

Prof. Dr. Wolfhard Kohte | Dr.ⁱⁿ Cathleen Rabe-Rosendahl, Zentrum für Sozialforschung an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg e.V., Großer Berlin 14, 06108 Halle (Saale)

RECHTSGUTACHTEN ZUR ERARBEITUNG GESETZLICHER REGELUNGEN FÜR AMBU- LANTE PFLEGEVERTRÄGE

20. Juni 2023

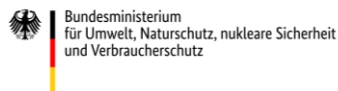
Impressum

**Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände –
Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.**

Team Gesundheit und Pflege
gesundheit@vzbv.de

Rudi-Dutschke-Straße 17
10969 Berlin

Gefördert durch:



aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages

INHALT

A. ZUSAMMENFASSUNG	3
B. GUTACHTEN	5
I. Die Struktur der Pflegeverträge	5
II. Vorvertragliche Information und Vertragsabschluss	9
III. Mindestanforderungen an den Vertragsinhalt	10
IV. Regelung von gesonderten Leistungen/Entlastungsbetrag	12
1. Entlastungsbetrag nach § 45b SGB XI	13
2. Entlastungsbetrag nach § 64i SGB XII	14
V. Haftungsfreizeichnung	14
VI. Regelung der Vertragsanpassung und bestimmtes Verfahren	16
1. Einseitige Erhöhung des Entgelts durch den Leistungserbringer	17
2. Modalitäten bei einseitigen Entgelterhöhungen	17
3. Angebot und Annahme bei zweiseitiger Vertragsanpassung	18
4. Möglichkeit des Widerrufs bei zweiseitiger Vertragsänderung	19
5. Wirksamwerden von vom Leistungserbringer ausgehender Änderungen im Pflegevertrag	19
6. Aushändigen der angepassten Vertragsvereinbarungen	20
7. Ausschluss der Anpassungsmöglichkeit	20
VII. Kündigungsrecht der gepflegten Person	22
VIII. Kündigungsrecht des Pflegedienstes	23
IX. Rechtsfolgen bei Nicht- oder Schlechtleistung	25
X. Unwirksamkeit abweichender Vereinbarungen	26
XI. Teilweise Aufhebung des § 120 SGB XI	26
C. GESETZESENTWURF	27
D. LITERATURVERZEICHNIS	32

A. ZUSAMMENFASSUNG

Das vorliegende Gutachten behandelt die verbraucherrechtliche Gestaltung von Pflegeverträgen im Bereich der ambulanten Pflege, vor allem der auf längere Dauer angelegten Pflege. Die Autor:innen betonen als Prämisse für eine Neugestaltung insbesondere die doppelte Abhängigkeit, in der sich pflegebedürftige Personen als Verbraucher:innen oftmals befinden und erläutert, an welchen Stellen eine gesetzliche Neuregelung diesem Machtgefälle begegnen sollte. Während für Betreuungs- und Heimverträge bereits mit dem Gesetz von Verträgen über Wohnraum mit Pflege- oder Betreuungsleistungen (WBVG) eine einschlägige gesetzliche Regelung existiert, fehlt ein rechtlicher Rahmen für die ambulante Pflege. Dies führt für die pflegebedürftigen Menschen und ihre Angehörigen zu großen praktischen Problemen, weil ein klarer Rahmen für die zu vereinbarenden individuellen Regelungen fehlt und weil die Unsicherheit über die Reichweite des Kündigungsschutzes in einer Zeit knapper Ressourcen in der ambulanten Pflege viele Betroffene hindert, ihre Rechte wahrzunehmen. Es wird daher die Notwendigkeit einer umfassenden gesetzlichen Regulierung für den zivilrechtlichen Pflegevertrag und vorvertragliche Informationen im Bereich der Pflege hervorgehoben. Für die notwendige gesetzliche Neufassung wird eine Gesetzesformulierung zur Verankerung der zivilrechtlichen Dimension der ambulanten Pflege in einem eigenen Abschnitt im WBVG vorgeschlagen. Die sozialrechtliche Regelung in § 120 SGB XI hat sich als lückenhaft erwiesen und ist kein geeigneter Ankerpunkt für verbraucherrechtliche Regelungen. Ein isoliertes Gesetz nur für die ambulante Pflege ist angesichts der zahlreichen Verzahnungen und Überschneidungen zwischen ambulanter und stationärer Pflege aus unserer Sicht nicht sinnvoll. Auf der anderen Seite kann die ambulante Pflege im WBVG nicht als Annex zur stationären Pflege eingeordnet werden, da beide Vertragstypen und z.B. ihre Gewährleistungsrechte deutlich unterschieden sind, so dass wir für einen eigenen Abschnitt im WBVG optieren.

Die vertragliche Gestaltung ambulanter Pflege ist geprägt durch eine Doppelstruktur von öffentlich-rechtlichem Versorgungsvertrag und zivilrechtlichem Pflegevertrag. Der Versorgungsvertrag nach § 72 SGB XI ist die Voraussetzung für die Erbringung der Pflegeleistung und wird zwischen der Pflegekasse und dem Pflegedienst geschlossen. Er legt Art, Inhalt und Umfang der Pflegeleistungen fest. Die festgelegten Leistungen sind allerdings stark individualisierungsbedürftig und müssen daher im Text des Pflegevertrags konkretisiert werden. Dies ist der Fall, weil z.B. zusätzliche Leistungen gem. §§ 45 ff SGB XI vereinbart werden können. Neben dieser erforderlichen Konkretisierung betont das nachfolgende Gutachten vor allem die Bedeutung der Transparenz der Leistungen für eine rechtssichere Gestaltung des zivilrechtlichen Pflegevertrags. Musterverträge sind hierfür keine geeignete Lösung, stattdessen sollten entsprechende Beratungsangebote bei der Erarbeitung der Pflegeverträge unterstützen.

Gefordert wird im Sinne der Transparenz, die pflegebedürftige Person als Vertragspartner:in über sämtliche vertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten bereits vorvertraglich zu informieren. Diese vorvertragliche Information betrifft in Ergänzung zur Pflegeberatung nach § 7a SGB XI alle denkbaren Individualisierungsaspekte und soll den zu pflegenden Personen, aber auch Betreuer:innen, Angehörigen und anderen unterstützenden Personen hinreichende Gelegenheit geben, die bestmögliche Gestaltung zu eruieren und zu vereinbaren. Angesichts der Komplexität der Varianten ist es dabei geboten, dass eine Bedenkzeit zwischen der vorvertraglichen Information und dem endgültigen Vertragsschluss einzuhalten ist. Für den Vertragsschluss, der nicht selten kurzfristig

erfolgen muss, ist daran festzuhalten, dass er auch konkludent, also durch konkrete Handlungen, wie z.B. den einvernehmlichen Beginn der Pflege nach der Entlassung aus dem Krankenhaus, erfolgen kann.¹

Dem Gebot der Transparenz soll bei der Vertragsgestaltung, aber auch bei der Vertragsdurchführung- und beendigung zur Geltung verholfen werden. Diesbezüglich unterstreichen die Autor:innen, dass insbesondere die Kostengestaltung jederzeit ersichtlich sein muss, um der pflegebedürftigen Person und ihren Angehörigen jederzeit einen Überblick über die Leistungen und die entstehenden Kosten zu ermöglichen. Die Pflegesituation kann sich jederzeit ändern – und damit auch der jeweilige Pflegebedarf. Dem Bedarf nach flexibler Anpassung der Pflegeleistungen muss eine neue gesetzliche Regelung hinreichend Rechnung tragen, insbesondere in Situationen, in denen sich der Gesundheitszustand der gepflegten Person akut ändert. Auch aus diesem Grund wird in der Praxis daher etwa die Kombinationsregelungen nach § 38 SGB XI von besonderer Bedeutung sein. So flexibel und kurzfristig eine Änderung des Pflegevertrags möglich sein soll, so sehr sollten pflegebedürftige Personen vor kurzfristigen Anpassungen des Pflegedienstes geschützt sein, bspw. sollte im Falle einer Entgelterhöhung die Rückwirkung gesetzlich konkret begrenzt sein, damit die zusätzliche nachträgliche Kostenbelastung sowohl nachvollziehbar als auch planbar bleibt.

Allgemein sollte eine gesetzliche Neufassung die erwähnte Asymmetrie adressieren, die den zivilrechtlichen Pflegevertrag strukturell prägt. Dieses Regelungsziel, der Ausgleich eines bestehenden Machtgefälles, führt auch zu der Erkenntnis, dass das jederzeitige Kündigungsrecht der gepflegten Person bei ambulanten Pflegeverträgen bestehen bleiben muss. Die gepflegte Person kann den Pflegevertrag bereits nach aktueller Rechtslage gemäß §§ 120 Abs. 2 Satz 2 SGB XI, 627 BGB ohne Einhaltung einer Frist kündigen. Zukünftig ist zu empfehlen, die Kündigungsregelung im Rahmen des individuellen Vertrags aufzugreifen und im Interesse der Rechtssicherheit die Textform als Erfordernis der Willenserklärung zur Beendigung des Pflegevertrags einzuführen. Für die Kündigungsmöglichkeiten des Pflegedienstes fehlt auf der anderen Seite bislang eine entsprechende Regelung – hier muss vor allem dem Umstand Rechnung getragen werden, dass pflegebedürftige Personen regelmäßig auf eine kontinuierliche Pflege angewiesen sind, dass aber angesichts des Mangels an geeigneten Pflegediensten eine hinreichende Kündigungsfrist mit flankierenden Regelungen zur Kontinuitätssicherung geboten ist.

Schließlich betonen die Autor:innen die Bedeutung angemessener dienstvertraglicher Regelungen für den Fall der Nicht- oder Schlechtleistung. Es wird darauf hingewiesen, dass gepflegte Personen Anspruch auf qualitativ angemessene Leistungen haben, die anerkannten Pflegestandards entsprechen. Dort, wo diese Standards nicht eingehalten werden, bestehen Schadensersatzansprüche gegen den Pflegedienst.

Insgesamt ist eine umfassende gesetzliche Regulierung von ambulanten Pflegeverträgen notwendig, um die Interessen der Verbraucher:innen zu stärken und ihrer Abhängigkeit von den Pflegediensten zu begegnen, auch aber, um die bislang vergleichsweise komplexen und unübersichtlichen Regelungen zu vereinfachen und den Beteiligten den Weg zu belastbaren Regelungen zu öffnen..

¹ LPK-SGB XI/Krahmer/Plantholz, 5. Aufl. 2018, § 120 Rn. 12.

B. GUTACHTEN

I. DIE STRUKTUR DER PFLEGEVERTRÄGE

Pflegeverträge zwischen Verbraucher:innen und Unternehmer:innen stellen besondere Anforderungen, weil pflegebedürftige Menschen zu den besonders vulnerablen Verbraucher:innen gehören, für die spezifische Regelungen zu treffen sind.² In der Begründung zum Gesetz zur Regelung von Verträgen über Wohnraum mit Pflege- oder Betreuungsleistungen (WBVG) ist daher zu Recht auf die „doppelte Abhängigkeit“ pflegebedürftiger und behinderter Verbraucher:innen hingewiesen worden, die nicht nur die allgemeine Abhängigkeit der Verbraucher:innen von Unternehmer:innen betrifft, sondern sich auch aus der Komplexität der zu treffenden Regelungen und der Abhängigkeit von den Pflegepersonen ergibt.³ Diese doppelte Abhängigkeit gilt nach der Gesetzesbegründung auch für die ambulante Pflege,⁴ auch wenn diese 2009 nicht vom WBVG erfasst wurde. Die Gesetzgebung hat daraus die Konsequenz gezogen, Schutzvorschriften sowohl im Zivilrecht als auch im Sozialrecht zu verankern, auch wenn sich daraus eine zusätzliche Komplexität ergibt. Andererseits ist damit auch die Durchsetzungskraft der Verbandsklage gestärkt worden, weil mit dieser Klage auch die Verletzung zivilrechtsrelevanter sozialrechtlicher Bestimmungen gerügt werden kann.⁵

Verträge über ambulante Pflege sind bisher nur punktuell gesetzlich geregelt. In § 120 SGB XI sind überwiegend öffentlich-rechtliche Bestimmungen erfolgt; soweit dort zivilrechtliche Bestimmungen normiert sind, wurden sie bereits im Gesetzgebungsverfahren in erster Linie als Klarstellung zum Recht der Dienstverträge bewertet. Anders als bei der stationären Pflege, die durch das WBVG mit einem eigenständigen zivilrechtlichen Rahmen normiert worden ist, fehlt ein solch umfassender Rahmen für die ambulante Pflege. Aus dem Gesetzgebungsverfahren zu § 120 SGB XI geht allerdings hervor, dass es sich bei diesen Verträgen um Dienstverträge handelt.⁶ Solche Dienstverträge können auch im Rahmen eines „Betreuten Wohnens“, das nicht vom WBVG erfasst wird, abgeschlossen werden.⁷ Aus dem Gesetzgebungsverfahren zum medizinischen Behandlungsvertrag nach § 630a ff. BGB ergibt sich weiter, dass die ambulante Pflege in der Regel nicht im Rahmen eines Behandlungsvertrages geleistet wird; es sind allenfalls punktuelle Überschneidungen bei medizinischer Behandlungspflege möglich.

Insgesamt ist jedoch festzustellen, dass eine umfassende Konkretisierung des ambulanten Pflegevertrages im Zivilrecht bisher nicht erfolgt ist. Insoweit bestehen allerdings in Rechtsprechung und juristischer Fachliteratur keine Meinungsverschiedenheiten.

² Kohte, VuR 2012, 388, 342.

³ BT-Drs. 16/12409, S. 11; Tamm, VuR 2016, 370 (371); LPK-SGB XI/Plantholz, § 2 Rn. 6.

⁴ BT-Drs. 16/12409, S. 10.

⁵ Dazu nur BGH, Urteil v. 15.07.2021 – III ZR 225/20 aus dem Bereich der stationären Pflege.

⁶ BT-Drs. 14/5395, S. 47.

⁷ Drasdo, Betreutes Wohnen, WM 2023, 125 (126).

Die punktuelle Normierung der Struktur von Pflegeverträgen in § 120 SGB XI geht davon aus, dass eine sozialrechtliche und zivilrechtliche Doppelstruktur vorliegt. Sozialrechtlich wird ein Versorgungsvertrag zwischen der Pflegekasse und dem jeweiligen ambulanten Dienst abgeschlossen. Zugelassene Einrichtungen sind nur solche Einrichtungen, mit denen die Pflegekasse einen Versorgungsvertrag nach § 72 Abs. 1 S. 1 SGB XI abgeschlossen hat. In diesem Vertrag sind Art, Inhalt und Umfang der allgemeinen Pflegeleistungen festzulegen, die von der Pflegeeinrichtung während der Dauer des Vertrages für die Versicherten zu erbringen sind. Angesichts dieser Generalisierung sind diese Verträge typisierte Verträge, in denen die typischen Strukturen der zu erbringenden Pflegeleistungen festgelegt worden sind. Daher wird diese Struktur in der Gesetzesbegründung als „kollektivrechtliche Ebene“ bezeichnet.⁸ Dabei darf nicht übersehen werden, dass sich diese kollektive Ebene nach § 89 Abs. 2 S. 2 SGB XI auf den einzelnen Dienst erstreckt.

Daneben wird ein Pflegevertrag zwischen der zu pflegenden Person und dem Pflegedienst vereinbart, in dem auch „individualrechtliche Verpflichtungen“ des Dienstes geregelt werden.⁹ Das Verhältnis dieser beider Ebenen ist diffizil und wird von verschiedenen Wertungen bestimmt.

Durch § 120 Abs. 3 S. 1 SGB XI ist normiert worden, dass im zivilrechtlichen Pflegevertrag mindestens Art, Inhalt und Umfang der Leistungen einschließlich der mit den Kostenträgern nach § 89 SGB XI vereinbarten Vergütungen für jede Leistung oder jeden Leistungskomplex gesondert zu beschreiben sind. Insoweit ergibt sich zunächst eine Übereinstimmung zwischen dem Versorgungsvertrag und dem zivilrechtlichen Pflegevertrag hinsichtlich der Art der Leistungen, ihres Umfangs und ihrer Vergütung.

Zivilrechtliche Pflegeverträge werden mit einer differenzierten Struktur auch geschlossen, wenn eine private Pflegeversicherung besteht. In diesen Fällen erfolgt ein mittelbarer Schutz durch die Pflegeversicherung, wie sich aus § 23 SGB XI ergibt. Für diese Fallgruppe ist für die stationäre Pflege vom Bundesgerichtshof (BGH) entschieden worden, dass eine Inhaltskontrolle nach § 307 BGB erforderlich ist, mit der die sozialrechtlichen Anforderungen auch in das Verbraucherrecht integriert werden.¹⁰ Systematisch ist es geboten, dass die verbraucherrechtliche Inhaltskontrolle bei ambulanten Diensten in vergleichbarer Weise auch bei Bestehen einer privaten Pflegeversicherung erfolgt.¹¹

Bei der stationären Pflege ist eine vergleichbare Doppelstruktur normiert worden. Für die kollektivrechtliche Ebene sind die Anforderungen an die Pflegesatzvereinbarungen in § 85 SGB XI statuiert; weitere Schutzvorschriften ergeben sich aus § 87a SGB XI. Zutreffend hat der BGH entschieden, dass Abweichungen zu Lasten der pflegebedürftigen Personen auch mit der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB und damit auch durch die Verbandsklage korrigiert werden können,¹² so dass damit eine erste Verklammerung zwischen Zivilrecht und Sozialrecht erfolgt. Weiter sind verbraucherrechtliche Anforderungen im WBG und auf Landesebene im Heimrecht erfolgt. Dies hat sich bisher im

⁸ So auch *Gutzler*, in: Hauck/Noftz, SGB XI, § 120 Rn. 5 f.

⁹ BT-Drs. 14/5395, S. 46.

¹⁰ BGH, Urteil v. 15.07.2021 – III ZR 225/20.

¹¹ *Dreher*, JurisPR-SozR 23/2011, Anm. 5.

¹² BGH, Urteil v. 15.07.2021 – III ZR 225/20.

Grundsatz bewährt,¹³ so dass hier vorgeschlagen wird, nicht ein neues isoliertes Gesetz zu erstellen, sondern die verbraucherrechtlichen Normen des zivilrechtlichen ambulanten Pflegevertrags in einem neuen Abschnitt im WBVG zu verankern. Es bedarf allerdings eines eigenen Abschnitts, weil die stationäre Pflege intensiv durch das Element der Wohnraumüberlassung geprägt ist,¹⁴ dass bei der ambulanten Pflege fehlt. Daraus ergibt sich die Notwendigkeit, diese beiden Abschnitte gegeneinander abzugrenzen und den Anwendungsbereich des ambulanten Pflegevertrags näher auszugestalten.

Insoweit sind auch die neueren Entwicklungen der Pflegeorganisation aufzunehmen.¹⁵ Ambulant betreute Wohngemeinschaften sind inzwischen in einer Reihe von Bundesländern in differenzierter Form dem jeweiligen Landesheimrecht¹⁶ zugeordnet worden, in der Regel findet das WBVG auf sie Anwendung.¹⁷ Anders ist dies bei Verträgen, in denen es am Element der Überlassung von Wohnraum bzw. einer kollektiven Pflegeorganisation fehlt. Bei selbstverwalteten Wohngemeinschaften kann es an einem Gegenüber von Unternehmer:innen und Verbraucher:innen fehlen, wenn die Form einer GbR gewählt worden ist.

Dieser neu in WBVG einzufügende Abschnitt findet daher auch Anwendung auf Pflege-Wohngemeinschaften, es sei denn, dass für diese nach dem Landesrecht Heimrecht anwendbar ist, so dass bereits das WBVG in seiner bisherigen Form anzuwenden ist. Dagegen werden Dienstverträge, die im Rahmen des Betreuten Wohnens abgeschlossen werden, in der Regel nicht vom Heimrecht erfasst,¹⁸ so dass sie dem neuen Abschnitt im WBVG zur ambulanten Pflege zuzuordnen sind. Schließlich werden Assistenzkonstellationen für behinderte Menschen in der Regel durch gesonderte Vereinbarungen zusätzlich zu den Pflegeverträgen getroffen,¹⁹ so dass insoweit spezifische Regelungen außerhalb des neuen Abschnitts im WBVG erforderlich sind.

Grundlegend sind allerdings auch für die ambulante Pflege der kollektive Versorgungsvertrag und der individuelle Pflegevertrag zu unterscheiden. Damit ist allerdings keine umfassende Identität beider Verträge normiert. § 120 Abs. 3 SGB XI macht deutlich, dass der Versorgungsvertrag für den zivilrechtlichen Pflegevertrag Mindestbestimmungen enthält. Von diesen Vorgaben darf zulasten der gepflegten Menschen nicht abgewichen werden.²⁰

Da der Versorgungsvertrag wegen seiner kollektiven Struktur notwendige Typisierungen enthält, bedarf es regelmäßig für jeden zivilrechtlichen Pflegevertrag einer Konkretisierung und Individualisierung der Pflegeleistungen („individualrechtliche“ Verpflichtungen des Dienstes). Ausgangspunkt ist die Konkretisierung des Bedarfs und der Versor-

¹³ Drasdo, 10 Jahre WBVG, NJW 2019, 2894.

¹⁴ Der BGH hat für die Inhaltskontrolle der stationären Pflege daher für bestimmte Aspekte die systematische Parallele zum Wohnraummietrecht hervorgehoben – BGH 12.05.2016 – III ZR 279/15.

¹⁵ Dazu Überblick bei Klie, PflR 2018, 348 ff.

¹⁶ Inzwischen sind in allen 16 Bundesländern eigene Landesheimgesetze verabschiedet. Das Heimgesetz des Bundes ist nicht aufgehoben, weil es weiter als Grundlage für mehrere Verordnungen fungiert.

¹⁷ Klie, PflR 2018, 423 (429); vgl. Weidenkaff, in: Grüneberg, § 1 WBVG Rn. 1

¹⁸ Drasdo, WM 2023, 125 (126).

¹⁹ Klie, PflR 2018, S. 423 (429) mit Hinweis auf spezifische Gruppen-Konstellationen.

²⁰ Opolony, in: BeckOGK SozR, SGB XI § 120 Rn. 15.

gungsplan, die im Ergebnis der Pflegeberatung nach § 7a SGB XI und der Begutachtung nach § 18b SGB XI nF²¹ festgelegt werden. Auf dieser Basis ist zum Beispiel festzulegen, wie oft in der Woche bestimmte Einsätze erfolgen, möglicherweise sind auch Tageszeiten festzulegen. Die Pflegeleistungen bedürfen in der Regel einer weiteren Konkretisierung, so ist zum Beispiel die Gabe von Medikamenten nach ärztlichen Verordnungen festzulegen, es kann eine Blutzuckermessung zu bestimmten Zeiten erfolgen. Möglicherweise sind weitere einfache pflegerische Leistungen erforderlich. Diese individuelle Konkretisierung der zu erbringenden Leistungen ist Aufgabe des Pflegevertrags. Weitere Individualisierungen ergeben sich aus dem persönlichkeitsrechtlichen Bezug der Pflegeleistungen, die weit in die Intimsphäre der zu pflegenden Personen hineinreichen können.²² Auch daraus kann sich ein individueller Regelungsbedarf ergeben. Schließlich können sich zusätzliche Individualisierungen aus dem Gebot der aktivierenden Pflege ergeben (§ 2 Abs. 1 S. 2 SGB X).²³

Aus dem hier skizzierten Verhältnis zwischen beiden Verträgen ergibt sich die bereits im Gesetzgebungsverfahren²⁴ anerkannte hohe Bedeutung des Transparenzgebots²⁵, damit für die gepflegten Menschen und ihre Angehörigen/Betreuer:innen/ehrenamtlichen Hilfspersonen deutlich ist, welche Leistungen auf jeden Fall erbracht werden sollen. Auch die bisherigen erfolgreichen Abmahnungen der Verbraucherzentralen und die Untersuchungen des vzbv sowie der Verbraucherzentralen Berlin und Brandenburg zeigen die essenzielle Bedeutung des Transparenzgebots in der ambulanten Pflege.

Eine weitere Individualisierung ergibt sich daraus, dass die gesetzliche Regelung darauf abzielt, dass zugunsten der zu pflegenden Person spezifische Pflegearrangements gefördert werden, die mit Hilfe von Familienangehörigen und anderen ehrenamtlichen Akteur:innen (z.B. aus der Nachbarschaft) realisiert werden (§ 3 SGB XI). Zwischen der professionellen Pflege und solchen Arrangements muss notwendigerweise eine Abstimmung erfolgen. Eine spezifische Herausforderung für die Vertragsgestaltung liegt vor, wenn – was nicht selten ist – eine Kombinationsleistung nach § 38 SGB XI erbracht wird. In diesem Fall muss hinreichend klar abgegrenzt werden, welche Leistungen von dem Pflegedienst erbracht werden und welche Leistungen von den Angehörigen beziehungsweise ehrenamtlichen Helferinnen und Helfern erbracht wird. Diese Besonderheit der ambulanten Pflege kann nur verwirklicht werden, wenn die Bestimmung der jeweiligen Leistungen mit Hilfe des Transparenzgebots erfolgt.

Eine weitere Verzahnung der individuellen und der kollektiven Ebene wird durch § 120 Abs. 4 SGB XI normiert. Im individuellen Pflegevertrag können zusätzliche Leistungen vereinbart werden, die nicht gegenüber der Pflegekasse abgerechnet werden können. Gleichwohl darf auch für diese Leistungen kein höherer Satz als der im Versorgungsvertrag festgelegte Satz vereinbart werden (§ 120 Abs. 4 S. 2 SGB IX).

Pflegebedürftigkeit ist typischerweise ein Dauerzustand, so dass in aller Regel der Pflegevertrag als ein Dauerschuldverhältnis zu qualifizieren ist, in dem eigenständige Regelungen sowohl zur Ausgestaltung als auch zur Beendigung des Verhältnisses erforderlich sind.

²¹ Dazu BT-Drs 20/6983, S. 19 f.

²² Dazu zutreffend BGH, Urteil v. 09.06.2011 – III ZR 203/10, NJW 2011, 2955 ff.

²³ LPK-SGB XI/Plantholz, § 2 Rn. 10.

²⁴ BT-Drs. 19/6337, S. 154 f.

²⁵ *Opolony*, in: BeckOGK SozR, SGB XI § 120 Rn. 18.

Pflegebedürftigkeit ist ein fragiler Zustand, der regelmäßig durch Änderungen gekennzeichnet ist. Daher ist eine Anpassung der Pflegeleistungen eine typische Herausforderung auch für den zivilrechtlichen Pflegevertrag. Dies setzt voraus, dass der bei Vertragsschluss vorgesehene Zustand hinreichend klar fixiert ist. Natürlich bedarf es weiterer Regelungen zum Anpassungsverfahren (siehe Punkt VI).

II. VORVERTRAGLICHE INFORMATION UND VERTRAGSSCHLUSS

In § 120 Abs. 3 SGB XI sind Vertragsschluss und vorvertragliche Informationen nur punktuell geregelt. Das ist für die Beteiligten schwer verständlich, sodass eine umfassende gesetzliche Regelung für den zivilrechtlichen Pflegevertrag sowie für die vorvertragliche Information erforderlich ist. Der zivilrechtliche Pflegevertrag ist dadurch gekennzeichnet, dass auf der Basis des kollektiven Versorgungsvertrages eine mehrfache Individualisierung erforderlich ist. Diese Individualisierung betrifft zunächst die Konkretisierung und zeitliche Verteilung der jeweiligen Leistungen. Dazu gehören auch spezifische Leistungen der aktivierenden Pflege wie z.B. die Auswahl von geeignetem Inkontinenzmaterial, das Kontinenztraining oder das Schlucktraining bei Sondenernährung.²⁶ Ergänzend ergeben sich weitere Anforderungen bei der Wahl des Kombinationsmodells nach § 38 SGB XI. Schließlich sind zusätzliche Leistungen und die Nutzung des Entlastungsbetrags nach § 45b SGB XI regelbar.

Über sämtliche Möglichkeiten ist vorvertraglich zu informieren, damit die zu pflegenden Personen, aber auch Betreuer:innen, Angehörige und andere unterstützende Personen rechtzeitig informiert werden. Diese vorvertragliche Information betrifft zunächst sämtliche Ebenen der möglichen Individualisierung; angesichts der Komplexität der Varianten ist es in der Regel geboten, dass eine Bedenkzeit zwischen der vorvertraglichen Information und dem endgültigen Vertragsschluss einzuhalten ist.²⁷

Die bereits im Gesetzgebungsverfahren zum WBGV hervorgehobene „Komplexität“ von Pflegeverträgen und Pflegearrangements macht daher eine vorvertragliche Information erforderlich, die vor allem in § 7a SGB XI in sozialrechtlicher Hinsicht diffizil normiert worden ist. Die inzwischen veröffentlichte Evaluation der Pflegeberatung²⁸ hat gezeigt, dass diese Beratung unverzichtbar ist und gerade im Bereich der ambulanten Pflege ein wichtiges Feld besetzt. Andererseits kann damit auf eine umfassende zivilrechtliche Beratung nicht verzichtet werden. Dies ergibt sich zum einen rechtssystematisch aus der Komplementarität von Zivilrecht und Sozialrecht, die hier ergänzend zur Geltung kommt.²⁹

Zum andern zeigen die Ergebnisse der Evaluation der Pflegeberatung, dass auf die komplementäre zivilrechtliche Beratung durch die Leistungserbringer – hier der Pflegedienste - nicht verzichtet werden kann, denn die sozialrechtliche Beratung erfasst in der Regel nur 5 % der Leistungsberechtigten.³⁰ Ein Schwerpunkt betrifft die Beratung der Angehörigen und der ehrenamtlich Pflegenden. Auch wenn die Pflegekassen damit

²⁶ Dazu LPK-SGB XI/Plantholz § 2 Rn. 10.

²⁷ Zum Gebot der Trennung von vorvertraglicher Information und Vertrag: Weber, NZM 2021, 185, 185.

²⁸ GKV (Hrsg), Weiterentwicklung der Pflegeberatung Evaluation der Pflegeberatung und Pflegeberatungsstrukturen gemäß § 7a Absatz 9 SGB XI, 2020.

²⁹ Ausführlich dazu Beetz, Stellvertretung als Instrument der Sicherung und Stärkung der Patientenautonomie, S. 217 ff.

³⁰ GKV Evaluation (s. Fn 28), S. 98 ff. Ausführliche Daten im 7. Pflegebericht 2021, BT-Drs 19/30300, S. 177

über das Instrument des § 38 SGB XI zu beraten haben und beraten, ist doch eine ergänzende Beratung durch die Pflegedienste unverzichtbar, denn nur so können die geeigneten individualisierenden, ergänzenden und passgenauen Regelungen gefunden und umgesetzt werden. Daher setzt § 120 SGB XI auch Informationen durch die Leistungserbringer voraus.³¹

Diese (vor)vertraglichen Informationen sind schriftlich und in verständlicher Form vorzulegen, dabei ist Textform nach § 126b BGB ausreichend, allerdings ist eine E-Mail-Information nicht ausreichend, wenn der/die Empfänger:in kein geeignetes Endgerät oder Fähigkeit zum Ausdrucken besitzt. Bei Betreuung und Vorsorge-Bevollmächtigten ist auch der Zugang der vorvertraglichen Informationen zu diesem Personenkreis sicherzustellen. Insbesondere auch bei der vorvertraglichen Aufklärung sind die Bedürfnisse behinderter pflegebedürftiger Menschen zu berücksichtigen. Dies kann sich z.B. durch Vorlesen der entworfenen Vertragsbedingungen oder Schriftstücke, die mit einem (Vor)Lesegerät gelesen werden können, darstellen.

Auf die Möglichkeit solcher Zusatzleistungen ist ebenfalls vorvertraglich hinzuweisen und ein Kostenvoranschlag unter Beachtung der Grenze der Höchstsätze nach § 89 SGB XI (Differenzierungsverbot, § 120 Abs. 4 SGB XI) vorzulegen. Auf die Möglichkeit der Inanspruchnahme des Entlastungsbetrages nach § 45b SGB XI/³² § 64i SGB XII und deren Anwendungsbereich ist ebenfalls hinzuweisen.

In der bisherigen Gerichtspraxis ist anerkannt, dass spätestens mit dem ersten Pflegeeinsatz der Pflegevertrag konkludent zustande kommt.³³ Daran ist festzuhalten. Aufklärungspflicht und Dokumentationspflicht des Pflegedienstes sind als elementare Pflichten getrennt vom Vertragsschluss zu regeln und im Kern AGB-fest zu gestalten.

III. MINDESTANFORDERUNGEN AN DEN VERTRAGSINHALT

Die ambulante Pflege ist in vertraglicher Hinsicht, wie eingangs dargelegt, von einer rechtlichen Doppelstruktur bestimmt. Die öffentlich-rechtliche Grundlage für eine pflegerische Tätigkeit stellt zunächst ein Versorgungsvertrag zwischen Pflegedienst und Pflegekasse i.S.d. § 72 Abs. 1 SGB XI dar. Dieser dient einerseits als Voraussetzung der Zulassung des Pflegedienstes, andererseits legt er Art, Inhalt und Umfang der allgemeinen Pflegeleistungen fest. Dieses öffentlich-rechtliche Grundgerüst bedarf einer Konkretisierung im Pflegevertrag zwischen pflegebedürftiger Person und Pflegedienst. Beispiele aus der Praxis zeigen, dass diese Konkretisierung nicht immer im erforderlichen Maße vorgenommen wird.³⁴ Dabei erschwert der hohe Grad an Individualisierung, der die pflegerische Tätigkeit ihrer Natur nach auszeichnet, eine vertragliche Abrede, die die Tätigkeit umfänglich abbildet.

Nichtsdestotrotz ist es für die zu pflegende Person und ihre Angehörigen von entscheidender Bedeutung, dass die erbrachten Leistungen im Pflegevertrag schriftlich hinreichend konkret erfasst sind. Dies ergibt sich aus dem Umstand, dass hier gleichsam na-

³¹ Bassen, in Udsching/Schütze, SGB XI, § 120 Rn. 7.

³² Erweitert durch PUEG Art. 2 Nr. 14, BR-Drs. 220/23, BT-Drs. 20/6983, S. 63.

³³ KG, Urteil v. 23.8.2018 – 4 U 102/18, juris; Gutmann, in: Staudinger, Anh. zu §§ 305-310 Rn D 97 m.w.N.

³⁴ Beispiele zu mangelnder Individualisierung bei der stationären Pflege bei Weber, NZM 2021, 185 ff.

turgemäß der persönliche Lebensbereich der pflegebedürftigen Person „in einer vertraulichen bis intimen Form“³⁵ betroffen ist und regelmäßig eine besondere Vulnerabilität besteht. Der BGH stellt vor diesem Hintergrund besonders hohe Anforderungen an die Transparenz des Vertragswerks.³⁶ Auch die Schaffung des § 120 SGB XI diene nach der Gesetzesbegründung gerade dem Zweck, der gepflegten Person die individuellen rechtlichen Verpflichtungen des Pflegedienstes zu verdeutlichen und Rechtsklarheit zu schaffen.³⁷ Ebenfalls aus Transparenzgründen sieht § 120 Abs. 3 S. 4 SGB XI bereits jetzt vor, dass bei der Vereinbarung des Pflegevertrags Informationen über die Nutzung des Umwandlungsanspruchs aus § 45a Abs. 4 SGB XI bereitgestellt werden müssen.³⁸

Ohne eine ausreichende Konkretisierung der grundlegenden Festlegungen im Pflegevertrag wird etwa auch die Aushändigungspflicht aus § 120 Abs. 2, 3 SGB XI ausgehöhlt. Wichtig wird sie auch hinsichtlich jener Leistungen, die die den Katalog der Sachleistungen aus §§ 36 ff SGB XI überschreiten. Über den gesetzlich festgelegten Mindestinhalt des Pflegevertrags hinaus – nach § 120 Abs. 3 S. 1 SGB XI sind auch auf dieser Ebene mindestens Art, Inhalt und Umfang der Leistungen zu bestimmen – sollte daher etwa die Frequenz der Leistungen (Bsp.: Frisieren) vertraglich festgelegt werden. Dies gilt auch für die digitalen Pflegeanwendungen, die durch das Pflegeunterstützungs- und –entlastungsgesetz (PUEG)³⁹ besonders gefördert werden sollen. Im Übrigen gelten in jedem Fall die Grundsätze des § 2 SGB XI. Nach § 2 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 SGB XI ist dabei auch angemessenen Wünschen der gepflegten Person Rechnung zu tragen. Angemessene Wünsche sind nach der juristischen Kommentarliteratur bspw. bestimmte Essenszeiten, aber auch gewisse Anliegen im Hinblick auf die Pflegekraft selbst.⁴⁰ Dabei ist auf die sexuelle Identität und Orientierung der gepflegten Person Rücksicht zu nehmen, ebenso auf religiöse Bekenntnisse (Abs. 3). Eingedenk des § 2 Abs. 2 S. 3 SGB XI ist insbesondere der Wunsch nach gleichgeschlechtlicher Pflege einzubeziehen, sofern der Pflegedienst dies unter Einbeziehung sämtlicher gestalterischen und organisatorischen Möglichkeiten gewährleisten kann.⁴¹ In Anbetracht der Tatsache, dass das Pflegepersonal überwiegend weiblich ist, kann es im Einzelfall problematisch sein, diesem Bedürfnis ohne unverhältnismäßigen Aufwand nachzukommen.⁴²

In anderen Bereichen des Verbraucherrechts wurde der Versuch unternommen, von staatlicher Seite Musterverträge bereitzustellen, um eine möglichst rechtssichere Vertragsgestalt zu gewährleisten. Aus den negativen Erfahrungen, die mit einem solchen Ansatz gemacht wurde, sollte der Gesetzgeber Konsequenzen ziehen.⁴³ Gerade im Be-

³⁵ BGH, Urteil v. 09.06.2011 – III ZR 203/10 Rn. 18, NJW 2011, 2955 (2957).

³⁶ BGH, Urteil v. 09.06.2011 – III ZR 203/10 Rn. 19, NJW 2011, 2955 (2957).

³⁷ Siehe die Gesetzesbegründung: BT-Drs. 14/5395, S. 47. Ausführlich hierzu: *Krahmer/Plantholz*, SRa 2013, 137 ff.

³⁸ *Opolony*, in: BeckOGK SozR, § 120 Rn. 18.

³⁹ BR-Drs. 220/23, BT-Drs. 20/6983.

⁴⁰ Hierzu die Übersicht: *Koch*, in: BeckOGK SozR, § 2 SGB XI Rn. 24.

⁴¹ Ebenda Rn. 26.

⁴² Zur Frage des rechtlichen Anspruchs siehe beispielhaft etwa: *Udsching*, in: *Udsching/Schütze*, SGB XI, § 2 Rn. 5.

⁴³ Das Bundesministerium der Justiz (BMJ) hatte 2002 von der Ermächtigung in Art. 245 Nr. 1 EGBGB Gebrauch gemacht und Inhalt und Gestaltung der Belehrung über das Widerrufsrecht von Verbraucher:innen in einer Ergänzung der BGB-InfoV festzulegen. In der Folge häuften sich Gerichtsentscheidungen, die die im Zuge dessen erarbeitete Musterbelehrung für rechtswidrig hielten (z.B. LG Halle, Urteil v. 13.05.2005 – 1 S 28/05).

reich der ambulanten Pflege, in welchem aus den zuvor genannten Gründen besondere Anforderungen an den Grad der individualvertraglichen Konkretisierung zu stellen sind, erscheinen Vertragsmuster vielmehr lediglich dann gewinnbringend, wenn sie z.B. durch die Verbraucherzentralen der Länder bereitgestellt werden, zumal diese hinsichtlich der erforderlichen Individualisierung beratend tätig werden können. Eine bloße Bereitstellung von Musterverträgen ohne eine entsprechende begleitende Beratungsleistung wird hingegen aus Verbraucher:innensicht keinen erwartbaren Mehrwert bewirken.

Bei der Gestaltung des Pflegevertrags bzw. des Inhalts der konkreten pflegerischen Tätigkeit ist die mögliche Nutzung digitaler Pflegeanwendungen (DiPA) im Pflegevertrag zu vereinbaren,⁴⁴ im Übrigen ist § 39a SGB XI zu beachten,⁴⁵ wonach zu pflegende Personen bei der Nutzung digitaler Pflegeanwendungen Anspruch haben auf ergänzende Unterstützungsleistungen.⁴⁶ Durch die Gewährung dieser Leistungen soll der betreuende Mehrwert der Nutzung digitaler Anwendungen sichergestellt werden, um die Digitalisierung im Gesundheits- und Pflegewesen voranzutreiben.⁴⁷ Entsprechende DiPA sind beispielsweise Apps zum Gedächtnistraining für Demenzerkrankte oder für angeleitete Bewegungsübungen. Hierfür kann die zu pflegende Person den Pflegedienst auf eigene ergänzende Unterstützungsleistungen in Anspruch nehmen, etwa die Einweisung in die Nutzung der Anwendungen.⁴⁸ Die vereinbarte Leistung ist gem. § 33 Abs. 1 S. 1 SGB XI bei der Pflegekasse zu beantragen und ist Teil der sonstigen Sachleistungen. Wird dem Antrag stattgegeben, steht für die DiPA selbst und die gewünschten ergänzenden Unterstützungsleistungen ein Budget i.H.v. 50 Euro zur Verfügung (§ 40b SGB XI). Darüber hat die Pflegekasse zu informieren (§ 40b Abs. 2 SGB XI n.F.), doch können sich daraus individualisierende Unterstützungsleistungen des Dienstes ergeben.

Bei Formfehlern und Defiziten der Dokumentation ist nicht der gesamte Vertrag unwirksam, sondern zumindest der mit dem kollektiven Vertrag übereinstimmende Pflegevertrag ist nach § 120 Abs. 3 SGB XI wirksam; soweit sind die Betroffenen durch das jederzeitige Kündigungsrecht nach § 120 Abs. 2 S. 2 SGB XI/§ 627 BGB hinreichend geschützt. Insoweit ist allenfalls eine Teilunwirksamkeit jener zusätzlichen Abreden geboten, die nicht formwirksam erfolgt sind, beziehungsweise über die nicht ausreichend aufgeklärt ist.

IV. REGELUNG VON GESONDERTEN LEISTUNGEN/ENTLASTUNGSBETRAG

Leistungen, die den Katalog der Sachleistungen der §§ 36 ff SGB XI überschreiten und solche, die nicht gegenüber der Pflegekasse abgerechnet werden können, weil der Höchstbetrag des § 36 Abs. 3 SGB XI überschritten ist, können als sog. zusätzliche Leistungen erbracht und abgerechnet werden. Für diese vom Pflegedienst angebotenen Leistungen ist die gepflegte Person Schuldnerin des Entgelts, nicht die Pflegekasse. Diese Leistungen müssen daher gesondert in den Pflegevertrag aufgenommen

⁴⁴ JurisPK-SGB XI/Fischer, § 39a Rn. 11; vgl. die vertragliche Wertung in § 47a Abs. 1 S. 2 SGB IX, dazu Nebe, in: Fel-des/Kohte/Stevens-Bartol, SGB IX, § 47a Rn. 18.

⁴⁵ Die Regelung ist im Rahmen des Gesetzes zur digitalen Modernisierung von Versorgung und Pflege (Digitale-Versorgung-und-Pflege-Modernisierungs-Gesetz – DVPMG) im Juni 2021 in Kraft getreten und 2023 punktuell ergänzt worden.

⁴⁶ Ausführlich hierzu: Luthé, SGB 2022, 29 (32).

⁴⁷ BT-Drs. 19/27652, S. 1, 142.

⁴⁸ Heidenreich, in: BeckOGK SozR, § 39a SGB XI Rn. 7 ff.

werden. Dies kann sowohl im Pflegevertrag selbst als auch als gesonderter Vertrag vereinbart werden. Gleichwohl ist die Abrechnung solcher zusätzlicher Leistungen auf die Höhe der nach § 89 SGB XI⁴⁹ mit den Trägern vereinbarten Sätze begrenzt (§ 120 Abs. 4 S. 2 SGB IX). Auf die Möglichkeit solcher Zusatzleistungen ist vorvertraglich hinzuweisen (siehe dazu auch unter II) und ein Kostenvoranschlag unter Beachtung der Grenze der Höchstsätze nach § 89 SGB XI (Differenzierungsverbot, § 120 Abs. 4 SGB XI) ist vorzulegen. Auf die Möglichkeit der Inanspruchnahme des Entlastungsbetrages nach § 45b SGB XI⁵⁰ § 64i SGB XII und deren Anwendungsbereich ist ebenfalls hinzuweisen.

In der Literatur wird zutreffend verlangt, dass den gepflegten Personen eine aussagefähige Rechnung bzw. eine ordnungsgemäße Quittung mindestens in Textform überreicht wird. Auf diese Weise soll sichergestellt werden, dass sie den Überblick über die Leistungen und über den noch verfügbaren Umfang des Entlastungsbetrags erhalten und behalten.⁵¹ Das Formerfordernis dient dem Ausschluss der lediglich digitalen Übermittlung, die aufgrund oftmals fehlender geeigneter digitaler Endgeräte und Druckmöglichkeiten zum Lesen einer solchen Abrechnung ins Leere laufen würde. Dieser Grundsatz der Rechnungs- bzw. Quittungspflicht ist in eine gesetzliche Regelung aufzunehmen und nicht dispositiv auszugestalten. Er ist in vergleichbarer Weise für den Entlastungsbetrag nach § 45b SGB XI sowie nach § 64i SGB XII zur Geltung zu bringen.⁵²

Ebenso ist sicherzustellen, dass in Zeiten der Abwesenheit der pflegebedürftigen Person (z.B. durch Krankenhausaufenthalt) auch keine Verpflichtungen aus den Zusatzleistungen entstehen. Hier gilt § 320 BGB, eine Klarstellung sollte im WBVG und im individuellen Vertrag aufgenommen werden. Daher ist ein gesondertes Gewährleistungsrecht nicht erforderlich.

1. Entlastungsbetrag nach § 45b SGB XI

Der Entlastungsbetrag nach § 45b SGB XI dient der Erstattung von Aufwendungen, die pflegebedürftigen Personen in häuslicher Pflege im Zusammenhang mit der Inanspruchnahme von

- ❖ Leistungen der Tages- oder Nachtpflege,
- ❖ Leistungen der Kurzzeitpflege,
- ❖ Leistungen der ambulanten Pflegedienste i.S.d § 36 SGB XI, in den Pflegegraden 2–5 jedoch nicht von Leistungen im Bereich der Selbstversorgung, und
- ❖ Leistungen der nach Landesrecht anerkannten Angebote zur Unterstützung im Alltag iSd § 45 a SGB XI (§ 45 b Abs. 1 S. 3 SGB XI)

entstehen. Der Anspruch auf den Entlastungsbetrag entsteht per Gesetz, eine vorherige Antragstellung ist nicht notwendig.

Die Pflegepraxis zeigt, dass der Entlastungsbetrag oftmals formularmäßig an die Pflegedienste abgetreten⁵³ wird, ohne dass die gepflegten Personen hiervon aktiv Kenntnis

⁴⁹ Hierzu *Kaeding*, NJW 2018, 1430 ff.

⁵⁰ Erweitert durch PUEG Art. 2 Nr. 14, BR-Drs. 220/23, BT-Drs. 20/6983, S. 63.

⁵¹ *Koch*, in: BeckOGK, § 45b SGB XI Rn. 12; LPK-SGB XI/*Heitmann*, § 45b Rn. 13.

⁵² Vgl. *Schellhorn/Hohm/Schneider/Busse*, SGB XII, § 64i Rn. 2, 11.

⁵³ Für diese Abtretung gilt § 53 SGB I, zu den formularvertraglichen Voraussetzungen *Elling*, NZS 2000, 281 ff.

haben oder über andere Möglichkeiten zur Nutzung des Entlastungsbetrages informiert sind.⁵⁴ Den gepflegten Personen fällt es zudem schwer – u.a. aufgrund des Erfordernisses der nach Landesrecht notwendigen Anerkennung der Unterstützungsangebote i.S.d. § 45a SGB XI⁵⁵ -, andere Anbieter für Leistungen im Rahmen des Entlastungsbetrages zu finden. Im Alltag übernimmt daher der Pflegedienst oftmals Leistungen, um den Entlastungsbetrag auszuschöpfen. Der Entlastungsbetrag könnte bei landesrechtlicher Anerkennung insbesondere z.B. auch für Unterstützungsleistungen wie Botengänge, Fahrdienste, Begleitungen bei Spaziergängen und zu kulturellen Veranstaltungen⁵⁶ in Anspruch genommen werden.⁵⁷

Die Regelung der Leistung im Rahmen des Entlastungsbetrages im Pflegevertrag selbst zu regeln bringt den Nachteil, dass der Pflegevertrag teilweise gekündigt werden müsste. Dies stellt eine nicht unerhebliche Hürde für die gepflegte Person dar. Diese Leistungen in einem getrennten Vertrag zu regeln, würde diese Hürde umgehen und den gepflegten Personen eine höhere Flexibilität und Transparenz bieten. Auch eine standardmäßige Abtretung des Anspruchs an die Pflegedienste könnte auf diesem Weg vermieden werden.⁵⁸

2. Entlastungsbetrag nach § 64i SGB XII

Anspruch auf den Entlastungsbetrag nach § 64i SGB XII haben Empfänger:innen von Leistungen nach dem SGB XII, die einen Pflegegrad von mehr als 2 zuerkannt bekommen haben. Der Entlastungsbetrag, der monatlich 125 Euro beträgt, ist zweckgebunden einzusetzen zur

- Entlastung pflegender Angehöriger oder nahestehender Pflegepersonen,
- Förderung der Selbständigkeit und Selbstbestimmung der Pflegebedürftigen bei der Gestaltung ihres Alltags oder
- Inanspruchnahme von Unterstützungsangeboten im Sinne des § 45a des Elften Buches.

Der Entlastungsbetrag findet seinen Einsatzbereich insbesondere bei der Pflegeleistungserbringung durch nahe Angehörige.⁵⁹ Dabei ist der in Nr. 2 geregelte Zweck der Förderung der Selbständigkeit und Selbstbestimmung bei der Gestaltung des Alltags recht weit gefasst.

V. HAFTUNGSFREIZEICHNUNG

Häufig finden sich in Pflegedienstverträgen sogenannte Haftungsfreizeichnungsklauseln. Derartige Klauseln sind als Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) der Inhaltskontrolle unterworfen.⁶⁰ In der Praxis besonders geläufig ist eine Regelung, mit welcher

⁵⁴ Verbraucherpolitische Forderungen aus dem Projekt „Marktprüfung ambulanter Pflegeverträge“, Verbraucherzentrale Berlin e.V. et al., S. 8.

⁵⁵ Zur nur punktuellen Erleichterung während der Corona-Pandemie in § 150 Abs. 5b SGB XI: *Udsching* JurisPR-SozR 2/2021 Anm. 4; *Schmidt-Graumann*, PflR 2023, 227.

⁵⁶ *Wrackmeyer-Schoene*, in: Grube/Wahrendorf/Flint, SGB XII, § 64i Rn. 7.

⁵⁷ U.a. erhöhte Unterstützung bei pflegebedürftigen Personen mit Care-Verpflichtungen, z.B. mit Kindern in den Ferienzeiten: *Rasch*, in: *Udsching/Schütze*, SGB XI, § 45b Rn. 15.

⁵⁸ Ebd.

⁵⁹ Hierzu: LSG BW, Urteil v. 25.9.2019 – L 7 SO 4668/15, SRa 2020, 72 ff.

⁶⁰ Ausführlich hierzu: *Ziegler*, GuP 2012, 21 ff.

die Haftung des Pflegedienstes für den Fall des Verlustes von überlassenen Wohnungsschlüsseln beschränkt wird:

„Für einen etwaigen Verlust eines nach besonderer Vereinbarung (Ziff. 9) überlassenen Wohnungsschlüssels haftet der Pflegedienst nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit seiner Mitarbeiter.“

Da gepflegte Personen im Sinne des AGB-Rechts Verbraucher:innen sind, sind entsprechende Klauseln der Inhaltskontrolle unterworfen.⁶¹ Eine solche Klausel stellt eine unangemessene Benachteiligung der gepflegten Person durch den Pflegedienst als Verwender i.S.d. § 305 Abs. 1 BGB dar. Die Rechtsfolge einer festgestellten unangemessenen Benachteiligung findet sich in § 306 Abs. 1, 2 BGB: Die entsprechende Regelung ist unwirksam, an ihre Stelle tritt vorhandenes dispositives Recht – beispielsweise die allgemeinen zivilrechtlichen Haftungsregeln.

Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist (§ 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB) – hiermit soll die formularmäßige Unterminierung wesentlicher Vertragspflichten (sog. Kardinalspflichten) verhindert werden.⁶² Auch vertragliche Nebenpflichten können Kardinalspflichten sein, wenn sie mit der zentralen Leistungserwartung des Kunden/der Kundin verknüpft sind.⁶³ Grundgedanke dieses AGB-Rechts ist, dass der Klauselverwendende der anderen Vertragspartei, der gepflegten Person also, solche Rechtspositionen nicht nehmen darf, die ihr nach dem Inhalt und Zweck des Vertrags zustehen.⁶⁴ Im Übrigen sind für Freizeichnungsklauseln, die auch höherwertige Rechtsgüter „Leben, Körper und Gesundheit“ berühren, im Rahmen von Pflegeverträgen nach § 309 Nr. 7 BGB ohnehin unwirksam.⁶⁵

Im Falle der häuslichen Pflege ist die Überlassung des Haustür- oder Wohnungsschlüssels unmittelbar mit der Hauptleistungspflicht verknüpft, weil sie die tatsächliche Pflege-tätigkeit nicht nur erleichtert, sondern in vielen Fällen erst ermöglicht. Sie ist aber auch Ausdruck der typischen Öffnung der Privat- und Intimsphäre für den durchführenden Pflegedienst und des besonderen Vertrauensverhältnisses, das den Pflegevertrag prägt.⁶⁶ In Anbetracht des entgegengebrachten Vertrauens erscheint es nur konsequent, die Pflicht zur Aufbewahrung des Haus- oder Wohnungsschlüssels als wesentliche Vertragspflicht zu erachten.

Eine Haftungsfreizeichnung im Sinne einer Beschränkung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit hinsichtlich des Schlüssels ist eine Missachtung dieser besonderen Vertragsumstände und daher eine unangemessene Benachteiligung.⁶⁷ Diesem Grundsatz

⁶¹ Kaeding, NJW 2018, 1430, 1433.

⁶² BGH, Urteil v. 01.02.2005 – X ZR 10/04, juris.

⁶³ OLG Stuttgart, Urteil v. 31.07.2008 – 2 U 17/08, SRa 2010, 228 (234).

⁶⁴ Wurmnest, in: MüKo BGB, § 307 Rn. 82.

⁶⁵ Wurmnest, in: MüKo BGB, § 309 Nr. 7 Rn. 1 ff.

⁶⁶ vgl. BGH, Urteil v. 09.06.2011 – III ZR 203/10, juris.

⁶⁷ OLG Stuttgart, Urteil v. 31.07.2008 – 2 U 17/08, SRa 2010, 228 (234).

konnte in der Abmahnpraxis der Verbraucherverbände in der Vergangenheit schon bereits wiederholt zur Geltung verholfen werden.⁶⁸ Nicht zuletzt aus Gründen der Transparenz für die gepflegten Personen sollte eine gesetzliche Regelung klarstellen, dass derartige Haftungsausschlüsse individualvertraglich schlechterdings nicht vereinbart werden dürfen.

Entsprechende Klauseln sind in der Praxis oft zu finden.⁶⁹ Neben der Haftungsreduzierung ist etwa eine Änderung der Beweislast zum Nachteil der gepflegten Person nicht unüblich, wegen § 309 Nr. 12 b) BGB allerdings unwirksam. Die Inhaltskontrolle nach den §§ 305 ff BGB bietet Verbraucher:innen Schutz u.a. vor unangemessenen Benachteiligungen oder überraschenden Klauseln im Rahmen der Vertragsgestaltung.⁷⁰ Eine gesetzliche Neuregelung der ambulanten Pflegeverträge muss darüber nicht hinausgehen, aber aus Transparenzgründen klarstellen, dass die zu pflegende Person „Verbraucher“ i.S.d. § 13 BGB ist und das AGB-Recht aus diesem Grund anwendbar ist.

VI. REGELUNG DER VERTRAGSANPASSUNG UND BESTIMMTES VERFAHREN

Der Zustand der Pflegebedürftigkeit ist individuell und somit nicht immer stabil, daher spielen Anpassungsregelungen in diesem Dauerschuldverhältnis eine zentrale Rolle – mehr noch als im Bereich der stationären Pflege. Bisher anerkannt sind zunächst die Änderungen der kollektiven Regelungen; hier wird der Schutz der Pflegebedürftigen vor allem durch das sozialrechtliche Verfahren gewährleistet, so dass ein einseitiges Anpassungsrecht mit flankierenden Regelungen vertretbar ist. Anders zu behandeln sind zwei zentrale Gründe für die Änderung des Pflegebedarfs: Erhöhung des Pflegegrades auf Grund einer (akuten) Änderung des Gesundheitszustandes sowie die Änderungen der persönlichen Umstände (Anpassung der Pflegetätigkeiten aufgrund von Überforderung der Angehörigen, Unzufriedenheit mit Pflegeperson etc.). Dieser Anpassungsbedarf kann temporär sein, beispielsweise ein erhöhter Bedarf an Pflegeintensität nach einem Krankenhausaufenthalt. Er kann aber auch dauerhaft sein, z.B. einhergehend mit einer Erhöhung des Pflegegrades. Auf Grund der Natur der Leistung müssen Änderungen der Leistungen oder in deren Umfang für die gepflegte Person jederzeit möglich sein, d.h. jederzeit vereinbart werden können, insbesondere in Situationen, in denen sich der Gesundheitszustand der gepflegten Person akut ändert. Auf Grund der durch das Gesetz vorgesehen Individualisierung und Aktivierung können aber selbstverständlich alle nachvollziehbaren Wünsche der Betroffenen zu Änderungen der zu erbringenden Leistungen führen. Besonderes Augenmerk ist auf die Kombinationsregelungen nach § 38 SGB XI zu richten, da sie typischerweise immer wieder nachjustiert werden müssen. Hier ist eine zweiseitige vertragliche Anpassung geboten.

In den folgenden Ausführungen wird zunächst zwischen einseitiger und zweiseitiger Vertragsanpassung unterschieden. Die Unterpunkte 5 bis 7 betreffen dann jegliche Vertragsanpassungen.

⁶⁸ Zusammenfassend etwa: Verbraucherzentrale, Verbraucherpolitische Forderungen aus dem Projekt „Marktprüfung ambulante Pflegeverträge“, Stand 14.06.2018, S. 16.

⁶⁹ Zum unzulässigen Haftungsausschluss in der stationären Pflege: LG Düsseldorf, Urteil v. 25.6.2014 – 12 O 273/13, BeckRS 2014, 17614.

⁷⁰ Bsp.: BGH, Urteil v. 07.02.2019 – III ZR 38/18, juris.

1. Einseitige Erhöhung des Entgelts durch den Leistungserbringer

In den Fällen, in denen kollektivvertraglich die Vergütung geregelt wird, ist eine einseitige Anpassung der Entgelte durch den Pflegedienst angemessen. Der Umfang der Leistung sowie die dafür zu zahlenden Entgelte stehen im Rahmen der Regelungen des SGB XI nicht zur Disposition der zivilrechtlichen Vertragsparteien des Pflegevertrages, da diese im Rahmen von Kollektivverträgen festgelegt werden (I. sowie II.).⁷¹

Nichtsdestotrotz sollte der Pflegevertrag aus Transparenzgesichtspunkten eine wörtliche Wiederholung dieser Form der Vertragsänderung enthalten. Nur so ist für die gepflegte Person ersichtlich, dass sich Leistungsänderungen trotz einer fehlenden Parteienvereinbarung ergeben können.

In der Praxis finden sich auch Rechte einseitiger Vertragsanpassung zur Umlage von Investitionskosten nach § 82 SGB XI, der auch für die ambulante Pflege gilt, obgleich er für die stationäre Pflege von größerer Bedeutung ist. Ein solches Recht enthält § 82 SGB XI nicht. Nach § 82 Abs. 3 SGB XI können bestimmte betriebsnotwendige Investitionskosten den Pflegebedürftigen „gesondert berechnet“ werden. Damit ist kein einseitiges Erhöhungsrecht normiert. In der Literatur wird diese Norm so verstanden, dass sie die Pflegeeinrichtungen und –dienste berechtigt, zusätzliche Vereinbarungen über die gesonderte Berechnung von Investitionskosten zu schließen.⁷²

Eine solche Abwälzung auf die gepflegten Personen ist nur möglich bei den in § 82 SGB XI aufgeführten betriebsnotwendigen Investitionskosten. Zusätzlich verlangt § 82 Abs. 3 SGB XI bei geförderten Pflegediensten eine vorherige Zustimmung durch die zuständige Landesbehörde. Fehlt diese Zustimmung, dann ist eine solche Erhöhung nach § 134 BGB unwirksam.⁷³ Liegt diese vor, dann ist eine vertragliche Vereinbarung möglich, dass eine einseitige Entgeltanpassung erfolgt.

Nach § 82 Abs. 4 SGB XI können bei fehlender öffentlicher Förderung betriebsnotwendige Investitionsaufwendungen ohne Beteiligung einer Landesbehörde und ohne externe Prüfung der Betriebsnotwendigkeit solcher Aufwendungen „gesondert in Rechnung“ gestellt werden. Damit fehlt hier jegliche Basis für ein einheitliches Erhöhungsrecht. Es kann daher auch nicht in AGB vereinbart werden. Insoweit wird auch in der juristischen Fachliteratur verlangt, dass eine exakte vertragliche Regelung erforderlich ist.⁷⁴

2. Modalitäten bei einseitigen Entgelterhöhungen

Die für die pflegerische Tätigkeit bzw. die durchgeführten Leistungen berechneten Entgelte sind 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

⁷¹ Für das WBVG: *Bachem/Hacke*, WBVG, § 8 Rn.49; *Martell*, S. 306 (Heimrecht).

⁷² *Reimer* in Hauck/Noftz SGB XI § 82 Rn. 33 mit Nachweisen aus der Judikatur; *Dalichau* SGB XI 2. Aufl. 2019 § 82 Rn. 123

⁷³ *Weber*, in: BeckOGK, 2022 § 82 Rn. 27; *Hübsch*, NZS 2004, 462 ff

⁷⁴ *Reimer* in Hauck/Noftz SGB XI § 82 Rn. 27.

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.⁷⁵

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 kann – insbesondere vor dem Hintergrund, dass eine rückwirkende Entgelterhöhung die gepflegten Personen je nach ihrer finanziellen Situation individuell sehr unterschiedlich stark belastet.

Es bedarf zum einen einer konkreten zeitlichen Begrenzung der Rückwirkung, damit für gepflegte Personen die zusätzlich nachträgliche Kostenbelastung sowohl nachvollziehbar als auch planbar bleibt. Zum anderen sind Regelungen für jene Personen vonnöten, die aus finanziellen Gründen staatliche Transferleistungen empfangen. Besteht jenseits der festgesetzten Höchstbeträgen 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.⁷⁶ Um eine lückenlose Bedarfs- und Kostendeckung sicherzustellen, sollte 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. Bereits das Stattfinden von Verhandlungen könnten für die Sozialhilfeträger als Parteien gem. § 89 Abs. 2 Nr. 2 SGB XI die Kenntnis nach § 18 SGB XII vermitteln bzw. als eine entsprechende Beantragung verstanden werden. Zudem sollte eine rechtzeitige Ankündigung einer Entgelterhöhung verpflichtend sein – § 120 Abs. 3 S. 2 SGB XI sieht eine Unterrichtungspflicht bei wesentlichen Veränderungen bereits vor, nennt jedoch keinen klaren Ankündigungszeitraum.⁷⁷ Im Übrigen könnte zur Unterstützung von Sozialhilfeempfänger:innen eine entsprechende Meldung bei den zuständigen Sozialträgern durch die Pflegedienste verpflichtend werden, soweit sie von der finanziellen Bedürftigkeit ihrer Klient:innen Kenntnis haben. Wegen des im Rahmen der Sozialhilfe geltenden Kenntnisgrundsatzes nach § 18 Abs. 1 SGB XII hat der Träger einen bestehenden Anspruch sodann von Amts wegen zu erfüllen, sobald er vom Bedarf der betroffenen Person erfährt.⁷⁸ Dies ist bei der Entgeltanpassung typischerweise der Fall, wenn die gepflegte Person bereits ergänzende Leistungen zur Pflege erhält. Dies ist unproblematisch, da der Träger der Sozialhilfe in die Verhandlungen zur Entgeltanpassung integriert ist. Für Personen, die bisher keine Leistungen der Sozialhilfe erhalten, wird die Warnfunktion durch eine Informationspflicht der Pflegekasse über den Beginn der Verhandlungen zur Entgeltanpassung realisiert.

3. Angebot und Annahme bei zweiseitiger Vertragsanpassung

Viele Pflegeverträge beinhalten lediglich ein Anpassungsrecht für die Pflegeleistenden. Dies entspricht jedoch, wie oben bereits dargestellt, nicht der Interessenlage aller Beteiligten. Der Asymmetrie des Pflegevertrages entspricht ein Anpassungsrecht der gepflegten Person, während für die Pflegedienste es dagegen ausreichend ist, Vorschläge zur Anpassung zu machen. Bei allen Änderungsbedarfen müssen der gepflegten Person schriftlich und mit Gegenüberstellung der bisherigen und der angebotenen

⁷⁵ Bassen, in: Udsching/Schütze, SGB XI, § 120 Rn. 9.

⁷⁶ Kaiser, in: BeckOK SozR, § 61 SGB XII Rn. 1.

⁷⁷ Zur Entgelterhöhung: Kaeding, NJW 2018, 1430 ff.

⁷⁸ Groth, in: BeckOK SozR, § 18 SGB XII Rn. 7.

Leistungen die dafür jeweils zu entrichtenden Entgelte, wie es bereits für den stationären Bereich in § 8 Abs. 3 WVG bzw. z.T. für den ambulanten Bereich in § 120 Abs. 3 S. 2 SGB XI geregelt ist, mitgeteilt werden. Es sollte auch hier wie im stationären Bereich eine Begründungspflicht vorgesehen werden. Die Aufstellung umfasst hierbei alle voraussichtlichen Kosten, d.h. nicht nur die anfallende Vergütung, sondern auch die Investitionskosten der ambulanten Pflegeeinrichtung, die nicht anderweitig gedeckt sind.⁷⁹

Wenn die gepflegte Person das wirksame Leistungsangebot des Pflegedienstes annimmt, erfolgt eine Vertragsanpassung/Vertragsänderung in dem Maße, in dem der Pflegedienst das Leistungsanpassungsangebot unterbreitet hat. Infolgedessen erhöhen oder verringern sich die Leistungspflicht des Pflegedienstes sowie das Entgelt. Bei teilweiser Annahme des Leistungsangebots, erfolgt die Vertragsanpassung auch nur in diesem Umfang.⁸⁰ Im Gegensatz zum stationären Bereich, in welchem der Unternehmer verpflichtet ist, zu jedem Zeitpunkt eine bedarfsgerechte Versorgung der pflegebedürftigen Person sicherzustellen (§ 84 Abs. 2 und 4 SGB XI), existiert eine solche Pflicht im ambulanten Bereich nicht. Hier bestimmt allein die pflegebedürftige Person durch Abschluss des Pflegevertrages den Inhalt und Umfang der Leistungen. Dies gilt sowohl für reine Sachleistungen (§ 36 SGB XI) sowie für Leistungen nach § 39a SGB XI als auch für Kombinationsleistungen (§ 38 SGB XI).

§ 120 Abs. 3 S. 2 Alt. 2 SGB XI sieht bisher ebenfalls lediglich eine *in der Regel* schriftliche Unterrichtung der gepflegten Person durch den Pflegedienst vor. Dies soll dem Umstand Rechnung tragen, dass in manchen Fällen eine sofortige Umsetzung der Änderungen notwendig ist, z.B. nach einem Krankenhausaufenthalt.⁸¹ Hier ist es in der Regel nicht möglich, ein schriftliches Angebot mit Kostengegenüberstellung abzuwarten. Die Vereinbarung kann in diesem Fall mündlich erfolgen, die geänderten Vertragsbedingungen sind jedoch innerhalb von sieben Tagen an die gepflegte Person auszuhandigen.

4. Möglichkeit des Widerrufs bei zweiseitiger Vertragsänderung

Sollte sich nach Beginn der Ausführung der geänderten Leistung herausstellen, dass die Anpassungen nicht sinnvoll waren, kann die Vertragsanpassung nach den Regelungen für den Widerruf bei außerhalb von Geschäftsräumen abgeschlossenen Verbraucherverträgen gemäß den §§ 312 ff BGB innerhalb von 14 Tagen widerrufen werden, § 355 Abs. 2 BGB. Zur Klarstellung der Geltung der Widerrufsrechtsvorschriften sollte ein Hinweis ins Gesetz aufgenommen werden.

5. Wirksamwerden von vom Leistungserbringer ausgehender Änderungen im Pflegevertrag

Wie bereits bei anderen Aspekten des Pflegevertrages 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. Für die vom Pflegeleistenden ausgehenden Änderungsbedarfe – insbesondere

⁷⁹ *Opolony*, in: BeckOGK SozR, SGB XI, § 120 Rn. 17.

⁸⁰ Vgl. hier die Parallelregelung im WVG; hierzu: *Bachem/Hacke*, WVG, § 8 Rn. 39 m.w.N.

⁸¹ *Opolony*, in: BeckOGK SozR, SGB XI, § 120 Rn. 17; *Bassen*, in: Udsching/Schütze, SGB XI, § 120 Rn. 7.

Preisanpassungen - sollten erst nach Ablauf einer 4-Wochen-Frist wirksam werden (siehe unter 2.).⁸² 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 gepflegte Person ausreichend Zeit für eine Anpassung des Pflegearrangements ggf. auch für Absprachen mit pflegenden Angehörigen/Bekanntem/Freundeskreis haben. Insbesondere auch 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.

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 (zu sozialrechtlich veranlassten Preiserhöhungen siehe unter 2.). Der Grundsatz des jetzigen § 120 Abs. 4 SGB XI ist auch hierauf zu erstrecken.

6. Aushändigen der angepassten Vertragsvereinbarungen

Im Anschluss sind die geänderten Vertragsinhalte der gepflegten Person und ggf. den Betreuungs- und bevollmächtigte Personen schriftlich auszuhändigen. Wie die Beratungspraxis zeigt, fehlt oftmals eine schriftliche Darstellung der Vertragsinhalte. Nur so kann jedoch die gepflegte Person bei Inanspruchnahme einer Pflegeberatung umfassend zu ihren Vertragsinhalten und -bedingungen beraten werden. Insbesondere für eine AGB-Überprüfung durch Beratungsdienste ist die Aushändigung elementar. Diese Unternehmerpflicht zur Aushändigung der Vertragsbedingungen aus dem Pflegevertrag besteht auch bei Vertragsänderungen fort.

7. Ausschluss der Anpassungsmöglichkeit

Wie empirische Untersuchungen zeigen, sind die Kapazitäten der Leistungserbringenden an vielen Stellen erschöpft. Pflegeberatungen stehen aufgrund fehlender Angebote von Leistungserbringenden bzw. deren erschöpfte Kapazitäten teilweise vor Herausforderungen, geeignete Leistungserbringende zu finden und die Versorgung zu koordinieren.⁸³ Auch eine Umfrage der Diakonie bestätigt die Einschränkung von Angeboten aufgrund des Fachkräftemangels.⁸⁴

Vor diesem Hintergrund muss es für die Leistungserbringenden eine Möglichkeit geben, Anpassungsmöglichkeiten, die von den pflegebedürftigen Personen ausgehen, auszuschließen. Die Regelung einer solcher Ausschlussmöglichkeit bei tatsächlicher Unmöglichkeit der begehrten Änderung ist auch für die gepflegte Person aus Transparenzgründen von Bedeutung. Ein solcher Ausschluss darf jedoch nicht willkürlich erfolgen. § 8 Abs. 4 S. 2 WBVG sieht hier mit dem Erfordernis eines berechtigten Interesses sowie einer Begründungspflicht geeignete Einschränkungen vor. Diese sind auch

⁸² Anders hier *Bassen*, der kurze Ankündigungsfristen bei Entgelterhöhungen in AGBs für unproblematisch hält: *Bassen*, in: Udsching/Schütze, SGB XI, § 120 Rn. 9.

⁸³ Fast 90 % der Pflegeberater:innen gaben in einer Studie diese Probleme an, Weiterentwicklung in der Pflegeberatung, Evaluation der Pflegeberatung und Pflegeberatungsstrukturen gem. § 7a Abs. 9 SGB XI, GKV Spitzenverband, S. 176.

⁸⁴ Gemeinsame PM "Umfrage von Diakonie und DEVAP: Vier von fünf Pflegeeinrichtungen müssen Angebote einschränken – 89 Prozent der Pflegedienste mussten bereits neue Pflegekunden ablehnen" v. 08.05.2023, <https://www.devap.de/news/gemeinsame-pm-umfrage-von-diakonie-und-devap-vier-von-fuenf-pflegeeinrichtungen-muessen-angebote-einschraenken-89-prozent-der-pflegedienste-mussten-bereits-neue-pflegekunden-ablehnen/> (02.06.2023).

für den Abschnitt zum ambulanten Pflegebereich zu übernehmen. Zu den Voraussetzungen für einen Leistungsausschluss, insbesondere der Auslegung des Terminus „berechtigtes Interesse“ wird auf die Kommentarliteratur zum WBVG verwiesen.⁸⁵

Der Ausschluss der Anpassungsmöglichkeit muss hierbei eine gesonderte Vereinbarung darstellen. Nur so kann die Vereinbarung die gewünschte Warnfunktion entfalten.⁸⁶

⁸⁵ Siehe hierzu insbesondere *Bachem/Hacke*, WBVG, § 8 Rn. 82 ff.; BT-Drs. 16/12409, S. 22.

⁸⁶ Für das WBVG: *Bachem/Hacke*, WBVG, § 8 Rn. 84; *Weidenkaff*, in: *Grüneberg*, WBVG, § 8 Rn. 2.

VII. KÜNDIGUNGSRECHT DER GEPFLEGTEN PERSON

Der Abschlussbericht des Projekts „Ambulante Pflegedienstleistungen“⁸⁷ zeigte, dass insbesondere das Kündigungsthema eine große praktische Relevanz hat. Die ambulante Pflege ist ein personales Dauerschuldverhältnis. Der Vertrag eines nach den Bestimmungen des Elften Buches Sozialgesetzbuch Pflegebedürftigen mit einer zugelassenen ambulanten Pflegeeinrichtung über ambulante pflegerische Leistungen ist ein Vertrag über Dienste höherer Art.⁸⁸ Dieser Grundsatz gilt auch im Rahmen der privaten Pflegeversicherung.⁸⁹

Personen, die ambulante Pflege in Anspruch nehmen, sind Verbraucher i.S.d. § 13 BGB; wobei gepflegte Menschen i.d.R. zu den besonders vulnerablen Verbraucher:innen zählen.⁹⁰ Die allgemeinen Kündigungsvorschriften finden sich in den §§ 620ff BGB; auf Grund der Klassifizierung des Pflegevertrags als Vertrag über Dienste höherer Art findet § 627 BGB Anwendung. Die Kündigung ist auch ohne die in § 626 BGB bezeichnete Voraussetzung zulässig, d.h. ein wichtiger Kündigungsgrund ist damit nicht erforderlich.

Zudem regelt § 120 Abs. 2 Satz 2 SGB XI die Kündigung eines Vertrags über ambulante pflegerische Leistungen: Der Pflegevertrag kann von der gepflegten Person jederzeit ohne Einhaltung einer Frist gekündigt werden. Eines Kündigungsgrundes bedarf es hierbei nicht; ein solches Erfordernis wäre in § 120 Abs. 2 S. 2 SGB XI andernfalls geregelt worden.⁹¹ Diese Vorschrift wurde 2012⁹² nach dem grundlegenden Urteil des BGH vom Juni 2011 erlassen und entspricht inhaltlich soweit der Regelung des § 627 Abs. 1 BGB. Der III. Zivilsenat hatte hier einen Pflegevertrag, der eine Kündigungsfrist von 14 Tagen für eine ordentliche Kündigung in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen vorsah als die gepflegte Person unangemessen benachteiligt eingestuft.

Aus diesen Gründen darf in einer Neuregelung des Kündigungsrechts im Gesetz hinter diesen Vorgaben nicht zurückgeblieben werden. Insofern ist die Regelung des § 120 Abs. 2 S. 2 SGB XI wortgleich in den neuen Abschnitt des WBVG mit einer Ergänzung zum Formerfordernis aufzunehmen. Das Recht der außerordentlichen Kündigung kann aus rechtssystematischen Gründen nicht beschränkt werden.

Die Regelung in § 120 Abs. 2 S. 2 SGB XI ist zwingend, es gibt jedoch Stimmen in der Literatur, die eine individual vertraglich ausgehandelte Abweichung zulassen wollen.⁹³

Eine Vielzahl (38 Prozent) der im Projekt „Marktprüfung ambulante Pflegeverträge“ von der Verbraucherzentrale Brandenburg 2016-2018 untersuchten Pflegeverträge enthielten von § 120 Abs. 2 S. 2 SGB XI abweichende Regelungen für die Kündigung durch die gepflegte Person. Solche Regelungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen benachteiligen Verbraucher:innen unangemessen und sind nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB

⁸⁷ Kollektivrechtliche Unterlassungsverfahren wegen der Verwendung unzulässiger Allgemeiner Geschäftsbedingungen in ambulanten Pflegedienstverträgen – Juristischer Abschlussbericht zum Projekt „Ambulante Pflegedienstleistungen“, Verbraucherzentrale Bundesverband, Juli 2010, S. 11.

⁸⁸ BGH, Urteil v. 09.06.2011 – III ZR 203/10, BGHZ 190, S. 80-89.

⁸⁹ Dreher, JurisPR-SozR 23/2011 Anm. 5.

⁹⁰ Zu dieser Kategorie Kohte, VuR 2012, S. 339ff.

⁹¹ Vieweg in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB XI, § 120 SGB XI, Rn. 28.

⁹² Neugefasst im Gesetz zur Neuausrichtung der Pflegeversicherung v. 23.10.2012, BGBl. I S. 2246; Gesetzesbegründung: BT-Drs. 17/9369 S. 51.

⁹³ Bassen in: Udsching/Schütze, SGB XI, § 120 Rn. 5; Gutmann, in: Staudinger, Anh. zu §§ 305-310 Rn. D 110; a. A.: Fischinger/Hofer, in: NK-GesundhR, § 120 SGB XI Rn. 14.

unwirksam.⁹⁴ Solche Vorschriften wurden von den Verbraucherzentralen bereits mehrfach abgemahnt. § 120 Abs. 2 S. 2 SGB XI sollte ebenso wie es das WBVG in § 16 bereits für die dort geregelten Kündigungsvorschriften vorsieht, nicht disponibel sein. Dies ergibt sich bereits aus dem Schutzzweck der Norm und den Gesetzesmaterialien, die insbesondere auf das Urteil des V. Zivilsenats verweisen. Eine dispositive Regelung eröffnet die Möglichkeit einer jederzeitigen Kündigung in § 621 Nr. 5 BGB zwar nicht wirksam in AGBs, jedoch kann eine solche Norm individualvertraglich abbedungen werden. Zur Klarstellung muss die Kündigungsregelung für ambulante Pflegeverträge in diesem Umfang zusätzlich in den individuellen Vertrag aufgenommen werden.

Das Erfordernis der Textform als Gestaltung der Willenserklärung zur Beendigung des Pflegevertrages dient der Rechtssicherheit. Empfehlenswert wäre es auch, den Grundsatz für die ambulante Pflege zur Klarstellung noch einmal gesondert zu normieren.

VIII. KÜNDIGUNGSRECHT DES PFLEGEDIENSTES

Angesichts des höchstpersönlichen Charakters der zivilrechtlichen Pflegeverträge ist die Kündbarkeit für die gepflegten Personen durch § 120 Abs. 2 S. 2 SGB XI/§ 627 BGB normativ vorgegeben. Für Kündigungsmöglichkeiten durch den Pflegedienst wäre eine symmetrische Regelung verfehlt, da sie die Interessenlage und die Abhängigkeits-situation der Gepflegten deutlich verfehlt, die auf kurzfristige und kontinuierliche Pflege angewiesen sind. Die gesetzliche Regelung ist auch bewusst asymmetrisch konzipiert und entspricht in der aktuellen Fassung der Rechtsprechung (vor allem BGHZ 190, 80). Zutreffend hat der BGH (a.a.O. Rz. 21) auf § 627 Abs. 2 BGB verwiesen, wonach in diesen Fällen der Verpflichtete nur in der Art kündigen darf, dass sich der Dienstbe-rechtigte diese Dienste anderweit beschaffen kann.⁹⁵ Dieser Grundsatz, mit dem eine besondere Rücksichtnahmepflicht normiert worden ist, ist in den uns bekannten AGB nicht beachtet worden.

Eine solche Asymmetrie zwischen den gegenseitigen Kündigungsrechten ist in der Rechtsordnung allgemein bekannt. Ein deutliches Beispiel ist der Ausschluss der ordentlichen Kündigung des Unternehmers in § 12 WBVG.⁹⁶ Die Kündigung von Dauerschuldverhältnissen ist immer dann differenziert normiert, wenn eine gestörte Vertragsparität zu konstatieren ist, wie sich vor allem auf den Regelungen zum Arbeitsrecht und zum Recht der Wohnraummietverträge ergibt.⁹⁷ Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat diese Grundsätze inzwischen bestätigt und bringt vor allem im Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes ein Gebot „sozialer Rücksichtnahme“ zur Geltung.⁹⁸ Damit soll gerade der Schutz älterer Arbeitnehmer:innen realisiert werden, die Schwierigkeiten haben, nach einer Kündigung einen neuen Arbeitsplatz zu finden. Zu den Instrumenten dieses grundrechtlich fundierten Bestands-

⁹⁴ Gutmann, in: Staudinger, Anh. zu §§ 305-310 Rn. D 110; bestätigt durch BGH, Urteil v. 08.10.2020 - III ZR 80/20, NJW 2021, 1392 = VuR 2022, 268.

⁹⁵ zur AGB-Festigkeit dieses Absatzes: Gutmann, in: Staudinger, Anh. zu §§ 305-310 Rn. D 110; bestätigt durch BGH, Urteil v. 08.10.2020 - III ZR 80/20, NJW 2021, 1392 ff. = VuR 2022, 268 ff.

⁹⁶ Vgl. Tamm, VuR 2016, 570 ff und ausführlich Tamm, in: Tamm/Tonner/Brönneke, Verbraucherecht, § 19 c, S. 1218 ff.

⁹⁷ Dazu z.B. Oetker, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, 1994, S. 694.

⁹⁸ BVerfG, Beschluss v. 27.01.1998 – 1 BvL 15/87, NJW 1998, 1475.

schutzes gehören neben der Bindung an Sachgründe auch die Statuierung von ausreichenden Kündigungsfristen und prozedurale Anforderungen an die Kündigung und deren Begründung.⁹⁹

Eine normative Realisierung des Gebots der Rücksichtnahme wird durch die aktuelle Empirie nachhaltig bestätigt. In der 2020 veröffentlichten Evaluation der Pflegeberatung ist von 87, 2 % der befragten Pflegeberaterinnen und –beratern als besonders dringliche Herausforderung hervorgehoben worden, dass fehlende Angebote von Leistungserbringern bzw. deren erschöpfte Kapazitäten im Wege stehen.¹⁰⁰ Diese Aussage ist durch eine neue Untersuchung bestätigt worden, die sich aus einer repräsentativen Umfrage der Diakonie Deutschland und des Deutschen Evangelischen Verbands für Altenarbeit ergibt. Nach einer 2023 veröffentlichten Pressemitteilung mussten in der ambulanten Pflege 89 % der Dienste in den letzten 6 Monaten Neukunden ablehnen.

Für die Kündigungsmöglichkeiten des Pflegedienstes fehlt in § 120 SGB XI bisher eine hinreichende Regelung. In der bisherigen Praxis werden ausschließlich – überwiegend relativ kurze – Kündigungsfristen vereinbart. Anforderungen an einen Kündigungsgrund fehlen. Anders ist dies im WBVG, das hier höhere Anforderungen stellt. Traditionell folgen diese Anforderungen dem Element der Wohnraumüberlassung im WBVG, da Verträge zur Wohnraumüberlassung in Deutschland traditionell asymmetrisch normiert sind.

Für die ambulante Pflege ist jedoch ebenfalls eine solche Asymmetrie geboten, denn die gepflegten Personen sind in besonderer Weise auf eine kontinuierliche und verlässliche Pflege angewiesen. Die Frist für eine ordentliche Kündigung sollte daher mindestens zwei Monate betragen, da die Suche nach einem neuen Pflegedienst inzwischen nicht mehr trivial ist. Die Rücksichtnahmepflicht nach §§ 241 Abs. 2, 627 Abs. 2 BGB verlangt jedoch, dass die Kündigung materiell und prozedural einzuschränken ist. Eine erste Möglichkeit ergibt sich aus dem Vorbild des § 574 BGB, wonach der Kündigung widersprochen kann, wenn in der fristgemäßen Beendigung des Schuldverhältnisses eine Härte für die gepflegte Person liegt. Weiter ist eine Verlängerungsmöglichkeit nach dem Vorbild von § 574a BGB geboten, wenn trotz entsprechender Bemühungen ein anderer Pflegedienst noch nicht gefunden worden ist. Dies ist gesetzlich ausdrücklich zu regeln. Auch eine solche gesetzliche Regelung ist nach dem Vorbild von § 16 WBVG zu Lasten der gepflegten Personen nicht abdingbar auszugestalten.

Für die rechtssystematisch gebotene Regelung der außerordentlichen Kündigung sind prozedurale Regelungen geboten, mit denen eine Umgehung des Schutzes bei ordentlichen Kündigungen verhindert werden soll. Liegt der wichtige Grund in einer Verletzung einer Verhaltenspflicht, sind nach dem Vorbild des § 543 Abs. 3 BGB eine Abmahnung sowie der erfolglose Ablauf einer angemessenen Frist zu normieren. Weiter ist nach dem Vorbild des § 568 Abs. 4 BGB und des § 12 Abs. 1 S. 2 WBVG¹⁰¹ der wichtige Grund in dem Kündigungsschreiben anzugeben. Beide Instrumente finden auch im Arbeitsrecht in § 22 Abs. 3 BBiG Anwendung und werden auch im Recht der Werkstätten für behinderte Menschen zur Geltung gebracht,¹⁰² so dass es hier nicht um Spezifika des Rechts der Wohnraumüberlassung, sondern um bewährte Instrumente

⁹⁹ Dazu die Übersicht bei *Greiner*, in: MHD ArbR, § 110 Rn. 42 ff.

¹⁰⁰ GKV-Evaluation, Weiterentwicklung der Pflegeberatung, S. 176.

¹⁰¹ *Rasch*, WBVG § 12 Rn. 4

¹⁰² BAG, Urteil v. 17.03.2015 – 9 AZR 994/13, NZA 2015, 1071 ff.; dazu auch *Kohte*, in: Feldes/Kohte/Stevens-Bartol, SGB IX, § 221 Rn. 24; ausführlich *Hoffmann/Kohte*, DVfR Forum, Beitrag B 12/2015.

bei deutlichen Ungleichgewichtslagen geht. Pflegebedürftige Menschen, die einen ambulanten Dienst benötigen, um in ihrer bisherigen Umgebung bleiben zu können, sind daher auf eine solche normative Unterstützung angewiesen. Die Rechtspraxis zu § 574 BGB hat dies verdeutlicht, indem sie gerade Krankheit und Pflegebedürftigkeit als spezifische Fälle der Härte herausgearbeitet haben.¹⁰³

Für die Rechtsdurchsetzung bietet sich hier als zusätzliches Instrument die Verbraucherschlichtung an. Zwar sind in Art. 2 der ADR-Richtlinie und § 4 Abs. 2 VSBG die „Gesundheitsdienstleistungen“, also vor allem die ärztlichen Leistungen, von deren Anwendung ausgeschlossen. Zutreffend ist jedoch in der Regierungsbegründung zum VSBG darauf hingewiesen worden, dass Streitigkeiten aus dem WBVG von diesem Ausschluss nicht erfasst werden, weil angesichts der Breite der Verbraucherschutzregelungen im WBVG dieser Ausschluss nicht eingreifen kann.¹⁰⁴ Wegen der rechtssystematischen Parallele zwischen dem bisherigen WBVG und dem zusätzlichen Abschnitt zur ambulanten Pflege ist § 4 Abs. 2 VSBG auch für die ambulante Pflege restriktiv auszulegen. Es spricht dafür, dass insoweit auch § 4 Abs. 2 VBSG in Zukunft klargestellt wird.

IX. RECHTSFOLGEN BEI NICHT- ODER SCHLECHTLEISTUNG

Eine gesetzliche Regelung steht auch vor der Herausforderung, Rechtsfolgen für den Fall der Nicht- oder Schlechtleistung vorzuhalten. Wie einleitend bereits festgestellt, handelt es sich bei dem Pflegevertrag i.S.d. § 120 SGB XI um einen Dienstvertrag nach § 611 BGB.¹⁰⁵ Die Vorschriften zum Dienstvertrag sehen keine ausdrücklichen Gewährleistungsrechte vor, wie sie etwa im Werkvertragsrecht in § 633 ff. BGB geregelt sind, daher gilt die allgemeine Norm des § 280 BGB. Insofern kommt für den ambulanten Bereich wegen des Charakters des Pflegevertrags als isolierter Dienstvertrag, eine Regelung wie für den stationären Bereich in § 10 WBVG auf Grund des fehlenden Wohnraummietsaspekts¹⁰⁶ nicht in Betracht.

Ist zwischen pflegebedürftiger Person und Pflegedienst individualvertraglich etwa dreimal die Woche eine Blutzuckermessung vorgesehen und wird diese nicht in der vereinbarten Regelmäßigkeit durchgeführt, ist nicht ersichtlich, welche Rechte der pflegebedürftigen Person zustehen. Voraussetzung für die Feststellung einer Minderleistung durch den Pflegedienst ist zunächst, dass die Leistung vertraglich hinreichend konkret beschrieben sind, sodass sich eine negative Abweichung vergleichsweise unproblematisch begründen lässt.¹⁰⁷

Da wie oben bereits geschildert die Schuldnerin zumindest der Vergütungen im Rahmen der Leistungen nach §§ 36 ff. SGB XI die Pflegekasse ist, erscheint die Einführung eines Minderungsrechts in praktischer Hinsicht nicht sinnvoll. In § 113 ff. SGB XI finden sich bereits heute Vorschriften zur Qualitätssicherung in der Pflege. Aus Gründen der Transparenz ist allerdings gesetzlich klarzustellen, dass gepflegte Personen Anspruch

¹⁰³ BGH, Urteil v. 20.10.2004 – VIII ZR 246/03, NZM 2005, 143 (144).

¹⁰⁴ BT-Drs. 18/5089, S. 53; zustimmend *Althammer/Meller-Hannich*, VBSG, § 4 Rn. 37; vgl. auch *Weber*, NZM 2021, 185, 190.

¹⁰⁵ Siehe Gesetzesbegründung in BT-Drs. 14/5395, S. 47.

¹⁰⁶ Das WBVG für den stationären Bereich orientiert sich am Wohnraummietrecht: BGH, Urteil v. 12.05.2016 - III ZR 279/15, Rn. 21, juris.

¹⁰⁷ *Baumgärtner*, in: BeckOK BGB, § 611 Rn. 54.

auf eine Leistung haben, die den gesicherten pflegewissenschaftlichen Erkenntnissen genügt (§ 28 Abs. 3 SGB XI¹⁰⁸) und dass im Falle einer Nicht- oder Schlechtleistung Schadensersatzansprüche gegen den Pflegedienst, womöglich auch in Gestalt von Schmerzensgeld bestehen können.

Des Weiteren gilt § 320 BGB, eine Klarstellung sollte im WBVG und im individuellen Vertrag aufgenommen werden.

X. UNWIRKSAMKEIT ABWEICHENDER VEREINBARUNGEN

§ 16 WBVG ist auch auf den Bereich der ambulanten Pflege zu erstrecken. Dies könnte durch einen dritten Abschnitt mit gemeinsamen Vorschriften, das heißt Vorschriften, die sowohl für den stationären als auch den ambulanten Bereich Anwendung finden, erfolgen.

Die in der Praxis häufig zu findenden Abweichungen von § 120 Abs. 2 S. 2 SGB XI bezüglich der Kündigungsfrist für die gepflegte Person, die insbesondere durch die Untersuchungen des federführend von der VZ Berlin in Zusammenarbeit mit den Verbraucherzentralen Brandenburg und Saarland durchgeführten Projekts „Marktprüfung ambulante Pflegeverträge“ offensichtlich wurden, werden somit auch als individuelle Vereinbarung nicht mehr zulässig und unwirksam sein.

XI. TEILWEISE AUFHEBUNG DES § 120 SGB XI

Wenn nach unserem Vorschlag ein umfassender zivilrechtlicher Schutz in einem neuen Abschnitt im WBVG geregelt wird, dann könnten die folgenden Vorschriften aus § 120 SGB XI gestrichen werden:

Abs. 2 S. 2 Kündigungsrecht der pflegebedürftigen Person

Abs. 3 Regelungen zum Pflegevertrag

Abs. 4 S. 2 Differenzierungsverbot

Auch in Zukunft ist die Verzahnung zwischen Zivil- und Sozialrecht bei Pflegeverträgen geboten, so dass eine vollständige Streichung von § 120 SGB XI zu Missverständnissen führen könnte.

¹⁰⁸ LPK-SGB XI/Planholz, § 28 Rn. 26.

C. GESETZESENTWURF

1. Abschnitt: Verträge über Wohnraum mit Pflege- und Betreuungsleistungen (§§ 1-14)

2. Abschnitt: Ambulante Pflege (§§ 14a-14j)

§ 14a Regelungsziel und Begriffsbestimmung

- 1) Dieser Abschnitt des Gesetzes regelt die vertragliche Gestaltung ambulanter Pflege. Ambulante Pflege ist die Versorgung der pflegebedürftigen Person in ihrer häuslichen Umgebung, außerhalb von teil- oder vollstationären Einrichtungen sowie von Einrichtungen, für die das Heimrecht gilt und von Einrichtungen, für die § 2 WBVG gilt. Ambulante Pflege ist die Pflege- und Betreuung von pflegebedürftigen Personen.
- 2) Die ambulante Pflege wird durch einen privatrechtlichen Vertrag (Pflegevertrag i.S.d. § 120 Abs. 1 S. 1 SGB XI) zwischen der zu pflegenden Person als Verbraucher und dem Pflegedienst als Unternehmer vereinbart.

§ 14b Vorvertragliche Informationspflichten und Vertragsschluss

- 1) Der Pflegedienst hat die pflegebedürftige Person sowie ihre betreuenden Personen über die geplanten individuellen Leistungen und deren Gestaltung zu informieren und diese anzubieten.
- 2) Der Pflegedienst hat die pflegebedürftige Person vor Vertragsschluss in der Regel schriftlich über die voraussichtlichen Kosten einschließlich der Investitionskosten und die Vergütungssätze nach § 89 SGB XI zu informieren.
- 3) Über die Möglichkeit der Inanspruchnahme zusätzlicher Leistungen nach § 14e ist aufzuklären.
- 4) Auf die Möglichkeit der Inanspruchnahme des Entlastungsbetrages nach § 45b SGB XI und dessen Anwendungsbereich sowie den Umwandlungsanspruch nach § 45a Abs. 4 SGB XI ist vom Pflegedienst schriftlich hinzuweisen. Sofern die pflegebedürftige Person Leistungen nach dem SGB XII empfängt, ist auf den Entlastungsbetrag nach § 64i SGB XII hinzuweisen.
- 5) Nach dem Beratungsgespräch ist eine Bedenkzeit von sieben Tagen bis zum schriftlich dokumentierten Vertragsschluss vom Pflegedienst zu gewähren. Die Möglichkeit des sofortigen konkludenten Vertragsschlusses bleibt unberührt.
- 6) Die vorvertraglichen Informationen nach den Absätzen 1- 5 sind schriftlich und in verständlicher Form der pflegebedürftigen Person auszuhändigen.

§ 14c Mindestanforderungen an den Pflegevertrag

- 1) Der Pflegevertrag dient der Konkretisierung und Individualisierung der Leistungen, die im Versorgungsvertrag zwischen der Pflegekasse und dem jeweiligen

Pflegedienst vereinbart wurden. Er ist schriftlich zu dokumentieren und der pflegebedürftigen Person auszuhändigen. Die vereinbarten Pflegeleistungen, insbesondere die Kostengestaltung, müssen für die pflegebedürftige Person jederzeit ersichtlich und nachvollziehbar sein (Transparenzgebot). Diese Dokumentationspflicht gilt auch für den Pflegevertrag, der von der vorvertraglichen Information nach § 14b abweicht.

- 2) Inhalt des Pflegevertrags sind die Pflegesachleistungen gem. § 36 Abs. 1 SGB XI sowie sozialrechtliche Leistungen und zusätzliche Leistungen i.S.d. § 14e. Art, Inhalt und Umfang der Leistungen sind im Pflegevertrag festzuhalten. Im Falle einer Vertragsanpassung gelten die Anforderungen der § 14f. Den Wünschen der gepflegten Person ist Rechnung zu tragen. § 2 SGB XI gilt entsprechend.
- 3) Bei der Vereinbarung des Pflegevertrages ist zu berücksichtigen, dass die pflegebedürftige Person Leistungen von mehreren Leistungserbringern in Anspruch nimmt.
- 4) Das Widerrufsrecht nach § 355 BGB ist zu beachten.
- 5) Bei der Gestaltung des Pflegevertrags sind die Belange pflegebedürftiger Personen mit Behinderungen besonders zu berücksichtigen.

§ 14d Leistungspflichten

- 1) Der Pflegedienst hat die Pflegeleistungen entsprechend des Pflegevertrags unter Beachtung des allgemein anerkannten Standes der medizinisch-pflegerischen Erkenntnisse zu erbringen.
- 2) Eine Haftungsreduzierung hinsichtlich solcher Vertragspflichten, die für die Durchführung des Pflegevertrags als wesentlich zu erachten sind, sind unwirksam. Im Übrigen finden die §§ 305 ff. BGB Anwendung.

§ 14e Zusätzliche Leistungen

- 1) Leistungen, die über die in § 36 Abs. 3 SGB XI vorgesehenen Höchstbeträge der von der Pflegekasse zu vergütenden Leistungen hinausgehen oder keine Leistungen nach den §§ 36ff. des Elften Buch Sozialgesetzbuch darstellen (zusätzliche Leistungen) sind im Vertrag gesondert zu kennzeichnen. Auf die Möglichkeit solcher zusätzlichen Leistungen ist vorvertraglich vom Pflegedienst hinzuweisen und ein Kostenvoranschlag unter Beachtung der Grenze der Höchstsätze nach § 89 SGB XI vorzulegen.
- 2) Soweit die von der pflegebedürftigen Person abgerufenen Leistungen den von der Pflegekasse mit Bescheid festgelegten und von ihr zu zahlenden leistungsrechtlichen Höchstbetrag gemäß § 36 Abs.3 SGB XI überschreiten, darf der Pflegedienst der pflegebedürftigen Person für die zusätzlich abgerufenen Leistungen keine höhere als die nach § 89 SGB XI vereinbarte Vergütung berechnen.
- 3) Auf die Möglichkeit der Inanspruchnahme des Entlastungsbetrages nach § 45b SGB XI und dessen Anwendungsbereich sowie den Umwandlungsanspruch nach § 45a Abs. 4 SGB XI ist vom Pflegedienst schriftlich hinzuweisen. Sofern die pflegebedürftige Person Leistungen nach dem SGB XII empfängt, ist auf den Entlastungsbetrag nach § 64i SGB XII hinzuweisen. Vereinbarungen über

Leistungen im Rahmen des Entlastungsbetrags müssen in einem vom Pflegevertrag unabhängigen Vertrag schriftlich geregelt sein.

- 4) In Zeiten der Abwesenheit der pflegebedürftigen Person entfällt auch der Anspruch auf Vergütung der nicht erbrachten zusätzlichen Leistungen. Auf diese wegfallende Verpflichtung zur Leistung ist im Pflegevertrag und Vereinbarungen über Leistungen im Rahmen des Entlastungsbetrages hinzuweisen. § 320 BGB bleibt unberührt.
- 5) Zusätzliche Leistungen sind monatlich vom Pflegedienst aufzustellen, abzurechnen und der pflegebedürftigen Person insbesondere in Form von Rechnungen und Quittungen schriftlich auszuhändigen.

§ 14f Vertragsanpassung bei Änderung des Pflege- oder Betreuungsbedarfs

- 1) Ändert sich der Pflege- oder Betreuungsbedarf der pflegebedürftigen Person, muss der Pflegedienst Verhandlungen über eine entsprechende Anpassung der Leistungen anbieten. Dies umfasst sowohl dauerhafte als auch vorübergehende Veränderungen im Pflege- und Betreuungsbedarf. Die pflegebedürftige Person kann das Angebot auch teilweise annehmen. Die Leistungspflicht des Pflegedienstes und die von der pflegebedürftigen Person zu zahlende angemessene Entgelt erhöhen oder verringern sich in dem Umfang, in dem die pflegebedürftige Person das Angebot angenommen hat.
- 2) Für das Angebot nach Absatz 1 gelten die § 14g Absatz 1 Satz 1 sowie Absatz 2 und 3 entsprechend.
- 3) Das Widerrufsrecht nach § 355 BGB bleibt unberührt.

§ 14g Annex zu kollektiven Verhandlungen und sozialrechtlichen Genehmigungsverfahren

- 1) Vom Pflegedienst begehrte Vertragsanpassungen, insbesondere Preiserhöhungen für Leistungen, die auf eine Änderung der Vergütungsvereinbarung nach § 89 SGB XI zurückgehen, werden erst nach einer Frist von vier Wochen nach Zugang des schriftlichen Erhöhungsverlangens oder nach dem im Vertrag festgelegten Termin wirksam. Der Pflegedienst hat auf eine mögliche Entgeltanpassung mit Beginn der Verhandlungen nach § 89 SGB XI schriftlich hinzuweisen. Das Recht der einvernehmlichen Vertragsänderung bleibt unberührt.
- 2) Der Pflegedienst hat das Angebot zur Anpassung des Vertrags der pflegebedürftigen Person durch Gegenüberstellung der bisherigen und der angebotenen Leistungen sowie der dafür jeweils zu entrichtenden Entgelte in der Regel schriftlich darzustellen und zu begründen. Im Fall der Notwendigkeit der sofortigen Aufnahme der geänderten pflegerischen Versorgung oder Betreuungsleistung muss nach der mündlichen Vereinbarung die Gegenüberstellung nach Satz 1 sowie die schriftliche Vertragsänderung innerhalb von 14 Tagen nachgereicht werden. Der pflegebedürftigen Person ist nach Annahme des Angebots eine Ausfertigung der neuen Vereinbarung mit Leistungs- und Entgeltaufstellung auszuhändigen. § 14c gilt entsprechend.

- 3) Der Pflegedienst kann die Pflicht, eine Anpassung anzubieten, ausschließen, soweit er unter Berücksichtigung des dem Vertrag zugrunde gelegten Leistungskonzepts daran ein berechtigtes Interesse hat und dieses in der Vereinbarung begründet. Die Belange von Menschen mit Behinderungen sind besonders zu berücksichtigen. Die Einwendung bedarf zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform; die elektronische Form ist ausgeschlossen.
- 4) Absatz 1 gilt auch für eine im Vertrag vereinbarte Erhöhung der Investitionskostenumlage, wenn eine Zustimmung der zuständigen Landesbehörde nach § 82 Abs. 3 SGB XI vorliegt. Diese ist der gepflegten Person nachzuweisen.

§ 14h Kündigungsrecht der pflegebedürftigen Person

Der Pflegevertrag kann von der pflegebedürftigen Person jederzeit ohne Einhaltung einer Frist in Textform gekündigt werden. Auf das Kündigungsrecht ist im Pflegevertrag hinzuweisen.

§ 14i Kündigungsrecht des Pflegedienstes

- 1) Eine ordentliche Kündigung des Pflegevertrags durch den Pflegedienst ist nur zulässig, wenn nach dem Vertragsschluss eine schwerwiegende Änderung in den Umständen, die zur Grundlage des Vertrags gehörten, eingetreten ist. Diese Kündigung kann nur mit einer Frist von drei Monaten zum Monatsende erfolgen. Die Kündigung bedarf der Schriftform und ist zu begründen. Beruht die Kündigung auf einer Verletzung einer Verhaltenspflicht durch die pflegebedürftige Person, dann ist sie erst nach erfolgloser Abmahnung zulässig.
- 2) Die pflegebedürftige Person kann der ordentlichen Kündigung des Pflegedienstes widersprechen und die Fortsetzung des Pflegevertrags verlangen, wenn die Beendigung des Pflegevertrags für sie oder ihre Angehörigen eine Härte bedeuten würde, die sachlich nicht gerechtfertigt ist.
- 3) Die außerordentliche Kündigung ist als letztes Mittel nur zulässig, wenn nach dem Vertragsschluss ein wichtiger Grund aufgetreten ist. Diese Kündigung bedarf der Schriftform und ist zu begründen.

§ 14j Vertragsende durch Tod der pflegebedürftigen Person

Das Vertragsverhältnis endet mit dem Tod der pflegebedürftigen Person.

3. Abschnitt: Gemeinsame Vorschriften

§15, § 16 und ein angepasster § 17 des aktuellen WBVG

§ 17 Übergangsvorschriften

- 4) Auf Pflegeverträge i.S.d. § 14c Abs. 1 sind die Vorschriften dieses Gesetzes mit Inkrafttreten des Änderungsgesetzes zum WBVG vom XX anzuwenden.

Teilweise Aufhebung des § 120 SGB XI

Aufhebung von

Abs. 2 S. 2

Abs. 3

Abs. 4 S. 2 → Abs. 4 S. 1 würde dann zu Abs. 3

D. LITERATURVERZEICHNIS

- Altmanner, Christoph/Meller-Hannich, Caroline [Hrsg.]* VSBG – Verbraucherstreitbeilegungsgesetz, 2. Aufl. Frankfurt (Main) 2021
- Bachem, Jörn/Hacke, Sylvia* Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz, München 2015
- Beetz, Claudia* Stellvertretung als Instrument der Sicherung und Stärkung der Patientenautonomie - Ein Beitrag zur Komplementarität von Zivil- und Sozialrecht, Berlin 2013
- Berchtold, Josef/Huster, Stefan/Rehborn, Martin [Hrsg.]* NK Gesundheitsrecht – SGB V, SGB XI, 2. Aufl. 2018, Baden-Baden 2018
- Bieder, Marcus/Leupertz, Stefan/Gutmann, Thomas/Piekenbrok, Andreas/Weber, Christoph/ Billing, Tom [Hrsg.]* Staudinger, BGB – Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: Anh. zu §§ 305-310 (AGB-Recht 2), 18. Aufl., Berlin 2019
- Bundesministerium für Gesundheit* Siebter Pflegebericht, Bericht der Bundesregierung über die Entwicklung der Pflegeversicherung und den Stand der pflegerischen Versorgung in der Bundesrepublik Deutschland. Berichtszeitraum: 2016-2019, Berlin 2021
- Dalichau, Gerhard (Hrsg.)* Sozialgesetzbuch XI – Soziale Pflegeversicherung, Kommentar, 2. Auflage München 2018
- Körner, Anne/Krasney, Martin/Mutschler, Bernd/Rolfs, Christian [Hrsg.]* Beck.online.Grosskommentar (Kasseler Kommentar), SGB XI, Stand 01.01.2022; München 2022

- Drasdo, Michael* Betreutes Wohnen, WuM 2023, S. 125-133
- Ders.* 10 Jahre WBVG – Überblick über die höchstrichterliche Rechtsprechung, NJW 2019, S. 2894-2898
- Dreher, Wolfgang* Anm. zu BSG, Urteil v. 26.04.2022 – B 1 KR 20/21, jurisPR-SozR 3/2023, Anm. 2
- Elling, Peter* Abtretung von Sozialleistungen, NZS 2000, S: 281-289
- Feldes, Werner/Kohte, Wolfhard/ Stevens-Bartol, Eckart [Hrsg.]* Sozialgesetzbuch Neuntes Buch – Rehabilitation und Teilhabe von Menschen mit Behinderungen, 5. Aufl. Frankfurt (Main) 2023
- Flint, Thomas* Grube/Wahrendorf/Flint: SGB XII – Sozialhilfe mit Eingliederungshilfe (SGB IX Teil 2) und Asylbewerberleistungsgesetz, Kommentar, 7. Auflage München 2020
- GKV-Spitzenverband* Weiterentwicklung der Pflegeberatung, Schriftenreihe Modellprogramm zur Weiterentwicklung der Pflegeversicherung, Band 18, Hürth 2020
- Grüneberg, Christian (u.a.) [Hrsg.]* Bürgerliches Gesetzbuch, 82. Aufl., München 2023
- Hau, Wolfgang/Poseck, Roman* BeckOK BGB, Stand: 66. Edition Stand: 01.05.2023, München 2023
- Hauck, Karl/Noftz, Wolfgang/ Oppermann, Dagmar [Hrsg.]* SGB XI: Soziale Pflegeversicherung, Stand März 2020, Berlin
- Hoffmann, Annalena/Kohte, Wolfhard* Formelle Anforderungen an die Kündigung eines Werkstattvertrags – Urteil des BAG vom 17.03.2015, 9 AZR 994/13; Forum B, Beitrag B12-2015 unter www.reha-recht.de; 08.10.2015
- Hübsch, Michael* Belastungen von Bewohnern und Sozialhilfeträgern mit Investitionskosten von Pflegeheimen, NZS 2004, S. 462-465
- Kaeding, Nadja* Vergütungsanpassung in Pflegeverträgen, NJW 2018, S. 1430-1434

- Kiel, Heinrich/Lunk, Stefan/Oetker, Hartmut [Hrsg.]* Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 2: Individualarbeitsrecht II, 5. Aufl. München 2021
- Klie, Thomas* Ambulante betreute Wohngemeinschaften, Hybride Versorgungsform in rechtlicher Gemengelage 2. Teil, PflR 2018, S. 423- 430
- Kohte, Wolfhard* Verletzte Verbraucher, VuR 2012, S. 338-343
- Krahmer, Utz/Plantholz, Markus* Wie soll der novellierte § 120 SGB XI umgesetzt werden?, SRa 2013, S. 137-144
- Dies.* Sozialgesetzbuch XI – Soziale Pflegeversicherung, Lehr- und Praxiskommentar, 6. Auflage Baden-Baden 2023
- Luthe, Ernst-Wilhelm* Die digitale Pflegeanwendung als Leistung der Pflegeversicherung, SGB 2022, S. 29-34
- Martell, Frederik* Der Schutz des Verbrauchers im Heimrecht, Hamburg 2012
- Oetker, Hartmut* Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung - Bestandsaufnahme und kritische Würdigung einer tradierten Figur der Schuldrechtsdogmatik, Tübingen 1994
- Rasch, Edna [Hrsg.]* Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz, 1. Aufl. Berlin 2012
- Rolfs, Christian/Giesen, Richard/Meßling, Miriam/Udsching, Peter* Beck Online Kommentar Sozialrecht, 68. Edition, Stand 01.03.2023, München 2023
- Säcker, Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limberg, Bettina [Hrsg.]* Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2: §§ 241 – 310 BGB, 9. Aufl., München 2022
- Schellhorn, Helmut/Hohm, Karl-Heinz/Scheider, Peter/ Busse, Angela* SGB XII – Sozialgesetzbuch Zwölftes Buch – Sozialhilfe, 21. Auflage 2023, München 2023

- Schlegel, Rainer/Voelzke, Thomas [Hrsg.]* jurisPraxisKommentar SGB, Sozialgesetzbuch, Sozialgesetzbuch Elftes Buch (SGB XI) – Soziale Pflegeversicherung, Bandherausgeber Ernst Hauck, Stand 01.10.2021, Saarbrücken 2021
- Schmidt-Graumann, Anke* Zu den pandemiebedingten Sonderregelungen in § 150 Abs. 5b SGB XI, PflR 2023, S. 227
- Tamm, Marina* Das WBVG: Zivilrechtlicher Verbraucherschutz für Heimbewohner, VuR 2016, S. 370-381
- Tamm, Marina/Tonner, Klaus/Brönneke, Tobias [Hrsg.]* Verbraucherrecht – Rechtliches Umfeld, Vertragstypen, Rechtsdurchsetzung, 3. Aufl., Baden-Baden 2020
- Udsching, Peter* Der Pflege-Entlastungsbetrag in Corona-Zeiten, jurisPR-SozR 2/2021, Anmerkung 4
- Udsching, Peter/Schütze, Bernd* SGB XI – Soziale Pflegeversicherung, Kommentar, 5. Auflage München 2018
- Weber, Sebastian* Notwendiger Inhalt von Wohn- und Betreuungsverträgen, Ein Plädoyer für „entschlackte“ Formularverträge, NZM 2021, S. 185-191
- Ziegler, Ole* Ambulante Pflegedienstverträge und AGB-Recht: Terra Incognita?, GuP 2012, S. 21-27