsstellenentscheidungen nach Absatz 5 Satz 1 oder 2 treten zu dem darin bestimmten Zeitpunkt in Kraft; sie sind für das Pflegeheim sowie für die in dem Heim versorgten Pflegebedürftigen und deren Kostenträger unmittelbar verbindlich. Ein rückwirkendes Inkrafttreten von Pflegesätzen ist nicht zulässig. Nach Ablauf des Pflegesatzzeitraums gelten die vereinbarten oder festgesetzten Pflegesätze bis zum Inkrafttreten neuer Pflegesätze weiter.“ [Hervorhebung durch d. Verf.]

Danach besteht kein Verhandlungsspielraum für die Einrichtungen und Bewohner. Es war bisher fraglich, ob hier das Vertragsprinzip (Verbindlichkeit der Pflegesatzvereinbarung) auch bei Entgelterhöhungen nach SGB XI und XII gilt. Dies hat der BGH²²² verneint und die Einigung zwischen dem Bewohner und dem Heimbetreiber gefordert. Nach der Entscheidung des BGH gilt das Zustimmungserfordernis bei Entgelterhöhungen nach § 9 Abs. 1 WBVG auch für Entgelterhöhungen nach SGB XI und XII.

Daher ist auch hier zu prüfen, inwieweit Folgeänderungen aufgrund der Umsetzung der o.g. Rechtsprechung des BGH in § 7 Abs. 2 WBVG und in § 85 Abs. 6 S. 1 HS. 2 SGB XI einerseits sowie in § 8 Abs. 2 WBVG andererseits erforderlich sind. Auf die Ausführungen unter Teil II, Ziffer 2.2 wird verwiesen.

²²² BGH v. 12.05.2016 - III ZR 279/15, NZM 2016, 561, 564.

(2) Schriftliche Erhöhungsverlangen

Des Weiteren hat das Entgelterhöhungsverlangen schriftlich zu erfolgen und ist zu begründen.

So hat das LG Aurich²²³, entschieden, dass eine Entgelterhöhung nach § 9 WBGV eine Unterschrift oder ein rein notariell beglaubigtes Handzeichen bedarf. Allein ein Hinweis auf die maschinelle Erstellung des Erhöhungsverlangens – hier wegen gestiegener Investitionskosten – genügt nicht. Hintergrund ist, dass § 9 Abs. 2 S. 1 WBGV ein schriftliches Erhöhungsverlangen fordert. Aufgrund des Formmangels nach § 125 BGB sei das Entgeltverlangen nichtig bzw. gemäß § 6 Abs. 2 WBGV aufgrund Verstoßes gegen die Schriftform unwirksam. Die Voraussetzungen des § 126 BGB sind nicht nur bei der Begründung des Vertragsverhältnisses, sondern auch bei jeder Vertragsänderung, insbesondere zum Schutz des Verbrauchers einzuhalten.²²⁴ Nach § 126 BGB muss die Urkunde vom Aussteller eigenhändig unterschrieben werden oder mittels notariell beglaubigtem Handzeichen unterzeichnet werden, wenn das Gesetz die Schriftform vorschreibt. Im entschiedenen Fall fehlte jedwede Unterschrift oder auch ein notariell beglaubigtes Handzeichen – das Erhöhungsschreiben hatte lediglich den Verweis der maschinellen Erstellung, mit der Folge, dass die Schriftform nicht eingehalten wurde und das Schreiben kein Entgeltverlangen darstellte. Daher konnte der Betreiber auch kein erhöhtes Entgelt gemäß § 9 Abs. 1 WBGV vom Bewohner verlangen.

c) Entgelterhöhung aufgrund neuer Pflegesatzvereinbarung

In der Praxis stellt sich immer wieder die Frage, ob die Stellung des Entgelterhöhungsverlangens des Heimbetreibers gemäß § 9 WBGV, die vier Wochen bis zum Erhöhungstermin angekündigt werden muss (§ 9 Abs. 2 S. 4 WBGV), auch vor Wirksamwerden der Pflegesatzvereinbarung möglich ist und ob dies entsprechend in den Heimverträgen vereinbart werden kann.

Die Praxis der Heimaufsichtsbehörden lässt solche Klauseln nicht zuletzt unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des BVerwG²²⁵ auch unter der neuen Regelung des § 9 WBGV zu. Gemäß § 85 Abs. 6 SGB XI treten Pflegesatzvereinbarungen mit ihren Entgelten zu dem darin bestimmten Zeitpunkt in Kraft; sie sind für Heim, Bewohner sowie Kostenträger unmittelbar verbindlich. Nach § 7 Abs. 3 HeimG (nunmehr § 9 Abs. 2 WBGV) hingegen wird eine Entgelterhöhung jedoch frühestens vier Wochen nach Zugang des schriftlichen Erhöhungsverlangens wirksam. Dieser Widerspruch zwischen der Regelung des SGB XI (sofortige Wirksamkeit) und 9 WBGV (vier Wochenfrist) wird durch das BVerwG dadurch gelöst, dass das Erhöhungsverlangen des Betreibers nach § 7 Abs. 3 HeimG (nun § 9 Abs. 2 WBGV) bereits vor Wirksamwerden der Pflegesatzvereinbarung erfolgen kann, sofern der Betreiber die Bewohner insbesondere vorab darüber informiert, in welchen Positionen sich Kostensteigerungen ergeben und welche Entgelterhöhungen voraussichtlich erfolgen.

²²³ LG Aurich v. 15.09.2017 – 4 S 57/17, NZM 2018, 808.

²²⁴ Grüneberg/Weidenkaff, 82. Aufl., 2023, § 6 WBGV, Rn. 2.

²²⁵ BVerwG, v. 29.07.2009, Aktenzeichen 8 C 8/09, NVwZ-RR 2010, 64.

Später erfolgt dann ausschließlich die Information der Bewohner über die vereinbarten Entgelte, die die vier-Wochenfrist nicht erneut in Gang setzt. Der Zweck des Gesetzes (vormals § 7 Abs. 3 HeimG) sei mit der Information während der Pflegesatzverhandlung erfüllt.

Dieses Verfahren ermöglicht es dem Heim, zeitliche Diskrepanzen zwischen Wirksamwerden der Pflegesatzvereinbarung (auch rückwirkend) und dem Wirksamwerden der Entgelterhöhung mit einer Frist von vier Wochen nach § 9 WBVG auszuschließen, etwaigen Entgeltausfällen vorzubeugen und das Heim vor finanziellen Verlusten zu bewahren. Zudem gibt es dem Bewohner rechtzeitig die Möglichkeit, anstatt der Kündigung wegen erhöhtem Entgelt frühzeitig Sozialhilfe zu beantragen.

Gemäß der behördlichen Heimaufsichtspraxis sind Regelungen in Heimverträgen anerkannt / zulässig, die - sofern sich aufgrund des Wirksamwerdens der Pflegesatzvereinbarung Überzahlungen ergeben – festlegen, dass Überzahlungen mit Zinsen zurückzuzahlen sind. Dabei bietet sich bspw. eine Regelung entsprechend § 87a SGB XI an, nach der eine Verzinsung von ca. 5 % angesetzt wird.

d) Generelle Ausführungen zur Entgelterhöhung

Im Zusammenhang mit den Entgelterhöhungen sieht das SGB XI im Rahmen der Pflegesatzverhandlungen die Einholung einer schriftlichen Stellungnahme der Interessenvertretung der Bewohner, dem Heimbeirat oder dem Heimfürsprecher, vor (§ 85 Abs. 3 S. 2 SGB XI). Im Übrigen regelt das entsprechende Landesrecht die Mitwirkungspflicht des Heimbeirats bei der Entgelterhöhung.

Im Falle der Entgelterhöhung besteht ein Sonderkündigungsrecht des Bewohners. Er kann den Vertrag jederzeit zu dem Zeitpunkt kündigen, zu dem der Einrichtungsträger die Entgelterhöhung verlangt (§ 11 Abs. 1 S. 2 WBVG).

Der Unternehmer hat zudem bereits im konkreten Informationsschreiben auf die Entgeltanpassungsmöglichkeiten hinzuweisen.

e) Entgeltzahlung bei Abwesenheit

Bei einer *Abwesenheit des Verbrauchers* von länger als drei Tagen muss der Unternehmer die dadurch ersparten Aufwendungen auf das Entgelt anrechnen. Eine ähnliche Regelung findet sich regelmäßig in den Landesrahmenverträgen. Daraus schließt das BSG²²⁶, dass ein Abzug für die ersten drei Tage nicht zwingend ist, vielmehr die systematische Auslegung des § 87a Abs. 1 S. 7 SGB XI verdeutlicht, dass nicht zwingend Abschläge von der Vergütung ab dem vierten Abwesenheitstag im Kalenderjahr zu vereinbaren sind. Es steht den Vertragsparteien frei, für jede Abwesenheit von bis zu drei Kalendertagen keine Abschläge, d.h. die Zahlung der vollen Vergütung vorzusehen. Denn wenn der Gesetzgeber die Regelung der hier genannten Vergütungsbestandteile grundsätzlich den Vertragsparteien selbst überlässt, muss er, wenn er diese Vertragsfreiheit einer bestimmten Einschränkung unterziehen möch-

²²⁶ BSG (3. Senat) v. 25.01.2017 - B 3 P 3/15 R, BeckRS 2017, 108647.

te, diese besonders deutlich formulieren. Mit der Formulierung, Abschläge sind vorzusehen für Abwesenheitszeiträume, soweit drei Kalendertage überschritten werden, liegt es aber nahe, dass Abschläge bei Abwesenheit erst ab dem 4. Kalendertag zwingend zu erheben sind.

Zudem ist immer nur der jeweilige Zeitraum und nicht das Kalenderjahr maßgebend, so dass ein abzugsfreier Dreitagezeitraum mehrmals vorliegen kann. So führt das BSG aus, dass nach § 7 Abs. 5 WBG sich der Unternehmer, „soweit der Verbraucher länger als drei Tage abwesend ist“, den Wert der dadurch ersparten Aufwendungen auf seinen Entgeltanspruch anrechnen lassen muss. Im Vertrag kann eine Pauschalierung des Anrechnungsbetrages vereinbart werden. In Verträgen mit Verbrauchern, die Leistungen nach dem SGB XI in Anspruch nehmen, ergibt sich die Höhe des Anrechnungsbetrages aus den in § 87a Abs. 1 S. 7 SGB XI genannten Vereinbarungen (§ 7 Abs. 5 S. 1 bis 3 WBG). Diese Regelungen hat der Gesetzgeber vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des BSG in das WBG aufgenommen. Mangels anderer Anhaltspunkte kann sich auch diese Regelung nur auf jede einzelne Abwesenheit beziehen. Der WBG-Gesetzgeber nimmt hierbei ausdrücklich Bezug auf die durch Gesetz vom 28.5.2008 eingefügte Regelung des § 87a Abs. 1 S. 7 SGB XI. In der Gesetzesbegründung ist formuliert: „In Anlehnung an die Neuregelung in § 87a Absatz 1 Satz 7 SGB XI wird nunmehr eine Anrechnung des Wertes ersparter Aufwendungen ab dem dritten Tag einer Abwesenheit des Verbrauchers vorgegeben“.²²⁷ Der Gesetzgeber hat damit deutlich gemacht, dass er nicht nur die Drei-Tages-Regelung in § 7 Abs. 5 WBG, sondern in gleicher Weise auch die in § 87a Abs. 1 S. 7 SGB XI auf jede Abwesenheit des Heimbewohners bezieht. Somit kann nach dem BSG²²⁸ im Vertrag die Pauschalierung des Anrechnungsbetrages vorgesehen werden.

Wird dem Betreiber die Möglichkeit der Pauschale eingeräumt, so ist hierfür jedoch erforderlich, dass er dem Verbraucher die Möglichkeit einräumt, den Nachweis zu erbringen, dass der Unternehmer tatsächlich höhere Aufwendungen erspart hat.²²⁹ Andernfalls verstößt die Pauschalierung gegen zwingende Regelungen des AGB-Rechtes (§§ 305ff BGB; AGB-Recht) und ist unwirksam.²³⁰

Klauseln, die dagegen im Falle längerfristiger Abwesenheit (ab vier Tagen) des Bewohners den Eindruck vermitteln, die dann zu berücksichtigenden ersparten Aufwendungen würden auf einen bestimmten Zeitraum begrenzt, sind bereits wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot gemäß § 307 Abs. 1 BGB unwirksam. Regelungen, die bei längerer Abwesenheitsdauer die Berücksichtigung ersparter Aufwendungen nur für eine bestimmte Anzahl von Kalendertagen vorsehen, benachteiligen den Bewohner unangemessen und sind daher wegen Verstoßes gegen § 307 Abs. 1 BGB unwirksam.

Für Leistungsempfänger der Pflegeversicherung (SGB XI) ergibt sich der Anrechnungsbetrag hingegen zwingend aus den nach § 75 SGB XI geschlossenen Landesrahmenverträgen.

²²⁷ BT-Drucks 16/12409 S. 12.

²²⁸ BSG, a.a.O.

²²⁹ Gaiser, NJW 1999, 2311; BGH, NJW 1995, 321.

²³⁰ § 309 Nr. 5 BGB.

f) Anmeldegebühr / Platzgebühr

Aufgrund der Platzknappheit von Pflegeplätzen lassen sich Betreiber nicht selten Platz- und Reservierungsgebühren zahlen. Dem hat nunmehr der BGH²³¹ einen Riegel vorgeschoben. Der BGH hat entschieden, dass der Anwendungsbereich des § 15 Abs.1 WBVG nicht nur Verbraucher, die Leistungen der sozialen Pflegeversicherung im Sinne des § 28 SGB XI unmittelbar beziehen, sondern auch Verbraucher, die Leistungen einer privaten Pflegepflichtversicherung i.S.v. § 23 i.V.m. § 110 SGB XI erhalten und damit mittelbar Leistungen auf der Basis des Vierten Kapitels des SGB XI in Anspruch nehmen, umfasst.

Es ist mit § 15 Abs.1 S.1 1 WBVG in Verbindung mit § 87 a Abs. 1 SGB XI unvereinbar, eine Platz- oder Reservierungsgebühr auf der Basis des vertraglichen Leistungsentgelts – gegebenenfalls vermindert um pauschalierte ersparte Aufwendungen – für die Zeit vor der Aufnahme des Pflegebedürftigen in das Pflegeheim bis zum tatsächlichen Einzugstermin vertraglich festzulegen. Eine solche Vereinbarung ist gem. §15 Abs. 1 S. 2 WBVG, § 87a Abs. 1 S. 4 SGB XI unwirksam²³².

Der Entscheidung lag folgende Regelung im Heimvertrag zu Grunde:

„§ 29. Sondervereinbarung.

Vom Vertragsbeginn bis zum Einzugstermin entrichtet die Bewohnerin/der Bewohner eine Platzgebühr gem. § 17.“

g) Entgeltzahlung bei Tod

In Bezug auf den *Tod des Verbrauchers* regelt § 4 Abs. 3 WBVG, dass das Vertragsverhältnis mit dem Tod des Verbrauchers endet. Die Fortsetzung des Vertrages 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. Ersparte Aufwendungen sind hier gegenzurechnen. Hintergrund der Regelung ist, dass der überlassene Wohnraum in der Regel nicht sofort wieder belegbar ist (Abwicklung von Formalitäten, Benachrichtigung der Angehörigen, Räumung des Zimmers und Renovierung).²³³

Diese Zweiwochenregelung greift jedoch nicht, soweit der Bewohner Bezieher von Leistungen nach dem SGB XI bzw. SGB XII ist. Leistungen für den Todesfall sieht das SGB XI nicht vor. Der Anspruch auf Leistungen aus der gesetzlichen Pflegeversicherung erlischt mit dem Tode; dies folgt aus §§ 35, 49 SGB XI sowie § 87a Abs. 1 S. 2 SGB XI (stationäre Pflegeeinrichtung – §§ 41 – 43 SGB XI), wonach die Zahlungspflicht des Heimbewohners oder des

²³¹ BGH v. 15.7.2021 – III ZR 225/20, NJW 2021, 3597.

²³² BGH v. 4.10.2018 – III ZR 292/17, NJW 2019, 53.

²³³ BT-Drucks. 16/12409, Zu § 4 Abs. 3, 19.

Kostenträgers mit dem Tag endet, an dem der Heimbewohner verstirbt.²³⁴

Gemäß § 15 WBVG kann von den zwingenden Regelungen des Sozialrechts nicht abgewichen werden.

1.7.2 Entgeltanpassung Ambulante Pflege

In der stationären Pflege gibt es klare Regeln, was das Heim bei einer Erhöhung der Entgelte beachten muss. In der ambulanten Pflege gibt es keine spezialgesetzliche Regelung hierzu. So erfahren Pflegebedürftige in der Praxis von etwaigen Preissteigerungen oft erst auf ihrer Abrechnung. Auch kommt es vor, dass Entgelte rückwirkend, also für bereits erbrachte Leistungen, erhöht werden.

1.7.2.1 Zwei Wochenfrist in AGB angemessen

Das OLG Stuttgart²³⁵ hatte zu allgemeinen Geschäftsbedingungen in einem ambulanten Pflegevertrag zu entscheiden, der eine Regelung zur Entgelterhöhung enthielt. Dabei ging es um folgende Regelung:

„Dem Kunden gegenüber ist die bezifferte Entgelterhöhung spätestens zwei Wochen vor dem Zeitpunkt, an dem sie wirksam werden soll, schriftlich geltend zu machen und zu begründen“.

Hintergrund der Regelung ist, dass gemäß § 89 Abs. 3 S. 2 i. V. m. § 85 Abs. 6 S. 1 SGB XI Vereinbarungen über die Vergütung der anerkannten Pflegeleistungen und der hauswirtschaftlichen Versorgung grundsätzlich zwischen dem Träger des Pflegedienstes und den Leistungsträgern (Pflegekassen, sonstige Sozialversicherungsträger, Träger der Sozialhilfe) ausgehandelt werden, dass diese Pflegesatzvereinbarungen zu dem darin bestimmten Zeitpunkt in Kraft treten und für den Pflegedienst sowie den Pflegebedürftigen und dessen Kostenträger unmittelbar verbindlich sind. Ein rückwirkendes Inkrafttreten dieser Pflegesätze ist grundsätzlich nicht zulässig (§ 85 Abs. 6 S. 1 und 2 SGB XI).

Die oben genannte Regelung (zwei Wochenfrist zur Ankündigung) im Pflegevertrag wurde vom OLG Stuttgart gehalten. Bereits das LG Stuttgart hatte keine Unwirksamkeit dieser Klausel angenommen, da nach der Rechtsprechung des BGH²³⁶ dem Pflegeversicherungsrecht Vorrang vor zivilrechtlichen Regeln zukomme. Wenn danach ohne Karenzzeit eine Änderung der Vergütungssätze sofort mit ihrer Vereinbarung in Kraft trete, so stelle die Selbstauflegung einer Vorankündigungsfrist von zwei Wochen keine unangemessene Interessenwahrnehmung des Bewohners dar. Für eine längere Ankündigungsfrist sei danach kein Raum. Dem folgt im Ergebnis auch das OLG Stuttgart unter Hinzuziehung der alten Rege-

²³⁴ So auch BVerwG v. 02.06.2010, 8 C 24.09 (hinsichtlich § 8 Abs. 8 HeimG a. F.), zu finden unter: www.bverwg.de, wonach das BVerwG in Heimverträgen mit Leistungsempfängern der sozialen Pflegeversicherung eine Klausel, die die Pflicht zur Weiterzahlung von Bestandteilen des Heimentgelts (hier Wohnraum- und wohl auch Investitionskosten) über den Sterbetag hinaus für unzulässig und unwirksam ansieht; anders jedoch insbesondere für Verträge mit Selbstzahlern und Pflegeeinrichtungen, die nicht nach § 72 SGB XI zugelassen sind. Hintergrund ist hier die Auslegungsfähigkeit des § 8 Abs. 8 HeimG a. F. im Vergleich zu § 7 Abs. 3 HeimG a. F.

²³⁵ OLG Stuttgart v. 31.07.2008 – 2 U 17/08, BeckRS 2011, 4225.

²³⁶ BGH v. 03.02. 2005 - III ZR 411/04, NJW-RR 2005, 777.

lung des § 7 Abs. 3 HeimG (nunmehr § 9 Abs. 2 WVBG). § 7 Abs. 3 HeimG sieht vor, dass eine Entgelterhöhung nur wirksam ist, wenn sie vom Träger des Bewohners gegenüber spätestens vier Wochen vor dem Zeitpunkt, an dem sie wirksam werden soll, schriftlich geltend gemacht und begründet wurde. Die Frist dient dazu, dass der Bewohner die Kalkulationsunterlagen einsehen und ggf. sein Kündigungsrecht aus § 8 Abs. 2 S. 2 HeimG (nunmehr §§ 11 Abs. 1 S. 2 WVBG) wahrnehmen kann²³⁷. Vormalig hatte die Frist im Heimgesetz zwei Wochen betragen²³⁸. Da der Heimbewohner in der Frist von zwei Wochen sein Einsichtsrecht in die Kalkulationsunterlagen und auch sein sich daraus ergebendes Kündigungsrecht zumeist nicht realisieren kann, da er in einem sehr kurzen Zeitraum einen zumutbaren Heimplatz kaum finden können, hat der Gesetzgeber die Frist Heimgesetzes auf vier Wochen erhöht²³⁹.

Das OLG Stuttgart hält jedoch bei ambulanten Pflegeverträgen eine entsprechende Anwendung des § 7 Abs. 3 HeimG (§ 9 Abs. 2 WVBG) nicht für sachgerecht, da sich eine vergleichbare Vorschrift nicht im Gesetz zur Sozialen Pflegeversicherung findet. Dabei kann dem Gesetzgeber diese Problemlage nicht entgangen sein, zumal er in § 11 Abs. 3 SGB XI bestimmt, dass die Bestimmungen des HeimG (nunmehr des WVBG) unberührt bleiben. Trotz dieser abgrenzenden Bezugnahme hat der Gesetzgeber auf einen Verweis oder eine ähnliche Regelung verzichtet. Danach kann § 7 Abs. 3 HeimG nicht uneingeschränkt Leitbildcharakter beanspruchen. Bedenkt man, was den Gesetzgeber geleitet hat, die vormalige Ankündigungsfrist von zwei auf vier Wochen anzuheben (Einsichtsdauer in Kalkulationsunterlagen für die Entgelterhöhung, Zeit für die Kündigungsentscheidung und Vorbereitung des Heimwechsels), so begegnet die Einräumung von (nur) zwei Wochen in der Regelung, in Entsprechung zur vormaligen Frist im HeimG, keinen durchgreifenden Bedenken. Hierzu führt das OLG Stuttgart weiter aus, dass im Rahmen der ambulanten (Kranken-)Pflege Einsichtsrechte in Kalkulationsunterlagen nicht ersichtlich sind. Im Übrigen ist ein aufgrund einer Entgelterhöhung vorgenommener Wechsel des Anbieters nicht mit so gravierenden Folgen verbunden wie ein Wechsel des Heims; denn bei einem ambulant Versorgten ist kein Umzug unter Mitnahme seiner persönlichen Habe und keine Verlegung seines Lebensmittelpunktes notwendig. Deshalb begegnet die zwei Wochen Frist, die dem Gesetzgeber früher im Heimrecht für genügend erschien, für diese Fallgestaltung keinen durchgreifenden Bedenken.²⁴⁰

Diese Situation hat sich aufgrund des Personalmangels in den letzten Jahren jedoch für die ambulant betreuten Pflegebedürftigen verschärft und ist daher nicht mehr interessengerecht. Wie bereits bei anderen Aspekten des Pflegevertrags ist die Asymmetrie der Regelungen für die gepflegte Person und den Pflegedienst in der rollenspezifischen Unterlegenheit der gepflegten Person begründet. Bei der Frage der vertraglichen Anpassungsmöglichkeiten beider Parteien lässt sich dieser Schutzgedanke insbesondere auch durch einen asymmetrisch ausgestalteten Zeitpunkt der gewünschten Änderungen flankieren. Die vom Pflegeleistenden ausgehenden Änderungsbedarfe sollten erst nach Ablauf einer vier-Wochen-Frist wirksam werden. Auf Grund der besonderen Situation der ambulanten Pflege und dem Umstand, dass die Pflege auch im Kombinationsmodell nach § 38 SGB XI erfolgen kann, muss die

²³⁷ BT-Drs. 14/6366 S. 31.

²³⁸ BT-Drs. 14/5399 S. 23 zu § 7 HeimG, Abs. 3; 14/6366 S. 31.

²³⁹ BT-Drs. 14/6366 S. 31.

²⁴⁰ OLG Stuttgart, a.a.O.

gepflegte Person ausreichend Zeit für eine Anpassung des Pflegearrangements ggf. auch für Absprachen mit pflegenden Angehörigen / Bekannten / Freundeskreis haben. Insbesondere für Situationen, in denen die gepflegte Person durch Entgelterhöhung erstmals Anspruch auf Sozialleistungen hat, ist ein solcher Zeitraum nötig, um eine rechtzeitige Beantragung und Leistung der Sozialleistungsträger sicherstellen zu können.²⁴¹ Dies gilt auch für zusätzliche Leistungen, d.h. Leistungen, die über die von der Pflegekasse bewilligten Leistungen hinausgehen. So haben gepflegte Personen die Möglichkeit, sich auf finanzielle Änderungen einzustellen und ggf. Sozialhilfeleistungen (neu) zu beantragen. Der Grundsatz des jetzigen § 120 Abs. 4 SGB XI ist hierauf zu erstrecken.

1.7.2.2 Jederzeitiges Kündigungsrecht des Pflegebedürftigen

Der Gesetzgeber hat lediglich in § 120 Abs. 2 S. 2 SGB XI in der ab dem 30.10.2012 geltenden Fassung das jederzeitige Kündigungsrecht des Pflegebedürftigen eingeführt, was natürlich auch bei Entgelterhöhungen gilt, sofern sich der Pflegebedürftige hier lösen möchte. Die Präzisierung greift die Entscheidung des BGH vom 09.06.2011)²⁴² auf und dient hinsichtlich zugelassener Pflege- und Betreuungsdienste der Rechtssicherheit. Dadurch entfällt der bisherige §10 Abs. 2 S. 2 SGB XI (probeweise Inanspruchnahme), der durch die Klarstellung entbehrlich wird und die zwei Wochenfrist ab nach dem ersten Pflegeeinsatz.²⁴³ § 120 Abs. 2 S. 2 SGB XI a.F (bis zum 29.10.2012) regelte allein die Kündigung eines Vertrags über ambulante pflegerische Leistungen innerhalb einer Frist von zwei Wochen nach dem ersten Pflegeeinsatz, ohne im Übrigen in die bestehenden Kündigungsregelungen des Dienstvertragsrechts einzugreifen. Der BGH entschied, dass eine vom ambulanten Pflegedienst gestellte Geschäftsbedingung in einem Vertrag über ambulante pflegerische Leistungen, nach der der Kunde den Pflegevertrag mit einer Frist von zwei Wochen ordentlich kündigen konnte, den Pflegebedürftigen unangemessen benachteiligt und daher unwirksam ist.

Denn die Regelung des § 120 Abs. 2 SGB XI lässt die allgemein geltenden Vorschriften des Dienstvertragsrechts, insbesondere § 621 Nr. 5 BGB, unberührt. Der alten Regelung konnte auch im Umkehrschluss nicht entnommen werden, dass, abgesehen von Fällen einer fristlosen Kündigung nach § 626 BGB, ein Pflegevertrag nach Ablauf von zwei Wochen nach dem ersten Pflegeeinsatz nur noch unter Inanspruchnahme einer bestimmten Frist und unter Angabe bestimmter Gründe gekündigt werden konnte. Zwar mögen solche Vorstellungen im Gesetzgebungsverfahren bestanden haben, wofür sprechen könnte, dass die Vereinbarung einer Kündigungsfrist – auch durch einseitig gestellte Vertragsbedingungen – als nicht problematisch angesehen wurde. Es fehlte indes eine nähere, über die Dauer einer probeweisen Inanspruchnahme des Pflegedienstes hinausreichende Begründung der Vorstellungen des Gesetzgebers, die den Schluss zuließen, er habe in die bestehenden Kündigungsregelungen des Dienstvertragsrechts eingreifen wollen. Da beim ambulanten Pflegevertrag die Dienste, schwerpunktmäßig und typisierend als Dienste höherer Art zu qualifizieren sind, ist in der Abbedingung der jederzeitigen Kündigungsmöglichkeit für den Pflegebedürftigen, der – ob zu Recht oder Unrecht – sein Vertrauen in die Tätigkeit des Pflegedienstes verloren hat, eine

²⁴¹ Rechtsgutachten zur Erarbeitung gesetzlicher Regelungen für ambulante Pflegeverträge, S. 36 f., abrufbar unter: https://www.vzbv.de/sites/default/files/2023-06/23-06-20_ZSH-Rechtsgutachten-ambulante%20Pflegevertr%C3%A4ge.pdf.

²⁴² BGH v. 09.06.2011 – III ZR 203/10, NJW 2011, 2955.

²⁴³ Drucksache 17/9369.

unangemessene Benachteiligung seiner Interessen zu sehen. Daher war die Regelung unwirksam. Dies umsetzend gilt nunmehr in § 120 SGB XI die jederzeitige Kündigung – ohne Einhaltung einer bestimmten Frist – entsprechend dem Dienstvertragsrecht.

1.7.2.3 Verknüpfung mit Vergütungsvereinbarungen - Fristigkeiten

Die für die pflegerische Tätigkeit bzw. die durchgeführten Leistungen berechneten Entgelte sind in der ambulanten Pflege durch den jetzigen § 120 SGB XI an die kollektivrechtliche Vergütungsvereinbarung gem. § 89 SGB XI geknüpft. Diese Bindung an die kollektivrechtliche Preisgestaltung gilt nicht nur für die von der Pflegekasse übernommenen Sachleistungen nach §§ 36 ff. SGB XI, sondern begrenzt gem. § 120 Abs. 4 S. 2 SGB XI auch die Entgelte für die zusätzlichen Leistungen ihrer Höhe nach. Schuldnerin des Vergütungsanspruchs aus dem Pflegevertrag ist grundsätzlich die Pflegekasse, im Falle der Inanspruchnahme von zusätzlichen Leistungen die gepflegte Person selbst.²⁴⁴ Im Rahmen von Verhandlungen werden die Vergütungsvereinbarungen regelmäßig angepasst. Für entsprechende Preisanpassungen stellt sich die Frage, inwiefern diese auch rückwirkend für die individualvertragliche Pflegevereinbarung gelten können – insbesondere vor dem Hintergrund, dass eine rückwirkende Entgelterhöhung die gepflegten Personen je nach ihrer finanziellen Situation individuell sehr unterschiedlich stark belastet.

Daher wird gefordert, dass zum einen eine konkrete zeitliche Begrenzung der Rückwirkung eingeführt wird, damit für gepflegte Personen die zusätzliche nachträgliche Kostenbelastung sowohl nachvollziehbar als auch planbar bleibt. Zum anderen sind Regelungen für jene Personen von Nöten, die aus finanziellen Gründen staatliche Transferleistungen empfangen. Besteht jenseits der festgesetzten Höchstbeträge der sozialen Pflegeversicherung (§ 36 Abs. 3 SGB XI) ein weitergehender Pflegebedarf, so wird dieser bei festgestellter sozialer Bedürftigkeit über die Sozialhilfe gedeckt – im Rahmen der Hilfe zur Pflege. Um eine lückenlose Bedarfs- und Kostendeckung sicherzustellen, sollten jene Personen, die die Hilfe zur Pflege bereits in Anspruch nehmen, diese im Zuge der Entgelterhöhung rechtzeitig geltend machen sowie sich auf den Kenntnisgrundsatz nach § 18 SGB XII berufen können.²⁴⁵ Diese Möglichkeit muss den Betroffenen aber auch eingeräumt werden.

Es ist nicht nachvollziehbar, wieso es zu Entgeltanpassungen keine klare Regelungen und Vorgaben in der Sozialen Pflegeversicherung für die ambulante Pflege gibt, insbesondere zur Ankündigung und Umsetzung von Entgelterhöhungen. Im SGB XI existiert keine Norm, die eine Entgelterhöhung im ambulanten Pflegesetting regelt. Lediglich, dass der Pflegedienst schriftlich bei jeder wesentlichen Änderung zu unterrichten hat, ist in § 120 Abs. 3 S. 2 SGB XI geregelt, nicht jedoch der Zeitpunkt und auch keine entsprechende Frist. Die Erhöhungen dürfen hier auch nicht rückwirkend gelten, sondern sollten ebenfalls vier Wochen zuvor schriftlich angekündigt und begründet werden. Auch in den weiteren Punkten soll sich die Regelung an § 9 WBVG orientieren, der die Voraussetzungen für Entgelterhöhungen im stationären Bereich festlegt. Allein das jederzeitige Kündigungsrecht des § 120 Abs. 2 SGB

²⁴⁴ Rechtsgutachten zur Erarbeitung gesetzlicher Regelungen für ambulante Pflegeverträge, S. 35, abrufbar unter: https://www.vzbv.de/sites/default/files/2023-06/23-06-20_ZSH-Rechtsgutachten-ambulante%20Pflegevertr%C3%A4ge.pdf.

²⁴⁵ Ebenda.

XI gewährt dem Verbraucher keinen Schutz, da er aufgrund der angespannten Pflegelage keinen Ersatz findet und die Kündigung kein adäquates Mittel darstellt.²⁴⁶

1.7.3 Entgeltanpassung bei betreutem Wohnen mit Unterstützungsleistungen – hier in Bezug auf Grundleistungspauschalen

Bei betreutem Wohnen ist es in der Praxis üblich, dass neben der Miete die Serviceleistungen, sofern diese im Mietvertrag mit verankert sind, über eine Grundpauschale abgegolten werden. In diesem Zusammenhang ist auf eine weitere Thematik hinzuweisen:

Die meisten Vermieter vereinbaren eine Miete, die eine Servicepauschale inkludiert (Insgesamtmiete), wobei diese Serviceleistungen (Grundleistungen) nur in Form von Unterstützungsleistungen erfolgen, um nicht unter das Regime des WBVG zu fallen. Dieses einheitliche Entgelt wird dann dem Indexierungsregime über § 557b BGB zugrunde gelegt.

Wie mit der Grundpauschale und einer Indexierung umzugehen ist, ist gesetzlich nicht geregelt. Das Preisklauselgesetz (PrKG) würde gegen eine Indexierung sprechen. Lediglich über die Regelung des § 557 b BGB kann daher eine Pauschale indexiert werden.

Die Grundleistungen werden dabei als Servicepauschale angeboten. Es handelt sich bei den Grundleistungen um Pauschalen, weil hier Leistungen unabhängig davon monatlich abgerechnet werden sollen, ob oder wie oft sie tatsächlich in Anspruch genommen wurden. Da es sich bei § 557b BGB um eine Vorschrift des Wohnraummietrechts handelt, wird hier die Ausgestaltung so gewählt, dass der Schwerpunkt der Leistung im Mietrecht liegt.

Die verwendete Vertragskonstruktion des betreuten Wohnens mit Service kombiniert die Wohnraumüberlassung, eine typische Mietkonstellation, mit Serviceleistungen, welche je nach Ausgestaltung dem Dienst- oder Werkvertragsrecht unterliegen. Bei solchen gemischten Verträgen geht der BGH davon aus, dass es dennoch einen Vertragstyp gibt, der den Schwerpunkt des Vertrages bildet. Hierdurch will er eine Zerlegung des jeweiligen Vertrages in seine Bestandteile verhindern²⁴⁷. Der Schwerpunkt von Mietverträgen mit Serviceleistungen liegt wegen der dienstrechtlich meist geringeren Komponenten im Mietrecht. Abgrenzungskriterien sind hier Bedeutung und Ausmaß der Serviceleistungen²⁴⁸.

- a) So wird daher in der Literatur vertreten, dass die Erhöhung für die Bereithaltung der für die Betreuung zu entrichtenden Pauschale sich nicht nach dem Mietrecht richtet. Für eine isolierte Erhöhung der Betreuungspauschale sprach sich auch das LG Mannheim²⁴⁹ aus, wobei im entschiedenen Fall jeweils ein Miet- und ein Servicevertrag separat abgeschlossen wurden. Der Servicevertrag sah dann eine einseitige Erhöhung vor:

§ 8 V Vertrag enthält folgende Regelung: „Der Serviceanbieter ist berechtigt, die Ver-

²⁴⁶ So auch das Rechtsgutachten zur Erarbeitung gesetzlicher Regelungen für ambulante Pflegeverträge, S. 36 f., für die Verbraucherzentrale Bundesverband e.V., abrufbar unter: https://www.vzbv.de/sites/default/files/2023-06/23-06-20_ZSH-Rechtsgutachten-ambulante%20Pflegevertr%C3%A4ge.pdf

²⁴⁷ BGH v. 10.1.2019 – III ZR 37/18, NZM 2019, 221.

²⁴⁸ MüKo/Hübelein, Vor § 535 BGB, 5. Aufl. 2008, Rn. 55

²⁴⁹ LG Mannheim v. 28.09.2007 - 1 S 60/07, NJW-RR 2008, 652.

gütung für den Grundservice zu erhöhen, wenn bei ihm entsprechende Kostenerhöhungen eingetreten sind. Dies wird er durch Nachweis einer entsprechenden Kalkulation darlegen. Die Erhöhung darf nur einmal im Kalenderjahr erfolgen und ist mindestens einen Monat vor Inkrafttreten schriftlich anzukündigen.“

Das LG Mannheim sah in dieser Regelung einen Verstoß gegen § 307 BGB. Eine Preisanpassungsklausel in einem Servicevertrag im Rahmen des betreuten Wohnens, die den Serviceanbieter berechtigt, die Vergütung zu erhöhen, „... wenn bei ihm entsprechende Kostenerhöhungen eingetreten sind ...“ benachteiligt die Kunden des Verwenders unangemessen und ist nach § 307 BGB unwirksam. An die Stelle der unwirksamen Klausel kann im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung eine Regelung treten, die sich an§ 7 Abs. 3 HeimG (nunmehr § 9 WBVG) orientiert.

- b) Es wird aber auch argumentiert, dass die Pauschale nicht vom Mieter tatsächlich in Anspruch genommene Leistungen vergütet, sondern vielmehr Entgelt für das Bereithalten dieser Leistungen in der Wohnanlage ist; was dafür spricht, sie als Gegenleistung für die Überlassung der Wohnung mit der Möglichkeit einzustufen, diese in Anspruch nehmen zu können. Dies wird umso mehr gelten, sofern nur ein einheitlicher Vertrag geschlossen wurde. Bei dieser Bewertung wären für Erhöhungen des einheitlich zu betrachtenden Entgelts die §§ 557 ff. BGB maßgeblich.²⁵⁰ Dies würde dem Vermieter die Anpassung des Entgelts ohne großen Aufwand ermöglichen, d.h. ohne Begründungszwang und Ankündigung.

Da das BGB für den Bereich des betreuten Wohnens betreffend die Mieterhöhung, insbesondere die Indexierung nach § 557b BGB (Indexierung der Miete mit oder ohne Serviceteil), keine Sonderregelungen enthält, wäre diese Frage entweder durch die Rechtsprechung zu entscheiden oder aber der Gesetzgeber wird tätig und entscheidet hier über die Rechtsfolgen entweder über eine Anlehnung an das Mietrecht / Dienstvertragsrecht oder aber die entsprechende Anwendung des § 9 WBVG.

1.8 Bewohnersicherheiten

1.8.1 Betreutes Wohnen

Für den Wohnraummietvertrag im betreuten Wohnen gilt § 551 BGB. Danach darf die Mietsicherheit höchstens das Dreifache der auf einen Monat entfallenden Miete ohne Betriebskosten betragen (§ 551 Abs.1 BGB). Da auf die Sicherheit gemäß Mietvertrag abgestellt wird, werden davon alle Arten an Sicherheiten (Kautions, Bürgschaft, Hinterlegung etc.) erfasst.²⁵¹ Ist als Sicherheit eine Geldleistung zu stellen, so ist der Mieter zu gleichen monatlichen Teilzahlungen berechtigt (§ 551 Abs 2 BGB). Nach der Rechtsprechung des BGH steht dem Mieter ein Bereicherungsanspruch zu, soweit die vom Mieter erbrachte Kautions drei Monatsmieten übersteigt, der binnen drei Jahren nach Ablauf des Jahres verjährt, in dem der

²⁵⁰ Arnold Lehmann-Richter, Mischmietverhältnisse – Abgrenzung der Wohnraummiete von Heimrecht, betreutem Wohnen und Genossenschaftsrecht, MietRB 2011, 126.

²⁵¹ BGH 107, 210; Grüneberg/Weidenkaff, § 551, Rn. 3

Mieter den überschießenden Betrag gezahlt hat.²⁵² Nach der Literatur kann dies aber nicht bedeuten, dass der Vermieter den überschießenden Betrag dauerhaft behalten könnte. Denn die mit dem Mietvertrag verknüpfte Sicherungsabrede wird dem Grunde nach durch die Überhöhung nicht betroffen, so dass mit Beendigung des Mietverhältnisses hinsichtlich der gesamten Kautionsleistung ein Abrechnungs- und, vorbehaltlich eventuell bestehender Forderungen des Vermieters, ein Rückzahlungsanspruch entsteht.²⁵³ Der BGH spricht nur davon, dass vor dem Rückerhalt der Wohnung keine Verpflichtung zur Herausgabe der Kautions besteht.²⁵⁴

Da in § 551 Abs.3 S.5 BGB Studenten- und Jugendwohnheime explizit genannt werden, bei denen neben dem Wohnraum auch gewisse über den normalen Wohngebrauch hinausgehende besondere Gemeinschaftsräume und Serviceleistungen vorhanden sind, umfasst die Drei Monatskaution auch die von dem Mietgebrauch mitgezogenen Serviceleistungen des betreuten Wohnens, jedenfalls, soweit diese nicht im Mietvertrag separat kostenmäßig ausgewiesen sind. Es wäre gesetzgeberisch zu überlegen, ob nicht der Vermieter im betreuten Wohnen künftig dazu verpflichtet sein soll, Betreuungs- und Serviceleistungen neben der Wohnraumüberlassung explizit kostenmäßig transparent auszuweisen, zum einen um den Wohnungsmietern Kostentransparenz zu verschaffen, zum anderen um den zulässigen Kautionsbetrag für die reine Wohnraumnutzung im Sinne des § 551 BGB zu definieren und zum dritten, um eine Preiskontrolle nach einschlägigen Mietspiegeln zu ermöglichen.

Im ambulanten Pflegevertrag als zivilrechtlicher Dienstvertrag (§§ 611 ff. BGB) sind regelmäßig keine Sicherheiten vorgesehen; dementsprechend sehen gängige Vertragsmuster auch keine Sicherheiten vor.²⁵⁵ Solche Klauseln in ambulanten Pflegeverträgen wären dann wohl auch überraschend und aufgrund eines Verstoßes gegen AGB-Recht nicht Vertragsbestandteil (§ 306c BGB) bzw. ein Verstoß gegen das sich aus § 14 Abs. 2 i.V.m. § 1 Abs. 2 WBVG ergebende gesetzliche Leitbild (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB), wonach bei verschiedenen Verträgen über Wohnraumüberlassung und Pflege und Betreuung nur für den Wohnraumbereich Sicherheit verlangt werden darf.²⁵⁶

1.8.2 Stationäre Einrichtung

Die Sicherheitsleistungen für WBVG-Bewohnerverträge finden sich im nicht abdingbaren § 14 WBVG (vgl. § 16 WBVG). Danach kann der Unternehmer vom Verbraucher Sicherheit verlangen bis zum Doppelten des auf einen Monat entfallenden Entgelts. Diese Beschränkung der Mietsicherheit auf zwei Monatsentgelte ist umfassend, so dass sie z.B. auch eine Beitrittserklärung zum WBVG-Vertrag, in der ein Angehöriger sich unbeschränkt verpflichten

²⁵² BGH v. 07.05.2014 – VIII ZR 234/13, NJW 2014, 2496.

²⁵³ Riecke, Fristlose Kündigung wegen fortdauernder unpünktlicher Mietzahlungen, IMR 2011, 310; Bub/von der Osten, Verjährung des Anspruchs auf Rückzahlung einer überhöhten Kautions, Fachdienst Miet- und Wohnungseigentumsrecht 2011, 320421; NJW-Spezial 2011, 546.

²⁵⁴ BGH v. 01.06.2011 – VIII ZR 91/10, NZM 2011, 625, 626.

²⁵⁵ Vgl. Beck'sche Online-Formulare Medizinrecht (Torben Bartels/Anja Möwisch/Richter Rechtsanwälte), 36 Edition 2023, Stand: 01.02.2020, 14.1.1 Pflegevertrag bei ambulanter Pflege; AOK-Muster-Pflegevertrag Vertrag über die Erbringung häuslicher Pflege nach § 120 SGB XI; abrufbar unter:

https://www.aok.de/gp/fileadmin/user_upload/Pflege/Ambulante_Pflege/pflege_pflegevertrag_hausliche_pflege_2013.pdf.

²⁵⁶ Ziegler, Ambulante Pflegedienstverträge und AGB-Recht: Terra incognita?, GUP 2012, 21,22; Grüneberg/Weidenkaff, § 14 WBVG Rn. 2.

soll, Zahlungen für den pflegebedürftigen Bewohner zu übernehmen, ausschließt.²⁵⁷ Der BGH hat allerdings bislang offen gelassen, ob § 14 Abs. 1 S. 2 WVBG, der nur von einer Sicherheit in Form des Doppelten des monatlichen Entgelts spricht und der § 14 Abs.1 S.3 WVBG, der nur Garantie und Zahlungsverprechen von Kreditinstituten und Kreditversicherern erwähnt, überhaupt andere nicht in § 14 WVBG genannte Sicherheiten wie z.B. die Schulbeitrittserklärung des Angehörigen, zulassen.²⁵⁸ Bei WVBG-Verträgen mit separaten Verträgen für Wohnraumüberlassung und Pflege und Betreuung darf nur für den Entgeltteil aus dem Vertrag zur Wohnraumüberlassung die Sicherheit der zwei Monatsmieten verlangt werden. § 14 Abs. 4 WVBG schließt das Recht zum Verlangen von Mietsicherheiten in Verträgen mit Verbrauchern aus, die (Sach-)Leistungen der Pflegeversicherungen gemäß §§ 42, 43, 85, 91 SGB XI in Anspruch nehmen oder Sozialhilfe in Einrichtungen gemäß SGB XII erhalten. Der BGH hat allerdings die Kautionsforderung in Höhe von zwei Monatsentgelten in einem Bewohnervertrag bei einer durch Versorgungsvertrag zugelassenen stationären Pflegeeinrichtung (§ 72 Abs. 1 SGB XI) akzeptiert, in der keine Pflegesatzvereinbarung (§§ 85, 91 Abs. 1 SGB XI) abgeschlossen war; dies gilt auch gegenüber Verbrauchern, die berechtigt sind, Hilfe in Einrichtungen nach dem SGB XII in Anspruch zu nehmen.²⁵⁹

Es ist schwer nachzuvollziehen, warum § 14 Abs. 1 WVBG im Grundsatz für das gesamte Heimentgelt die Sicherheit von zwei monatlichen Gesamtentgelten für Wohnraumüberlassung und Betreuung und Pflege zulässt, wohingegen bei gleicher Leistung nur mit unterschiedlicher betrieblicher Strukturierung durch zwei verschiedene Verträge für Wohnraumüberlassung einerseits und für Pflege und Betreuung andererseits (§ 1 Abs.2 WVBG) der Betreiber nur Sicherheit für die Wohnraumüberlassung verlangen kann (§ 14 Abs.2 WVBG). Hinzu kommt in Bezug auf die Pflegeleistungen, dass auch ohne Pflegesatzvereinbarung (BGH akzeptiert Sicherheit durch zwei Monatsentgelte Kautions) der Bewohner einen (auf 80% reduzierten) Kostenerstattungsanspruch gegen die Pflegekasse hat (§ 91 Abs.2 SGB XI), also das Sicherungsbedürfnis in diesem Bereich nicht im gleichen Umfang wie bei der Wohnraumüberlassung besteht. Generell sollte im WVBG die Bewohnersicherheit an die Wohnungsmiete in § 551 BGB gesetzlich angeglichen werden und sich nur auf den Entgeltbestandteil betreffend die Wohnraumüberlassung beziehen.

1.9 Schlechtleistung und Mangelhaftigkeit

1.9.1 Betreutes Wohnen

Im Rahmen des Wohnungsmietrechts stehen dem Mieter im betreuten Wohnen bei Mietmängeln, also wenn die Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch mehr als unerheblich eingeschränkt wird, die Gewährleistungsrechte gemäß §§ 535 ff. BGB zu, insbesondere: Mietminderung bei Sach- und Rechtsmängeln; die Miete mindert sich dabei kraft Gesetzes (§ 536 Abs.1 BGB), in der Vergangenheit zu viel gezahlte Miete kann der Mieter vom Vermieter zurückfordern; ferner Schadensersatz geltend machen inkl. das Recht, die Mängel selbst zu beseitigen und die dafür angefallenen Kosten zu verlangen (§ 536a BGB).

²⁵⁷ BGH v. 21.05.2015 – III ZR 263/14, NZM 2015, 635; OLG Zweibrücken v. 23.07.2014 – 1 U 143/13; GuP 2014, 240.

²⁵⁸ BGH, aaO, NZM 2015, 636.

²⁵⁹ BGH v. 05.04.2018 – III ZR 35/17, BeckRS 2018, 6344.

Beim ambulanten Pflegevertrag gilt Dienstvertragsrecht gemäß §§ 611 ff. BGB. Das Dienstvertragsrecht kennt keine Gewährleistung. Bei Schlechtleistung gibt es lediglich Schadensersatzansprüche gemäß §§ 280 Abs.1, 249 ff. BGB und die gezahlte Vergütung kann dann Teil des Schadens sein, mit dem wiederum gegen Vergütungsansprüche aufgerechnet werden kann. Ein Anspruch auf Vergütung entfällt aber, wenn eine Nichtleistung vorliegt. Eine Nichtleistung liegt auch vor, wenn die Leistung unbrauchbar ist, was von der Schlechtleistung im Einzelfall schwierig abzugrenzen ist.²⁶⁰ Der Pflegebedürftige hat nach seiner Kündigung bei Schlechtleistung die Ansprüche aus § 628 Abs. 1 S. 2, 3 Abs. 2 BGB, soweit die Leistung für ihn nutzlos geworden ist. Nach § 628 Abs. 2 BGB ist der Pflegedienst zudem zum Ersatz des durch die Aufhebung des Dienstverhältnisses entstehenden Schadens verpflichtet, wenn die Kündigung des Dienstverhältnisses durch vertragswidriges Verhalten des Pflegedienstes veranlasst wurde, was auch Kosten für die Ersatzkraft unter Abzug der ersparten Aufwendungen erfasst.²⁶¹

In Anbetracht der üblichen zwei- bis vierwöchigen ordentlichen Kündigungsfristen für den Pflegedienst in ambulanten Pflegeverträgen wird ein relevanter kausal entstandener und zu ersetzender Schaden meist überschaubar sein. Insofern ist, auch in Anbetracht der praktischen und zeitlichen Schwierigkeiten von Pflegebedürftigen und deren Angehörigen, einen anderen ambulanten Pflegedienst sachgerecht zu finden und auszusuchen, zu überlegen, ob nicht für eine ordentliche Kündigung des ambulanten Pflegevertrags durch den ambulanten Pflegedienst per Gesetz längere Fristen, etwa drei Monate eingeführt werden sollten.

1.9.2 Bewohnervertrag nach WBG

Die Nichtleistung und Schlechtleistung ist maßgeblich in § 10 WBG geregelt. Gemäß § 10 Abs.1 WBG kann der Verbraucher bis zu sechs Monate rückwirkend eine angemessene Kürzung der Vergütung verlangen, wenn der Unternehmer die vertraglichen Leistungen ganz oder teilweise nicht erbringt oder sie nicht unerhebliche Mängel aufweisen. Nach § 10 Abs. 2, 3 WBG muss der Bewohner den Mangel des Wohnraums anzeigen und er ist nicht berechtigt, sein Kürzungsrecht geltend zu machen, soweit der Unternehmer infolge der schuldhaften Unterlassung der Anzeige nicht Abhilfe schaffen konnte. In Bezug auf Pflegeleistungen gilt vorrangig § 115 Abs. 3 SGB XI (§ 11 Abs. 4 WBG). Danach sind Pflegevergütungen zu kürzen, soweit die Pflegeeinrichtung ihre gesetzlichen oder vertraglichen Pflichten nicht erfüllt, insbesondere die Verpflichtungen zu einer qualitätsgerechten Leistungserbringung gemäß Versorgungsvertrag (§ 72 SGB XI) nicht erbringt. Soweit die Pflegekassen aber nicht tätig sind, bleibt es dem Bewohner unbenommen, seine Rechte nach § 10 WBG dennoch geltend zu machen.

Die Rechtsprechung hat aus dem Wortlaut des § 10 Abs. 1 WBG abgeleitet, dass eine Minderung des Heimentgelts wegen mangelhafter Leistung von einem Kürzungsverlangen des Verbrauchers abhängig ist. Das Kürzungsverlangen stellt eine geschäftsähnliche Handlung dar, die gegenüber dem Unternehmer vorzunehmen ist. Der Anspruch auf Kürzung ent-

²⁶⁰ Grüneberg/Weidenkaff, § 611 Rn. 16; § 630 a RN. 41.

²⁶¹ Grüneberg/Weidenkaff, aaO, § 628 Rn.8.

steht erst ab dem Verlangen für die nachfolgende Zeit, solange die Schlechtleistung andauert, und ist für die zurückliegende Zeit auf bis zu sechs Monate beschränkt, auch wenn der Mangel schon länger bestand. Nach dem Zeitpunkt des Kürzungsverlangens bestimmt sich auch die sechsmonatige Ausschlussfrist. Diese materielle Ausschlussfrist des § 10 Abs. 1 WBVG führt dazu, dass der Anspruch für den Zeitraum vor Fristbeginn untergeht. Ein Rückgriff auf die Gewährleistungsvorschriften des Mietrechts findet nicht statt.²⁶²

Es ist schwer nachzuvollziehen, warum der Bewohner in § 10 WBVG mit (i) dem notwendigen Kürzungsverlangen als Voraussetzung für seine Minderung des Heimentgelts und (ii) der Beschränkung auf ein Rückforderungsrecht überzahlter Entgelte auf die vorangegangenen sechs Monate, vom WBVG schlechter gestellt wird als der Wohnungsmieter nach §§ 535ff. BGB, dessen Miete kraft Gesetzes bei Mängeln gemindert ist und der ohne eine sechsmonatige Beschränkung wegen Mängeln überzahlte Miete für die Vergangenheit zurückfordern kann. Der Gesetzgeber sollte im WBVG eine Angleichung an die wohnungsmietrechtlichen Regelungen vornehmen, jedenfalls was den im WBVG-Bewohnervertrag enthaltenen Bestandteil der Wohnraumüberlassung angeht. Nur eine solche Anpassung trägt der gesetzgeberischen Intention des WBVG Rechnung, das als Verbraucherschutz die Rechte des schutzbedürftigen pflegebedürftigen Bewohners erweitern, nicht aber beschränken wollte.²⁶³

1.10 Recht auf Privatsphäre und Datenschutz

1.10.1 Datenschutzrelevante Mieter-Daten

Überwiegend maßgeblich für Mieterdaten im Datenschutz ist Art. 6 Abs. 1 lit. b DS-GVO. Danach ist die Verarbeitung personenbezogener Daten immer dann rechtmäßig, wenn diese erforderlich ist für die Erfüllung eines Vertrags, dessen Vertragspartei die betroffene Person ist. Soweit sich die Verarbeitung als im Kontext des Vertragszwecks objektiv sinnvoll erweist, ist die Weitergabe, auch an Dritte, wenn die Zweckbestimmung des Vertrags darauf gerichtet ist, datenschutzrechtlich zulässig. Nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO kann der Vermieter zudem Daten verarbeiten bzw. weitergeben, wenn rechtliche, wirtschaftliche und ideelle Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten dies unter Abwägung der Mieterinteressen rechtfertigen.²⁶⁴ Vor diesem Hintergrund steht einer wirksamen Abtretung von Mietansprüchen etwa an die finanzierende Bank (§ 398 BGB) das Datenschutzrecht nicht entgegen.²⁶⁵

1.10.2 Pflegevertragsbezogene Daten

Zulässig ist die Weitergabe von pflegevertragsbezogenen Daten an die Kostenträger und die zuständigen Behörden, etwa den Bewohnervertrag gemäß WBVG an die Heimaufsicht. Dies rechtfertigt sich aus der Sachwalterfunktion der einschlägigen behördlichen Stellen. Durch

²⁶² OLG Frankfurt v. 30.10.2013 – 1 U 153/12, NJW-RR 2014, 688; OLG Düsseldorf v. 04.04.2011 – 24 U 130/10, NJW-RR 2011, 1683; LG Frankfurt a.M. v. 25.05.2012 – 2-27 O 398/11, BeckRS 2013, 22566

²⁶³ Tamm, Das Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz (WBVG): Zivilrechtlicher Verbraucherschutz für Heimbewohner, VuR 2016, 370, 371; Grüneberg/Weidenkaff, vor § 1 WBVG Rn. 2.

²⁶⁴ Zehelein, in BeckOK BGB, Hau/Poseck, 67. Ed., Stand: 01.08.2023, § 535 Rn. 185; Zehelein, Vermieten unter der DS-GVO, NJW 2019, 3047, 3048

²⁶⁵ BGH v. 27.02.2007 – XI ZR 195/05, DNotZ 2007, 739; BGH v. 02.07.2003 – XII ZR 34/02, NJW 2003, 2987.

die Verpflichtung der Pflegedienste zur Weitergabe des Pflegevertrags an die Pflegekassen (vgl. §§ 120 Abs. 2 S.1; 104 SGB XI) sollen diese in die Lage versetzt werden, die Interessen der Pflegebedürftigen wahrzunehmen; dies gilt entsprechend auch für andere behördliche Stellen.²⁶⁶

1.10.3 Abtretung von Ansprüchen mit und ohne Pflegerelevanz

1.10.3.1 Betreutes Wohnen

Im betreuten Wohnen mietet regelmäßig ein Generalmieter den Wohnkomplex im Wege eines gewerblichen Generalmietvertrags (Hauptmietvertrag) an, um die einzelnen Wohnungen an einzelne Wohnungsmieter weiter zu vermieten. Zur Sicherung der Mietzahlungen im Hauptmietverhältnis werden dann häufig die dem Generalmieter zustehenden Ansprüche gegen die Untermieter an den (Haupt)Vermieter abgetreten. Die Rechtsprechung sieht dies dergestalt, dass Forderungen aus einem (Gewerbe-)Untermietvertrag grundsätzlich wirksam an den Hauptvermieter abgetreten werden können,²⁶⁷ nicht jedoch Forderungen bei einem Wohnungsmietvertrag gegen den Unterwohnungsmieter, weil eine solche formularmäßige Abtretung gegen das wohnungsmietrechtliche Leitbild verstößt und gemäß § 307 BGB unwirksam ist. Denn dem Sicherheitsbedürfnis des Vermieters ist mit dem Vermieterpfandrecht (§ 559 BGB) und der Möglichkeit, Mietsicherheit bis zur dreifachen Miete zu verlangen (§ 551 BGB), ausreichend Rechnung getragen.²⁶⁸ Da es sich beim Hauptmietvertrag im betreuten Wohnen um einen gewerblichen Mietvertrag handelt, kann danach der Generalmieter seine Ansprüche gegen seine einzelnen Wohnungsmieter (Untermieter) an den Hauptvermieter zur Sicherheit abtreten.²⁶⁹ Allerdings wird aufgrund des Mietzwecks im Hauptmietvertrag, der „Mietverträge für Wohnräume“ als Untermietverhältnisse vorsieht, von Gerichten die Auffassung vertreten, die Grundsätze zur unzulässigen Abtretung von Ansprüchen gegen den Untermieter bei der Wohnraumvermietung müssen in diesem Fall, wenn die Konzeption des Hauptmietvertrags in der Weitervermietung von Wohnungen besteht, ebenfalls Anwendung finden, was dann zur Unwirksamkeit solcher Abtretungsklauseln im Hauptmietvertrag gemäß § 307 BGB führt.²⁷⁰ Hinzu kommt die bereits erörterte (siehe oben Teil II, Ziffer 2.2) unzulässige Abtretung von Zahlungsansprüchen der Sozialhilfeempfänger gegen die Sozialhilfeträger.

In diesem Bereich der zulässigen Abtretbarkeit von Ansprüchen gegen Wohnungsmieter an den Hauptvermieter durch einen gewerblichen Generalmieter bestehen noch erhebliche Rechtsunsicherheiten, die die Rechtsprechung zu klären haben wird.

²⁶⁶ Knittel, in: Krauskopf, § 120 SGB XI Rn.7.

²⁶⁷ BGH v.02.07.2003 – XII ZR 34/02, NJW 2003, 2987; OLG Düsseldorf, NZM 2009, 360, 361; Schmidt-Futterer/Flatow, 15. Aufl. 2022, BGB, § 540 Rn.11

²⁶⁸ OLG Celle v. 29.12.1989 – 2 U 200/88, BeckRS 1989, 30944679; LG Hannover v. 05.07.1988 – 14 O 185/88, WuM 1988, 259.

²⁶⁹ Schmidt-Futterer/Flatow, 15. Aufl. 2022, BGB, § 540 Rn.11.

²⁷⁰ AG Brandenburg v. 29.04.2016 – 31 C 266/15.

1.10.3.2 Abtretung in Bezug auf Pflegeleistungen und pflegebezogene Zahlungen

Nach § 399 BGB kann eine Forderung nicht abgetreten werden, wenn sich im Zuge der Abtretung der Leistungsinhalt verändert, was auch der Fall ist, wenn das Interesse des Schuldners an der Beibehaltung einer bestimmten Gläubigerposition besonders schutzbedürftig ist.²⁷¹ Die Rechtsprechung stuft hierunter (nicht abtretbar) Ansprüche auf Unterhalt in Natur ein, wie z.B. Wart- und Pflegeleistungen²⁷², das Taschengeldkonto des Pflegebedürftigen (unabhängig davon, ob Selbstzahler oder Sozialhilfeempfänger) in einer stationären Einrichtung bis zur Grenze des § 27 Abs. 3 SGB XII, weil dieser Betrag nach Maßgabe von § 27 Abs. 3 SGB XII zur persönlichen Verfügung steht und ein menschenwürdiges Dasein absichert,²⁷³ sowie Dienstleistungen (Pflegeleistungen) aufgrund von § 613 Abs. 1 S. 2 BGB.

In Bezug auf Zahlungsansprüche im Zusammenhang mit Dienstleistungen hat es der BGH für unwirksam erachtet, wenn Honorarforderungen von Ärzten, Rechtsanwälten, Steuerberatern und Vertretern ähnlicher Berufe abgetreten werden. Das Abtretungsverbot folgt danach aus einem Verstoß gegen § 134 BGB i.V.m. § 203 Abs. 1 StGB. Dieses Verbotsgesetz stellt die unbefugte Offenbarung eines anvertrauten oder sonst bekannt gewordenen fremden Geheimnisses durch die in § 203 Abs. 1 Nr. 1 - 6 StGB aufgeführten Berufsangehörigen unter Strafe.²⁷⁴

In den marktüblichen gewerblichen Mietverträgen, in denen Heimträger eine Pflegeeinrichtung zwecks Weitervermietung an die einzelnen pflegebedürftigen Bewohner mieten und Mietsicherheit zu stellen haben, werden regelmäßig die Zahlungsansprüche gegen die Kostenträger abgetreten, teilweise das gesamte Heimentgelt, teilweise nur der Investitionskostenanteil.

Zur Befugnis des Unternehmers, seine Entgeltansprüche an Dritte abzutreten, haben das LG Berlin²⁷⁵ und das LG Mainz²⁷⁶ jeweils weitgehend deckungsgleich geurteilt, dass Wohn- und Betreuungsverträge keine allgemeine Befugnis des Unternehmers enthalten dürfen, Entgeltansprüche an Dritte abzutreten. Solche Abtretungen sind nach § 134 BGB wegen Verstoßes gegen § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 307 Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB nichtig. Denn zu den Personen, die Heilberufe nach § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB ausüben, gehören auch Alten- und Krankenpfleger, wobei es unerheblich ist, ob die Ansprüche gegen Selbstzahler oder gegen Pflegeversicherungen und Träger der Sozialhilfe bestehen. Zu den allgemeinen geschützten Privatgeheimnissen und besonders sensiblen Sozialdaten gehören unter anderem der Grad der Pflegestufe als Ausdruck der individuellen Pflegebedürftigkeit, Mehrkosten etwa wegen Spezialnahrung oder nach § 7 Abs.5 WVG abzugsfähige Abwesenheitszeiten. Eine gesetzliche Regelung, die eine Weitergabe von Daten an einen Abtretungsempfänger zulässt, findet sich

²⁷¹ Grüneberg, *Grüneberg*, § 399 Rn.4.

²⁷² BGH v. 04.12.2009 – V ZR 9/09, NJW-RR 2010, 1235.

²⁷³ BGH v. 30.04.2020 – VII ZB 82/17, NJW-RR 2020, 820.

²⁷⁴ BGH v. 10.07.1991 – VIII ZR 296/90, NJW 1991, 2955; BGH v. 27.02.2007 – XI ZR 195/05, DNotZ 2007, 739, 741; OLG Dresden v. 16.01.2004 – 21 (10) WF 783/03, NJW 2004, 1464.

²⁷⁵ LG Berlin v. 13.11.2012 – 15 O 181/12, SRa 2013, 78.

²⁷⁶ LG Mainz v. 31.05.2013 – 4 O 113/12, BeckRS 2014, 7473.

nicht. Insbesondere sieht § 104 SGB XI eine solche Datenübermittlung nicht vor. Vielmehr ist eine Erhebung bzw. Übermittlung von Daten gemäß den besonderen Vorschriften zum Sozialdatenschutz nur in ganz bestimmten eng normierten und gesetzlich geregelten Ausnahmefällen zulässig. Dieser Sozialdatenschutz steht einer Abtretung des Heimentgelts an Dritte gemäß § 307 Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB entgegen.²⁷⁷

Legt man diese Rechtsprechung zugrunde, so ist auch eine Abtretung des Entgeltbestands der Investitionskosten im Heimentgelt an Dritte nicht zulässig, denn dies betrifft den Bereich der zu berücksichtigenden und vom Sozialdatenschutz mit erfassten Abwesenheitszeiten gemäß § 7 Abs.5 WBVG. Ungeachtet dieser einer Abtretung entgegenstehenden Rechtsprechung wird in der Praxis weiterhin generell der Anspruch auf Heimentgelt bzw. auf Investitionskosten vom mietenden Heimträger an den Vermieter als Mietsicherheit angeboten und abgetreten.

Von daher ist eine gesetzliche Klarstellung zu überlegen, wonach die Abtretung des Heimentgelts und deren Bestandteile nicht zulässig ist. Mit einem solchen gesetzlichen Abtretungsverbot wird Sicherheit bei den pflegebedürftigen Bewohnern hergestellt, wenn diese von Dritten unter Hinweis auf Abtretungen durch den Heimträger bedrängt werden, an sie anstatt an den Heimträger zu zahlen.

1.11 Rechtsfolgen bei unzulässigen Vertragsklauseln

1.11.1 Wohnungsmietverträge mit Pflegeelementen (ambulante Konzepte)

Wie dargestellt unterliegen die Klauseln, soweit sie AGB sind, der AGB-Kontrolle.

Ein Verstoß gegen diese führt automatisch zur Unwirksamkeit der betroffenen Klausel (§ 307 Abs. 1 S. 1 BGB). Dabei gilt das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion, die Klauseln dürfen also nicht auf einen zulässigen Umfang reduziert werden.²⁷⁸ Die betroffene Klausel ist nur nicht insgesamt unwirksam, wenn die Klausel inhaltlich teilbar ist (sog. blue-pencil-Test).²⁷⁹ An die Stelle der unzulässigen Klausel treten die gesetzlichen Regelungen.

Bei einem Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot gemäß § 134 BGB ist das Rechtsgeschäft, der betroffene Vertrag bzw. die betroffene Klausel, wenn nicht anzunehmen ist, dass das Rechtsgeschäft auch ohne den nichtigen Teil abgeschlossen worden wäre (§ 139 BGB), nichtig.

1.11.2 WBVG Verträge

Wie oben bereits ausgeführt führt ein Verstoß gegen eine WBVG-Klausel zu Lasten des Verbrauchers gemäß § 16 WBVG zur Nichtigkeit ebendieser. Durch den Wegfall der vertraglichen Regelung wird die Lücke im Vertrag durch die allgemeinen gesetzlichen Regelungen gefüllt. Es gelten dann also direkt die gesetzlichen WBVG-Regelungen im Wege der ergän-

²⁷⁷ LG Mainz aaO; LG Berlin, aaO.

²⁷⁸ BGH v. 27.01.2015, Az. XI ZR 174/13 – NJW 2015, 1440.

²⁷⁹ BGH v. 31.03.2021, Az. IV ZR 221/19 – NJW 2021, 2193.

zenden Vertragsauslegung. Selbiges gilt für den Fall, dass eine Unwirksamkeit gemäß § 15 WBVG vorliegt.

2. Verletzung vertraglicher (Neben-)Pflichten: Rechtsfolgen und Beispiele

2.1 Gesetzliche Grundlage

Nach § 7 Abs. 1 WBVG ist der Unternehmer verpflichtet, dem Verbraucher den Wohnraum in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand überlassen und während der vereinbarten Vertragsdauer in diesem Zustand zu erhalten sowie die vertraglich vereinbarten Pflege- und Betreuungsleistungen nach dem anerkannten Stand fachlicher Erkenntnisse, also durch qualifiziertes Fachpersonal, zu erbringen. Hierfür hat der Verbraucher nach § 7 Abs. 2 WBVG das angemessene Entgelt zu zahlen. Diese Pflicht zur Wohnraumüberlassung entspricht dem für den Wohnungsmietvertrag in §§ 535 ff. BGB geregelten Umfang. Die Pflicht zur Erbringung der Pflegeleistungen nach dem anerkannten Stand fachlicher Erkenntnisse entspricht ebenfalls der Verpflichtung in ambulanten Pflegeverträgen.²⁸⁰

2.2 Wesentliche Nebenpflichten

Zu den Pflichten des Vermieters, ebenso wie des Heimträgers (Unternehmer) gemäß WBVG, gehören auch die Nebenpflichten, insbesondere die Schutz- und Obhutspflichten gegenüber dem Wohnungsmieter bzw. Verbraucher. Den Verbraucher treffen ebenfalls die Nebenpflichten nach allgemeinen mietrechtlichen Grundsätzen, vor allem den Wohnraum vertragsgemäß zu nutzen, Mängel anzuzeigen, sowie je nach Einzelfall Auskunft z.B. bei der Aufnahme Dritter und den Besucherverkehr zu erteilen oder den Besuch zu regulieren, ebenso beim Rauchen und der Tierhaltung Rücksicht zu nehmen etc.²⁸¹

2.3 Rechtsprechung zu Sorgfalts- und Aufsichtspflichten

Die Rechtsprechung hat sich in Bezug auf Nebenpflichten vor allem mit Sorgfalts- und Aufsichtspflichten in Pflegeeinrichtungen befasst. Ausgangspunkt ist, dass der jeweilige Vertrag, in Pflegeeinrichtungen der WBVG-Vertrag, die gegenseitigen Rechte und Pflichten regelt. Zur Frage, ob eine allgemeine Pflicht zur Beaufsichtigung der Bewohner besteht, fehlen konkretisierende gesetzliche Regelungen. Die angemessene Beaufsichtigung ist dabei eine Nebenpflicht aus dem WBVG-Vertrag. Nach der Rechtsprechung des BGH²⁸² werden durch den Heimvertrag Obhutspflichten des Heimträgers gemäß § 241 Abs. 2 BGB zum Schutz der körperlichen Unversehrtheit des Bewohners begründet. Ebenso besteht eine inhaltsgleiche allgemeine Verkehrssicherungspflicht zum Schutz der Bewohner vor gesundheitlichen Schädigungen, die ihnen wegen Krankheit oder sonstiger körperlicher oder geistiger Einschränkungen durch sie selbst oder durch die Einrichtung und bauliche Gestaltung des Heims drohen. Eine schuldhaftige Verletzung dieser Pflichten ist geeignet, sowohl einen Schadensersatz

²⁸⁰ BGH v. 09.06.2011 – III ZR 203/10; *Linke*, in: Krauskopf, § 36 SGB XI, Rn. 12, 12a; Grüneberg/*Weidenkaff*, § 7 WBVG Rn.2.

²⁸¹ Grüneberg/*Weidenkaff*, § 7 WBVG Rn.3; Weber, Notwendiger Inhalt von Wohn- und Betreuungsverträgen, NZM 2021, 185, 190 m.w.N.

²⁸² BGH v. 14.01.2021 – III ZR 168/19, NJW 2021, 1463

satzanspruch wegen vertraglicher Pflichtverletzung (§§ 280 Abs. 1, 278 S. 1 BGB) als auch einen damit korrespondierenden deliktischen Anspruch aus §§ 823, 831 BGB zu begründen.²⁸³ Dabei lässt sich die im Einzelfall einzufordernde Sicherheit nur mit dem Blick auf die konkrete Pflegesituation des betroffenen Heimbewohners bestimmen. In diesem Zusammenhang ist sowohl der dem Heimträger zumutbare Sicherungsaufwand zu berücksichtigen als auch die Würde des Heimbewohners, was in beide Richtungen zu hohe Anforderungen verbietet. Dementsprechend ist bei der Beurteilung der Notwendigkeit von Vorkehrungen zur Verhinderung einer Selbstschädigung durch den Bewohner eines Pflegeheims maßgebend, ob im Einzelfall wegen der körperlichen oder geistigen Verfassung des Bewohners aus der ex-ante Sicht ernsthaft damit gerechnet werden musste, dass er sich ohne Sicherungsmaßnahmen selbst schädigen könnte. Hierbei muss auch dem Umstand Rechnung getragen werden, dass bereits eine Gefahr, deren Verwirklichung nicht sehr wahrscheinlich ist, aber zu besonders schweren Folgen führen kann, geeignet ist, Sicherungspflichten des Heimträgers zu begründen. Bei erkannter oder erkennbarer Selbstgefährdung darf z.B. ein an Demenz erkrankter Heimbewohner, bei dem unkontrollierte und unkalkulierbare Handlungen jederzeit möglich erscheinen, nicht in einem im Obergeschoss gelegenen Wohnraum mit unproblematisch erreichbaren und einfach zu öffnenden Fenstern untergebracht werden. Ohne konkrete Anhaltspunkte für eine Selbstgefährdung besteht hingegen keine Pflicht zu besonderen (vorbeugenden) Sicherungsmaßnahmen.²⁸⁴ Soweit der Heimbewohner in der Obhut einer Pflegekraft unterwegs ist und er in diesem Zusammenhang zu Schaden kommt, erkennt die Rechtsprechung eine Beweislastumkehr zu Lasten der Pflegeeinrichtung an, die dann nachweisen muss, dass sie in diesem vom Heimträger beherrschbaren Gefahrenbereich ihren Aufsichtspflichten vollumfänglich nachgekommen ist. Anders ist dies beim Aufenthalt im normalen (Heim)Wohnraum, da gilt diese Beweislastumkehr nicht.²⁸⁵

2.4 Haftungsfreizeichnung

Vertraglich ist eine Enthftung durch vertragliche Formularregelungen für Körperschäden, auch im ambulanten Bereich, nicht möglich. Der BGH hat hierzu in einem Urteil vom 19.09.2007 entschieden, dass eine umfassende Freizeichnung in allgemeinen Geschäftsbedingungen, nach der die Haftung auch für Körper- und Gesundheitsschäden (§ 309 Nr. 7a BGB) und für sonstige Schäden auch bei grobem Verschulden (§ 309 Nr. 7b BGB) ausgeschlossen ist, unwirksam ist.²⁸⁶ Außerhalb der Körperschäden ist ein Ausschluss der Haftung für leichte Fahrlässigkeit und höhere Gewalt nach § 307 Nr. 7b BGB zulässig, was in ambulanten Pflegeverträgen ebenso wie in WBVG Verträgen auch ausgenutzt wird.²⁸⁷

Es ist eine Anschauungs- und Wertungsfrage, ob man bei den pflegebedürftigen Bewohnern, die gerade in einer Pflegeeinrichtung mit WBVG-Vertrag regelmäßig nur wenige für sie we-

²⁸³ BGH, aaO.

²⁸⁴ BGH v. 14.01.2021 – III ZR 168/19, NJW 2021, 1463, m. Anm. Förster, NJW 2021, 1466; Seier, Sorgfalts- und Aufsichtspflichten der Pflegeeinrichtung gegenüber seinen Bewohnern, SRa 2022, 261.

²⁸⁵ BGH v. 28.04.2005 – III ZR 399/04, NJW 2005, 1937; OLG Rostock v. 15.03.2022 – 6 U 7/19, NJW-RR 2022, 1187; LG Nürnberg-Fürth v. 25.05.2012 – 12 O 589/12, NJW-RR 2013, 469; Seier, Sorgfalts- und Aufsichtspflichten der Pflegeeinrichtung gegenüber seinen Bewohnern, SRa 2022, 261, 264.

²⁸⁶ BGH v. 19.09.2007 – VIII ZR 141/06, NJW 2007, 3774.

²⁸⁷ Torben Bartels/Anja Möwisch/Richter Rechtsanwälte, Beck'sche Online-Formulare Medizinrecht, 36. Edition 2023, Stand: 01.02.2020 Nr. 14.1.1 Pflegevertrag bei ambulanter Pflege, Anm. 18; Weber, Notwendiger Inhalt von Wohn- und Betreuungsverträgen, NZM 2021, 185, 190.

sentliche persönliche Gegenstände bei sich haben, einen solchen vertraglichen Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit des Heimträgers akzeptieren oder dies gesetzlich abschließen möchte.

2.5 Besuchsrecht und Hausverbot

Hält eine Einrichtung Angehörige oder Bewohner für schwierig, etwa weil diese sich häufig beschweren, Mitarbeiter bedrängen oder Missstände bei Behörden anzeigen, so wird in der Praxis oft ein Hausverbot für die Angehörigen ausgesprochen. Regelmäßig führt dies dann zum Auszug des Bewohners. Die Rechtsprechung nimmt bei der Entscheidung über die Rechtmäßigkeit eines Hausverbots eine Abwägung vor, zwischen dem Recht des Heimträgers mit seinem im privatrechtlichen Eigentum begründeten Hausrecht gem. § 903 BGB und dem Recht des Bewohners auf familienrechtliche Kontaktaufnahme aus § 1618a BGB i.V.m. Art. 6 GG vor. Kommt es zu Konflikten zwischen einem Angehörigen eines Heimbewohners und dem Pflegepersonal und sieht das Pflegeheim hierdurch den Hausfrieden und die Ausübung der Pflege gestört, so kann in Ausnahmefällen ein Hausverbot gerechtfertigt sein, allerdings ist diesbezüglich eine umfassende Güter- und Interessenabwägung unter Würdigung aller Umstände des Einzelfalls vorzunehmen. Das Hausverbot kommt insofern nach dem LG Münster und OLG Düsseldorf nur in absoluten Ausnahmefällen in Betracht.²⁸⁸ Das BVerfG hatte über den Fall zu befinden, dass gegen die Tochter eines betreuten pflegebedürftigen Bewohners ein Hausverbot erlassen wurde und der Betreuer den Besuch der Tochter deshalb nicht mehr gestattete. Das BVerfG hat die Tochter darauf verwiesen, erst einmal im betreuungsrechtlichen Gerichtsverfahren zu klären, ob ein betreuungsrechtlich wirksames Besuchsverbot besteht; ein solcher Verweis auf die Klärung des Hausverbots in einem zeit- und kostenaufwändigen gerichtlichen, über mehrere Instanzen andauernden, Verfahren und einer durchschnittlichen Verweildauer der Bewohner in Pflegeheimen von weniger als 30 Monaten²⁸⁹ ist realitätsfern. Zudem führt das BVerfG aus, dass nach der bestehenden Rechtsprechung nur bei wichtigem Grund ein Hausverbot erlassen werden kann und dies nur nach Abmahnung und umfassender Interessen- und Güterabwägung in besonderen Ausnahmefällen erfolgen darf.²⁹⁰ Diesen Ausführungen mit unterschiedlichen Gewichtungen, „nur in absoluten Ausnahmefällen“ oder „in besonderen Ausnahmefällen,“ liegen offenbar verschiedene Verständnisse im Hinblick auf die Anforderungen an ein rechtmäßiges Hausverbots zugrunde.

In den Landesheimrechten finden sich nur sehr vereinzelt Regelungen zum Hausverbot. Eine solche findet aber beispielsweise in Art. 5 BayPfleWoqG:

„Der Träger oder die Leitung einer stationären Einrichtung dürfen gegen Besucher von Bewohnerinnen und Bewohnern ein Hausverbot nur insoweit aussprechen, als dies unerlässlich ist, um eine unzumutbare Beeinträchtigung des Betriebs der stationären Einrichtung abzuwenden.“

²⁸⁸ LG Münster v. 12.12.2013 – 5 T 610/13, BeckRS 2014, 17172; OLG Düsseldorf v. 28.02.1991 – 5 U 279/90, FamRZ 1991, 1181.

²⁸⁹ Vgl. Die neue Pflegereform 2023 +2024 – Jetzt alle Änderungen auf einen Blick, Nr. 3, abrufbar unter: <https://www.pflege-durch-angehoerige.de/pflegegrade-pflegeleistungen/pflegereform/>.

²⁹⁰ BVerfG v. 25.01.2023 – 2 BvR 2255/22, NJW 2023, 909; kritisch dazu ebenfalls Drasdo, Heimunterbringung und betreutes Wohnen, NZM 2023, 748, 755.

Es ist zu erwägen, ob nicht im Interesse der Bewohner und deren Angehörigen eine Hausverbotsregelung und ein Besuchsrecht (zumindest für die nahen Angehörigen) in das WBVG mit aufgenommen werden sollte, wonach nur in absoluten Ausnahmefällen ein Hausverbot erlassen werden kann, um den unterschiedlichen Herangehensweisen auf landesheimrechtlicher Ebene sowie den verschiedenen Gewichtungen der Bewohnerinteressen in Bezug auf das Besuchsrecht in Gerichtsentscheidungen eine einheitliche und höhere Berechenbarkeit zu geben.

2.6 Vorvertragliche Informationspflichten

2.6.1 WBVG Verträge

Durch das WBVG wurde die vorvertragliche Informationspflicht gestärkt,²⁹¹ da der Verbraucher mit den vom WBVG erfassten Verträgen nicht selten nur schwer oder gar nicht mehr zu ändernde Entscheidungen über den Lebensmittelpunkt und die zukünftige Lebensführung trifft. Nur wenn der Verbraucher bereits vor Abschluss des Vertrages das allgemeine Leistungsangebot des Unternehmers und die für ihn in Betracht kommenden Leistungen kennt, kann er zwischen den verschiedenen Angeboten wählen und die für ihn insgesamt beste Entscheidung treffen.²⁹²

Der Unternehmer hat vor Vertragsschluss nach § 3 WBVG einer umfassenden Informationspflicht nachzukommen. Rechtzeitig vor Vertragsschluss ist der künftige Bewohner in Textform und leicht verständlicher Sprache über:

- das *allgemeine Leistungsangebot* der Einrichtung (§ 3 Abs. 2 WBVG) und
- den wesentlichen Inhalt der für den Verbraucher in Betracht kommenden Leistungen (*konkrete Informationen*) – § 3 Abs. 3 WBVG zu informieren.

Dies stellt in der Praxis einen nicht zu unterschätzenden Verwaltungsaufwand dar, wobei dieses Prozedere vor jedem Vertragsschluss zwingend einzuhalten ist.

2.6.1.1 Allgemeine Informationspflicht

§ 3 Abs. 2 WBVG

„Zur Information des Unternehmers über sein allgemeines Leistungsangebot gehört die Darstellung:

1. der Ausstattung und Lage des Gebäudes, in dem sich der Wohnraum befindet, sowie der dem gemeinschaftlichen Gebrauch dienenden Anlagen und Einrichtungen, zu denen der Verbraucher Zugang hat, und gegebenenfalls ihrer Nutzungsbedingungen,
2. der darin enthaltenen Leistungen nach Art, Inhalt und Umfang,

²⁹¹ Zwar war diese Informationspflicht bereits in § 5 Abs. 2 HeimG angelegt, diese wird mit dem WBVG inhaltlich stärker ausgestaltet und mit Rechtsfolgen u. a. außerordentliches Kündigungsrecht etc. belegt.

²⁹² BT-Drucks. 16/12409, S. 11.

3. der Ergebnisse der Qualitätsprüfungen, soweit sie nach § 115 Absatz 1a Satz 1 SGB XI oder nach landesrechtlichen Vorschriften zu veröffentlichen sind.“

[Hervorhebung durch d. Verf.]

§ 3 Abs. 2 WBGV enthält eine allgemeine Darstellung der Einrichtung und ihrer Leistungspalette; wobei die Nrn. 1 und 2 auch durch die Aushändigung einer Broschüre/eines Prospekts erfüllt werden können, wenn diese/dieses die geforderten Angaben enthält.

In solchen Prospekten/Broschüren regelmäßig nicht enthalten sind die nach § 3 Abs. 2 Nr. 3 WBGV ebenfalls vorab darzustellenden Ergebnisse der Qualitätsprüfungen, soweit sie zu veröffentlichen sind. Der Unternehmer muss somit nicht das vollständige Ergebnis der Qualitätsprüfungen darlegen, sondern ist nur verpflichtet, den Verbraucher in der Form zu informieren, in der er auch die Ergebnisse der Qualitätsprüfung veröffentlichen muss. Hierbei handelt es sich üblicherweise um eine gekürzte Fassung in einfacher und verständlicher Sprache.²⁹³

Die Qualitätsprüfungen haben seit Einführung des WBGV eine grundlegende Änderung erfahren. Die Pflegeheime und ambulanten Pflegedienste werden im Auftrag der Landesverbände der Pflegekassen seit 2011 einmal jährlich geprüft (Regelprüfung), zumeist durch den Medizinischen Dienst. Die Darstellung der Pflegequalität wurde in der Reform von 2016 in Pflegenoten abgeschafft, weil, so die Begründung, Qualitätsmängel der Einrichtungen für Verbraucher nicht klar erkennbar waren. Deshalb hat der Gesetzgeber 2016 mit dem Pflegestärkungsgesetz II den Pflegequalitätsausschuss – ein gemeinsames Gremium von Pflegekassen und Leistungserbringern – eingerichtet und beauftragt, durch wissenschaftliche Projekte ein neues Prüfverfahren zu entwickeln. Dieses wurde dann mit dem Pflegepersonal-Stärkungsgesetz beschlossen, so dass ein neues System zur Qualitätsprüfung bis Ende 2019 umzusetzen war. Seit Januar 2022 ist die Datenerhebung verpflichtend und die Daten werden durch die Datenclearingstelle veröffentlicht. Der Medizinische Dienst prüft die vollstationären Einrichtungen seit November 2019 nach dem neuen Verfahren. Seit Anfang 2020 werden Prüfergebnisse für Verbraucher im Internet veröffentlicht.

Mit Abschaffung der Pflegenoten wurde ein strukturierter Qualitätsbericht eingeführt. Dieser Qualitätsbericht enthält Bewertungen von 20 Qualitätsaspekten, die den folgenden fünf Bereichen zugeordnet sind:

- Unterstützung bei der Mobilität und Selbstversorgung (Bereich 1)
- Unterstützung bei der Bewältigung von krankheits- und therapiebedingten Anforderungen und Belastungen (Bereich 2)
- Unterstützung bei der Gestaltung des Alltagslebens und der sozialen Kontakte (Bereich 3)
- Unterstützung in besonderen Bedarfs- und Versorgungssituationen (Bereich 4)
- Begleitung sterbender Heimbewohner und ihrer Angehörigen (Bereich 5).

²⁹³ BT-Drucks. 16/12409, S. 17.

Die Bewertung der einzelnen Qualitätsaspekte erfolgt nach folgendem Schema:

- ■ ■ ■ Keine oder geringe Qualitätsdefizite
- ■ ■ □ Moderate Qualitätsdefizite
- ■ □ □ Erhebliche Qualitätsdefizite
- □ □ □ Schwerwiegende Qualitätsdefizite.

Neu ist, dass – neben den Prüfergebnissen der Prüfdienste – auch sogenannte Ergebnisindikatoren und Eigenangaben der Einrichtung in die Veröffentlichung einfließen. Die Eigenangaben beziehen sich zum großen Teil auf die Ausstattung und das Angebot der Einrichtung. Die Ergebnisindikatoren geben an, wie oft es in einer bestimmten Einrichtung innerhalb von sechs Monaten zu bestimmten Ereignissen (z. B. Stürze) kommt. Diese Ergebnisse werden dann mit dem Durchschnitt aller Einrichtungen verglichen:

- ● ● ● Die Ergebnisqualität liegt weit über dem Durchschnitt.
- ● ● ○ Die Ergebnisqualität liegt leicht über dem Durchschnitt
- ● ○ ○ Die Ergebnisqualität liegt nahe beim Durchschnitt.
- ● ○ ○ Die Ergebnisqualität liegt leicht unter dem Durchschnitt.
- ○ ○ ○ Die Ergebnisqualität liegt weit unter dem Durchschnitt.

Der Verbraucher, der als älterer Mensch oftmals nicht in der Lage ist, sich entsprechende Informationen aus dem Internet zu besorgen, soll nicht auf dieses angewiesen sein, wenn auch dort die Berichte regelmäßig veröffentlicht werden. Der Unternehmer hat demnach durch die vorvertragliche Information im Rahmen der gesetzlich geforderten Transparenz dafür Sorge zu tragen, dass der Verbraucher mit anderen Einrichtungen die Qualität der Pflegeleistungen in der Einrichtung mit anderen Einrichtungen vergleichen kann. Dies soll ihm die Entscheidung für einen bestimmten Pflegeplatz nach seinen Bedürfnissen erleichtern.

Die Vorlage muss inhaltlich vollständig und unverfälscht vorgenommen werden. Eine Ablichtung des Originalberichts muss nicht übergeben werden. Nur in der Form, in der die Veröffentlichung erfolgen muss, ist dem Interessenten die Information zu erteilen.²⁹⁴

§ 115 Abs. 1a S. 1 SGB XI verpflichtet dabei den Betreiber, das Datum der letzten Prüfung durch den Medizinischen Dienst oder durch den Prüfdienst des Verbandes der privaten Krankenversicherung e. V., eine Einordnung des Prüfergebnisses nach einer Bewertungssystematik sowie eine Zusammenfassung der Prüfergebnisse an gut sichtbarer Stelle in jeder Pflegeeinrichtung auszuhängen.

Bisher war vor Vertragsschluss das Ergebnisblatt mit den Ergebnissen für die jeweiligen Prüfbereiche nach § 115 Abs. 1a SGB XI bzw. nach der Transparenzvereinbarung auszuhändigen. Mit den nunmehr in der Regel mehr als 22 Seiten umfassenden Transparenzberichten und der Abschaffung eines übersichtlichen Ergebnisblattes erscheint die Transparenz für den Verbraucher sich eigentlich verschlechtert zu haben, auch wenn nunmehr detaillierte Berichte zur Pflege erfolgen. Daher verwundert es sich nicht, dass sich in der Praxis Einrich-

²⁹⁴ BeckOGK/Drasdo, 1.10.2023, WBVG § 3 Rn. 28-31.

tungen dazu hinreißen lassen, auf die Homepage des vdek²⁹⁵ oder des AOK Pflegeheimnavigators²⁹⁶ zu verweisen, auf dem etwaige erfolgte Prüfberichte veröffentlicht werden.

Deshalb ist in der Praxis zu überprüfen, ob die Prospekte der jeweiligen Einrichtung den Anforderungen an die allgemeine Informationspflicht gerecht werden, oder entsprechende Ergänzungen vorzunehmen sind.

2.6.1.2 Konkrete Informationspflicht

§ 3 Abs. 3 WBVG

„Zur Information über die für den Verbraucher in Betracht kommenden Leistungen gehört die Darstellung:

1. des Wohnraums, der Pflege- oder 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 SGB XI gesondert berechenbaren Investitionskosten sowie des Gesamtentgelts,
4. der Voraussetzungen für mögliche Leistungs- und Entgeltveränderungen,
5. des Umfangs und der Folgen eines Ausschlusses der Angebotspflicht nach § 8 Absatz 4, wenn ein solcher Ausschluss vereinbart werden soll.

Die Darstellung nach Satz 1 Nr. 5 muss in hervorgehobener Form²⁹⁷ erfolgen.“ [Hervorhebung durch d. Verf.]

Bei der konkreten Information soll es sich noch nicht um ein verbindliches Vertragsangebot der Einrichtung handeln; vielmehr sollen die Leistungen konkret dargestellt werden, die aus Sicht der Einrichtung aus einer Vielzahl von verschiedenen Leistungen für den Verbraucher infrage kommen bzw. von ihm gewünscht werden.

Hinsichtlich der Beschreibung des Wohnraums bedeutet dies beispielsweise, dass neben seiner Größe auch die Ausstattung und gegebenenfalls die Anzahl der Räume anzugeben sind²⁹⁸

Zu beschreiben ist auch das Leistungskonzept für die Pflege- oder Betreuungsleistungen. Das ist insofern wichtig, als die Einrichtung nach § 8 Abs. 1 WBVG eine Versorgungsgarantie für jeden sich in der Einrichtung entwickelnden Pflege- und Betreuungsbedarf übernimmt, also z. B. wenn ein Bewohner erst in einer Einrichtung dement wird oder ein Unterbringungsbeschluss ergeht. Dies gilt jedoch nicht, wenn diese Versorgungsgarantie unter Berücksichtigung des Leistungskonzepts nach § 8 Abs. 4 WBVG ausgeschlossen wird (siehe zum weiteren Leistungsumfang Teil II, Ziffer 1.3 sowie zur Anpassung Teil II, Ziffer 1.7).

²⁹⁵ <https://www.vdek.com/vertragspartner/Pflegeversicherung/Pflegelotse.html>.

²⁹⁶ <https://www.aok.de/pk/pflegenavigator/>.

²⁹⁷ So etwa mit Fettdruck oder farblich hinterlegen.

²⁹⁸ bpa intern, Sonderausgabe WBVG 04/2009, S. 10.

2.6.1.3 Folge bei unterlassenen Informationen

Allgemeine wie konkrete Vorabinformationen müssen *rechtzeitig* vor Vertragsschluss erfolgen. Zwischen der Vorlage der Vorabinformation und dem Abschluss des Vertrages muss also *eine ausreichende Bedenkzeit liegen*.²⁹⁹ Angesichts der grundlegenden Entscheidung, die der Umzug in eine Einrichtung darstellt, sollten zwischen der Verfügbarkeit der Informationen, d. h. dem letzten, konkreten Informationsschreiben und dem Abschluss mindestens drei Tage liegen.³⁰⁰

Dabei ist zu beachten, dass es keine starre vorgegebene Frist gibt, sondern die Rechtzeitigkeit davon abhängt, ob der Verbraucher seinen individuellen Möglichkeiten nach eine ausreichende Bedenkzeit hat.

Wird nicht oder nicht vollständig vorab informiert, folgt daraus nach § 3 Abs. 4 i. V. m. § 6 Abs. 2 Satz 2 und 3 WBG, dass der Bewohner den *Vertrag jederzeit fristlos kündigen kann*, sofern die Information nicht im Interesse des Verbrauchers unterblieben war und nicht unverzüglich nachgeholt wurde.

Kommt der Unternehmer seiner Informationspflicht nicht nach, so hat dies nicht die Nichtigkeit des Vertrages zur Folge. Vielmehr regelt § 3 Abs. 4 WBG, dass sich die Rechtsfolgen an § 6 Abs. 2 S. 2 und 3 WBG orientieren. Die dort beschriebenen Unzulänglichkeiten wirken sich daher auch bei einem Verstoß gegen § 3 WBG aus.

Der Verbraucher kann, muss aber nicht, den WBG-Vertrag fristlos kündigen. Zumindest in schwach strukturierten Gebieten wird er, weil Ausweichmöglichkeiten in andere Einrichtungen oftmals nicht gegeben sind, von der Ausübung des Kündigungsrechts, das sich damit als stumpfes Schwert erweist, absehen. Ob zwischen der unterlassenen Information und dem Vertragsschluss ein kausaler Zusammenhang besteht, hat keine Bedeutung. Das Kündigungsrecht ist davon unabhängig.³⁰¹

2.6.2 Ambulante Pflegeverträge

Für pflegebedürftige Menschen wird es immer schwerer, einen ambulanten Pflegedienst zu finden. Es mangelt an Anbietern und Pflegepersonal. Das macht Pflegebedürftige und ihre Angehörigen besonders abhängig von ambulanten Pflegediensten.

Für sie ist daher ein besonderer Schutz erforderlich. In der Regel sind Pflegebedürftige und ihre Angehörigen durch die akute Krankheits- und Pflegesituation schwer belastet und suchen dringend einen ambulanten Pflegedienst. Bisweilen unterzeichnen sie vorschnell einen Pflegevertrag, ohne die eigenen Rechte und Pflichten hinreichend zu kennen. Auch informieren die ambulanten Pflegedienste oft nicht umfassend.

²⁹⁹ Grüneberg/Weidenkaff, § 3 WBG, Rn. 3; BT-Drucks. 16/12409, S. 16.

³⁰⁰ So bpa-intern, Sonderausgabe WBG 04/2009, S. 10.

³⁰¹ BeckOGK/Drasdo, 1.10.2023, WBG § 3 Rn. 51, 52

So schöpfen diese Verträge zumeist den vollständigen Anspruch auf Pflegesachleistungen aus. Der Pflegebedürftige muss aber nicht die komplette Leistung über den Pflegedienst in Anspruch nehmen. Die Leistung kann auch kombiniert werden, beispielsweise mit dem Pflegegeld oder anteilig für Betreuungs- und Entlastungsangebote. Das wissen aber Pflegebedürftige und ihre Angehörigen häufig nicht. Auch gibt es Fälle, in denen auf einen schriftlichen Vertrag komplett verzichtet wird.³⁰²

Es ist nicht nachvollziehbar, wieso in diesem Punkt der ambulante Pflegedienst gegenüber der WBVG relevanten Pflegeform privilegiert sein soll und nicht die gleichen Anforderungen an die Informationspflicht gelten sollten. Der Pflegedienst hat hier stets einen Informationsvorsprung gegenüber dem Pflegebedürftigen.

Daher fordert die Deutsche Stiftung Patientenschutz, dass die Informationspflichten vor Vertragsschluss für den ambulanten Pflegevertrag gesetzlich festzulegen sind. Die Regelung soll sich an § 3 WBVG orientieren, der die Informationspflichten vor Vertragsabschluss im stationären Bereich bestimmt.³⁰³

Denn eine Informationspflicht ist in § 120 SGB XI, die einzige Norm zu den Anforderungen an ambulanten Pflegeverträgen, nur rudimentär geregelt, eine Regelung zur Verletzung der Informationspflicht ist dabei nicht getroffen worden. Dies mag darin begründet sein, dass nach § 120 Abs. 2 S. 2 SGB XI, der Pflegebedürftige den Pflegevertrag ohnehin jederzeit, ohne Einhaltung einer Frist und ohne Begründung kündigen kann.

So bestimmt § 120 Abs. 3 SGB XII

In dem Pflegevertrag sind mindestens Art, Inhalt und Umfang der Leistungen einschließlich der dafür mit den Kostenträgern nach § 89 vereinbarten Vergütungen für jede Leistung oder jeden Leistungskomplex einschließlich ergänzender Unterstützungsleistungen bei der Nutzung von digitalen Pflegeanwendungen gesondert zu beschreiben. Der Pflegedienst hat den Pflegebedürftigen vor Vertragsschluss und bei jeder wesentlichen Veränderung in der Regel schriftlich über die voraussichtlichen Kosten zu unterrichten.

Vor Vertragsschluss sind ausreichende Informationen in schriftlicher Form unerlässlich. Verbraucher benötigen Informationen beispielsweise zu Spezialisierungen eines Pflegedienstes oder Einsatzzeiten, Leistungen sowie Kosten. Auch wichtige Entscheidungskriterien wie einseitige Preiserhöhungsrechte oder Zusatzkosten ergeben sich teilweise erst aus den schriftlichen Verträgen.

Die für ambulante Pflegedienste bestehende vorvertragliche Informationspflicht ausschließlich zu den voraussichtlichen Kosten (§ 120 Abs. 3 SGB XI) reicht hier nicht aus. Nur mit vollständigen Informationen können Verbraucher Angebote vergleichen, bevor sie sich für einen Anbieter entscheiden.

³⁰² Eckpunkte der Deutschen Stiftung Patientenschutz für eine gesetzliche Regelung ambulanter Pflegeverträge, Patientenschutz Info-Dienst, Ausgabe 4/2018, S. 2 abrufbar unter: https://www.stiftung-patientenschutz.de/uploads/docs/PID_4_2018_Eckpunkte_ambulante_Pflegevertraege.pdf.

³⁰³ Eckpunkte der Deutschen Stiftung Patientenschutz für eine gesetzliche Regelung ambulanter Pflegeverträge, Patientenschutz Info-Dienst, Ausgabe 4/2018, S. 2 abrufbar unter: https://www.stiftung-patientenschutz.de/uploads/docs/PID_4_2018_Eckpunkte_ambulante_Pflegevertraege.pdf.

Im Rahmen des zweiten Marktchecks wurde festgestellt, dass nur 10 % der ambulanten Pflegedienste, die Verbrauchern Betreuungs- und Entlastungsleistungen anboten und telefonisch ausdrücklich zu Informationszwecken um Übersendung eines Vertragsformulars gebeten wurden, dieses auch zuschickten. Pflege- und Betreuungsanbieter sollen verpflichtet werden, Verbrauchern vor Vertragsschluss verbindliche, schriftliche Informationen in verständlicher Form zur Verfügung zu stellen.³⁰⁴

Es kann daher überlegt werden, die ambulanten Pflegeverträge, den stationären Pflegeverträgen gleichzustellen und eine Regelung entsprechend § 3 WBVG zu vereinbaren, wobei zu überlegen wäre, wie diese Informationspflichten dann durchgesetzt werden könnten, da § 3 WBVG neben der fristlosen Kündigung noch, dass weitergehende zivilrechtliche Regelungen unberührt bleiben. Dies würde insbesondere Schadensersatz wegen Verschuldens bei der Vertragsanbahnung nach § 311 Abs.2 BGB mit umfassen.

2.7 Vorvertragliche Aufklärungspflichten / Vertragliche Nebenpflichten

Hinweispflichten des Unternehmers auf Kostenübernahme / Zuschüsse

Im Zusammenhang mit dem Abschluss eines WBVG Vertrages ist der Unternehmer verpflichtet, den zukünftigen Bewohner auf die Möglichkeit hinzuweisen, bei Sozialhilfe- und Pflegedienstträgern, entsprechenden Landeseinrichtungen oder sonstigen Dritten Anträge auf eine Kostenübernahme bzw. Bezuschussung zu stellen.

So hat das AG Homburg³⁰⁵ in Bezug auf die Frage der Aufklärungspflicht eines Heimträgers bezüglich der Beantragung von Grundsicherungsleistungen durch den Bewohner entschieden, dass es eine Aufklärungspflicht seitens des Betreibers gegeben hätte, d.h. die Pflicht den zukünftigen Bewohner über die Möglichkeit der Beantragung von Sozialleistungen und auch die Notwendigkeit eines sofortigen Antrages aufzuklären. Es ist allgemein anerkannt und entspricht der Rechtsprechung des BGH, dass Vertragspartner, auch soweit sie entgegengesetzte Interessen verfolgen, verpflichtet sind, einander über Umstände aufzuklären, die erkennbar für den anderen Teil von wesentlicher Bedeutung sind, sofern er nach der Verkehrsauffassung Aufklärung erwarten darf.³⁰⁶

Im entschiedenen Fall waren die Kosten für einen Heimaufenthalt erheblich. Die Bewohnerin bezog nur eine relativ geringe Rente und hätte einen Aufenthalt nicht aus eigener Tasche finanzieren können. Eine solche Situation ist im Falle des Abschlusses von Heimverträgen eher die Regel als die Ausnahme.

³⁰⁴ Verbraucherpolitische Forderungen aus dem Projekt „Marktprüfung ambulante Pflegeverträge“, 2018, - abrufbar unter: https://www.pflegevertraege.de/sites/default/files/2018-06/Verbraucherpolitische_Forderungen_Projekt%20Marktpr%C3%BCfung%20ambulante%20Pflegevertr%C3%A4ge_2.pdf .

³⁰⁵ AG Homburg v. 20.10.2010 – 7 C 277/09 (1), openJur 2021, 8402.

³⁰⁶ BGH v. 12.10.1989, AZ III ZR 101/88, NJW-RR 90, 431 ff.

Es kommt nicht darauf an, ob in der Anmeldung angegeben wurde, dass die Beklagte das Entgelt aus "eigenen Mitteln" tragen werde. Es ist unerheblich, ob der Heimträger erkennen konnte, dass der Bewohner die Entgelte nicht durch eigene Mittel finanzieren kann.³⁰⁷

Angesichts der Höhe der heutigen Heim- und Pflegekosten kann selbst bei Personen, deren Vermögen zunächst ausreichend erscheinen mag, der Eintritt eines Zuschussbedarfs nicht ausgeschlossen werden. Es obliegt daher jeder Heimleitung, vorsorglich jeden Bewohner über die existierenden Zuschussmöglichkeiten zu unterrichten. Eine eigene Beurteilung, ob im Einzelfall mangels Bedarf hiervon abgesehen werden kann, steht der Heimleitung nicht zu.³⁰⁸

Wichtig ist hierbei auch, ob der Vertragspartner die entscheidenden Umstände nicht erkennt und dies zu Gefahren für seine Rechtsgüter oder Leistungsinteressen führen kann. So führt das AG Homburg aus, dass die Heimbetreiber im Hinblick auf die Kenntnisse der sozialrechtlichen Vorschriften einen deutlichen Informationsvorsprung gegenüber den bei ihnen sich vorstellenden (künftigen) Bewohnern besitzen.

Auf der anderen Seite geht es für die Bewohner angesichts der Höhe der Entgelte und den häufig nur geringen eigenen Einkünften sehr schnell um existenzielle Gefahren bzw. den finanziellen Ruin, wenn sie Anträge auf Grundsicherungsleistungen nicht unmittelbar nach Inanspruchnahme von Leistungen nach einem Heimvertrag stellen.

Einer solchen Aufklärungspflicht kann der Betreiber auch im Heimvertrag nachkommen, muss dies jedoch entsprechend im Vertrag hervorheben oder aber unmittelbar vor dem Unterschriftfeld am Ende des Vertrages darauf hinweisen.

Als Rechtsfolge wurde dem Bewohner nach § 280 Abs. 1 BGB ab Vertragsschluss bzw. nach § 311 Abs. 2 BGB vor Vertragsschluss Schadensersatz zuerkannt und zwar in Höhe des seitens des Betreibers gesamten in Rechnung gestellten Entgeltes seit Einzug, da der Bewohner als mittellos anzusehen war und daher bei ordnungsgemäßer Belehrung eine fristgemäße Antragstellung beim Sozialhilfeträger veranlasst hätte.

3. Beendigung des Vertrages: Kündigungsmöglichkeiten und -bedingungen, Auswirkungen

Die bei den Dauerschuldverhältnissen (i) Wohnungsmietvertrag mit ambulanter Pflege und (ii) Bewohnervertrag nach WBVG maßgeblichen Beendigungstatbestände sind Kündigung sowie Tod des Wohnungsmieters bzw. Bewohners.

³⁰⁷ OLG Celle v. 17.02.2005, AZ 11 U 241/04, JURIS Rn. 17

³⁰⁸ für einen bewohnerbezogenen Aufwendungszuschuss bejaht - OLG Celle a.a.O, für den Fall der Grundsicherung offen gelassen, aber tendenziell eine Aufklärungspflicht bejaht: LG Bielefeld, Urteil vom 15.11.2007, AZ 7 O 435/06, JURIS Rn. 11.

3.1 Kündigung Wohnungsmietvertrag mit ambulanter Pflege

Nach § 573 BGB kann der Vermieter das Wohnungsmietverhältnis ordentlich nur kündigen, wenn er ein berechtigtes Interesse an der Beendigung des Mietverhältnisses hat. Als ein solches berechtigtes Interesse nennt § 573 Abs. 2 BGB explizit die schuldhafte Pflichtverletzung des Mieters (§ 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB), den Eigenbedarf (§ 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB) und die Hinderung der wirtschaftlichen Verwertung des Grundstücks (§ 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB). In der Kündigungserklärung sind die Gründe anzugeben (§ 573 Abs. 3 BGB). Dem Mieter steht ein Sozialwiderrspruchsrecht zu, wenn die Beendigung des Mietverhältnisses für den Mieter eine besondere unzumutbare Härte darstellt, etwa ein angemessener zumutbarer Ersatzwohnraum nicht gefunden werden kann (§ 574 BGB).

Nach § 573c) BGB ist die ordentliche Kündigung für den Mieter spätestens am dritten Werktag eines Kalendermonats zum Ablauf des übernächsten Monats zulässig. Für den Vermieter gelten die gleichen Kündigungsfristen (berechtigtes Interesse vorausgesetzt), die sich jedoch nach fünf und acht Jahren Mietzeit um jeweils drei Monate verlängern (§ 573c) Abs.1 S. 2 BGB).

Die außerordentliche Kündigung des Mietvertrags nach § 543 BGB bleibt neben § 573 BGB möglich mit der Maßgabe, dass der Mieter eine außerordentliche fristlose Vermieterkündigung wegen Zahlungsrückstands (§ 543 Abs. 2 S.1 Nr. 3 BGB) wieder unwirksam machen kann, wenn er spätestens vor Ablauf der Schonfrist von zwei Monate, die ab Rechtshängigkeit der Räumungsklage berechnet wird, die fällige Miete vollständig begleicht (§ 569 Abs. 3 Nr. 2 S. 1 BGB).

Die Kündigung des Wohnungsmietvertrags muss gemäß § 568 Abs. 1 BGB schriftlich erfolgen. Diese Einhaltung der Schriftform gemäß § 568 Abs. 1 BGB ist beim Wohnungsmietvertrag Wirksamkeitsvoraussetzung; ebenso die Angabe des wichtigen Kündigungsgrundes bei der außerordentlichen fristlosen Kündigung gemäß § 569 Abs. 4 BGB.³⁰⁹

Was die Kündigung eines ambulanten Pflegevertrags (Dienstvertrag gemäß § 611 ff. BGB) mit der zugelassenen ambulanten Pflegeeinrichtung für einen nach SGB XI Pflegebedürftigen angeht, so ist in der Rechtsprechung geklärt (Klarstellung in § 120 Abs. 2 S. 2 SGB XI), dass der Pflegebedürftige diesen ambulanten Pflegevertrag jederzeit sofort (unabdingbar) wirksam kündigen kann. Eine Schriftform für die Kündigung des Pflegevertrages ist im Dienstvertrag nicht vorgesehen.³¹⁰ Demgegenüber kann der Verpflichtete gemäß § 627 Abs. 2 S. 1 BGB nur in der Art kündigen, dass sich der Dienstberechtigte die Dienste anderweitig beschaffen kann. Unberührt davon bleiben solche vertragliche Vereinbarungen, wonach der Dienstverpflichtete (ambulante Pflegedienst) eine Kündigung in der vereinbarten Kündigungsfrist, etwa von 4 Wochen,³¹¹ aussprechen kann.

³⁰⁹ Grüneberg/Weidenkaff, § 543 Rn. 52.

³¹⁰ BGH v. 09.06.2011 – III ZR 203/10, Rn. 16ff.; Landgericht Nürnberg-Fürth, Hinweisbeschl. v. 12.01.2017 – 5 S 2253/16, BeckRS 2017, 152392; AG Schwartau v. 09.07.2009 – 7 C 210/09, RDG 2009, 275; vgl. Grüneberg/Weidenkaff, § 627 Rn. 2.

³¹¹ LG Potsdam v. 04.02.2015 – 7 S 280/14, BeckRS 2015, 100525; AG Brandenburg a.d.Havel, v. 26.11.2014 – 31 C 263/14, NJW-RR 2015, 742, 743.

3.2 Kündigung WBVG-Bewohnervertrag

§ 11 WBVG regelt die Kündigung durch den Bewohner. Die ordentliche Kündigung ist gemäß § 11 Abs. 1 S. 1 WBVG spätestens am dritten Werktag eines Kalendermonats zum Ablauf desselben Monats auszusprechen; sie muss nach dem Wortlaut des § 11 Abs. 1 S. 1 WBVG schriftlich erfolgen. Innerhalb von zwei Wochen nach Vertragsbeginn bzw. zwei Wochen nach Aushändigung des WBVG-Vertrags kann der Bewohner außerordentlich fristlos kündigen (§ 11 Abs. 2 WBVG), ebenso wenn ihm die Fortsetzung des Vertrags bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zumutbar ist (§ 11 Abs. 3 WBVG). Nach der Rechtsprechung des LG Nürnberg-Fürth³¹² unterliegt die außerordentliche Kündigung nach § 11 Abs. 2 WBVG der Schriftform. Diese Auffassung wird aber meist abgelehnt, weil § 11 WBVG nur bei der ordentlichen Bewohnerkündigung die Schriftform bestimmt hat.³¹³

Der Gesetzgeber sollte im Interesse der Rechtssicherheit ergänzen, dass jede Kündigung eines WBVG-Vertrags schriftlich zu erfolgen hat.

Nach § 12 WBVG kann der Unternehmer den Bewohnervertrag nur aus wichtigem Grund kündigen. Die ordentliche Kündigung ist für den Unternehmer ausgeschlossen. Als solche nicht abschließenden wichtigen Gründe zählt § 12 Abs. 1 S. 3 WBVG die Betriebsänderung bzw. Betriebseinstellung (Nr. 1), die Bedarfsänderung beim Pflege- und Betreuungsbedarf des Bewohners, den der Unternehmer deshalb nicht mehr versorgen kann (Nr. 2), die schwerwiegende Pflichtverletzung durch den Bewohner (Nr. 3) und der dem Mietrecht (§§ 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 i.V.m. § 569 Abs. 3 BGB) entsprechende Zahlungsverzug mit der Maßgabe, dass dem Verbraucher zuvor noch eine angemessene Zahlungsfrist erfolglos gesetzt worden sein muss (Nr.4).

Nach § 12 Abs. 1 S. 2 WBVG bedarf die Kündigung der Schriftform und muss begründet werden. In den betriebsbezogenen Fällen des § 12 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 - 4 WBVG (Bedarfsänderung Pflegebedarf, schuldhafte Pflichtverletzung des Bewohners, Zahlungsverzug) kann fristlos gekündigt werden, in den Fällen des § 12 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 WBVG (Betriebsänderung/Betriebseinstellung) und in sonstigen Fällen mit einer Frist von zwei Monaten (§ 12 Abs. 4 WBVG).

Der kündigungsrelevante Zahlungsverzug (§ 12 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 WBVG) ist klar definiert und entspricht dem Mietrecht. Auch der Kündigungsgrund der Verschlechterung des Pflegezustands des Bewohners dergestalt, dass der Unternehmer diesen nicht mehr versorgen kann (§ 12 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 WBVG) ist weitgehend eindeutig und erzeugt in der Praxis nur wenig Streitpotential. Schwieriger sind die aus der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit herrührende Betriebseinstellung und -änderung (§ 12 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 WBVG) und die schuldhafte Pflichtverletzung des Bewohners (§ 12 Abs.1 S. 3 Nr. 3 WBVG).

³¹² LG Nürnberg-Fürth, Hinweisbeschl. v. 12.01.2017 – 5 S 2253/16, BeckRS 2017, 152392.

³¹³ Grüneberg/Weidenkaff, § 11 WBVG Rn. 3 m.w.N.; zum Streitstand: Bachem/Hacke, § 11 Rn.17 m.w.N.

3.3 Kündigungsgrund: Pflichtverletzung des Bewohners

In Bezug auf den Kündigungsgrund des § 12 Abs. 1 S. 3 Nr. 3 WBVG (Pflichtverletzung des Bewohners) wird schuldhaftes Verhalten des Bewohners als Voraussetzung für eine fristlose außerordentliche Kündigung verlangt.³¹⁴ Allerdings wird häufig ein fristloser Kündigungsgrund des Heimvertrags (= schuldhaft gröbliche Verletzung der vertraglichen Pflichten durch den Bewohner nach § 12 Abs. 1 Nr. 2 und 3 WBVG) nicht vorliegen, weil die Verantwortlichkeit des Bewohners für sein Handeln krankheitsbedingt ausgeschlossen ist.³¹⁵ Da die Aufzählung in § 12 Abs. 1 S. 3 WBVG nur beispielhaft ist, kann der Unternehmer auch andere Gründe von entsprechendem Gewicht für die fristlose Kündigung und Beendigung des WBVG-Bewohnervertrags anführen, ohne dass ein schuldhaftes Handeln vorliegen muss.³¹⁶ Voraussetzung einer verhaltensbedingt ausgesprochenen Kündigung gegenüber dem Bewohner ist dabei (i) das hinreichende Gewicht der sich ergebenden Pflichtverletzung, (ii) die erhebliche Gefahr für Mitbewohner/Mitarbeiter des Betreibers oder andere Pflichtverstöße von vergleichbarem Gewicht, (iii) bei Berücksichtigung und Abwägung aller Umstände des Einzelfalls muss dem Betreiber ein Festhalten am Vertrag unzumutbar sein und (iv) der wichtige Grund muss (ausgenommen § 12 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 WBVG) aus der Sphäre des Verbrauchers stammen.³¹⁷ Waren Verhaltensauffälligkeiten des Heimbewohners in Grundzügen schon bei Abschluss des Heimvertrags bekannt, so spricht dies bei der gemäß § 12 WBVG vorzunehmenden Abwägung gegen eine Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Vertrags.³¹⁸ Das Landgericht Rottweil verweist in diesem Zusammenhang darauf, dass anderweitige, in § 12 Abs. 1 WBVG nicht genannte Gründe mindestens ebenso schwerwiegend wie die in § 12 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 - 4 WBVG genannten Gründe sein müssen,³¹⁹ was aber wegen der Unterschiede bei den in § 12 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 – 4 WBVG beschriebenen einzelnen außerordentlichen Kündigungsgründen nicht zielführend, sondern verwirrend ist. Das OLG Frankfurt hat ein Fehlverhalten der Betreuerin (Beleidigungen und Bedrohungen der Mitarbeiter des Betreibers) dem Pflegebedürftigen zugerechnet (§ 278 S. 1, § 1902 a.F., jetzt § 1823 BGB) und die Berechtigung der wegen des Fehlverhaltens ausgesprochenen Kündigung des Bewohnervertrags sehr kurz anhand einer Abwägung der beiderseitigen Interessen bewertet.³²⁰

Gesetzgeberisch ist zu überlegen, ob nicht vergleichbar zum Dienstvertragsrecht gemäß § 626 Abs.1 BGB die Unzumutbarkeit der sonstigen Kündigungsgründe (insbesondere betreffend § 12 Abs. 1 S. 3 Nr. 3 WBVG), wie sie von der Rechtsprechung entwickelt wurden, im WBVG etwas ausführlicher beschrieben werden sollten, um die bei einer Kündigung von den Gerichten zu prüfenden Schritte einheitlicher und transparenter vorzugeben.

³¹⁴ OLG Schleswig, Beschl. v. 07.10.2014 – 5 W 37/14, NJOZ 2015, 671; OLG Hamm, Beschl. v. 25.08.2017 – 30 U 34/17, BeckRS 2017, 144916; Grüneberg/Weidenkaff, § 12 WBVG Rn.4.

³¹⁵ OLG Schleswig, aaO.

³¹⁶ OLG Hamm, Beschl. v. 25.08.2017 – 30 U 34/17, BeckRS 2017, 144916; LG Berlin, Urt. v. 06.05.2020 – 65 S 264/18, BeckRS 2020, 18072.

³¹⁷ OLG Hamm, aaO, LG Berlin, aaO.

³¹⁸ OLG Oldenburg, Urt. v. 28.05.2020 – 1 U 156/19, NJW 2020, 3044; LG Rottweil, Urt. v. 08.04.2022 – 2 O 435/21, NJOZ 2022, 1453.

³¹⁹ LG Rottweil, aaO.

³²⁰ OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 28.05.2019 – 2 U 121/18, SRa 2019, 209; LG Freiburg, Urt. v. 05.07.2012 – 3 S 48/12, NJW-RR 1993, 503.

3.4 Kündigungsgrund: Betriebseinstellung/Betriebsänderung

Nach § 12 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 WBVG kann der Unternehmer den Wohnvertrag insbesondere bei einer Betriebseinstellung kündigen, wenn die Fortsetzung des WBVG-Vertrags für den Unternehmer eine unzumutbare Härte bedeuten würde. Weidenkaff leitet aus dem Begriff der unzumutbaren Härte das Erfordernis her, dass der Unternehmer den Wohnvertrag mit dem Verbraucher auf Dauer nur unwirtschaftlich mit Verlusten oder ernsthafter Gefährdung des Bestands der Einrichtung fortsetzen könnte, wobei der Betriebsübergang der Einrichtung auf einen anderen Unternehmer durch Rechtsgeschäft nicht zu einem Fall des § 12 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 WBVG gehören dürfte.³²¹ Nach dem LG Bonn³²² ist eine Betriebseinstellung i.S.d. § 12 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 WBVG, die das Gesetz als wichtigen Grund anerkennt, so zu verstehen, dass jede Einstellung des Betriebs gemeint ist, ob sie nun aus unternehmerischen Gründen und letztlich freiwillig erfolgt oder durch äußeren Zwang, etwa durch Betriebsschließung oder auch Insolvenz. Denn diese Norm gibt dem Wortlaut nach keine Differenzierung her, es handelt sich um einen wertneutralen Begriff. Auch wird hierbei nicht auf ein Verschulden des Unternehmers abgestellt, sondern auf einen faktischen Vorgang.³²³ Das OLG Hamburg³²⁴ hat eine Kündigung des Wohnvertrags wegen Betriebsschließung für rechtmäßig erachtet, wenn der Unternehmer nachvollziehbar darlegt, dass die Kündigung aufgrund Schließung des Heims aus betriebswirtschaftlichen Gründen erfolgt, wobei der Unternehmer konkrete längerfristige Verluste aus dem Betrieb plausibel darstellte. Zwecks Betriebsbeendigung, ebenso bei Übertragung des Betriebs an einen neuen Betreiber, wird bzw. muss der aktuelle Heimträger seinen Versorgungsvertrag mit den Pflegekassen gemäß § 72 SGB XI beenden (kündigen), wodurch er betriebliche Zulassung und Versorgungspflicht gegenüber den Pflegekassen und Bewohnern verliert. Wird der Versorgungsvertrag nach § 72 SGB XI wirksam gekündigt und ist die Kündigungsfrist abgelaufen oder der Betrieb durch die Heimaufsicht untersagt, ist dem Betreiber der weitere Betrieb rechtlich unmöglich, so dass sich auch eine Interessenabwägung erübrigt.³²⁵ Im Ergebnis ist und bleibt die Betriebsschließung danach eine gestaltbare unternehmerische Entscheidung des Unternehmers, mit der dieser das Recht kreieren kann, den Wohnvertrag zu kündigen. Dies ist auch im Hinblick auf die Bezugnahme des WBVG über dessen § 15 auf das SGB XI konsequent.

Die Bewohnerinteressen sind gesetzlich in § 13 Abs. 2 WBVG berücksichtigt, wonach der Unternehmer dem gekündigten Bewohner auf dessen Verlangen einen angemessenen Leistungersatz zu zumutbaren Bedingungen nachzuweisen hat. Allerdings ist die Rechtsprechung hierzu der Auffassung, dass die Pflicht, dem Heimbewohner bei einer Kündigung des Heimvertrags nach § 12 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 WBVG eine angemessene anderweitige Unterkunft und Betreuung nachzuweisen, keine Wirksamkeitsvoraussetzung für die Kündigung durch den Unternehmer ist, sondern nur materielle Voraussetzung für den Räumungsanspruch und

³²¹ Grüneberg/Weidenkaff, § 12 WBVG Rn. 4.

³²² LG Bonn, Urt. v. 20.06.2018 – 19 O 412/17, SRa 2019, 114; ebenso LG Hamburg, Urt. v. 18.08.2016 – 330 O 330/16, BeckRS 2016, 124366.

³²³ LG Bonn, aaO.

³²⁴ OLG Hamburg, Beschl. v. 20.09.2016 – 14 U 172/16, BeckRS 124125.

³²⁵ Bachem/Hacke, § 12 Rn.20 m.w.N.

dessen Titulierung.³²⁶ Demgegenüber hat das OLG Hamburg bei der Entscheidung über eine wirksame Kündigung wegen Betriebsschließung gemäß § 12 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 WVBG auch darauf abgestellt, dass die Fortsetzung des Pflege- und Betreuungsverhältnisses für den Unternehmer eine unzumutbare Härte darstellen würde, weil der Unternehmer nur eine Seniorenresidenz betrieben hat und nach der vollständigen Betriebseinstellung der Seniorenresidenz keine Pflegeplätze mehr zur Verfügung stellen kann, etwa in einer anderen Pflegeeinrichtung.³²⁷ Der VGH München hat der Heimaufsicht in Bezug auf eine angeordnete Betriebsschließung im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung aufgegeben, in einem ersten Schritt die Auswirkungen der beabsichtigten Betriebsuntersagung auf die Rechtsgüter der Betroffenen, nicht nur diejenigen des Einrichtungsträgers, sondern gerade auch der von der Schließung der Einrichtung betroffenen Bewohner im Wege einer konkreten Rechtsfolgenabschätzung zu bewerten. Dabei ist insbesondere entscheidend, ob für die von der Schließung Betroffenen sofort verfügbare Ersatzpflegeplätze in ausreichender Zahl, Qualität und räumlicher Nähe zur Verfügung stehen.³²⁸

Hieran anknüpfend wäre gesetzgeberisch zu überlegen, ob nicht die außerordentliche Kündigung eines Wohnungsvertrags aus betriebswirtschaftlichen Gründen (Betriebseinstellung) um ein zusätzliches Wirksamkeitserfordernis ergänzt wird, wonach der Unternehmer dem Bewohner auch einen konkreten anderen möglichst gleichwertigen Heimplatz anbieten muss.

3.5 Gewerbliche Zwischenmietverhältnisse

Die weit überwiegende Zahl der Betriebsstrukturen bei Sozialimmobilien ist in der Praxis so konzipiert, dass der Betreiber des betreuten Wohnkomplexes oder des Pflegeheims auf Basis eines langfristig abgeschlossenen gewerblichen Mietvertrags mit dem Grundstückseigentümer den Betrieb führt.³²⁹ Wird dieser gewerbliche Mietvertrag dann gekündigt bzw. sonst beendet, stellt sich die Frage nach dem Schicksal der Wohnungsmieter bzw. der Bewohner mit WVBG-Vertrag.

Dem Wohnungsmieter im betreuten Wohnen kommt der Bestandsschutz der zwingenden Regelung des § 565 BGB zugute. Danach tritt bei Beendigung des Mietvertrags der Vermieter oder der vom Vermieter eingesetzte Nachmieter in die Wohnungsmietverträge ein. Der BGH hat dem Wohnungsmieter diesen Schutz aus § 565 BGB sogar im Zwangsversteigerungsverfahren zuerkannt.³³⁰ Danach steht dem Ersterer einer Wohnungseigentumsgemeinschaft das Sonderkündigungsrecht des § 57a ZVG gegenüber dem Generalmieter auch dann zu, wenn das versteigerte Wohnungseigentum Teil eines aus mehreren Wohnungseinheiten bestehenden und insgesamt für einen einheitlichen Zweck (hier: betreutes Wohnen) vermieteten Objekts ist. Nach dem BGH kann das Sonderkündigungsrecht des Erwerbers

³²⁶ OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 22.07.2016 – 8 W 38/16, NZS 2016, 789; BGH, Beschl. v. 28.10.2004 – III ZR 205/03, NJW 2005, 147 (noch zu § 8 Abs.3 S.2 Nrn.1, 2 HeimG); Grüneberg/Weidenkaff, § 13 WVBG Rn. 2.

³²⁷ OLG Hamburg, Beschl. v. 20.09.2016 – 14 U 172/16, BeckRS 124125 Rn.9.

³²⁸ VGH München, Beschl. v. 09.01.2019 – 12 CS 18.2658, BeckRS 2019, 12.

³²⁹ Bachem/Hacke, § 5 Rn.4, 16; von Franckenstein/Gräfenstein, Pflegereform 2008 – Auswirkungen auf den Pachtzins für Pflegeheime, NZS 2009, 194; ca. 90% der Pflegeheime werden auf der Grundlage von gewerblichen Zwischenmietverträgen bewirtschaftet m.w.N.

³³⁰ BGH, Urt. v. 30.10.2013 – XII ZR 113/12, MittBayNot 2014, 185.

aus der Zwangsversteigerung nach § 57a ZVG durch die Einbindung der streitgegenständlichen Wohnung in einen Gesamtmietvertrag nicht beeinträchtigt werden, weil nur bei Einräumung des Sonderkündigungsrechts unabhängig von den anderen Wohnungseigentümern der Sinn und Zweck des § 57a ZVG gewahrt ist, im Interesse der Realgläubiger einen möglichst hohen Versteigerungserlös zu ermöglichen. Allerdings kann der Ersteher von einem Mieter, der die Eigentumswohnung im Rahmen einer gewerblichen Weitervermietung an einen Endmieter zu Wohnzwecken vermietet hat, trotz Wirksamkeit der auf § 57a ZVG beruhenden Kündigung nicht Räumung und Herausgabe verlangen, weil der Endmieter wegen § 565 BGB unbeschadet dieser Kündigung zu Besitz und Nutzung berechtigt bleibt.³³¹

Deutlich ungünstiger ist die Situation für den Bewohner im WBVG-Vertrag. § 5 Abs.2 WBVG enthält nur die Regelung, dass, wenn der Unternehmer (Heimträger) selbst den Wohnraum (Grundstück) veräußert, der Erwerber des Wohnraums in den Vertrag (bzgl. des Teils der Wohnraumüberlassung) mit allen Rechten und Pflichten eintritt, also der Heimvertrag aufgespalten wird. Eine Analogie zu § 565 BGB wird überwiegend abgelehnt, weil eine Regelungslücke nicht bestünde, wenn der Gewerbemietvertrag zwischen Eigentümer und Betreiber beendet wird. Der WBVG-Bewohnervertrag geht somit nicht auf den Vermieter des Generalmieters gemäß § 565 BGB ganz oder teilweise über, wenn der Generalmietvertrag beendet wird. Auch im Zuge der Zwangsversteigerung der vermieteten Immobilie gilt § 5 Abs. 2 WBVG nicht und der WBVG-Bewohnervertrag geht – anders als der Mietvertrag – auch nicht auf den Erwerber gemäß § 57 ZVG über, weil der § 57 ZVG ausdrücklich nur für Miete und Pacht gilt.³³² Im Falle der Beendigung des Generalmietvertrags gilt § 12 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 WBVG; dieser erlaubt dem Unternehmer in dieser Lage die Kündigung des WBVG-Vertrags aus wichtigem Grund wegen Betriebsschließung. Der Bewohner ist durch § 13 Abs.2 WBVG insoweit geschützt, als der Unternehmer ihm auf Verlangen einen angemessenen Leistungserersatz zu zumutbaren Bedingungen nachweisen und ihm auch die Umzugskosten in angemessenen Umfang ersetzen muss.³³³

Mit dem Mechanismus des § 12 Abs.1 S.3 Nr.1 WBVG i.V.m. § 13 Abs. 2 WBVG wird der Bewohner schlechter gestellt als der Wohnungsmieter, denn er muss seine angestammte Wohnung im Pflegeheim, die er auf der Basis des besonderen Verbraucher- und Bestandschutzes des WBVG angemietet hat, wegen meist rein betriebswirtschaftlichen Erwägungen Dritter, verlassen und umziehen. Dies erzeugt gerade bei Pflegebedürftigen nicht nur Aufwand, Kosten und Zeit, sondern Ängste und Stress. Zudem wird das vom WBVG als besonderes Verbraucherschutzgesetz den pflegebedürftigen Senioren vermittelte Vertrauen, sie werden dadurch in ihrer Wohnung im ausgewählten Pflegeheim besonders gut geschützt, enttäuscht.

³³¹ BGH, aaO.

³³² BGH v. 14.10.1981 – VIII ZR 331/80, NJW 1982, 221; Grüneberg/Weidenkaff, § 5 WBVG Rn. 3.

³³³ Bachem/Hacke, § 5 Rn. 4, 13.

3.6 Ausweitung des Bestandsschutzes für Bewohner über § 565 BGB bei Beendigung des gewerblichen Zwischenmietverhältnisses ?

Auf eine Anfrage an das BMFSFJ, Referat 305 – Pflege und Betreuung, Altenpflegegesetz, Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz vom August 2010, ob wirklich in gewerblichen Generalmietverhältnissen eine Schlechterstellung der Bewohner in Pflegeheimen nach dem WBVG verglichen mit dem Wohnungsmietvertrag im betreuten Wohnkomplex erfolgen soll, erfolgte folgende Antwort am 19.08.2010:

„Sie fragen, ob § 565 BGB (möglicherweise in analoger Anwendung des § 5 Abs. 2 WBVG) auf Verträge im Sinne des Wohn- und Betreuungsvertragsgesetzes (WBVG) anwendbar ist.

Ausgehend von dem von Ihnen geschilderten Sachverhalt schätze ich die Rechtslage nach einer ersten Prüfung wie folgt ein:

Grundsätzlich handelt es sich bei den Vorschriften des Wohn- und Betreuungsvertragsgesetzes (WBVG) um spezialgesetzliche Normen, die in ihrem Regelungsbereich die allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften des BGB verdrängen.

Dies gilt an sich auch für den Themenkomplex "Wechsel der Vertragsparteien". Der Gesetzgeber hat mit § 5 WBVG eine Regelung geschaffen, die verschiedene Konstellationen eines Wechsels der Vertragsparteien aufgreift und entsprechende spezialgesetzliche Anordnungen trifft.

Nicht ausdrücklich im WBVG geregelt wird jedoch der Fall der gewerblichen Weitervermietung (wie er in § 565 BGB festgeschrieben ist), also der Fall, dass ein Mieter den gemieteten Wohnraum gewerblich einem Dritten zu Wohnraumzwecken überlasst und das (Haupt-)Mietverhältnis beendet wird.

Das Problem in dieser Konstellation stellt sich vor dem Hintergrund, dass der Mieter aufgrund der Beendigung des Mietverhältnisses dem Dritten (im Fall des WBVG dem Verbraucher) keinen Besitz vermitteln kann. Insofern liegt ein Fall der rechtlichen Unmöglichkeit vor. Darüber hinaus muss - da im Verhältnis zwischen Vermieter und Mieter das allgemeine Mietrecht Anwendung findet - der Wohnraum nach Beendigung des Mietvertrags geräumt zurückgegeben werden.

Zwar bietet das WBVG die Möglichkeit, mit dieser Situation umzugehen und die Voraussetzungen für eine entsprechende Rückgabe des Wohnraums zu schaffen. Der Unternehmer kann den Vertrag mit dem Verbraucher u.a. kündigen, wenn er den Betrieb einstellt und die Fortsetzung des Vertrags für ihn eine unzumutbare Härte bedeuten würde (§ 12 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 WBVG).

Allerdings kann dieses Ergebnis nicht vom Gesetzgeber gewollt sein. Es würde bedeuten, dass in allen Fällen der gewerblichen Weitervermietung, in denen der Mietvertrag beendet wird, der Betrieb der Einrichtung eingestellt und allen Verbrauchern gekündigt werden müsste.

Dies entspricht nicht dem Sinn und Zweck des WBVG. Die gesetzlichen Regelungen sind grundsätzlich darauf ausgerichtet, dass das Vertragsverhältnis auf unbestimmte Zeit besteht und der Verbraucher nur in engen Grenzen entgegen seinem Wunsch den ihm überlassenen Wohnraum verlassen und damit seinen Lebensmittelpunkt aufgeben muss. Diese Wertung zeigt sich zum einen in der Regelung des § 4 Abs. 1 WBVG, wonach der Vertrag auf unbestimmte Zeit geschlossen wird und Befristungen nur ausnahmsweise zulässig sind, zum anderen in der Kündigungsvorschrift des § 12 WBVG. Hiernach wird dem Unternehmer lediglich ein außerordentliches Kündigungsrecht eingeräumt.

Eine teleologische Reduktion von § 12 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 WBVG dergestalt, dass in den Fällen der gewerblichen Weitervermietung die Beendigung des (Haupt-)Mietvertrags nicht zur Unzumutbarkeit hinsichtlich der Fortsetzung des Vertrags für den Unternehmer führt, vermag nicht über das eigentliche Problem hinwegzuhelfen. Zwar ist der Verbraucher auf den ersten Blick vor der Kündigung durch den Unternehmer geschützt. Es kann aber nicht außer Acht gelassen werden, dass der Unternehmer rechtlich gesehen den Besitz nicht vermitteln kann und zudem der Anspruch auf Rückgabe der Mietsache gemäß § 546 Abs. 2 BGB auch gegenüber dem Verbraucher geltend gemacht werden kann.

Es kommt jedoch eine teilweise Anwendung des in § 565 BGB festgeschriebenen Rechtsgedankens für Verträge im Anwendungsbereich des WBVG in Betracht.

Eine vollständige Übertragung der in § 565 BGB enthaltenen Regelung auf die Konstellation des Wohn- und Betreuungsvertrags scheidet aus. In diesem Fall müsste der (Haupt-)Vermieter in das komplette Vertragsverhältnis zwischen Mieter und Dritten eintreten. Anders als in der in § 565 BGB vorgesehenen Konstellation haben hier jedoch Unternehmer und Verbraucher keinen Mietvertrag, sondern einen Wohn- und Betreuungsvertrag geschlossen. Dieser stellt im Verhältnis zum Hauptvertrag ein aliud dar. Der Vermieter würde mit einer vollständigen Eintrittspflicht damit weit über die Grenzen der BGB-Regelung hinaus in die Pflicht genommen. Soweit die konkrete Form der gewerblichen Weitervermietung nicht im Mietvertrag festgelegt worden ist, ist für den Vermieter zudem nicht erkennbar, in welche Art von Vertragsverhältnis er ggfs. eintreten muss.

Eine solch weitgehende Eintrittspflicht der Vermieters ist jedoch auch gar nicht erforderlich. Ausreichend ist vielmehr, dass der Vermieter in den Vertrag nur hinsichtlich der Wohnraumüberlassung eintritt. Denn nur insoweit besteht ein Mangel im Vertragsverhältnis. Der Unternehmer kann aufgrund der Beendigung des (Haupt-)Mietverhältnisses keinen Besitz mehr an dem Wohnraum vermitteln, Pflege- oder Betreuungsleistungen kann er aber sehr wohl noch erbringen. Zudem würde der Vermieter mit dieser Pflicht nicht überbelastet. Hinsichtlich der Wohnraumüberlassung besteht eine Vergleichbarkeit zwischen den Pflichten aus dem (Haupt-)Mietvertrag einerseits und dem Wohn- und Betreuungsvertrag andererseits. Schließlich steht diese Lösung auch im Einklang mit der Wertung des § 5 Abs. 2 WBVG, wonach das Eintreten des Erwerbers ebenfalls nur hinsichtlich der Wohnraumüberlassung erfolgt.

Im Ergebnis kann eine Regelung, wie sie in § 565 BGB enthalten ist, auch auf Verträge im Anwendungsbereich des WBVG Anwendung finden. Da es sich - wie bereits ausgeführt - bei den Vorschriften des WBVG grundsätzlich um spezialgesetzliche Normen handelt, die in ihrem Regelungsbereich die allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften des BGB verdrängen, spricht einiges dafür, eine entsprechende Anwendbarkeit auf § 5 Abs. 2 WBVG (unter Heranziehung des Rechtsgedankens von § 565 BGB) zu stützen.“

Demnach wird auch vom für das WBVG federführenden BMFSJ der Bewohnerschutz nach dem WBVG im gewerblichen Zwischenmietverhältnis zutreffend als unzureichend und ergänzungsbedürftig eingestuft.

3.7 Sozialrechtliche und vertragsstrukturelle Vorgaben

Der BGH hat bereits in seiner Entscheidung vom 29.10.1980 festgestellt, dass der Einrichtungsvertrag (jetzt WBVG-Vertrag) ein einheitliches Ganzes bildet und deshalb bei der rechtlichen Beurteilung nicht in seine verschiedenen Bestandteile zerlegt werden kann in dem Sinne, dass auf den Mietvertragsanteil Mietrecht, auf den Dienstvertragsanteil Dienstvertragsrecht und auf den Kaufvertragsanteil Kaufrecht anzuwenden wäre. Der Eigenart des Vertrages wird vielmehr nur die Unterstellung unter ein einziges Vertragsrecht gerecht.³³⁴ Es entspricht auch dem vom WBVG bezweckten Schutzbedürfnis des pflegebedürftigen Verbrauchers, der einen einheitlichen WBVG-Bewohnervertrag mit einem Betreiber abgeschlossen hat, möglichst von einer Vertragsaufspaltung mit mehreren Vertragspartnern verschont zu bleiben. Hinzu kommt für den Bewohner die unzumutbare Rechtsunsicherheit, ob im Verhältnis zwischen Bewohner und Grundstückseigentümer, der dem Bewohner den Wohnraumteil aufgrund Vertragsaufspaltung gemäß § 5 Abs.2 WBVG überlässt, nunmehr das WBVG oder das Wohnungsmietrecht gilt mit unterschiedlichen Konsequenzen etwa in Bezug auf Entgelterhöhungen und Beendigungen.³³⁵ Verglichen mit dem Mietrecht mit dem Übergang des kompletten Wohnungsmietvertrags nach § 565 BGB auf den Vermieter bei Beendigung des gewerblichen Generalmietvertrags (so dass der Bewohner nur einen Vertragspartner hat) wird der Bewohner mit dem Aufteilen des WBVG-in zwei Teile mit Wohnraumüberlassung einerseits und Pflege/Betreuung sowie Unterkunft und Verpflegung andererseits und der damit einhergehenden Schnittstellenproblematik etwa bei der Zuweisung von Betriebskosten durch § 5 Abs. 2 WBVG schlechter gestellt als in der Wohnungsmiete. Bei der Bewertung von vertraglichen Übergangsregelungen ist ferner auf die leistungsrechtlichen Beziehungen gemäß SGB XI und SGB XII abzustellen, denn aus Sicht des WBVG (vgl. § 15 WBVG) ist das SGB XI und SGB XII gegenüber dem WBVG *lex specialis*.³³⁶ Die von § 5 Abs. 2 WBVG vorgesehene Spaltung des Bewohnervertrags in einen Wohnungsteil und einen Betreuungs- und Pflegeteil widerspricht dem vorrangigen Leistungsrecht (§§ 43, 72 Abs. 3 Nr. 2 SGB XI), denn nach dem SGB XI ist Wesenselement der stationären Versorgung auch die Wohnraumüberlassung durch den Heimträger als Vertragspartner der Pflegekassen.³³⁷ Beispielsweise. (i) rechnet gemäß § 82 Abs. 3 S. 1 SGB XI die Pflegeeinrichtung (und

³³⁴ BGH v. 29.10.1980 – VIII ZR 326/79, NJW 1981, 341; BGH v. 14.10.1981 – VIII ZR 331/80, NJW 1982, 221.

³³⁵ Grüneberg/Weidenkaff, § 5 WBVG Rn. 3.

³³⁶ Bachem/Hacke, § 15 Rn.1 m.w.N.

³³⁷ Bachem/Hacke, § 5 Rn.16 m.w.N.

nicht ein sonstiger Nutzungsberechtigter der Immobilie) die betriebsnotwendigen Investitionskosten und die Aufwendungen für Miete etc. gegenüber den Pflegebedürftigen ab und (ii) der Betreiber muss bereits in den Strukturhebungsbögen der Pflegekassen zur Erlangung des Versorgungsvertrags gemäß § 72 SGB XI zur Sicherstellung des Versorgungsauftrags bestätigen, dass er eine bestimmte Anzahl an Plätzen ganzjährig für die Versorgung vorhält.³³⁸ Wenn der Heimträger keine grundstücksbezogene Nutzungsberechtigung (durch Generalmietvertrag mit dem Grundstückseigentümer) innehat, kann er diese Bestätigung der Versorgungssicherheit der Pflegebedürftigen in der konkreten Einrichtung nicht abgeben und diese Voraussetzungen für den Versorgungsvertrag (Zulassung der Pflegeeinrichtung) nicht erfüllen.

3.8 Sicherung „wirtschaftlicher“ Wert des Bewohners bei Spezialimmobilie Pflegeheim in der Praxis

Der § 5 Abs. 2 WVBVG wird – auch im Zusammenhang mit § 12 Abs. 1 S. 3 Nr.1 i.V.m. § 13 Abs. 2 WVBVG - den Bewohnerschutzinteressen weder rechtlich noch tatsächlich gerecht. Sein Regelungsgehalt geht zudem an den Realitäten und der Handhabung in der Praxis vorbei, in der (i) zum einen die überwiegende Zahl der Pflegeeinrichtungen aufgrund von gewerblichen Generalmietverträgen bewirtschaftet wird (für die der § 5 Abs. 2 WVBVG nicht gilt) und (ii) bei dessen Beendigung der Bewohnervertrag unproblematisch durch die Unternehmerkündigung nach § 12 Abs. 1 S. 3 Nr.1 WVBVG beendet und der Bewohner umziehen muss, obwohl er den WVBVG-Bewohnervertrag im Vertrauen auf eine langfristige sichere Bleibe abgeschlossen hat. Ferner (iii) der Bewohner(vertrag) und die Mitarbeiter einen wirtschaftlichen Wert darstellen, die vom Heimträger an andere Heimträger verkauft werden können und (iv) ein Umzug der Bewohner und Mitarbeiter und das Leerziehen und Räumen der Pflegeeinrichtung für den vermietenden Grundstückseigentümer einen wirtschaftlichen Totalverlust bedeutet: Ein Neustart des leer gezogenen Pflegeheimbetriebs mit einem neuen betreibenden Mieter kostet den Vermieter in der Praxis heutzutage marktüblich (i) mindestens sechs, eher neun Monate mietfreie Zeit sowie (ii) einen verlorenen Inventarzuschuss an den neuen Mieter von regelmäßig mehr als EUR 8.000,00 pro Platz, ferner (iii) – bei älteren Gebäuden - den Verlust des heimbaurechtlichen Bestandsschutz mit der Folge, die Pflegeheimanlage und deren Nutzungsstruktur an aktuelle landesheimbaurechtliche Anforderungen anpassen zu müssen und (iv) seine Einrichtung an die konkreten gestalterischen betrieblichen Anforderungen des neuen mietenden Betreibers anpassen zu müssen.

Für das Interesse des Bewohners am Verbleiben in der von ihm gewählten Pflegeeinrichtung sieht das WVBVG nach alledem keinen Schutz bei Beendigung des gewerblichen Zwischenmietvertrags vor. Da es sich bei den Pflegeimmobilien um Spezialimmobilien handelt, deren Wert und die Mieteinnahmen (aus den Investitionskosten der Bewohner) entscheidend durch den ordnungsgemäßen Betrieb („warme Betten“) geprägt sind, sichern sich die Vermieter gegen einen Verlust des Betriebs ab, indem (marktüblich) Übernahmerechte im Generalmietvertrag vereinbart werden. Ein typischer Regelungsinhalt, der beispielhaft aus einem

³³⁸ Vgl. z.B. LSG Thüringen, Entscheidung v. 29.11.2004 – L 6 P 769/01, BeckRS 2005, 40593.

Pflegeheimpachtvertrag der IMMAC, einem der größten Pflegeimmobilieninvestoren in Deutschland, entnommen ist, lautet wie folgt:

„1. Vorbehaltlich der Zustimmung durch die zuständige Heimaufsichtsbehörde ist der Verpächter bei Beendigung des Pachtvertrags infolge einer außerordentlichen oder ordentlichen Kündigung berechtigt, die Heimverträge oder sonstige Beherbergungsverträge, Mietverträge oder Anwartschaften mit allen Rechten und Pflichten zu übernehmen und den Betrieb fortzusetzen oder zu verlangen, dass dieser auf einen von ihm benannten Dritten übertragen wird, der die Fortführung des Betriebes übernimmt. [...]

3. Führt der Verpächter oder durch ihn benannte Dritte den Heimbetrieb gemäß Absatz 1 fort, so hat der Pächter auf Verlangen Auskunft über alle betriebswichtigen Fragen zu erteilen und bei der Betriebsübernahme sowie dem Abschluss des Versorgungsvertrags mitzuwirken.“

Bei Beendigung des Mietvertrags über eine Pflegeimmobilie sind in der Praxis so gut wie alle Vermieter mit Nachdruck dabei, den Betrieb auf einen vom Vermieter ausgewählten Folgebetreiber (Nachmieter) mit „warmen Betten“ zu übertragen. Dies hat auch in den vielen Insolvenzen von Pflegeheimbetreibern in 2023 dazu geführt, dass nur sehr wenige stationäre Pflegebetriebe geschlossen wurden, weil die Betriebe auf vom Vermieter ausgewählte Betreiber als Nachmieter übertragen wurden. Der jeweilige Insolvenzverwalter hat sich allerdings diese Übertragungen im Zuge eines Kaufvertrags über den Betrieb üppig vergüten lassen, trotz einer vor der Insolvenz erfolgten Vermieterkündigung des Mietvertrags (wegen Nichtzahlung der Miete) und der Ausübung des mietvertraglichen Betriebsübernahmerechts. Denn in der Umsetzung in der Praxis scheitert die Geltendmachung der mietvertraglichen Übernahme Klauseln durch die Vermieter von Pflegeimmobilien daran, dass bei einer Kündigung des Mietverhältnisses zum einen der scheidende Betreiber keinerlei Interesse an einer Mitwirkung am Betriebsübergang mehr hat und untätig bleibt bzw. abwehrend agiert und zum anderen die Pflegekassen sich weigern, einen neuen zweiten Versorgungsvertrag gemäß § 72 SGB XI mit dem neuen Betreiber und Nachmieter ohne Mitwirkung des scheidenden mietenden Betreibers und Aufhebung des bestehenden Versorgungsvertrags zu schließen.

Gesetzgeberisch wäre im Interesse des Schutzbedürfnisses der Bewohner, die in ihrer Wohnung verbleiben und weiter versorgt werden möchten und die als Nichtbeteiligte nicht die Konsequenzen aus den Beendigungen von Verträgen zwischen Vermieter und Betreiber tragen sollen, sinnvoll, dem Vermieter eine Art „Vorkaufsrecht“ als Betriebsübernahmerecht einzuräumen; ähnlich dem § 578 Abs. 3 BGB für den Mieter, der mit dem MietAnpG vom 18.12.2018 eingeführt worden ist. Danach sollte jedenfalls dann, wenn der mietende Betreiber bzw. der Insolvenzverwalter des mietenden Betreibers das gewerbliche Zwischenmietverhältnis dem Vermieter gegenüber kündigt oder die Vermieterkündigung unstreitig ist, der Vermieter bzw. ein vom Vermieter benannter Dritter das gegenüber dem Mieter und den Pflegekassen ausübende Recht haben, den Betrieb selbst oder durch einen von ihm benannten Dritten fortzuführen. Die Pflegekassen sollten dazu angehalten werden, hierzu auch zeitlich vorrangig den (zweiten) Versorgungsvertrag und Vergütungsvereinbarungen – wie mit dem scheidenden Betreiber abgeschlossen – für den neuen Betreiber auszustellen und

die Betriebsübernahme umzusetzen mit Änderung der Zahlungsströme bei den Pflegevergütungen etc.

3.9 Tod des Pflegebedürftigen

Zu beleuchten sind schließlich die Rechtsfolgen im betreuten Wohnen oder in der Pflegeeinrichtung, wenn der Wohnungsmieter bzw. Bewohner verstirbt.

3.9.1 Der Sterbefall im betreuten Wohnen

Im betreuten Wohnen gilt das Wohnungsmietrecht mit den Rechtsfolgen in den §§ 563 ff. BGB. Nach § 563 Abs. 1 BGB tritt der Ehegatte oder Lebensgefährte, der mit dem Mieter einen gemeinsamen Haushalt führt, mit dem Tod des Mieters in das Mietverhältnis ein. Die eintretende Person kann innerhalb eines Monats, nachdem sie Kenntnis vom Tod des Mieters erlangt hat, den Eintritt in das Mietverhältnis ablehnen (§ 563 Abs. 3 S. 1 BGB). Bei mehreren Mietern wird das Mietverhältnis beim Tode eines Mieters mit den überlebenden Mietern gemäß § 563a Abs. 1, 2 BGB fortgesetzt, die dann das Mietverhältnis in der Monatsfrist nach Kenntniserlangung vom Tod mit gesetzlicher Frist kündigen können. Erfolgt kein Eintritt nach § 563 BGB und § 563a BGB, so wird das Mietverhältnis gemäß § 564 BGB mit den Erben fortgesetzt, die, aber auch der Vermieter, mit gesetzlicher Kündigungsfrist innerhalb des Monats, nachdem sie vom Tod und dem Nichteintritt in das Mietverhältnis nach §§ 563, 563a BGB Kenntnis erlangt haben, kündigen können.

3.9.2 Der Tod des Bewohners im WBVG-Vertrag

Nach § 4 Abs. 3 S. 1 WBVG endet das WBVG-Vertragsverhältnis mit dem Tod des Verbrauchers. § 87a Abs. 1 S. 2 SGB XI bestimmt, dass die Zahlungspflicht des Heimbewohners oder seines Kostenträgers mit dem Tag endet, an dem der Heimbewohner aus dem Pflegeheim entlassen wird oder verstirbt. Für die Überlassung des Wohnraums kann eine Fortgeltung des Vertrags gegen Fortzahlung des auf den Wohnraum entfallenden Entgeltbestands vereinbart werden, soweit ein Zeitraum von zwei Wochen nach dem Todestag des Bewohners nicht überschritten wird, wobei ersparte Aufwendungen das geschuldete Entgelt ermäßigen bzw. bei neuer Belegung entfallen lassen (§ 4 Abs. 3 S. 3 WBVG).³³⁹ Hat der verstorbene Pflegebedürftige mit einer anderen Person (Lebensgefährte) einen gemeinsamen Haushalt geführt, der nicht Vertragspartner mit dem Unternehmer in Bezug auf die Wohnraumüberlassung ist, so wird gemäß § 5 Abs. 1 S. 1 WBVG das Vertragsverhältnis mit dieser Person bis zum Ende des dritten Monats nach dem Tod des Verbrauchers fortgeführt und endet dann automatisch. Allerdings kann der Lebensgefährte die Fortsetzung innerhalb von vier Wochen nach dem Tod ablehnen, dann gilt die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses als nicht erfolgt (§ 5 Abs. 1 S. 2 WBVG). Da nach § 16 WBVG nur Abweichungen zu Lasten des Verbrauchers und nicht zu Lasten der Lebensgefährten unwirksam sind, kann zum Nachteil der Lebensgefährten z.B. geregelt werden, dass bei Tod des Bewohners das

³³⁹ Grüneberg/Weidenkaff, § 4 WBVG Rn. 4.

Vertragsverhältnis mit dem Sterbetag endet. Denn eine Unabdingbarkeit zu Lasten der Lebensgefährten wie in § 563 Abs. 5 BGB ist im WBVG nicht enthalten.³⁴⁰

Es stellt sich für den Gesetzgeber die Frage, ob es nicht sachgerecht ist, zumindest die dreimonatige Geltung des WBVG-Vertrags zwischen dem Unternehmer und den Lebensgefährten nach dem Tod des Bewohners gemäß § 5 Abs.1 WBVG für unabdingbar zu erklären (entsprechend § 563 Abs. 5 BGB). § 5 Abs. 1 WBVG verlangt einen gemeinsamen auf Dauer angelegten Haushalt zwischen Verbraucher und dessen Lebensgefährten. Dies schließt zum einen die Anwendbarkeit von § 5 Abs. 1 S. 1 WBVG für Lebensgefährten von Bewohnern in stationären Pflegeheimen aus, denn in diesen findet wegen der Rundumversorgung des Bewohners durch den Unternehmer keine eigene Haushaltsführung des pflegebedürftigen Bewohners mehr statt³⁴¹ und lässt zum anderen darauf schließen, dass der Lebensgefährte auf die weitere Wohnraumüberlassung und eine angemessene Auszugsfrist angewiesen ist, weil er sich im WBVG-Wohnraum zusammen mit dem verstorbenen Bewohner mit dem gemeinsamen dauerhaften Haushalt seinen Lebensmittelpunkt eingerichtet hat.

4. Schlichtungsverfahren, Möglichkeit der Einbindung von Schiedsstellen und Behörden

4.1 Einbindung der Heimaufsicht als Behörde

Von Betreibern, aber auch von Bewohnern, wird immer wieder die Auffassung vertreten, dass die Verträge zwischen Betreibern und Bewohnern die Heimaufsicht nichts angehe, weil es sich um rein zivilrechtliche Verträge handelt.

Das BVerwG³⁴² hatte die Frage – ob der Heimaufsicht eine Prüfungs- und Anordnungs-kompetenz für Heimverträge (auch nach WBVG zusteht – zu beantworten. Dem Urteil lag der Fall zu Grunde, dass der in Frage stehende Vertrag eine Klausel enthielt, bei der auch Leistungsempfänger der sozialen Pflegeversicherung – entgegen § 87a Abs. 1 S. 2 SGB XI (Beendigung des Vertrags mit Tod des Bewohners) – für zwei Wochen ab dem Sterbetag Heim-entgelt zahlen sollten.

Die Heimaufsicht ordnete die Streichung dieser Klausel an, wogegen der Betreiber vor die Verwaltungsgerichte zog. Das BVerwG gab der Heimaufsicht Recht und entschied, dass die Klausel aufgrund des Vorrangs der Regelungen des SGB XI gegenüber § 8 Abs. 8 HeimG a.F. (nunmehr § 4 Abs. 3 i.V.m. § 15 WBVG) unwirksam ist. Zudem stellte das BVerwG klar, dass die Behörde gegenüber dem Heimträger die gesetzeskonforme Gestaltung der Verträge mit den Bewohnern nach § 17 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 HeimG durchsetzen konnte. Mit dieser Vorschrift wird die Heimaufsicht umfassend ermächtigt, zur Sicherung der Einhaltung der dem Träger gegenüber den Bewohnern obliegenden Pflichten Anordnungen zu erlassen. Ziel dieser Regelung ist es, die Bewohnerrechte aufgrund ihrer wirtschaftlichen Unterlegenheit

³⁴⁰ Grüneberg/Weidenkaff, § 5 WBVG Rn. 1; Torben Bartels RICHTER RECHTSANWÄLTE. Beck'sche Online-Formulare Medizinrecht, 36. Edition 2023, Stand: 01.02.2020, Formular 14.1.2.2 Einrichtungsvertrag bei stationärer Pflege, Formulierung § 16 (5): Bei Tod des Bewohners endet das Vertragsverhältnis mit dem Sterbetag; a.A. Bachem/Hacke, § 5 Rn.12 m.w.N.

³⁴¹ Bachem/Hacke, § 5 Rn.6 m.w.N.

³⁴² BVerwG v. 02.06.2010 - 8 C 24/09.

und strukturellen Abhängigkeit vom Träger zu stärken. Die Durchsetzung der heimrechtlichen Pflichten soll nicht der Rechtsverfolgung/-verteidigung der Bewohner überlassen bleiben, die häufig unter altersbedingten Einschränkungen leiden oder von Behinderungen betroffen sind. Der Bewohner ist folglich nicht darauf angewiesen, sich zivilrechtlich gegen rechtswidrige Vertragsklauseln wehren zu müssen, sondern kann sich diesbezüglich auch an die zuständige Heimaufsicht wenden.

Diesen Rechtsgedanken hat beispielsweise das HBPG in § 11 Abs. 8 aufgenommen und verpflichtet Betreiber ausdrücklich, Musterverträge vor Inbetriebnahme der Einrichtung sowie bei jeder Änderung der Heimaufsicht zur Genehmigung vorzulegen, so dass diese auf Gesetzeskonformität geprüft werden. Dieser Prüfauftrag ist zur Einhaltung der HeimG-Vorschriften und des Zivilrechts zum Schutz der Verbraucher notwendig. Diese Prüfung gibt Betreibern als auch Bewohnern die notwendige Sicherheit, dass ihr Vertrag den gesetzlichen Regelungen entspricht und erspart ggf. spätere Streitigkeiten. Andere Bundesländer sehen allerdings eine Prüfung der WBVG-Verträge durch die Heimaufsicht nicht mehr vor, wodurch sich je nach landesheimrechtlichen Regelungen eine Schutzlücke zum Nachteil der pflegebedürftigen Bewohner auftut. Diesbezüglich wird auf unsere Ausführung unter Teil II, Ziffer 2 verwiesen.

4.2 Ordentlicher Rechtsweg

Das LSG Baden-Württemberg³⁴³ hat im Anschluss an die obergerichtliche Judikatur nochmals klargestellt, dass WBVG bezogene Streitigkeiten zwischen dem Einrichtungsbetreiber und dem Bewohner nicht unter § 51 SGG fallen, wonach die „Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit über öffentlich-rechtliche Streitigkeiten“ entscheiden; damit sind derartige Streitigkeiten vor den ordentlichen Gerichten auszutragen.

4.3 Beteiligung des Heimbeirats

Die Beteiligung des Heimbeirats ist in den jeweiligen Mitwirkungsverordnungen der Länder vorgesehen. Dies betrifft zum einen Entgelterhöhungen, aber auch sonstige Änderungen an den Verträgen.

Der Einrichtungsbeirat hat insbesondere die Aufgabe, Maßnahmen, die die Qualität im Bereich der Betreuung oder des Wohnens zum Wohl der Bewohnerschaft verbessern, anzustoßen und auch Anregungen und Beschwerden von Bewohnern entgegenzunehmen, mit der Einrichtungsleitung zu besprechen und auf eine Lösung hinzuwirken. Dies beinhaltet ein konkretes Antragsrecht gegenüber der Einrichtungsleitung oder dem Betreiber.

Konkret wirkt der Einrichtungsbeirat mit bei allgemeinen Fragen, die die Unterkunft, die Betreuung, die Verpflegung und die Teilhabe, betreffen (dies beinhaltet auch das grundsätzliche Recht, an der Speiseplangestaltung mitzuwirken, die Planung und Durchführung von Veranstaltungen sowie der Alltags- und Freizeitgestaltung). Auch bei der Aufstellung oder

³⁴³ LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 18.07.2022 – L 1 SV 1804/22 BeckRS 2022, 19824.

Änderung der Musterverträge für die Bewohner sowie der Einrichtungsordnung sowie der Änderung der Entgelte der Einrichtung ist der Beirat zwingend zu beteiligen.

Dies umfasst auch eine etwaige Erweiterung oder Einschränkung des Einrichtungsbetriebes oder den Zusammenschluss mit anderen Einrichtungen, die Änderung der Art und des Zwecks der Einrichtung oder ihrer Teile, die umfassenden baulichen Veränderungen oder Instandsetzungsmaßnahmen der Einrichtung.

So regelte die alte Heimmitwirkungsverordnung in § 32 Abs. 4, dass alle Gespräche zwischen Heimbeirat und Betreiber mit dem Ziel zu führen sind, weitgehende Übereinstimmung zu erreichen. Kann eine Übereinstimmung nicht erreicht werden, müssen Heimträger und Heimleitung begründen, warum die Anregungen des Heimbeirats nicht berücksichtigt werden können. In jedem Fall muss der Heimträger oder die Heimleitung Anträge und Beschwerden des Heimbeirats in angemessener Frist, längstens innerhalb von sechs Wochen, beantworten. Dies kann mündlich oder schriftlich geschehen.

Dies ist nun in die jeweiligen Landesheimgesetze übernommen worden. Beispielsweise regelt § 23 der Hessische Ausführungsverordnung zum Hessischen Gesetz über Betreuungs- und Pflegeleistungen (HGBPAV) in Abs. 5 und 6 das Verhältnis zum Betreiber:

- (5) *Die Einrichtungsbetreiberin oder der Einrichtungsbetreiber und die Einrichtungsleitung sind verpflichtet, dem Einrichtungsbeirat rechtzeitig die zur Wahrnehmung seiner Aufgaben nach § 22 erforderlichen Unterlagen vorzulegen und Auskünfte zu erteilen. Die Anregungen und Stellungnahmen des Einrichtungsbeirates sind in die Planungen und Entscheidungen zum Betrieb der Einrichtung einzubeziehen. Angelegenheiten nach § 22 Abs. 2 sind erforderlichenfalls mit dem Einrichtungsbeirat mit dem Ziel einer Verständigung zu erörtern.*
- (6) *Anregungen oder Beschwerden des Einrichtungsbeirates sind von der Einrichtungsleitung oder der Einrichtungsbetreiberin oder dem Einrichtungsbetreiber in angemessener Zeit, spätestens vor Ablauf von sechs Wochen nach Zugang, zu beantworten. Wenn dem Anliegen des Einrichtungsbeirates nicht gefolgt wird, ist dies in der Antwort zu begründen.*

§ 34 der alten Heimmitwirkungsverordnung regelte zudem, dass etwaige Verstöße des Heimbetreibers eine Ordnungswidrigkeit darstellen. Diese Regelung wurde von den meisten Bundesländern entsprechend in ihre Landes-Mitwirkungsverordnungen aufgenommen (vgl. § 26 WTG-MitwirkV Bln; § 10 EMitwV Bbg). Ein Verstoß liegt danach nur dann vor, wenn die Mitwirkung nicht eingehalten wurde. Eine Umsetzungspflicht für etwaige Anregungen besteht jedoch nicht, der Heimbetreiber muss sich nur mit diesen auseinandersetzen.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass ebenfalls noch die Heimaufsichten sowie die jeweiligen Landesministerien für etwaige Themen als Pflege- und Betreuungsaufsicht zuständig sind und hier etwaige Beschwerden entgegengenommen werden. So obliegt beispielsweise in Hessen die Aufsicht über alle stationären Einrichtungen der Alten- und Behindertenhilfe sowie aller ambulanten Betreuungs- und Pflegeeinrichtungen (ambulante

Betreuungs- und Pflegedienste) bei den Ämtern für Versorgung und Soziales und beim Regierungspräsidium Gießen als Oberer Betreuungs- und Pflegeaufsicht. Deren Kontaktadresse sind zudem im jeweiligen WBVG-Vertrag als Kontakte anzugeben, so dass diese ebenfalls dem Bewohner als Ansprechpartner dienen.

4.4 Teilnahme an der Streitbeilegung nach § 36 VSBG

Durch Art. 2 des „Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über alternative Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten (VSBG)“ vom 19.02.2016 wurde in § 6 Abs. 3 Nr. 4 WBVG eine Klarstellung getroffen. Die Informationspflichten sind nach dessen Art. 2 nur für solche Vertragsabschlüsse zu beachten, die nach dem 31.03.2016 erfolgen. Der Unternehmer braucht die Informationen daher nicht rückwirkend zu erteilen. Die Änderung des WBVG führt somit seit 01.04.2016 zu einer Anwendung des § 36 VSBG.

So regelt § 6 Abs. 3 Nr. 4 WBVG, dass der Vertrag mindestens die Informationen nach § 36 Abs. 1 VSBG vom 19. Februar 2016 (BGBl. I S. 254) geben muss; dies gilt auch, wenn der Unternehmer keine Webseite unterhält oder keine Allgemeinen Geschäftsbedingungen verwendet.

§ 36 VSBG regelt:

(1) Ein Unternehmer, der eine Webseite unterhält oder Allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, hat den Verbraucher leicht zugänglich, klar und verständlich

1. in Kenntnis zu setzen davon, *inwieweit er bereit ist oder verpflichtet ist*, an Streitbeilegungsverfahren vor einer Verbraucherschlichtungsstelle teilzunehmen, und
2. auf die zuständige Verbraucherschlichtungsstelle hinzuweisen, wenn sich der Unternehmer zur Teilnahme an einem Streitbeilegungsverfahren vor einer Verbraucherschlichtungsstelle verpflichtet hat oder wenn er auf Grund von Rechtsvorschriften zur Teilnahme verpflichtet ist; der Hinweis muss Angaben zu Anschrift und Webseite der Verbraucherschlichtungsstelle sowie eine Erklärung des Unternehmers, an einem Streitbeilegungsverfahren vor dieser Verbraucherschlichtungsstelle teilzunehmen, enthalten.

Der Unternehmer muss daher lediglich im Wohn- und Betreuungsvertrag darüber informieren, ob er im Fall von vertragsrechtlichen Streitigkeiten bereit ist, an einem Verbraucherstreitbeilegungsverfahren teilzunehmen oder nicht (§ 6 Abs. 3 Nr. 4 WBVG i.V.m. § 36 Abs. 1 VSBG).³⁴⁴ Das Verfahren bietet die Möglichkeit, deutlich schneller eine Konfliktlösung zu erzielen als durch ein Gerichtsverfahren vor einem Zivilgericht.

Eine Beteiligung ist für die Parteien freiwillig; dasselbe gilt für die Befolgung des Schlichtungsvorschlages des Streitmittlers (§ 19 VSBG). Die grundsätzlich nur für den Unternehmer anfallenden Gebühren sind streitwertabhängig (§ 31 Abs. 1 VSBG). Bei einem mittleren

³⁴⁴ Diskussionspapier zu einer möglichen Weiterentwicklung des Wohn- und Betreuungsvertragsgesetzes (nicht leitungs- oder ressortabgestimmt) - Stand: 30.03.2023 – abrufbar unter: https://www.der-paritaetische.de/fileadmin/user_upload/20230330_BMFSFJ_WBVG_Diskussionspapier.pdf

Streitwert von EUR 500,01 – EUR 2.000,00 fallen EUR 300,00 Gebühren an (§ 6 Abs. 1 Nr. 4 Universalschlichtungsstellenverordnung). Innerhalb von 90 Tagen nach Eingang der Beschwerdeunterlagen übermittelt der Streitmittler den Parteien den Schlichtungsvorschlag, § 20 Abs. 2 VSBG. Die durchschnittliche Dauer der Streitbelegungsverfahren im engeren Sinne vor der Universalschlichtungsstelle des Bundes (d.h. mit unternehmensseitiger Teilnahmeerklärung oder einer Fiktion nach § 30 Abs. 6 VSBG) betrug 2022 nur 59 Tage.³⁴⁵

Mit Einführung des VSGB 2016 hat das BMFSFJ mit privaten Einrichtungsträgerverbänden und Wohlfahrtsverbänden Gespräche zur Frage einer freiwilligen Einrichtung bereichsspezifischer Schlichtungsstellen mit entsprechender Selbstverpflichtung geführt. Die Verbände verwiesen auf das interne Beschwerdemanagement der Einrichtungen, welches als ausreichend angesehen wurde. Das Beschwerdemanagement mit Hinzuziehung des Heimbeirats ist jedoch ein stumpfes Schwert, da der Betreiber einer Beschwerde nicht abhelfen muss.

In Ermangelung verbindlicher Standards und der fehlenden Durchsetzungskraft für die hilfe- und pflegebedürftigen Verbraucher schaffen diese Streitschlichtungsverfahren jedoch nach Angaben des BIVA-Pflegeschtzsbundes häufig keine Abhilfe. In einem 2019 vom BMFSFJ geförderten Projekt mit dem BIVA-Pflegeschtzsbund zur Überprüfung der Umsetzung der Verbraucherschlichtung im Bereich des WBVG ergab die Auswertung von 373 Verträgen, dass in 66% der Verträge eine Teilnahme an diesen Verfahren durch die Unternehmer abgelehnt wurde und dass weitere 26% der Verträge gar keinen Hinweis zur Verbraucherbeteiligung Verbraucherstreitbeilegung trotz der gesetzlich vorgeschriebenen Informationspflicht nach dem WBVG (§ 6 Abs. 3 Nr. 4 WBVG) enthielten.³⁴⁶ Lediglich 7% der Einrichtungen haben in ihren Verträgen eine Teilnahme zugesagt, 1% der Verträge waren Musterverträge, die die Optionen zur Entscheidung der Verwender offenhielten. Das Projekt verdeutlicht die weit überwiegende Ablehnung der Verbraucherschlichtung durch die Unternehmer.

So werden im jährlichen Tätigkeitsbericht der Universalschlichtungsstelle des Bundes die Zahlen insgesamt für den Bereich „Gesundheit (u.a. Altenheime, häusliche Pflege)“ veröffentlicht³⁴⁷. Zum WBVG erhält das BMFSFJ (Referat. 305) gesonderte Angaben direkt von der Universalschlichtungsstelle.

Streitbelegungsverfahren können jedoch Möglichkeiten zur gesetzeskonformen Vertragsgestaltung und -umsetzung für die betroffenen Unternehmer aufzeigen und eine Konflikteskalation vermeiden. Die geringe Nutzung der Streitschlichtung zeigen auch die jährlichen Tätigkeitsberichte der für Verfahren nach dem WBVG zuständigen Universalschlichtungsstelle des Bundes (§ 29 VSBG) auf. Danach konnten bei einer Gesamtzahl von 2.226 Anträgen in 2022 nur drei Anträge und damit deutlich weniger als 1% dem Bereich des WBVG zugeordnet werden.³⁴⁸

³⁴⁵ Tätigkeitsbericht der Universalschlichtungsstelle des Bundes 2022, S. 8 – abrufbar unter: https://www.verbraucher-schlichter.de/media/file/98.Taetigkeitsbericht_2022.pdf

³⁴⁶ Ergebnis der Untersuchung „Überprüfung der Umsetzung der Verbraucherschlichtung im Bereich des WBVG“ des BIVA-Pflegeschtzsbundes, S. 8 f.: https://www.biva.de/wp-content/uploads/Projektbericht_Verbraucherschlichtung.pdf.

³⁴⁷ Tätigkeitsbericht der Universalschlichtungsstelle des Bundes 2022, S. 2 – abrufbar unter: https://www.universalschlichtungsstelle.de/fileadmin/PDF/Taetigkeitsberichte/Taetigkeitsbericht_2022.pdf.

³⁴⁸ Tätigkeitsbericht der Universalschlichtungsstelle des Bundes 2022, S. 2 – abrufbar unter: https://www.universalschlichtungsstelle.de/fileadmin/PDF/Taetigkeitsberichte/Taetigkeitsbericht_2022.pdf.

Ähnlich niedrig lag die Anzahl in den Jahren zuvor. Verbraucherschlichtung findet damit bei Streitigkeiten zu Wohn- und Betreuungsverträgen nach dem WBGV kaum statt.

Augenscheinlich wird kein positives Potenzial für diese niedrighschwellige Möglichkeit der Konfliktlösung, bei der eine einvernehmliche Streitbeilegung einen Ausgleich zwischen den widerstreitenden Interessen zwischen Verbraucher und Unternehmer herbeiführen kann, erkannt. Daher verbleibt es entweder bei den Heimaufsichten, im Vorfeld durch entsprechende Kontrollen der Verträge oder bei den Gerichten hier für eine Streitbeilegung zu sorgen, wobei letzteres bekanntlich kosten- und zeitintensiv ist. Die im Streitfall verbleibende Möglichkeit, Rechtsschutz vor den Zivilgerichten zu suchen, ist für die häufig hochaltrigen und multimorbiden Verbraucher insbesondere angesichts der längeren Dauer von Gerichtsverfahren und der hiermit durch die Betroffenen befürchteten Belastung nicht mit der Durchführung eines überwiegend schriftlichen Streitbeilegungsverfahrens vergleichbar. Im Hinblick auf die geringe Verweildauer von Bewohnern in Pflegeheimen³⁴⁹ und der damit einhergehenden Gefahr, eine Lösung zu Lebzeiten nicht mehr rechtzeitig erzielen zu können, wird die Stärkung der Verbraucherschlichtung im Bereich des WBGV deshalb als besonders dringlich bewertet.³⁵⁰

Daher ist zu überlegen, ob vergleichbar mit der seit März 2021 gesetzlich verankerten Teilnahmepflicht von Unternehmern im Postdienstleistungsbereich (§ 18a Abs. 2 S. 2 PostG), bei dem die Unternehmer in der Vergangenheit gleichermaßen in einer Vielzahl von Fällen eine Beteiligung an Schlichtungsverfahren generell vorab durch AGB-Klauseln ohne Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalles abgelehnt hatten, die Teilnahme an Streitbeilegungsverfahren für Unternehmer im Bereich des WBGV verpflichtend ausgestaltet wird. Ein zwingendes Schlichtungsverfahren bei Antragstellung durch den Verbraucher, wie dies z.B. auch in § 111b Abs. 1 S. 2 Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) vorgesehen ist, würde die Verbraucher als gleichberechtigte Verhandlungs- und Vertragspartner gegenüber dem Unternehmer bei der schnellen Durchsetzung ihrer Rechte nach dem WBGV unterstützen. Die mehr als doppelt so vielen Anträge zur Verbraucherschlichtung im Postdienstleistungsbereich in 2021 gegenüber dem Vorjahr verdeutlichen neben dem hohen Bedarf für eine neutrale Anlaufstelle zur Konfliktlösung auch die Wirksamkeit der Einführung einer Teilnahmepflicht.³⁵¹

³⁴⁹ Barmer Pflegereport 2021, S. 89 ff. zur durchschnittlichen Verweildauer in Pflegeheimen differenziert nach dem Einstiegsgrad der Pflegebedürftigkeit, dem Jahrgang des Einzugs in ein Pflegeheim und dem Geschlecht abrufbar unter: <https://www.barmer.de/resource/blob/1032106/2ad4e5f56c47cb7b7e914190f9fae62f/barmer-pflegereport-2021-band-32-bifg-data.pdf>.

³⁵⁰ Diskussionspapier zu einer möglichen Weiterentwicklung des Wohn- und Betreuungsvertragsgesetzes (nicht leitungs- oder ressortabgestimmt) - Stand: 30.03.2023 – abrufbar unter: https://www.der-paritaetische.de/fileadmin/user_upload/20230330_BMFSFJ_WBGV_Diskussionspapier.pdf

³⁵¹ Pressemitteilung der Bundesnetzagentur vom 18.02.2022 “Zahl der Post-Schlichtungsanträge” hat sich verdoppelt” abrufbar unter https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2022/20220218_SchlichtungPost.html

5. Rechtsfolgen bei unzulässigen Vertragsklauseln

5.1 Wohnungsmietverträge mit Pflegeelementen (ambulante Konzepte)

Wie dargestellt unterliegen die Klauseln, soweit sie Formularbedingungen (AGB) sind, der AGB-Kontrolle.

Ein Verstoß gegen diese AGB Kontrolle (§§ 305 ff. BGB) führt automatisch zur Unwirksamkeit der betroffenen Klausel (§ 307 Abs. 1 S. 1 BGB). Dabei gilt das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion. Die Klauseln dürfen danach nicht auf einen zulässigen Umfang reduziert werden.³⁵² Die betroffene Klausel ist nur nicht insgesamt unwirksam, wenn die Klausel inhaltlich teilbar ist (sog. blue-pencil-Test).³⁵³ An die Stelle der unzulässigen Klausel treten die gesetzlichen Regelungen.

Bei einem Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot gemäß § 134 BGB ist das Rechtsgeschäft, der betroffene Vertrag bzw. die betroffene Klausel, wenn nicht anzunehmen ist, dass das Rechtsgeschäft auch ohne den nichtigen Teil abgeschlossen worden wäre (§ 139 BGB), nichtig.

5.2 WBVG Verträge

Wie oben bereits ausgeführt führt der Verstoß einer Vertragsklausel gegen eine WBVG-Regelung zu Lasten des Verbrauchers gemäß § 16 WBVG zur Nichtigkeit ebendieser. Durch den Wegfall der vertraglichen Regelung wird die Lücke im Vertrag durch die allgemeinen gesetzlichen Regelungen gefüllt. Es gelten dann also direkt die gesetzlichen Regelungen im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung. Selbiges gilt für den Fall, dass eine Unwirksamkeit gemäß § 15 WBVG vorliegt.

IV. Diskussion möglicher gesetzlicher Regelungen, Schlussfolgerungen und Empfehlungen

1. Mögliche gesetzliche Änderungen

Nachfolgend werden die im Laufe des Gutachtens angeregten wesentlichen Änderungsmöglichkeiten noch einmal in komprimierter Form dargelegt:

³⁵² BGH, Urt. vom 27.01.2015, Az. XI ZR 174/13 – NJW 2015, 1440.

³⁵³ BGH, Urt. vom 31.03.2021, Az. IV ZR 221/19 – NJW 2021, 2193.

1.1 Verbraucherschutz nach Inbetriebnahme

Heimrechtliche Eingriffsbefugnisse bei Mängeln sind grundsätzlich erst zulässig, wenn die Heimaufsicht den Einrichtungsträger in Bezug auf die Mängel beraten hat. Deshalb sind die Heimaufsichtsbehörden zurückhaltend, wegen Mängeln in der Wohnqualität, z.B. Schimmel- und Pilzsporenbildung, Bau- und Brandschutzdefizite oder Legionellen, eine Anordnungen zur Beseitigung von Mängeln in der Wohnqualität zu treffen. Stattdessen verweisen sie die Betroffenen – Bewohner oder mietende Einrichtungsträger – entweder auf die Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche oder ziehen sich hinter der besonderen Kompetenz von Fachbehörden wie Baubehörde (Brandschutz) oder Gesundheitsamt (Legionellen) zurück.

Da eine Auseinandersetzung über den Verbraucherschutz auf zivilrechtlicher Ebene wegen der Abhängigkeit des pflegebedürftigen Bewohners vom Heimträger weitgehend nicht stattfindet und die zusätzliche Beratung der Heimträger durch die Behörden zu Lasten des Schutzes der pflegebedürftigen Bewohner geht, sollte diese vorrangige Beratungspflicht bei Mängeln abgeschafft werden. Mittlerweile agieren am Pflegemarkt überwiegend hochprofessionelle, auf Gewinnerzielung ausgerichtete, internationale Investoren mit eigenen Rechtsabteilungen, die einer zusätzlichen Mängelabhilfeberatung nicht bedürfen.

1.2 Unterschiedliche Behandlung von Sozialhilfeempfängern und Selbstzahlern

§ 7 Abs. 3 S. 3 WBGV sieht für den Wohnervertrag bei den Investitionskosten eine mögliche Differenzierung zwischen Sozialhilfeempfängern und Selbstzahlern vor. Nach der Rechtsprechung ist er von seinem Wortlaut missglückt, weil er eine Schlechterstellung von solchen Selbstzahlern gegenüber Sozialhilfeempfängern zulassen würde, die sogar unter das Sozialhilfeniveau fallen (Verletzung des Grundrechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus Art 1 Abs.1 GG).³⁵⁴ Zudem erlaubt § 7 Abs. 3 S. 3 WBGV nicht, vom Grundsatz der Angemessenheit des vereinbarten Entgelts nach § 7 Abs. 2 S. 1 WBGV abzuweichen. Maßstab dieser Angemessenheit ist nach § 7 Abs. 2 S. 1 WBGV der vom Sozialhilfeträger bewilligte Investitionskostensatz.³⁵⁵ In NRW ist gemäß § 12 Abs. 6 S. 3 APG DVO eine Differenzierung nach Kostenträgern bei den Investitionskosten unzulässig, wenn der Heimträger das Pflegewohngeldverfahren beansprucht.

Trotz der zu § 7 Abs. 3 WBGV ergangenen Urteile, nach denen eine Differenzierung grundsätzlich nicht zulässig ist, wird in der Abrechnungspraxis der Heimträger die unterschiedliche Behandlung zwischen Selbstzahlern und Sozialhilfeempfänger bei den Investitionskosten weiter durchgeführt und von den Behörden im Hinblick auf die angespannte Haushaltslage nicht beanstandet. Vermietende Investoren rechnen ebenfalls bei der Ermittlung der nachhaltig erzielbaren Miete mit deutlich höheren Investitionskosteneinnahmen durch Selbstzahler verglichen mit den Investitionskostensätzen bei den Sozialhilfeempfängern. Zum Thema der zulässigen Differenzierung zwischen Sozialhilfeempfängern und Selbstzahlern sollte sich der Gesetzgeber in Anbetracht der Rechtsprechung, die diese Unterscheidung zunehmend ab-

³⁵⁴ SG Rostock, v. 28.06.2002, S 8 SO 60/21, BeckRS 2022, 1560.

³⁵⁵ OLG Celle, v. 14.01.2015, 13 U 170/14, BeckRS 2015, 2453.

lehnt, positionieren. Unberührt bleibt den Betreibern natürlich, Selbstzahler höher zu belasten, wenn diese einen besonderen Komfort, etwa ein besonders großes Zimmer, freiwillig buchen (vgl. auch § 16 Abs. 6 S. 2 APG DVO).

1.3 Dokumentationspflichten

Im Rahmen von Pflegeleistungsverträgen existiert keine einheitliche zivilrechtliche Anspruchsnorm zugunsten der Pflegebedürftigen bzgl. der Erstellung von Dokumentation und einer korrespondierenden Einsichtnahme. Dokumentationspflichten finden sich allerdings regelmäßig in den Landesheimgesetzen der Bundesländer und sind auch in den Rahmenverträgen mit den Kostenträgern gemäß § 75 Abs. 1 SGB XI vereinbart.

Spezialgesetzliche Einsichtnahmerechte zugunsten des Pflegebedürftigen existieren nicht. Vielmehr ist eine Einsichtnahme nur aus allgemeinen Grundsätzen herleitbar, wie aus § 34 BDataSchG, § 810 BGB oder, falls vereinbart, als Nebenpflicht aus dem Heimvertrag. All diesen Anspruchsgrundlagen ist gemein, dass sie nicht spezifisch darauf ausgerichtet sind, dem Verbraucher ein zielgerichtetes Einsichtnahmerecht zu geben. Darüber hinaus fehlt es an einer einheitlichen verbraucherschützenden Rechtsgrundlage, welche die Art und den Umfang der zu leistenden Dokumentation beschreibt. Die Dokumentationsvorgabe der Rahmenverträge gemäß § 75 SGB XI ist primär darauf ausgerichtet, die Dokumentation für die Leistungserbringer zu gewährleisten. Auch die Vorgaben der Landesheimgesetze sind nicht an den Verbraucher adressiert, sondern dienen der Schaffung eines allgemeinen Qualitätsmanagements für die Heimaufsicht.

Es besteht daher Reformbedarf im Sinne des Verbraucherschutzes. Dies umfasst zum einen die Erstellung einer spezifischen und transparenten Dokumentation für den Verbraucher. Die Regelungen für den Behandlungsvertrag können diesbezüglich durchaus als Vorbild dienen. Zum anderen wäre dann korrespondierend auch ein entsprechendes Einsichtnahmerecht zu gewähren. Allerdings ist in diesem Zusammenhang abzuwägen, dass Pflegeheime keine Organisationsstruktur wie Krankenhäuser besitzen. Während Ärzte nur für die medizinische Behandlung verantwortlich sind, müssen Pflegekräfte umfassender tätig werden, weshalb vorab zu prüfen wäre, inwieweit und in welchem Rahmen verstärkte Dokumentationspflichten und Einsichtnahmerechte zugunsten der Verbraucher praktisch machbar wären bzw. solche müssten im Einzelnen gesetzlich spezifiziert werden.

1.4 Bewohnerverträge in der Insolvenz

Insolvenzabwicklung in der Praxis: Der überwiegende Teil der Sozialbetriebe mit einem insolventen Betreiber als Hauptmieter (Bewohner sind Untermieter) wird bei einer Insolvenz nicht geschlossen, sondern mit einem neuen mietenden Betreiber (Nachmieter) unter signifikanter Kostenbeteiligung des Vermieters fortgeführt. Der Insolvenzverwalter nutzt diese Situation zugunsten der Gläubiger des insolventen Betreibers aus und verlangt in der Praxis vom Vermieter für die Betriebsübertragung neben dem Verzicht auf die Miete auch noch einen signifikanten Kaufpreis für die Betriebsübertragung auf einen Nachmieter mit der Dro-

hung, ansonsten die Bewohner und die Mitarbeiter an einen anderen benachbarten Betreiber zu verkaufen.

Es stellt sich die Frage, ob diese Herangehensweise der Insolvenzverwalter, wonach die Bewohner und das Pflegepersonal offenbar als Ware teuer verkauft werden können, insbesondere mit dem Seniorenschutzgedanken des WBVG in Einklang zu bringen ist bzw. wie die derzeitige Gesetzeslage in solchen Fallkonstellationen aufgestellt ist.

Betreutes Wohnen: § 565 BGB (Übergang Wohnungsmietverträge auf den Vermieter kraft Gesetzes bei Beendigung des Hauptmietvertrags) gilt nicht, wenn ein Zwischenvermieter nicht gewerblich, sondern als karitativ tätiger gemeinnütziger Verein die Wohnung an Bedürftige nicht gewerblich überlässt. Um den karitativen Träger zu schützen, hat der Gesetzgeber die Wohnungsmietvorschriften über § 578 Abs.3 BGB zugunsten des karitativen Zwischenmieters erweitert. Ist dieser jedoch insolvent und beendet er das Generalmietverhältnis über sein Sonderkündigungsrecht gemäß § 109 InsO, genießt der besonders schützenswerte Bewohner im betreuten Wohnen, der sich in die Obhut eines karitativen Trägers begeben hat/musste, nicht den von § 565 BGB begründeten Wohnungskündigungsschutz. Der BGH hat hierzu in einer Entscheidung vom 30.04.2003 festgestellt, dass aufgrund des verfassungsrechtlichen allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes (Art. 3 Abs.1 GG) der Mieterschutz gegen Räumung dem Endnutzer dann bei Abwägung der konkreten Umstände (im entschiedenen Fall hatte der Zwischenmieter die Räume für Wohnzwecke hergerichtet) zugutekommen muss, wenn ein gemeinnütziger Verein Zwischenmieter ist und der Vermieter die Wohnung auch unmittelbar an den Endmieter vermietet hätte.

Ein solcher Rückgriff auf den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG; § 242 BGB), der an eine Wertung des konkreten Einzelfalls dahingehend geknüpft ist, ob die Interessenlage der an dem gestuften Mietverhältnis einbezogenen Beteiligten mit den Fällen der gewerblichen Zwischenvermietung vergleichbar ist, vermittelt dem schutzbedürftigen Wohnungsmieter keine ausreichende Sicherheit.

Insofern wäre gesetzgeberisch zu überlegen, ob nicht eine Regelung aufgenommen wird, wonach bei nicht gewerblichen Zwischenmietverhältnissen, die der Vermieter etwa mit einem karitativen Träger bewusst eingeht, beim Ausfall dieses Zwischenmieters der einen Wohnungsmietvertrag abschließende Endmieter (Bewohner) den Wohnungsmietrechtsschutz nach BGB (§§ 573, 574, 574a BGB) vergleichbar dem Mieter im gewerblichen Zwischenmietverhältnis über § 565 BGB genießen soll.

Stationäre Pflege: Die insolvenzrechtliche Regelung des § 108 InsO, wonach Mietverträge mit Wirkung für die Insolvenzmasse fortgelten, gibt es für Bewohnerverträge nach WBVG nicht. Damit gilt § 103 Abs.1 InsO, wonach der Insolvenzverwalter des Heimträgers ein Wahlrecht hat, ob er den Bewohnervertrag erfüllt oder ablehnt. Bis zur Entscheidung des Insolvenzverwalters besteht zwar der Bewohnervertrag weiter, dessen Rechte und Pflichten können aber nicht gegenüber dem Heimträger durchgesetzt werden; die Erfüllungsansprüche aus dem Bewohnervertrag werden suspendiert und bleiben bis zur Geltendmachung von Nichterfüllungsansprüchen suspendiert, wenn der Insolvenzverwalter die Erfüllung ablehnt. Erst mit Ausübung des Erfüllungswahlrechts werden die Ansprüche des Bewohners dann

Masseforderungen und Masseverbindlichkeiten und der Bewohnervertrag wird wie geschlossen weiter durchgeführt.

Es gibt keinen sachlichen Grund, den pflegebedürftigen Bewohner im Fall der Insolvenz des Heimträgers schlechter als den Wohnungsmieter zu stellen; das Gegenteil ist der Fall; der pflegebedürftige Bewohner ist mit seinem Nutzungsinteresse schutzbedürftiger als der Wohnungsmieter; von daher sollte das Wahlrecht des Insolvenzverwalters nicht nur für den Wohnungsmietvertrag, sondern auch für den Bewohnervertrag nach WBGV gesetzlich ausgeschlossen werden.

Verwertung: § 77 SGB XI räumt den Pflegekassen in der ambulanten Versorgung die Möglichkeit ein, zur Gewährleistung der pflegerischen Versorgung Verträge mit Einzelpersonen abzuschließen, um krisenhafte Situation abzufedern, wohingegen vergleichbare Regelungen bei der stationären Versorgung fehlen. § 150 SGB XI könnte Vorbild für den Gesetzgeber im stationären Bereich sein. Dieser gibt den Pflegekassen im Falle einer wesentlichen Beeinträchtigung der Leistungserbringung in Folge der Coronavirus-Pandemie, unter Beteiligung der für das Heimrecht zuständigen Stelle, weitreichende Möglichkeiten inkl. der Abweichung von gesetzlichen Anforderungen zur Sicherstellung der pflegerischen Versorgung. Eine weitergehende entsprechende gesetzgeberische Bestimmung fehlt und eine solche wäre sinnvoll, um den Ängsten der pflegebedürftigen und schutzbedürftigen Bewohner und deren Angehörigen bei einer Insolvenz der stationären Einrichtung Rechnung zu tragen und diesen Versorgungssicherheit in ihrer Wohnung im Pflegeheim zu bieten. Mit einer entsprechenden Regelung und Kompetenzzuweisungen an die Pflegekassen ließe sich Versorgungsgarantie herstellen und auch ein menschenunwürdiges „Verwerten“ der Bewohner, indem diese z.B. anderen Betreibern zwecks wirtschaftlicher Optimierung von Gläubigerinteressen zum Kauf angeboten werden, verhindern.

1.5 Entfall der Pflegevergütung bei Verstoß gegen gesetzliche oder vertragliche Regelungen

Für den pflegebedürftigen Bewohner unangenehm werden können in einem Fall, in dem eigentlich pflegekassenrelevante Leistungen von den Kassen nicht gezahlt werden, die üblichen Klauseln in seinem Bewohnervertrag, wonach der Bewohner verpflichtet ist, die nicht durch einen Kostenträger (z.B. Kranken- und Pflegekasse, Sozialhilfeträger) übernommenen Entgelte selbst zu zahlen. In diesem Fall droht dem Bewohner, dass der Heimträger ihm von den Pflegekassen abgelehnte Kosten weiterberechnet werden. Im Sinne des Verbraucherschutzes des Pflegebedürftigen empfiehlt es sich, klar zu stellen, dass § 87a Abs. 3 SGB XI, wonach die dem pflegebedürftigen Heimbewohner nach den §§ 41 bis 43 SGB XI zustehenden Leistungsbeträge einschließlich des Leistungszuschlags nach § 43c SGBI XI von seiner Pflegekasse mit befreiender Wirkung unmittelbar an das Pflegeheim zu zahlen sind, auch zugunsten des Bewohners schuldbefreiend dann und insoweit (entgeltkürzend) wirkt, als die Pflegekassen aufgrund von Umständen, die der Heimträger zu vertreten hat, die auf den Pflegebedürftigen entfallenden Leistungsbeträge nicht zahlt.

1.6 Anpassung Leistungsumfang und der Entgelte

Grundsätzlich ist es erwägenswert, im Bereich der ambulanten Pflegeverträge ein Schriftformerfordernis einzuführen, wonach jegliche wesentliche Vertragsänderung schriftlich zu erfolgen hat und vereinbart werden muss. Als Sanktion könnte anderenfalls eine Unwirksamkeit entsprechend erhöhter Entgeltforderungen gelten.

Auch in Bezug auf die Entgeltanpassung bei ambulanten Pflegeverträgen ist daher nicht nachvollziehbar, wieso es bisher keine klare Regelung und Vorgaben in der sozialen Pflegeversicherung für die ambulante Pflege gibt, insbesondere zur Ankündigung und Umsetzung von Entgelterhöhungen. In § 120 Abs. 3 S. 2 SGB XI ist lediglich geregelt, dass der Pflegedienst schriftlich bei jeder wesentlichen Änderung zu unterrichten hat nicht jedoch der Zeitpunkt und mit welcher Frist. Die Erhöhungen dürfen hier auch nicht rückwirkend gelten, sondern sollten im ambulanten Settings, wie in § 9 Abs. 2 S. 4 WBGV geregelt, ebenfalls vier Wochen zuvor schriftlich angekündigt und begründet werden. Auch in den weiteren Punkten soll sich die Regelung an § 9 WBGV orientieren, der die Voraussetzungen für Entgelterhöhungen im stationären Bereich festlegt. Allein das jederzeitige Kündigungsrecht des § 120 Abs. 2 SGB XI gewährt dem Verbraucher keinen Schutz, da er aufgrund der angespannten Pflegelage keinen Ersatz findet und die Kündigung kein adäquates Mittel darstellt.

Bei WBGV-Verträge ist hinsichtlich etwaiger Entgelterhöhungen zu prüfen, inwieweit Folgeänderungen aufgrund der Umsetzung der Rechtsprechung des BGH in § 7 Abs. 2 WBGV und in § 85 Abs. 6 S. 1 HS. 2 SGB XI einerseits sowie in § 8 Abs. 2 WBGV andererseits erforderlich sind, damit durchgängig berücksichtigt wird, dass Vertragsänderungen der Zustimmung des Verbrauchers bedürfen, unabhängig davon, ob dieser Selbstzahler oder Leistungsempfänger nach dem SGB XI, IX, XII ist. Bisher war hier die gängige Praxis, durch einseitige Ankündigung die Entgelte zu erhöhen. Dem hat jedoch der BGH einen Riegel vorge-schoben und eine zweiseitige Vertragsänderung gefordert.

Im Hinblick auf das betreute Wohnen und die Anpassung etwaiger Entgelte für Serviceleistungen stellt sich die Frage, ob diese, sofern in einem Vertrag geregelt, nach § 557 BGB mit der Miete bei einer Ingesamtmiete (Miete plus Servicepauschale) mit indexiert werden können. Da das BGB für den Bereich des betreuten Wohnens keine Sonderregelungen enthält, wäre diese Frage entweder durch die Rechtsprechung zu entscheiden oder aber der Gesetzgeber wird tätig und entscheidet hier über die Rechtsfolgen entweder über eine Anlehnung an das Mietrecht / Dienstvertragsrecht oder aber die entsprechende Anwendung des § 9 WBGV. Auch hier könnte man eine Ergänzung des WBGV um diese Spezialthemen erwägen.

1.7 Bewohnersicherheiten

Betreutes Wohnen: Es ist gesetzgeberisch zu überlegen, ob nicht der Vermieter im betreuten Wohnen künftig dazu verpflichtet sein soll, Betreuungs- und Serviceleistungen neben der Wohnraumüberlassung explizit kostenmäßig transparent auszuweisen, zum einen um den Wohnungsmietern Kostentransparenz zu verschaffen, zum anderen um den zulässigen Kautionsbetrag und die relevante Indexmiete für die reine Wohnraumnutzung i.S.d. § 551 BGB

und des § 557b BGB zu definieren und zum dritten, um eine Preiskontrolle nach einschlägigen Mietspiegeln zu ermöglichen.

WBVG Einrichtung: Es ist schwer nachzuvollziehen, warum § 14 Abs.1 WBVG im Grundsatz für das gesamte Heimentgelt die Sicherheit von zwei monatlichen Gesamtentgelten für Wohnraumüberlassung und Betreuung und Pflege zulässt (vorbehaltlich Ausnahmen für Pflegeversicherungs- und Sozialhilfeempfänger, § 14 Abs. 4 S. 1, 2 WBVG und bei häuslicher Pflege gemäß § 36 Abs.1 S.1 SGB XI; § 14 Abs. 4 S. 3 WBVG), wohingegen bei gleicher Leistung nur mit unterschiedlicher betrieblicher Strukturierung durch zwei verschiedene Verträgen für Wohnraumüberlassung einerseits und für Pflege und Betreuung andererseits (§ 1 Abs. 2 WBVG) der Betreiber nur Sicherheit für die Wohnraumüberlassung verlangen kann (§ 14 Abs. 2 WBVG). Hinzu kommt in Bezug auf die Pflegeleistungen, dass auch ohne Pflegesatzvereinbarung (BGH akzeptiert Sicherheit durch zwei Monatsentgelte Kautions) der Bewohner einen (auf 80% reduzierten) Kostenerstattungsanspruch gegen die Pflegekasse hat (§ 91 Abs. 2 SGB XI), also das Sicherheitsbedürfnis des Heimträgers in diesem Bereich nicht im gleichen Umfang wie bei der Wohnraumüberlassung besteht. Generell sollte im WBVG die Bewohnersicherheit vereinfacht, an die Wohnungsmiete in § 551 BGB gesetzlich angeglichen werden und sich nur auf den Entgeltbestandteil der Wohnraumüberlassung beziehen.

1.8 Schlechtleistung und Mangelhaftigkeit, Kündigungsfristen

Betreutes Wohnen: In Anbetracht der üblichen zwei- bis vierwöchigen ordentlichen Kündigungsfristen für den Pflegedienst in ambulanten Pflegeverträgen ist bei mangelhafter Pflegeversorgung ein relevanter kausal entstandener und zu ersetzender Schaden meist überschaubar. Insofern ist, wegen der praktischen und zeitlichen Schwierigkeiten von Pflegebedürftigen und deren Angehörigen, einen anderen ambulanten Pflegedienst sachgerecht zu finden und auszusuchen, zu überlegen, ob nicht für eine ordentliche Kündigung des Pflegevertrags durch den ambulanten Pflegedienst per Gesetz längere Fristen, etwa mindestens drei Monate eingeführt werden sollten.

WBVG-Vertrag: Es ist schwer nachzuvollziehen, warum bei mangelhaften Leistungen in einer WBVG-Einrichtung der Bewohner in § 10 WBVG mit (i) dem notwendigen Kürzungsverlangen als Voraussetzung für seine Minderung des Heimentgelts und (ii) der Beschränkung auf ein Rückforderungsrecht überzahlter Entgelte auf die vorangegangenen 6 Monate, vom WBVG schlechter gestellt wird als der Wohnungsmieter nach §§ 535 ff. BGB, dessen Miete kraft Gesetzes bei Mängeln gemindert ist und der ohne eine sechsmonatige Beschränkung wegen Mängeln überzahlte Miete für die Vergangenheit zurückfordern kann. Der Gesetzgeber sollte im WBVG eine Angleichung an die wohnungsmietrechtlichen Regelungen vornehmen, jedenfalls was den im WBVG-Bewohnervertrag enthaltenen Bestandteil der Wohnraumüberlassung angeht. Nur eine solche Anpassung trägt der gesetzgeberischen Intention des WBVG Rechnung, das als Verbraucherschutz die Rechte des schutzbedürftigen pflegebedürftigen Bewohners erweitern, nicht aber beschränken wollte.

1.9 Datenschutz

Die marktübliche Abtretung des Entgeltbestandteils der Investitionskosten im Heimentgelt an Dritte (Vermieter) ist datenschutzrechtlich nicht zulässig, denn hierdurch gelangen besonders geschützte sensible private Sozialdaten wie z.B. Abwesenheitszeiten gemäß § 7 Abs. 5 WBVG, an Dritte unter Verstoß gegen § 203 Abs.1 Nr.1 StGB (Schutz sensibler Daten durch Heilberufe wie Krankenpfleger; Verstoß gegen § 307 Abs. 1, 2 Nr.1 BGB i.V.m. § 134 BGB. § 203 Abs. 1 Nr.1 StGB). Ungeachtet dieser einer Abtretung entgegenstehenden vorwiegend landgerichtlichen Rechtsprechung³⁵⁶ wird in der Praxis weiterhin generell der Anspruch auf Heimentgelt bzw. auf Investitionskosten vom mietenden Heimträger an den Vermieter als Mietsicherheit angeboten und abgetreten. Von daher ist eine gesetzliche Klarstellung zu überlegen, wonach die Abtretung des Heimentgelts und deren Bestandteile nicht zulässig ist. Mit einem solchen gesetzlichen Abtretungsverbot wird Sicherheit bei den pflegebedürftigen Bewohnern hergestellt, wenn diese von Dritten unter Hinweis auf Abtretungen durch den Heimträger bedrängt werden, an sie anstatt an den Heimträger zu zahlen.

1.10 Besuchsrecht

Es ist zu erwägen, ob nicht im Interesse der Bewohner und deren Angehörigen eine Hausverbotsregelung und ein Besuchsrecht (zumindest für die nahen Angehörigen) in das WBVG mit aufgenommen wird, um den unterschiedlichen Herangehensweisen auf landesheimrechtlicher Ebene sowie den verschiedenen Gewichtungen der Bewohnerinteressen in Bezug auf deren Besuchsrecht in Gerichtsentscheidungen³⁵⁷ eine einheitliche und höhere Berechenbarkeit zu geben.

1.11 Vorvertragliche Informationspflichten

Ambulante Pflegeverträge sollten den stationären Pflegeverträgen gleichgestellt werden, indem eine Regelung entsprechend § 3 WBVG zu vereinbaren ist, wobei zu überlegen wäre, wie diese Informationspflichten dann durchgesetzt werden könnten; beispielsweise. regelt § 3 WBVG neben der fristlosen Kündigung noch, dass weitergehende zivilrechtliche Regelungen unberührt bleiben. Dies würde insbesondere Schadensersatz wegen Verschuldens bei der Vertragsanbahnung nach § 311 Abs.2 BGB mit umfassen.

1.12 WBVG-Heimträgerkündigung

In Bezug auf eine Kündigung wegen Pflichtverletzungen des Bewohners (§ 12 Abs.1, S. 1, Nr. 3 WBVG) ist gesetzgeberisch zu überlegen, ob nicht vergleichbar zum Dienstvertragsrecht gemäß § 626 Abs. 1 BGB die sonstigen Kündigungsgründe, wie sie von der Rechtsprechung entwickelt wurden, im WBVG etwas ausführlicher beschrieben werden sollten, um die bei einer Kündigung zu prüfenden Schritte einheitlicher und transparenter vorzugeben.

³⁵⁶ LG Berlin, v. 13.11.2012, 15 O 181/12, Fachdienst Sozialversicherungsrecht 2013, 344169; LG Mainz, v. 31.05.2013, 4 O 113/12, BeckRS 2014, 7473

³⁵⁷ BVerfG, Beschl. v. 25.01.2023 - 2 BvR 2255/22, NJW 2023, 909; LG Münster, Beschl. v. 12.12.2013 - 5 T 610/13, SRa 2014, 171.

In Bezug auf eine Kündigung des WBVG-Vertrags wegen Betriebseinstellung/-änderung (§ 12 Abs. 1 Nr. 1 WBVG) sollte die außerordentliche Kündigung eines Wohnervertrags, die in solchen Fällen aus rein betriebswirtschaftlichen Gründen des Heimträgers ausgelöst werden kann, um ein zusätzliches Wirksamkeitserfordernis ergänzt werden, wonach der Unternehmer dem Bewohner auch einen konkreten anderen möglichst gleichwertigen Heimplatz anbieten muss. Die Erfüllung dieser in § 13 Abs. 2 WBVG verankerten Pflicht (Pflicht des Heimträgers, auf Verlangen des Bewohners angemessenen Leistungersatz zu zumutbaren Bedingungen zu besorgen) ist bislang keine Wirksamkeitsvoraussetzung einer außerordentlichen Kündigung eines Wohnervertrages.

1.13 Gewerbliche Zwischenmietverhältnisse

Beim WBVG-Vertrag gilt bei Ende des Hauptmietvertrags zwischen Vermieter und Heimträger folgendes: Mit dem Beendigungsmechanismus des § 12 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 WBVG i.V.m. § 13 Abs. 2 WBVG wird der Bewohner schlechter gestellt als der Wohnungsmieter. Denn zwar muss der Heimträger ihm – bei Beendigung des Hauptmietvertrags – auf Verlangen einen angemessenen Leistungersatz zu zumutbaren Bedingungen nachweisen und ihm auch die Umzugskosten in angemessenem Umfang ersetzen, aber er muss seine angestammte Wohnung im Pflegeheim, die er auf der Basis des besonderen Verbraucher- und Bestandsschutzes des WBVG angemietet hat, wegen meist rein betriebswirtschaftlichen Erwägungen Dritter, verlassen und umziehen. Demgegenüber geht im betreuten Wohnen der Wohnungsmietvertrag des Bewohners gem. § 565 BGB auf den Mieter über. Diese Beendigung des Wohnervertrages infolge Beendigung des Hauptmietvertrages erzeugt gerade bei Pflegebedürftigen nicht nur Aufwand, Kosten und Zeit, sondern Ängste und Stress. Zudem wird das vom WBVG als besonderes Verbraucherschutzgesetz den pflegebedürftigen Senioren vermittelte Vertrauen, sie werden dadurch in ihrer Wohnung im ausgewählten Pflegeheim besonders gut geschützt, enttäuscht. Dieses Ergebnis der Kündigung des WBVG-Wohnervertrags durch den Heimträger und Umzug des Bewohners in ein anderes Heim entspricht auch nicht dem Interesse des vermietenden Grundstückseigentümers, der den Pflegeheimbetrieb regelmäßig fortsetzen möchte, weil dessen Wert seiner Spezialimmobilie als Pflegeheim vom laufenden Betrieb („warme Betten“) ganz entscheidend geprägt ist.

Gesetzgeberisch wäre im Interesse des Schutzbedürfnisses der Bewohner, die in ihrer Wohnung verbleiben und weiter versorgt werden möchten und die als Nichtbeteiligte nicht die Konsequenzen aus den Beendigungen von Verträgen zwischen Vermieter und Betreiber tragen sollen, sinnvoll, dem Vermieter eine Art „Vorkaufsrecht“ als Betriebsübernahmerecht einzuräumen; ähnlich dem § 578 Abs. 3 BGB für den Mieter, der mit dem MietAnpG vom 18.12.2018 eingeführt worden ist. Danach sollte jedenfalls dann, wenn der mietende Betreiber bzw. der Insolvenzverwalter des mietenden Betreibers das gewerbliche Zwischenmietverhältnis dem Vermieter gegenüber kündigt oder die Vermieterkündigung unstrittig ist, der Vermieter bzw. ein vom Vermieter benannter Dritter das gegenüber dem Mieter und den Pflegekassen auszuübende Recht haben, den Betrieb selbst oder durch einen von ihm benannten Dritten fortzuführen. Die Pflegekassen sollten dazu angehalten werden, hierzu auch zeitlich vorrangig den (zweiten) Versorgungsvertrag und die Vergütungsvereinbarungen – wie mit dem scheidenden Betreiber abgeschlossen – für den neuen Betreiber auszustellen

und die Betriebsübernahme umzusetzen mit Änderung der Zahlungsströme bei den Pflegevergütungen etc.

1.14 Der Tod des Bewohners im WBVG-Vertrag

Es stellt sich für den Gesetzgeber die Frage, ob es nicht sachgerecht ist, zumindest dreimonatige Fortgeltung des WBVG-Vertrags zwischen dem Unternehmer und den Lebensgefährten nach dem Tod des Bewohners gemäß § 5 Abs. 1 WBVG für unabdingbar zu erklären (entsprechend dem Wohnungsmietrecht in § 563 Abs. 5 BGB). § 16 WBVG verbietet nur zum Nachteil des Verbrauchers vom WBVG abweichende Vereinbarung. § 5 Abs. 1 WBVG verlangt einen gemeinsamen auf Dauer angelegten Haushalt zwischen Verbraucher und dessen Lebensgefährten. Dieses Kriterium des gemeinsamen Haushalts schließt zum einen die Anwendbarkeit von § 5 Abs. 1 S.1 WBVG für Lebensgefährten von Bewohnern in stationären Pflegeheimen aus, denn in diesen findet wegen der Rundumversorgung des Bewohners durch den Unternehmer keine eigene Haushaltsführung des pflegebedürftigen Bewohners mehr statt und lässt zum anderen darauf schließen, dass der Lebensgefährte auf die weitere Wohnraumüberlassung und eine angemessene Auszugsfrist angewiesen ist, weil er sich im WBVG-Wohnraum zusammen mit dem verstorbenen Bewohner mit dem gemeinsamen dauerhaften Haushalt seinen Lebensmittelpunkt eingerichtet hat.

1.15 Schlichtungsverfahren

Streitbeilegungsverfahren können Möglichkeiten zur gesetzeskonformen Vertragsgestaltung und -umsetzung für die betroffenen Unternehmer aufzeigen und eine Konflikteskalation vermeiden. Verbraucherschlichtung findet jedoch bei Streitigkeiten zu Wohn- und Betreuungsverträgen nach dem WBVG kaum statt. Augenscheinlich wird kein positives Potenzial für diese niedrighschwellige Möglichkeit der Konfliktlösung, bei der eine einvernehmliche Streitbeilegung einen Ausgleich zwischen den widerstreitenden Interessen zwischen Verbraucher und Unternehmer herbeiführen kann, erkannt. Die im Streitfall verbleibende Möglichkeit, Rechtsschutz vor den Zivilgerichten zu suchen, ist für die häufig hochaltrigen und multimorbiden Verbraucher insbesondere angesichts der längeren Dauer von Gerichtsverfahren und der hiermit von den Betroffenen befürchteten Belastung nicht mit der Durchführung eines überwiegend schriftlichen Streitbeilegungsverfahrens vergleichbar. Im Hinblick auf die geringe Verweildauer von Bewohnern in Pflegeheimen und der damit einhergehenden Gefahr, eine Lösung zu Lebzeiten nicht mehr rechtzeitig erzielen zu können, wird die Stärkung der Verbraucherschlichtung im Bereich des WBVG als dringlich bewertet.

Daher ist zu überlegen, ob vergleichbar mit der seit März 2021 gesetzlich verankerten Teilnahmespflicht von Unternehmern im Postdienstleistungsbereich (§ 18a Abs. 2 S. 2 PostG), bei dem die Unternehmer in der Vergangenheit gleichermaßen in einer Vielzahl von Fällen eine Beteiligung an Schlichtungsverfahren generell vorab durch AGB-Klauseln ohne Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalles abgelehnt hatten, die Teilnahme an Streitbeilegungsverfahren für Unternehmer im Bereich des WBVG verpflichtend ausgestaltet wird. Ein zwingendes Schlichtungsverfahren bei Antragstellung durch den Verbraucher, wie dies z.B. auch in § 111 b Abs. 1 S. 2 EnWG vorgesehen ist, würde die Verbraucher als

gleichberechtigte Verhandlungs- und Vertragspartner gegenüber dem Unternehmer bei der schnellen Durchsetzung ihrer Rechte nach dem WBGV unterstützen.

2. Schlussfolgerungen und Empfehlungen

Die klare Unterscheidung zwischen stationärer Pflegeeinrichtung und Wohnen mit ambulanter Pflege gestaltet sich heute aufgrund vielfältiger Wohnformen für Senioren mit Pflege- und Serviceelementen als herausfordernd. Die herkömmliche Abgrenzung zwischen Altenpflegeheimen und reinen Wohnkomplexen ist überholt; es existieren diverse Mischformen. Die rechtliche Beurteilung erfolgt anhand des spezifischen Betriebskonzepts und berücksichtigt verschiedene Rechtsbereiche wie Bauplanungsrecht, Bauordnungsrecht, Landesheimrecht und das WBGV. Durch die unterschiedliche Handhabung der Abgrenzung in den Bundesländern besteht kein einheitlicher Verbraucherschutz für Bewohner und Pflegebedürftige.

Als die Kompetenz für das Heimrecht im Zuge der Föderalismusreform auf die Länder übertragen werden sollte, argumentierte man damit, dass das Heimrecht zu den Gesetzesmaterien mit starkem Regionalbezug gehörte, für die keine einheitliche bundesrechtliche Regelung zwingend erforderlich sei.³⁵⁸ In Bezug auf die verschiedenen Pflegeformen war man der Ansicht, dass Bewohner in stationären Pflegeeinrichtungen grundsätzlich schutzbedürftiger sind als solche in anderen betreuten Wohnformen, da diese durchaus noch selbstständiger seien als in stationären Einrichtungen und daher selbstverantwortlicher am Leben teilnehmen könnten. Dabei wurde die Annahme zugrunde gelegt, dass Menschen nur in stationären Einrichtungen bis zum Tode bzw. bei hoher Pflegebedürftigkeit betreut werden können, da dies ambulant zu teuer sei.³⁵⁹ Dieses Bild hat sich allerdings in den letzten Jahren stark gewandelt. Heutzutage ist es zwar immer noch so, dass vor allem in stationären Pflegeeinrichtungen eine Betreuung, auch unabhängig von eventuellen Veränderungen der Pflegegrade, erfolgt, allerdings geht der Trend zur Ambulantisierung der Pflege bei allen Pflegegraden; die zwischenzeitlich geltende Maxime ambulant vor stationär wird zudem durch finanzielle Anreize stark gefördert.

Durch den medizinischen Fortschritt und die gesetzlichen Konzeptionen ist die Pflege in WGs oder dem Servicewohnen gerade und grundsätzlich möglich. Daher ist es so, dass die Bewohner in alternativen Pflegeformen, wie Servicewohnen und WGs, nicht weniger schutzbedürftig sind wie solche in stationären Einrichtungen.

Die Herausforderungen im Bereich der Pflegeverträge besteht gerade im ambulanten Setting, insbesondere hinsichtlich der Abhängigkeiten der Verbraucher von den Leistungserbringern. Diese wird noch verstärkt aufgrund des wegen Pflegekräftemangels und steigender Pflegebedürftigkeit bestehenden Anbietermarkts. Ältere oder schwer kranke Pflegebedürftige haben häufig nicht genug Erfahrung, um gleichberechtigt zu verhandeln. Ein Wechsel der Pflegeeinrichtung bzw. des Pflegedienstes im ambulanten Bereich ist aufgrund hoher Kosten und der Schwierigkeit, Ersatz zu finden, selten. Dies führt dazu, dass

³⁵⁸ BT-Drucks. 16/813, S. 9.

³⁵⁹ Burmeister/Dinter, NVwZ 2009, 628, 629; OLG Dresden v. 21. 4. 2006 – 3 W 0446/06, BeckRS 2011, 16605.

Verbraucher unhaltbare Zustände aus Unwissenheit oder Angst vor Versorgungslücken akzeptieren.

Insbesondere im ambulanten Setting lässt der Verbraucherschutz an vielen Stellen zu wünschen übrig, denn die Bundesländer haben die Regulierung bzgl. der neuen Wohnformen bis jetzt sehr unterschiedlich umgesetzt. Gerade für das Servicewohnen und die selbstverwalteten WGs bestehen teilweise überhaupt keine Regelungen. Insbesondere hervorzuheben ist hier Thüringen, wo das Thür-WTG selbst auf trägergesteuerte Wohngemeinschaften mit unter zwölf Bewohnern nicht anwendbar ist. Solche Regelungen erscheinen wenig sachgerecht, da sie an keine objektiv nachvollziehbaren Kriterien anknüpfen und den Bewohnerschutz nicht hinreichend gewährleisten. Die thüringische Regelung mit der Anknüpfung an zwölf Bewohner entspricht der Regelung in § 2 Nr. 9 c Musterbauordnung (MBO 2016). Eine Vergleichbarkeit der Situationen ist jedoch nicht sachgemäß, da Baufragen anders zu bewerten sind, als der Bewohnerschutz aus dem Landesheimrecht. In Hessen hat man aus diesen Gründen ausdrücklich darauf verzichtet, vertieft differenzierte Regelungen aufzunehmen und hat sich stattdessen mehr auf die Kontrolle der Anbieter fokussiert.³⁶⁰ Auch dieser Weg erscheint nicht ideal, da hier ebenfalls Lücken im Verbraucherschutz unvermeidbar erscheinen. Eine Kontrolle nur der Pflegeanbieter lässt die Kontrolle der konkreten Wohneinrichtung zu stark außen vor und kann daher ebenfalls zu Lücken im Schutz der Verbraucher führen. Es ist u. E. deshalb unumgänglich, im Interesse des Verbraucherschutzes konkret die betroffenen Wohnverhältnisse vor Ort zu überprüfen.

Viele andere Bundesländer setzen die trägergesteuerten WGs mit stationären Einrichtungen gleich; dies maximiert zwar den Verbraucherschutz, erschwert aber die Errichtung von solchen Pflegeformen, da die (baulichen) Anforderungen dann oft nicht (wirtschaftlich) umsetzbar sind.

Hier muss man einerseits abwägen, dass dies zweckmäßig sein kann, da in dieser Wohnform der Bewohner wie in einem Heim einem Anbieter ausgesetzt ist und daher ähnlich schutzbedürftig ist. Andererseits können solche Wohnformen auch zweckmäßig und für Bewohner vorteilhaft sein, da das Wohnen in einer kleinen Gruppe in einem privathausähnlichen Umfeld erfolgt, was eine größeres Maß an Abweichungen von standardisierten Anforderungen erlaubt.

Bzgl. der weiteren Formen (Servicewohnen und selbstständige WGs) erscheint ein differenziertes Modell sachgerechter, wie es in Hamburg und Bremen entwickelt wurde. Dort bestehen für Einrichtungen des Servicewohnens und selbstständige WGs getrennte Gesetzesregelungen, die vor allem Mitteilungs- und Anzeigepflichten enthalten. Diese helfen, dass die Behörde von solchen Pflegestandorten Kenntnis erlangt und trägt dann in der Folge auch dazu bei, dass die Behörde eine Überprüfung zum Schutz der Bewohner durchführen kann.

³⁶⁰ LT-Drucks. 18/3763, S. 19.

Es ist zu empfehlen, die (heimrechtliche) Kontrolle der ambulanten Pflege der stationären Pflege anzugleichen. Idealerweise könnte dies im Rahmen einer Erweiterung des WBVG unter Heranziehung des „Bremer und Hamburger Modells“ , das ausgeglichene Regelungen für die verschiedenen Pflegekonzepte vorsieht, die an die unterschiedliche Schutzbedürftigkeit der Bewohner in ihrem jeweiligen Umfeld anknüpfen. Natürlich besteht weiterhin die praktische Problematik der Einordnung der vielfältigen existierenden Pflegewohnmodelle, wobei aber die Gesetze aus Hamburg und Bremen auch hier zumindest einige objektive Kriterien in einer differenzierten Gesetzessystematik zur Verfügung stellen. Dabei kann insbesondere nicht nur das einmal aufgesetzte Betriebskonzept des Betreibers als allein rechtlich maßgeblich zugrunde gelegt werden, sondern es muss auch die tatsächliche Fortentwicklung des Betriebskonzepts berücksichtigt werden, weil etwa bei einer betreuten Wohnanlage bei Inbetriebnahme nur sehr vereinzelt Pflegebedürftige einziehen, diese Zahl aber mit zunehmenden Bewohneralter ansteigt und dies die Wohnungsmieter aufgrund der steigenden Pflegebedürftigkeit in immer stärkere Abhängigkeiten vom Betreiber (und dem von diesem bevorzugten ambulanten Pflegedienst) bringt; entsprechend zu dieser zunehmenden Morbidität und Vermieterabhängigkeit steigt dann die Schutzbedürftigkeit des Bewohners.

Solche Regelungen bundesweit im Rahmen eines transparenten erweiterten WBVG zu vereinheitlichen und dabei die zuvor unter Teil IV, Ziffer 1 angeregten gesetzlichen Änderungen zu berücksichtigen, käme dem Verbraucherschutz in Pflegeverträgen entscheidend entgegen.

Literaturverzeichnis

Bieresborn, Dirk, Schafhausen, Martin (Hrsg.)	<i>Münchener Anwaltshandbuch Sozialrecht, 5. Auflage 2018</i>
Bachem, Jörn, Hacke Sylvia (Hrsg.)	<i>Beck'scher Kompaktkommentar zum WBG, 1. Edition, 2015, (zitiert: Bachem/Hacke)</i>
Bienentreu, Markus	<i>Aktuelle Marktentwicklung bei Pflegeimmobilien, in: Marktentwicklungen und Finanzierungsmöglichkeiten im Bereich der Pflegeimmobilien, vhw-Skript BW172680, 08.11.2017</i>
Böhm, Monika	<i>Bauordnungsrecht, JA 2013, 481</i>
Bördner, Jonas	<i>Pflegequalität im Institutionenmix (Tagungsbericht), NZS 2016, 858</i>
Börstinghaus, Ulf (Hrsg.)	<i>Schmidt-Futterer Großkommentar des Wohn- und Ge- werberaummietrecht, 15. Auflage 2023 (zitiert: Schmidt-Futterer/Bearbeiter)</i>
Bub, Wolf-Rüdiger, von der Osten, Christian	<i>Verjährung des Anspruchs auf Rückzahlung einer überhöhten Kaution, FD-MietR 2011, 320421</i>
Burmeister, Julian, Dinter, Katharina	<i>Die Heimgesetzgebung der Bundesländer – Ein Rechtsvergleich, NVwZ 2009, 628</i>
Clausen, Tilman, Kraczyk, Wolfgang, (Hrsg.)	<i>Beck'sche Online-Formulare Medizinrecht, 36. Edition 2023, Stand 01.02.2020</i>
Drasdo, Michael	<i>Heimunterbringung und Betreutes Wohnen, NZM 2023, 748</i>
Drasdo, Michael,	<i>Entwicklungsrichtlinien unter dem Wohn- und Betreu- ungsvertragsgesetz seit Mitte 2015, NZM 2017, 577</i>
Drasdo, Michael	<i>Heimunterbringung und Betreutes Wohnen – Entwick- lungsrichtlinien nicht nur unter dem Wohn- und Betreu- ungsvertragsgesetz seit Mitte 2019, NZM 2021, 785</i>
Famers, Gabriele, Messerer, Joseph	<i>„Rettung von Personen“ und „wirksame Löscharbeiten“ – bauordnungsrechtliche Schutzziele mit Blick auf die Entrauchung – ein Grundsatzpapier der Fachkommis- sion Bauaufsicht, in: Amrehn, Manfred, Speck, Andrea, Sonderbauten – Wiederkehrende Prüfungen, vhw- Skript NW213008, 13.09.2021</i>
Gaiser, Anja Sofia	<i>Fallstricke bei der Altenheim-Vertragsgestaltung, NJW 1999, 2311</i>
Gies, Richard	<i>Beck'sches Formularbuch Mietrecht, 6. Auflage, 2020</i>

Grüneberg Christian	<i>Kommentar zum BGB, 82. Auflage 2023, (zitiert: Grüneberg/Bearbeiter)</i>
Grunewald-Feskorn, Astrid	<i>Das Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz und Wohngemeinschaften in: Ambulant betreute Pflegegruppen in der Ländergesetzgebung – Erfahrungen und Perspektiven, vhw-Skript SN110441, 29.11.2011</i>
Gsell, Beate; Krüger, Wolfgang, Lorenz, Stephan, Reymann, Christoph (Hrsg.)	<i>Beck'scher Online-Großkommentar Zivilrecht, Stand 01.10.2023, (zitiert: BeckOGK/Bearbeiter)</i>
Hau, Wolfgang; Poseck, Roman (Hrsg.)	<i>Beck'scher Onlinekommentar BGB, 68. Edition, Stand 01.11.2023, (zitiert: BeckOK/Bearbeiter)</i>
Heislbetz, Claus	<i>Die Dokumentation in der Altenpflege, ihr Zusammenwirken mit der Pflege- und Managementqualität sowie der Lebensqualität der Pflegebedürftigen - Eine Internationale Vergleichsuntersuchung, unv. Diss., Universität Bamberg 2009</i>
Henssler, Martin, Krüger, Wolfgang, (Hrsg.)	<i>Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5, 9. Auflage 2023, (zitiert: MüKo/Bearbeiter)</i>
Hornmann, Gerhard	<i>Kommentar zur Hessischen Bauordnung, 4. Auflage 2022, (zitiert: Hornmann/Bearbeiter)</i>
HypZert Fachgruppe Sozialimmobilien	<i>Bewertung von Objekten des Betreuten Wohnens sowie Bewertung von Pflegeheimen, Stand: Februar 2018, Berlin</i>
Jauch, Hans-Gerd, Dahl, Michael, Linnenbrink, Frank	<i>Mietrecht in Krise und Insolvenz, 3. Auflage 2022</i>
Kaeding, Nadja	<i>Vergütungsanpassung in Pflegeverträgen, NJW 2018, 1430</i>
Kirstein, Katharina, von Schwänenflügel, Matthias	<i>Fachkräftemangel und Pflegeheime, Sozialrechtliche Situation der Bewohnerinnen und Bewohner, NZS 2023, 601</i>
Krahmer, Utz; Plantholz, Markus (Hrsg.)	<i>Lehr- und Praxiskommentar SGB XI, 5. Auflage, (zitiert: Bearbeiter, in: Krahmer/Plantholz)</i>
Kraus, Stefan, Simon, Alfons, Busse, Jürgen (Hrsg.)	<i>Bayerische Bauordnung Kommentar, Stand: 151. Ergänzungslieferung, August 2023 (zitiert: Bearbeiter, in: Busse/Kraus)</i>
Kreuzer, Artur	<i>Misstände in der Heimpflege – Reform der Pflege und Pflegekontrolle, ZRP 2014, 174</i>

Kunz, Eduard, Butz, Manfred (Hrsg.)	<i>Kunz/Butz/Wiedemann Kommentar zum Heimgesetz, 10. Auflage 2004, (zitiert: Kuntz/Butz/Wiedemann)</i>
Lambert, Peter	<i>Bewertung von Pflegeimmobilien , vhw-Skript BB150418, 30.11.2015</i>
Lehmann-Richter, Arnold	<i>Mischmietverhältnisse – Abgrenzung der Wohnraum- miete von Heimrecht, betreutem Wohnen und Genos- schaftsrecht, MietRB 2011, 126.</i>
Mann, Thomas (Hrsg.)	<i>Große-Suchsdorf, Kommentar zur Niedersächsischen Bauordnung, 10. Auflage 2020, (zitiert: Große-Suchsdorf/Bearbeiter)</i>
Michel, Lutz, Schlüter, Thomas (Hrsg.)	<i>Handbuch Betreutes Wohnen, 1. Auflage 2012</i>
Nerlich, Jörg, Römermann, Volker (Hrsg.)	<i>Kommentar zur Insolvenzordnung, 47. Ergänzungslie- ferung, Stand: März 2023, (zitiert: Nerlich/Römermann)</i>
Odermatt, Katharina	<i>Brandschutzdefizite bei Sonderbauten – Brandschutz- anforderungen sowie öffentlich-rechtliche und zivil- rechtliche Haftungsrisiken bei Brandschutzdefiziten (Teil 1), ZfIR 2021, 478</i>
Opolny, Bernhard	<i>Pflegefinanzierung als gesamtgesellschaftliche Her- ausforderung, ZRP 2019, 204</i>
Richter, Ronald, Köhler, Hajo	<i>Blick ins Sozialversicherungsrecht, DStR 2004, 823</i>
Riecke, Olaf	<i>Fristlose Kündigung wegen fortdauernder unpünktli- cher Mietzahlungen, IMR 2011, 310</i>
Schäfer, Michael, Volland Thomas, von Strenge, Nikolas	<i>„Gepflegte Investition“, Der rechtliche Rahmen für Er- richtung, Betrieb und Finanzierung von Pflegeheimen, NZS 2008, 570</i>
Seier, Nicole	<i>Sorgfalts- und Aufsichtspflichten der Pflegeeinrichtung gegenüber seinen Bewohnern, SRa 2022, 261</i>
Schlüter, Thomas	<i>Betreute Wohnformen als Angebote der Wohnungs- und Immobilienwirtschaft, in: vhw-Skript RP186401, 28.08.2018</i>
Spannowsky, Willy Saurenhaus, Jens (Hrsg.)	<i>Beck'scher Onlinekommentar Bauordnungsrecht NRW, 16. Edition, Stand: 01.09.2023; (zitiert: BeckOK Bauordnungsrecht NRW/Bearbeiter)</i>
Spannowsky, Willy Manssen, Gerrit (Hrsg.)	<i>Beck'scher Onlinekommentar Bauordnungsrecht Bay- ern, 27. Edition, Stand: 01.10.2023; (zitiert: BeckOK Bauordnungsrecht Bayern/Bearbeiter)</i>

Strebinger, Egbert G.	<i>Neue Wohnformen nach dem Wohn- und Teilhabege- setz des Landes Sachsen-Anhalt, in: Ambulant betreu- te Pflegewohngruppen in der Ländergesetzgebung – Erfahrungen und Perspektiven, vhw-Skript SN110441, 29.11.2011</i>
Tamm, Marina	<i>Das Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz (WBVG): Zivilrechtlicher Verbraucherschutz für Heimbewohner</i>
Theusinger, Ingo, Gunther, Thomas	<i>Transaktionsstrukturen bei Erwerb und Veräußerung von Seniorenimmobilien, ZfIR 2008, 5</i>
Tybussek, Kai	<i>Vom Heim zum Komplexanbieter, in: Vincentz Akade- mie Konferenz Skript 19.04.2018</i>
von Franckenstein, Georg	<i>Das Seniorenwohnen mit Pflege- und Servicekompo- nenten – Abgrenzung und Übergang von Wohnung zu Pflegezimmer und die rechtlichen Folgen, ZfIR 2022, 164</i>
von Franckenstein, Georg, Gräfenstein-Griffiths, Evelyn	<i>Pflegereform 2008 – Auswirkungen auf den Pachtzins für Pflegeheime?, NZS 2009, 194</i>
Wagner, Regine, Knittel, Stefan (Hrsg.)	<i>Krauskopf Soziale Krankenversicherung und Pflege- versicherung Kommentar, Stand: 119. Ergänzungslie- ferung, Juni 2023 (zitiert: Bearbeiter, in: Krauskopf)</i>
Weber, Sebastian	<i>Notwendiger Inhalt von Wohn- und Betreuungsverträ- gen Ein Plädoyer für „entschlackte“ Formularverträge, NZM 2021, 185</i>
Zehelein, Kai	<i>Vermieten unter der DS-GVO Anbahnung und Ab- schluss von Mietverträgen, NJW 2019, 3047</i>
Ziegler, Ole	<i>Ambulante Pflegedienstverträge und AGB-Recht: Terra cognita, GuP 2012, 21</i>