

Schutz pflegebedürftiger Verbraucher bei privatrechtlichen
Hauspflege- und Heimverträgen

Kontrolle ausgewählter Vertragsklauseln nach den Vorschriften
über die Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse durch
Allgemeine Geschäftsbedingungen (früher AGB-Gesetz)

Dissertation
zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte
durch die Juristischen Fakultät der
Martin Luther Universität Halle Wittenberg

vorgelegt von Matthias Leye
Halle

Halle, den 20.10.2003

Stand Februar 2005

Gutachter: Prof. Jung
Prof. Kohte

Verteidigungsdatum: 23.08.2004

INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
Literaturverzeichnis	
EINLEITUNG	1
A. Typische Vertragsgestaltungen und Klauseln	3
I. Gebräuchliche Vertragsmuster	3
1. Einteilung	3
2. Heimverträge	3
a) Vertragstyp	3
b) Regelungsbereiche	7
3. Verträge für stationäre Kurzzeitpflege	10
4. Hauspflegeverträge	10
II. Problematische Regelungsbereiche	10
1. Klauseln zur Leistungsbeschreibung und zu Entgelten	10
2. Geregelte oder bekannte Regelungsbereiche	12
3. Problematische ungeregelte Bereiche	13
B. Untersuchung der für Heim- und Pflegeverträge relevanten öffentlich-rechtlichen Normen	16
I. Untersuchungsziel	16
II. Heimgesetz	17
1. Ziel des Heimgesetzes	17
2. Ziele und Mittel des Verbraucherschutzes	18
3. Heimgesetz als Verbraucherschutzgesetz	19
4. Leitbilder des Heimgesetzes	21
a) Schutzziel	21
b) Wahrungen und Förderung von Selbstbestimmung	23
c) Auf Gleichberechtigung gerichtete Heimorganisation	24
d) Heim als auf Dauer angelegter Lebensmittelpunkt	25
e) Sicherung von ordnungsgemäßer und qualitätsgerechter Leistung	26
f) Sicherung wirtschaftlicher Interessen	27
g) Umfassende Information des Heimbewohners	27
h) Freiheit des Heimträgers	28
III. SGB XI	28
1. SGB XI als Sozialversicherungsrecht	28
2. Anwendbarkeit der Leitbilder und Ziele des SGB XI	29
a) Probleme der Anwendbarkeit im Privatrecht	29
b) Beispiel Selbstbestimmung	30
aa) Darstellung der Kommentierung	30
bb) Zusammenfassung	32
cc) Adressat der Norm	33
c) Weitere Leitbilder	34

d) Ergebnis	35
aa) Leitbilder nicht für privatrechtliche Verträge	35
bb) Selbstbestimmung in Pflegeverträgen	36
3. Probleme Widersprüche durch das Nebeneinander von privatrechtlichen Pflege- und Heimvertrag und dem SGB XI	37
a) Vertragsgestaltung bei Leistungen und Entgelten	37
b) Qualitätsvorgaben und Schutz der Heimbewohner	38
c) Konsequenzen für AGB-Prüfung	39

C. Die Vorschriften über AGB im Hinblick auf Heim- und Pflegeverträge 40

I. Einleitung Untersuchungsziel 40

II. Konzept AGB Vorschriften 41

1. AGB-Gesetz	41
2. Richtlinie 93/13 EWG	42

III. Die einzelnen AGB Vorschriften 44

1. Einbeziehungskontrolle	44
a) §305 II BGB	44
b) Überraschende Klauseln	46
2. Transparenzkontrolle	48
a) Inhalt des Transparenzgebots	48
aa) Widerspruch innerhalb der AGB-Kontrolle	48
bb) Markttransparenz	49
cc) Rechtslagentransparenz	50
dd) Einzelne Kriterien der Transparenz	51
b) Standort und Rechtsfolgen des Transparenzgebots	53
aa) Mögliche Standorte	53
bb) Einbeziehungskontrolle	54
cc) Vertragsauslegung	55
dd) Inhaltskontrolle	55
3. Schranken der Inhaltskontrolle	57
a) Verhältnis zur Transparenzkontrolle	57
b) Deklaratorische Klauseln	59
c) Leistungsbestimmung	59
aa) Gründe für Kontrollfreiheit	59
bb) Umfang Kontrollfreiheit	60
4. Inhaltskontrolle	64
a) Überblick	64
b) Klauselverbote des Anhangs der Richtlinie	65
c) Klauselverbote der §§308, 309 BGB	65
d) Generalklausel §307 I, II BGB	66
aa) Interessenabwägung unter Berücksichtigung des gesamten Vertrages	66
bb) Maßstab der Interessenabwägung	67
cc) Konkretisierung durch §307 II BGB	68

D. Überprüfung ausgewählter Klauseln	70
I. Prüfungsschema	70
<hr/>	
II. Regelungen für vorübergehende Abwesenheit, insbesondere	
Entgeltanpassung (§5 VIII HeimG)	71
<hr/>	
1. Typische Klauseln	71
2. Gesetzlicher Rahmen	72
3. Auslegung und Transparenz	73
4. Regelungszweck und betroffene Interessen	76
a) Beschränkung Entgeltermäßigung auf länger dauernde Abwesenheit	76
b) Regelungszweck für pauschale Ermäßigung	76
5. Interessenabwägung	77
a) Beschränkung Entgeltermäßigung auf länger dauernde Abwesenheit	77
b) Pauschale Ermäßigung	81
III. Regelungen zum Zimmerwechsel, Umzugs- und Verlegungsklauseln	82
<hr/>	
1. Typische Klauseln	82
2. Gesetzlicher Rahmen	83
3. Auslegung und Transparenz	84
4. Regelungszweck und betroffene Interessen	86
5. Interessenabwägung	87
a) Abwägung im Rahmen des §308 Nr.4 BGB	87
aa) Interessenabwägung bei Leistungsänderung	87
bb) Betriebliche Gründe	88
cc) Persönliche Gründe	89
dd) Ergebnis	90
b) Rechtsprechung	90
c) Stationäre Kurzzeitpflege	91
IV. Zutrittsrechte für Zimmer	92
<hr/>	
1. Typische Klauseln	92
2. Gesetzlicher Rahmen	93
3. Auslegung und Transparenz	95
4. Regelungszweck und betroffene Interessen	95
5. Interessenabwägung	96
a) Zutritt für die Erhaltung der Räume	96
b) Zutritt zur Erbringung der Dienstleistung	97
c) Zutritt im Notfall	98
d) Räumung bei Vertragsende	98
V. Nutzung und Betreten des Zimmers durch Dritte; Übernachtung, Gäste, Besuch	99
<hr/>	
1. Typische Klauseln	99
2. Gesetzlicher Rahmen	100
3. Regelungszweck und betroffene Interessen	101
4. Interessenabwägung	101
a) Aufnahme weiterer Personen	101
b) Vorübergehende Überlassung und Mitbenutzung durch andere	102

<u>VI. Regelungen zu Pflege und ärztlicher Behandlung</u>	<u>103</u>
1. Typische Klauseln	103
a) Allgemein	103
b) Heimverträge	103
c) Verträge über stationäre Kurzzeitpflege	104
2. Gesetzlicher Rahmen	105
a) Heimgesetz	105
b) Bundesdatenschutzgesetz	106
c) Schweigepflicht nach §203 StGB	107
d) Betreuungsrecht	109
3. Auslegung und Transparenz	110
4. Regelungen zur Datenweitergabe und –verwendung	111
a) Regelungszweck und betroffene Interessen	111
b) Interessenabwägung	112
aa) Einwilligung oder Vertragsklausel	112
bb) Leitbild des BDSG	112
cc) Begrenzte Einwilligung	113
dd) Gerichtliche Entscheidungen	115
5. Regelungen zur Beteiligung des Heimes an den Entscheidungen des Heimbewohners über Betreuung, ärztliche Behandlung oder Verlegung	116
a) Regelungszweck und betroffene Interessen	116
b) Interessenabwägung	117
c) Gerichtliche Entscheidungen	120
<u>VII. Zusatzleistungen</u>	<u>122</u>
1. Typische Klauseln	122
2. Gesetzlicher Rahmen	124
3. Regelungszweck und betroffene Interessen	125
4. Interessenabwägung	125
<u>VIII. Verweisungsklauseln</u>	<u>126</u>
1. Typische Klauseln	126
2. Gesetzeslage	126
3. Regelungszweck und betroffene Interessen	127
4. Interessenabwägung	127
a) Transparenzkontrolle	127
b) Inhaltskontrolle	129
aa) Kontrollfreiheit	129
bb) Unangemessene Benachteiligung	131
c) Rechtssprechung	132

E. Resümee und Thesen	134
<u>I. Vergleich des Schutzes durch HeimG und die AGB-Regelungen</u>	<u>134</u>
<u>II. Kontrolle der Heimverträge durch die Heimaufsicht</u>	<u>137</u>
1. Fragestellung	137
2. Kenntnis der Verträge	137
3. Umfang der Prüfungspflicht	137
4. Möglichkeiten für die Heimaufsicht	138
a) Beratung	138
b) Anordnung	138
aa) gesetzliche Voraussetzungen	138
bb) Vergleich Versicherungsaufsicht	140
5. Ergebnis	141
<u>III. Thesen</u>	<u>141</u>

LITERATURVERZEICHNIS

- ACHILLES, Wilhelm-Albrecht u.a.: Frankfurter Handbuch zum neuen Schuldrecht, hrsg. von Roland Schimmel und Dirk Buhlmann, Neuwied Kriffel, Luchterhand Verlag, 2002.
- ADAM, Hans u.a.: Handbuch des Sozialversicherungsrechts Band 1 Krankenversicherungsrecht, hrsg. von Bertram Schulin, München, Verlag C.H.Beck, 1994.
- ADERHOLD, Lutz u.a.: Erman Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar Band II, hrsg. von Harm Peter Westermann, 10.Auflage, Münster Aschendorff Rechtsverlag, Köln Verlag Dr.Otto Schmidt, 2000.
- ALBRECHT, Karl-Dieter u.a.: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, hrsg. von Günther Beitzke, 13. Bearbeitung, Berlin, Verlag Sellier-de Gruyter, 1995-1999.
- ANN, Cristoph u.a.: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, hrsg. von Heinz Georg Baumbacher und Herbert Roth, München, Verlag C.H.Beck, 2003.
- BAUER, Axel u.a.: Heidelberger Kommentar zum Betreuungs- und Unterbringungsrecht, hrsg. von Thomas Klie, Heidelberg, C.F.Müller Verlag, Stand August 2003.
- BASEDOW, Jürgen u.a.: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 2a Schuldrecht Allgemeiner Teil, hrsg. von Kurt Rebmann u.a., 4.Auflage, München, Verlag C.H.Beck 2003.
- BASEDOW, Jürgen: Transparenz als Prinzip des (Versicherungs-) Vertragsrecht, in: VerR, 1999, S.1045-1055.
- BASEDOW, Jürgen: Das BGB im künftigen europäischen Privatrecht: der hybride Kodex, in: AcP 200. Band, 2000, S.445-492.
- BASEDOW, Jürgen: Basedow, Jürgen: Die Klauselrichtlinie und der Europäische Gerichtshof – eine Geschichte der verpaßten Gelegenheiten, in: Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte, hrsg. v. Hans Schulte-Nölke, Reiner Schulze, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999, S. 277-290.
- BASSENGE, Peter u.a.: Palandt Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, 63.Auflage, München, Verlag C.H.Beck, 2004.
- BEHR, Johannes-Bernhard u.a.: SGB XI Soziale Pflegeversicherung PflegeV Kommentar, Heidelberg, Verlag R.v.Decker, Stand August 2003.
- BERGER, Volker: Heimgesetz mit Erläuterungen, München, R.König Verlag, 1994.
- BERGMANN, Lutz / MÖHRLE, Roland / HERB, Armin: Datenschutzrecht Kommentar Bundesdatenschutzgesetz Datenschutzgesetze der Länder und Kirchen Bereichsspezifischer Datenschutz, Stuttgart u.a., Boorberg Verlag, Stand November 2002.
- BIZER, Johann u.a.: Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz, hrsg. von Spiros Simitis, 5.Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2003.
- BLOCH, Eckhard u.a.: Handbuch des Sozialversicherungsrecht Band 4 Pflegeversicherungsrecht, hrsg. von Bertram Schulin, München, Verlag C.H.Beck, 1997.
- BORCHERT, Günter: Verbraucherschutzrecht, 2.Auflage, München, Verlag C.H.Beck, 2003.

- BRÜNNER, Frank: Vergütungsvereinbarungen für Pflegeeinrichtungen nach SGB XI, Diss. Freiburg 2001, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2001.
- BRÜNNER, Frank: Vergütungsvereinbarungen für Pflegeeinrichtungen nach SGB XI als Normsetzungsverträge Zur Zulässigkeit von unmittelbarer Verbindlichkeit und Differenzierungsverbot, in: Sozialrecht in Deutschland und Europa (ZFSH/SGB (früher erschienen unter dem Namen Zeitschrift für Sozialhilfe bzw. Zeitschrift für Sozialhilfe und Sozialgesetzbuch)) 2000, S.590-601.
- BRÜNNER, Frank: Das Dritte Gesetz zur Änderung des Heimgesetzes aus Sicht der Freien Wohlfahrtspflege, in: Beiträge zum Recht der sozialen Dienste und Einrichtungen (RsDE) Heft 49, 2001, S.66-89.
- BUBNOFF v., Eckhart u.a.: Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar Großkommentar, hrsg. von Burkhard Jähnke / Heinrich Wilhelm Laufhütte / Walter Odersky, 11.Auflage, Berlin / New York, Verlag de Gruyter, 2001.
- BÜLOW, Peter: Verbraucherprivatrecht, Heidelberg, C.F.Müller Verlag, 2003.
- BURCKHARDT, Katrin: Das AGB-Gesetz unter dem Einfluß der EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträge, Diss. Heidelberg 1999, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2000.
- CANARIS, Claus-Wilhelm: Wandlung des Schuldvertragsrecht – Tendenzen zu seiner Materialisierung, in: AcP 200. Band, 2000, S.273-364.
- CANARIS, Claus-Wilhelm: Problematik der AGB-Kontrolle von Postenpreisen für Buchungsvorgänge auf Girokonten, in: Wertpapiermitteilungen (WM), 1996, S.237-246.
- COESTER, Michael / COESTER-WALTJEN, Dagmar / SCHLOSSER, Peter: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBG), hrsg. von Günther Beitzke, 13. Bearbeitung, Berlin, Verlag Sellier-de Gruyter, 1998.
- CRÖSSMANN, Gunter u.a.: Taschenkommentar zum Heimgesetz, 4.Auflage, Hannover, Vincentz Verlag, 2000.
- DAHLEM, Otto u.a.: Das Heimgesetz Kommentar zum Heimgesetz, hrsg von Dieter Giese, Köln u.a., Carl Heymanns Verlag, Stand Mai 2003.
- DERLEDER, Peter / METZ Rainer: Die Nebenentgelte der Banken – Rechtsgrundlage und rechtliche Grenzen, in: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP), 1996, S.573-585.
- DIECK, Margret: Das Altersheim traditioneller Prägung ist tot, in: Atallah, Sami u.a.: Altern und Wohnen im Heim: Endstation oder Lebensort?, hrsg. von Andreas Kruse und Hans-Werner Wahl, Bern u.a., Verlag Hans Huber, 1994 S.191-199.
- DÖRNER, Heinrich u.a.: Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, 3.Auflage, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2002.
- DRETTMANN, Fritz: Heimvertrag, Stand April 1999, in: Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, hrsg. von Friedrich Graf von Westphalen, München, Verlag C.H.Beck, Stand November 2002.
- DREXL, Josef: Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers Eine Studie zum Privat- und wirtschaftsrecht unter Berücksichtigung gemeinschaftsrechtlicher Bezüge, Tübingen, Verlag Mohr Siebeck, 1998.
- FAHR, Peter: Inhaltskontrolle Transparenzgebot und §8 AGBG Zur Abgrenzung kontrollfreier Preis- und Leistungsbestimmungen, Diss. München 1998, München, Akademischer Verlag, 1999.

- FREY, Peter u.a.: Prölss Versicherungsaufsichtsgesetz, hrsg. v. Reimer Schmidt, 11.Aufl., C.H. Beck, München 1997.
- FISCHER, Thomas: Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 52.Auflage des von Schwarz begründeten und von Dreher und Tröndle berb. Werkes, München, Verlag C.H.Beck, 2004.
- FRIEDRICHS, Anne: Aufgaben und Regelungsbedarf eines Altenhilfe-Struktur-Gesetz, in: Sozialrecht in Deutschland und Europa (ZFSH/SGB (früher erschienen unter dem Namen Zeitschrift für Sozialhilfe bzw. Zeitschrift für Sozialhilfe und Sozialgesetzbuch)), 2001, S.205-215.
- FUCHS, Jörn: Judex non calculat: Die Rechtsprechung zur Entgelterhöhung nach dem Heimgesetz, in: NJW, 1995, S. 2905-2907.
- FUNK, Winfried u.a.: Kasseler Kommentar Sozialrecht, Band 2, München, Verlag C.H.Beck, Stand Mai 2003.
- GAISER, Anja Sofia: Fallstricke bei der Altenheim-Vertragsgestaltung, in: NJW, 1999, S.2311-2315.
- GIESE, Dieter: Der Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung des Heimgesetzes –Schwerpunkte und kritische Anmerkungen-, in: Beiträge zum Recht der sozialen Dienste und Einrichtungen (RsDE) Heft 48, 2001, S.54-64.
- GIESE, Dieter: Das Zweite Gesetz zur Änderung des Heimgesetz, in: Beiträge zum Recht der sozialen Dienste und Einrichtungen (RsDE) Heft 37, 1998, S.2-11.
- GITTER, Wolfgang / SCHMITT, Jochem: Heimgesetz Kommentar, Starnberg, Verlag R.S.Schulz, Stand Juli 2003.
- GITTER, Wolfgang / SCHMITT, Jochem: Sozialrecht, 5.Auflage, München, Verlag C.H.Beck, 2001.
- GRIEB, Heinrich / RENN, Heribert: Pflegemarkt ohne Vertragsautonomie Zur Aushöhlung des Vereinbarungsprinzips im SBG XI Leistungserbringungsrecht, in: Beiträge zum Recht der sozialen Dienste und Einrichtungen (RsDE) Heft 40, 1998, S.1-18.
- GRIEB, Heinrich / RENN, Heribert: Die Relevanz von Rahmenverträgen im Sozialleistungserbringungsrecht (am Beispiel SGB XI und BSHG), in: Beiträge zum Recht der sozialen Dienste und Einrichtungen (RsDE) Heft 47, 2001, S.72-87.
- GROSSJOHANN, Klaus: Einführung zur Veranstaltung „Heimvertrag und Pflege-Versicherungsgesetz“, in: Beiträge zum Recht der sozialen Dienste und Einrichtungen (RsDE) Heft 37, 1998, S. 12-16.
- GRUNDMANN, Stefan: Europäisches Schuldvertragsrecht Das europäische Recht der Unternehmensgeschäfte, Berlin / New York, Verlag de Gruyter, 1999.
- HABERSACK, Mathias u.a.: Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 3, 4 und 6 Schuldrecht Besonderer Teil I und II Sachenrecht, hrsg. von Kurt Rebmann u.a., 3.Auflage, München, Verlag C.H.Beck 1995, 1997.
- HEINRICHS, Helmut: Das Transparenzgebot und die EG Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, in: Lebendiges Recht - Von den Sumern bis zur Gegenwart Festschrift für Reinhold Trinkner zum 65. Geburtstag, hrsg. v. Friedreich Graf von Westpfahlen / Otto Sandrock, Heidelberg, Verlag Recht und Wirtschaft, 1995, S.157-177.
- HEINRICHS, Helmut: Das neue AGB-Recht und seine Bedeutung für das Mietverhältnis, in: Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnrecht (NZM), 2003, S.6-13.
- HENSEN, Horst-Diether: Effizienz der Verbandsklage nach §13 AGB-Gesetz, in: Festschrift für Peter Ulmer zum 70.Geburtstag, hrsg. v. Mathias Habersack u.a., Berlin, Verlag de Gruyter, 2003, S.1135-1151.

IV

- HIPPEL, Eike von: Verbraucherschutz, 3.Auflage, Tübingen, Verlag Mohr Siebeck, 1986.
- IGL; Gerhard: Das Wohnen im Heim und der Heimvertrag, in: Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein, hrsg. von Joachim Jickeli / Peter Kreutz / Dieter Reuter, Berlin, Verlag de Gruyter, 2003; S.479-488. .
- IGL; Gerhard: Heimvertrag Empfiehlt sich eine besondere Regelung des zivilrechtlichen Vertragsverhältnisses des Heimbewohners zum Heimträger im BGB, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts Band I, hrsg. vom Bundesministerium der Justiz, Köln, Bundesanzeigerverlag, 1981, S.951-1048.
- JAUERNIG, Othmar u.a.: Bürgerliches Gesetzbuch mit Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, hrsg. von Ottmar Jauernig, 10.Auflage, München, Verlag C.H.Beck, 2003.
- JÖRG, Rodolph: Heimverträge und Vertrags- und Vergütungsrecht nach dem SGB XI, in: Beiträge zum Recht der sozialen Dienste und Einrichtungen (RsDE) Heft 37, 1998, S.46-61.
- KAMPS, Hans / KIESECKER, Regina: Rechtsprobleme stationärer Rehabilitation, in: Medizinrecht (MR), 2002, S.504-509.
- KAPNOPOULOU, Elissavet N.: Das Recht der mißbräuchlichen Klauseln in der Europäischen Union, Tübingen, Verlag Mohr Siebeck, 1997.
- KEMPER, Bernd: Heimgesetz und Heimvertragsrecht nach Einführung der Pflegeversicherung, in: Beiträge zum Recht der sozialen Dienste und Einrichtungen (RsDE) Heft 37, 1998, S.39-45.
- KESSELHEIM, Harald: Heimvertrag, Selbstbestimmungsrecht der Versicherten und Sachwalterrolle der Pflegekassen, in: Beiträge zum Recht der sozialen Dienste und Einrichtungen (RsDE) Heft 37, 1998, S.67-71.
- KLIE, Thomas u.a.: Soziale Pflegeversicherung Lehr- und Praxiskommentar (LPK – SGB XI), hrsg. von Thomas Klie und Utz Kraemer, 2.Auflage, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2003.
- KLIE, Thomas: Pflegeversicherung: Einführung, Lexikon, Gesetzestext SGB XI mit Begründung und Rundschrieben der Pflegekassen, Nebengesetze, Materialien, 6.Auflage, Hannover, Vincentz Verlag, 2002.
- KLIE, Thomas: Heimrecht Rechtsprechungssammlung zum Heimgesetz samt Nebengebieten, Hannover, Vincentz Verlag, 1997.
- KLIE, Thomas: Heimaufsicht Praxis Probleme Perspektiven, Vincentz Verlag, Hannover, 1988.
- KLIE, Thomas: Rechtlicher Rahmen der Qualitätssicherung in der Pflege, in Zeitschrift für Sozialreform (ZfSR), 2002, S.504-520.
- KLIE, Thomas: Selbstbestimmung und Würde im Alter, in: Betreuungsrechtliche Praxis (BtPrax), 2001, S.10-16.
- KLIE, Thomas: Heimvertrag, Verbraucherschutz und Pflegeversicherung, in: Beiträge zum Recht der sozialen Dienste und Einrichtungen (RsDE) Heft 37, 1997, S.17-27.
- KLIE, Thomas: Heimgesetz und SGB XI – ein schwieriges Verhältnis?, in: Beiträge zum Recht der sozialen Dienste und Einrichtungen (RsDE) Heft 35, 1997, S.34-47.
- KOHTÉ, Wolfhard u.a.: Das neue Schuldrecht Kompaktkommentar, Neuwied München, Luchterhand Verlag, 2003.

- KOLLER, Ingo: Das Transparenzgebot als Kontrollmaßstab Allgemeiner Geschäftsbedingungen, in: Festschrift für Ernst Steindorf zum 70. Geburtstag, Hrsg. V. Jürgen F. Baur / Klaus J. Hopt / K. Peter Mailänder, Verlag de Gruyter, Berlin New York, 1990, S.667-686.
- KOSTORZ, Peter: Zum Verhältnis von SGB XI und Heimgesetz, in: Die Sozialgerichtsbarkeit, 2003, S.259-266.
- KÖTZ, Hein: Europäisches Vertragsrecht, Band 1 Abschluß, Gültigkeit und Inhalt des Vertrages die Beteiligung Dritter am Vertrag, Tübingen, Verlag Mohr Siebeck, 1996.
- KNOPS, Kai-Oliver: Verbraucherleitbild und situationsbezogene Unterlegenheit, in: Verbraucher und Recht (VuR), 1998, S.363-365.
- KRAHMER, Utz; Zur Gestaltung des Vertragsverhältnisses zwischen Pflegedienst und Pflegebedürftigen in der ambulanten Pflege, in: Nachrichtendienst des Deutschen Vereins (NDV), 1998, S.310-313.
- KRÜGER, Thomas: Richterliche Überprüfung von Preisklauseln in der Kreditwirtschaft, in: WM 1999, S.1402-1412.
- KUNZ, Eduard / BUTZ, Manfred / WIEDEMANN, Edgar: Kommentar zum Heimgesetz, 9.Auflage, München, Verlag C.H.Beck, 2003.
- LARENZ, Karl / CANARIS, Claus-Wielhelm: Lehrbuch des Schuldrecht Zweiter Band Besonderer Teil 2.Halbband, 13.Auflage, München, Verlag C.H.Beck, 1994.
- LEICHT Peter: Drittverbindliche Pflegesätze in der stationären Pflege? Regelungsumfang und -wirkung des §84 Abs.3 SGB XI, in: Beiträge zum Recht der sozialen Dienste und Einrichtungen (RsDE) Heft 45, 2000, S.51-66.
- LEMMER, Sabine: Die EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen und ihre Umsetzung in Deutschland und anderen Mitgliedstaaten, Diss. Bonn 1998.
- LENCKNER, Theodor u.a.: Strafgesetzbuch Kommentar, 26.Auflage des von Schönke begr. und von Schröder fortgef. Werkes, München, Verlag C.H.Beck, 2001.
- LILIE, Barbara: Medizinische Datenverarbeitung Schweigepflicht und Persönlichkeitsrecht im deutschen und amerikanischen Recht, Diss. Göttingen 1980, Göttingen Verlag Otto Schwartz, 1980.
- LIPP, Volker: Freiheit und Fürsorge: Der Mensch als Rechtsperson Zu Funktion und Stellung der Rechtlichen Betreuung im Privatrecht, HabilSchr. Mannheim 1999, Tübingen, Verlag Mohr Siebeck, 2000.
- LOCHER, Horst: Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, München, Verlag C.H.Beck, 1997.
- MARKUS, Katrin: Diskussionsbeitrag, in: Beiträge zum Recht der sozialen Dienste und Einrichtungen (RsDE) Heft 37, 1997, S.87-90.
- MICKLITZ, Hans-W.: Preistransparenz in Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Alten- und Pflegeheime, in: Verbraucher und Recht (VuR), 1998, S.291-297.
- NEUMANN, Volker / BIERITZ-HARDER, Renate: Die leistungsgerechte Pflegevergütung Heimgesetz-novelle Pflege-Qualitätssicherungsgesetz und Grundgesetz, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2002.
- OETKER, Hartmut: Dynamische Verweisungsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen als Rechtsproblem, in: Juristenzeitung (JZ), 2002, S.337-342.

- PFEIFFER, Thomas: Die Reichweite der Inhaltskontrolle nach Art.4 Abs.2 RL 93/13 EWG und §8 ABGB im Kontext der Schuldrechtsmodernisierung, in: Verbraucher und Recht (VuR), 2001, S.95-99.
- PFEIFFER, Thomas: Richtlinie 93/13/EWG des Rates über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, in: Das Recht der Europäischen Union, hrsg. von Eberhard Grabitz / Meinhard Hilf, Band III Sekundärrecht, München, Verlag C.H.Beck, Stand April 2003.
- PFEIFFER, Thomas: Der Verbraucherbegriff als zentrales Merkmal im europäischen Privatrecht, in: Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte hrsg. Von Hans Schulte-Nölke / Reiner Schulze, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999, S.21-43.
- ROSENOW, Jörg / SCHAFFENHUBER, Kai: Neues zur Transparenzkontrolle im AGB-Recht, in: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP), 2001, S.2211-2223.
- SCHAFFLAND, Hans Jürgen / WILTFANG, Noeme: Bundesdatenschutzgesetz Ergänzbare Kommentar nebst einschlägigen Rechtsvorschriften, Berlin, Erich Schmidt Verlag, Stand November 2002.
- SHELLHORN, Walter / SHELLHORN, Hellmut: Das Bundessozialhilfegesetz Kommentar für Ausbildung, Praxis und Wissenschaft, 16.Auflage, Neuwied Krieffel Berlin, Luchterhand Verlag, 2002.
- SCHMALENBERG, WERNER: Der Heimvertrag im Rahmen der Pflegeversicherung, in: Management in der Altenpflege Bd.1, hrsg. von Gabriele Junkers / Bernd Moldenhauer / Uwe Reuter, Stuttgart, Schattauer Verlagsgesellschaft, 1996, S.31-55.
- SCHMID, Michael J.: Entgelterhöhungen nach dem Heimgesetz bei Selbstzahlern, in: NJW, 1995, S.436-439.
- SCHMIDT-SALZER, Joachim: Leistungsbeschreibungen insbesondere in Versicherungsverträgen und Schranken der Inhaltskontrolle (AGB-Gesetz und EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen), in: Festschrift für Erich Brandner zum 70. Geburtstag, hrsg. von Gerd Pfeiffer / Joachim Kummer / Silke Scheuch Köln, Verlag Otto Schmidt, 1996, S.259-278.
- SCHNEEKLOTH, Ulrich: Kapazitäten und Strukturen, in: Häussler-Sczegan, Monika u.a.: Möglichkeiten und Grenzen einer selbständigen Lebensführung in Einrichtungen Integrierter Gesamtbericht zur gleichnamigen Untersuchung, hrsg. vom Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Stuttgart, Verlag W.Kohlhammer, 1998, S.35-51.
- SCHÖNBERG, Christine: Spannungsgefüge zwischen Versorgung und Selbständigkeit, in: Häussler-Sczegan, Monika u.a.: Möglichkeiten und Grenzen einer selbständigen Lebensführung in Einrichtungen Integrierter Gesamtbericht zur gleichnamigen Untersuchung, hrsg. vom Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Stuttgart, Verlag W.Kohlhammer, 1998, S.63-77.
- SCHWARZ, Stefanie: Bürgenschutz durch deutsches und europäisches Verbraucherschutzrecht, Diss. Würzburg 1999, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2000.
- STAEHLE, Ernst: Die Erhöhung des Heimkostensatz bei Altenheimen und Altenwohnheimen, in: Zeitschrift für Sozialhilfe (ZfSH erscheint jetzt unter dem Namen Sozialrecht in Deutschland und Europa ZFSH/SGB)), 1978, S.257-267.
- STOBER, Rolf: Heimgesetz, Heimvertrag und Pflegesatzerhöhung, in: Zeitschrift für Sozialhilfe (ZfSH erscheint jetzt unter dem Namen Sozialrecht in Deutschland und Europa ZFSH/SGB)), 1977, S.321-329.
- STOFFELS, Markus: AGB Recht, München, Verlag C.H.Beck, 2003.

VII

- STOFFELS, Markus: Gesetzlich nicht geregelte Schuldverhältnisse Rechtsfindung und Inhaltskontrolle, Tübingen, Verlag Mohr Siebeck, 2001.
- TAUPITZ, Jochen: Landesbericht Deutschland, in: Zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Leben -Eine internationale Dokumentation-, hrsg. von Jochen Taupitz, Berlin u.a., Springer Verlag, 2000 S.273.
- TAUPITZ, Jochen: Die mutmaßliche Einwilligung bei ärztlicher Heilbehandlung – insbesondere vor dem Hintergrund der höchstrichterlichen Rechtsprechung des BGH, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof Bd. 1 Bürgerliches Recht, hrsg. von Claus-Wilhelm Canaris und Andreas Heldrich, München, Verlag C.H.Beck, 2000, S.497-521.
- UDSCHING, Peter: SGB XI Soziale Pflegeversicherung Kommentar, 2.Auflage, München, Verlag C.H.Beck, 2000.
- ULMER, Peter u.a.: AGB-Gesetz Kommentar zum Gesetz zur Regelungen des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 9.Auflage, Köln, Verlag Dr.Otto Schmidt, 2001.
- WACKERBARTH, Ulrich: Unternehmer, Verbraucher und die Rechtfertigung der Inhaltstskontrolle vorformulierter Verträge, in: AcP 200. Band, 2000, S.45-90.
- WALTERMANN, Raimund: Sozialrecht, 3.Auflage, Heidelberg, C.F.Müller Verlag, 2002.
- WESTPHALEN v., Friedrich: AGB-Recht im Jahr 2002, in: NJW, 2003, S.1635-1641.
- WESTPHALEN v., Friedrich: AGB-Recht ins BGB - Eine erste Bestandsaufnahme, in: NJW, 2002, S.12-25.
- WIESNER, Siegfried u.a.: SGB XI Soziale Pflegeversicherung Kommentar, aus Sozialgesetzbuch Gesamtkommentar begründet von Karl Hauck, Berlin, Erich Schmidt Verlag, Stand Mai 2003.
- WOLF, Manfred / HORN, Norbert / LINDACHER, Walter F.: AGB-Gesetz Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen Kommentar, 4.Auflage, München, Verlag C.H.Beck, 1999.
- WOLF, Manfred: Vertragsfreiheit und Vertragsrecht im Lichte der AGB-Rechtsprechung des BGH, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof Bd. 1 Bürgerliches Recht, hrsg. von Claus-Wilhelm Canaris und Andreas Heldrich, München, Verlag C.H.Beck, 2000, S.111-127.

Einleitung

Die Arbeit beschäftigt sich mit Verträgen über Betreuungs- und Pflegeleistungen und deren Ausgestaltung mittels allgemeiner Geschäftsbedingungen.

Pflegebedürftige, sei es durch Krankheit oder Alter, werden zunehmend nicht mehr von ihren Angehörigen betreut.¹ Die nötigen Betreuungs- und Pflegeleistungen bei den Pflegebedürftigen zu Haus und auch stationär in Heimen bieten sowohl private gewerbliche als auch gemeinnützige Unternehmen und öffentliche Einrichtungen an. Betreuung und Pflege werden mittels privatrechtlicher Verträge zwischen den Pflegeunternehmen und den Pflegebedürftigen vereinbart. Dies ist auch der Fall (wie später noch dargestellt), wenn Pflegeleistungen durch die gesetzliche Pflegeversicherung erbracht werden. Die Verträge gestalten die Pflegeeinrichtungen mittels allgemeiner Geschäftsbedingungen aus. Wie die Praxis zeigt, ist eine angemessene Vertragsausgestaltung nicht immer der Regelfall, nicht selten werden die Pflegebedürftigen durch einzelne Vertragsklauseln unangemessen benachteiligt. Dies liegt zum einen an der gegenwärtigen Rechtslage. Pflege- und Heimverträge sind nur teilweise gesetzlich ausgestaltet, privatrechtliche Regelungen werden durch öffentliche Regelungen überformt. Zum anderen sind die Pflegebedürftigen eine besonders schutzbedürftige Gruppe von Verbrauchern. Auf Grund ihrer teilweise eingeschränkten körperlichen und geistigen Fähigkeiten können sie ihre Interessen schwer selbständig vertreten.

Meine Arbeit soll einen Beitrag leisten, ein Konzept für angemessene Vertragsgestaltungen bei Hauspflege- und Heimverträgen herauszuarbeiten. Hierdurch kann der Schutz pflegebedürftiger Verbraucher vor benachteiligenden Verträgen verbessert werden. Zugleich können die Pflegeunternehmen durch die Arbeit auch Orientierungspunkte für ihre Vertragsgestaltungen erhalten. Im Mittelpunkt soll die Frage stehen, inwieweit angemessene Vertragsgestaltungen durch die gerichtliche Überprüfung an Hand der Vorschriften über die Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse durch Allgemeine Geschäftsbedingungen (§§305ff. BGB) erreicht werden können. Es sollen Wertmaßstäbe für die Interessenabwägung im Rahmen einer Prüfung nach §307 BGB und Leitbilder für die einzelnen Pflegeverträge entwickelt werden.

Ausgehend von den vorgefundenen, heute gebräuchlichen Verträgen sollen die üblichen Vertragsmuster und -typen und die in ihnen jeweils durch allgemeine Geschäftsbedingungen geregelten Bereiche dargestellt werden. Durch die gesichteten Verträge zeichnet es sich ab, daß die Einrichtungen ein eigenes Vertragsmuster für Behindertenheimverträge, eines für Alten- und Pflegeheimverträge, eines für die Kurzzeitpflege sowie eines für die Hauspflege verwenden. Meine Arbeit berücksichtigt nicht den Bereich der Seniorenwohnungen bzw. des betreuten Wohnens außerhalb von Heimen. Hier liegen Mietverträge für speziell eingerichtete Wohnungen mit einem besonders für ältere Menschen ausgestalteten Wohnumfeld vor. Es fehlt an Betreuungs- oder Pflegeleistungen. Aus den Regelungsbereichen in den vier genannten

¹ Vgl. zur Situation in Dt. FRIEDRICHS ZFSH/SGB 2001 S.205,206f..

Vertragsmustern werde ich einzelne, für Haus- und Heimpflegeverträge typische und problematische Regelungsbereiche und Klauseln auswählen. Einige Regelungsbereiche sind schon stark durch Gesetze normiert (Heimgesetz, SGB XI, BDSG), so daß hier kaum Gestaltungsspielräume bleiben. Andere Regelungsbereiche werden auch in anderen Vertragstypen durch AGB geregelt. Für diese Klauseln werde ich in meiner Arbeit eher knapp auf die einschlägigen gesetzlichen Regelungen bzw. auf die rechtliche Praxis bei den anderen Vertragstypen eingehen. Für die anderen, nicht durch Gesetz ausgestalteten Regelungsbereiche und Klauseln aus Heim- und Pflegeverträgen will ich die Prüfungskriterien für eine Überprüfung an Hand der Vorschriften über Allgemeine Geschäftsbedingungen und Beispiele für angemessene Vertragsgestaltungen herausarbeiten.

Vor einer Prüfung nach den Vorschriften über Allgemeine Geschäftsbedingungen werde ich die für Haus- und Heimpflegeverträge relevanten öffentlich-rechtlichen Normen darstellen. Insbesondere die sich teilweise überschneidenden Normen des Heimgesetzes und des SGB XI regeln den Rahmen, innerhalb dessen eine freie vertragliche Vereinbarung und somit eine Vertragsausgestaltung durch Klauseln für die Pflegeunternehmen möglich ist. Daneben zeigen die Regelungen in diesen Gesetzen die Vorstellungen des Gesetzgebers zu Pflege und Heim auf. Zu prüfen ist, ob und inwieweit die hier genannten Vorstellungen als Leitbild für die privatrechtlichen Verträge genutzt werden können.

Der Schwerpunkt meiner Arbeit wird bei den Heimverträgen liegen. Wie die Durchsicht von veröffentlichten gerichtlichen Entscheidungen zeigt, gibt es hier die meisten Problemfelder. Dies liegt zum einen daran, daß Heimverträge typengemischte Verträge sind, die gesetzlich nicht geregelt sind. Hauspflegeverträge sind dagegen in der Regel Dienstverträge, somit im BGB geregelt. Heimverträge erfassen den gesamten Lebensbereich des Pflegebedürftigen. Anders als bei der Hauspflege erbringt das Pflegeunternehmen rund um die Uhr in seinen Räumen Leistungen an den Pflegebedürftigen. Dadurch sind die Leistungsbeziehungen intensiver und erfordern umfangreichere Regelungen.

A. Typische Vertragsgestaltungen und Klauseln

I. Gebräuchliche Vertragsmuster

1. Einteilung

Die Sichtung der von den Pflegeunternehmen verwendeten Verträge ergibt, dass die Unternehmen jeweils ein Vertragsmuster für ihre Heimverträge, eines für die stationäre Kurzzeitpflege sowie eines für die Hauspflege verwenden. Bei den Heimverträgen kann zwischen Verträgen für Behindertenheime und Altenheime unterschieden werden. Obwohl beide Verträge ähnlich gestaltet sind, ergeben sich Unterschiede bei den Leistungen und auch in der Ausgestaltung einiger AGB. Begründet ist dies zum einen durch die unterschiedlichen Bedürfnisse der jeweiligen Gruppe von Heimbewohnern. Zum anderen unterscheiden sich zumeist auch die Kostenträger. Behindertenheime betreuen Heimbewohner aller Altersstufen, im Vordergrund steht Therapie statt Pflege, ein großer Anteil der Heimbewohner geht einer Beschäftigung nach. Das Heim betreut die Bewohner zumeist in Wohngruppen, deren Zusammensetzung entsprechend den therapeutischen Notwendigkeiten wechseln kann. Ein Teil der Heimbewohner wird in gewissem Umfang auch von ihren Familien betreut, insbesondere an den Wochenenden. Der Kostenträger ist, sofern die Heimbewohner nicht Selbstzahler sind, zumeist der Träger der Sozialhilfe. Im Unterschied dazu betreuen Altenheime ältere Menschen, die nicht mehr berufstätig sind. Im Vordergrund der Leistungen der Heime stehen Betreuung, Versorgung und Pflege. Der Kontakt zur Familie ist in der Gesamtzahl weniger intensiv als dies in Behindertenheimen der Fall ist. Der wichtigste Kostenträger ist im Unterschied zu den Behindertenheimen die Pflegekasse. Die Heimbewohner leben in ihren vertraglich festgeschriebenen Zimmern.

2. Heimverträge

a) Vertragstyp

Einen eigenständigen zivilrechtlichen Vertragstyp Altenheimvertrag bzw. Heimvertrag gibt es im BGB nicht. Auch das Heimgesetz, welches in §5 I S.1 HeimG den Abschluss eines Heimvertrages zwischen dem künftigen Bewohner und dem Träger der Pflegeeinrichtung vorschreibt, gestaltet den Inhalt dieses Vertrages nur lückenhaft aus. Das 1974 in Kraft getretene Heimgesetz¹ ordnete zwar an, dass zwischen dem Heimträger und dem künftigen Heimbewohner ein Heimvertrag abzuschließen ist. Jedoch enthielt das Heimgesetz damals keinerlei Regelungen zu dem Inhalt dieses Vertrages. Es normierte nur eine spezielle öffentlich-rechtliche Gewerbeordnung für die Heimträger. Erst mit der Novellierung durch das Erste Gesetz zur Änderung des Heimgesetzes vom 22. April 1990² wurden Regelungen über die Form und die Kernbestandteile des Heimvertrages eingefügt.

Die Einführung der gesetzlichen Pflegeversicherung 1994 und die Regelung der Leistungsbeziehungen zwischen den Trägern der sozialen

¹ BGBl I 1974 S.1873.

² BGBl I 1990 S.758.

Pflegeversicherung und den Pflegeeinrichtungen im SGB XI überformte die bestehenden vertraglichen Regelungen im Heimgesetz. Die Pflegekassen bzw. ihre Landesverbände vereinbarten für ihre Leistungsberechtigten direkt mit den Heimträgern bzw. deren Verbänden die für den Heimvertrag relevanten Leistungen und Entgelte, sowohl für die Pflegeleistungen als auch für von den Heimbewohnern selbst zu tragende Leistungen (Unterkunft und Verpflegung). Die Heimträger sind zugleich gegenüber den Pflegekassen verpflichtet, bei ihren Entgeltvereinbarungen nicht zwischen Versicherten der sozialen Pflegeversicherung und Selbstzahlern zu differenzieren. Ein eingefügter Paragraph (§4e a.F. HeimG) schränkte die Geltung einiger vertragsgestaltender Normen des Heimgesetzes für Leistungsbezieher der sozialen Pflegeversicherung ein. Jedoch erst das Dritte Gesetz zur Änderung des Heimgesetzes vom 5. November 2001³ passte die bestehenden vertragsrechtlichen Regelungen des Heimgesetzes an die Veränderungen durch die soziale Pflegeversicherung an. Zugleich erweiterte es die Regelungen zum Inhalt des Heimvertrages. Jedoch bleiben die Regelungen weiter unvollständig.⁴

Auch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz 2002 hat den Heimvertrag nicht ins BGB aufgenommen. Zum einen wollte der Gesetzgeber die wichtigen Schutzregelungen für die Heimbewohner (Heimvertrag und Heimaufsicht) an einem Ort geregelt wissen. Auch auf Grund der Überschneidungen zum Sozialrecht sind die Vertragsregelungen im Heimgesetz besser aufgehoben. Der Heimvertrag ist auf Grund der Überformung durch die Regelungen des SGB XI ein Vertrag, bei dem die Hauptleistungen gerade nicht von Vertragsparteien vereinbart werden. Somit stünden wesentliche Regelungen nicht im BGB, sondern ergeben sich erst über Verweisungen.

Altenheimverträge sind gesetzlich nicht (vollständig) geregelte typengemischte Verträge. Sie enthalten in unterschiedlicher Zusammensetzung in der Hauptsache Elemente des Mietvertrages und des Dienstvertrages.⁵ Nach weitverbreiteter Ansicht unterscheidet man bei typengemischten Verträgen u.a. zwischen der Typenkombination (in Form des Vertrages mit mehrfachtypischer Leistung) und der Typenverschmelzung. Bei der Typenkombination besteht die Hauptleistung aus mehreren Elementen, die verschiedenen gesetzlich geregelten Vertragstypen entsprechen. Zur Feststellung, welche Normen für den einzelnen Vertrag anzuwenden sind, führt bei einer Typenkombination hauptsächlich die Kombinationsmethode zu einem Ergebnis. Die verschiedenen Leistungselemente sind zu trennen und hierauf je gesondert die für den entsprechenden Typ geltenden Normen anzuwenden. Bei der Typenverschmelzung gibt es eine einzige Hauptleistung, die ihrer Art nach zwischen verschiedenen Vertragstypen steht. Für diese Verträge passt besser die Absorptionsmethode. Die Normen des dominierenden Vertragstyps sind auf den gesamten Vertrag anzuwenden.⁶

³ BGBl I 2001 S.2960.

⁴ Vgl. zur Entwicklung des HeimG: KUNZ HeimG Einführung und IGL Wohnen im Heim S.481ff..

⁵ BASSENGE Palandt BGB Einf v 535 Rdnr.35; KUNZ HeimG §5 Rdnr.10; GITTER HeimG §4 III.2.b.

⁶ LARENZ SR II/2 §63 I.; BASSENGE Palandt BGB Überbl v §311 Rdnr.24ff.; GITTER HeimG §4 III.2.b.

Nach einer Ansicht stellen Altenheimverträge in der Regel eine Typenkombination dar. Es gilt der Vorrang der Kombinationsmethode, jedoch z.B. hinsichtlich der Regelungen zur Kündigung die Absorptionsmethode.⁷ Nach anderer Ansicht sind Heimverträge eher Typenverschmelzungen. Der dominierende Vertragstyp (Schwerpunkt) ist je nach ihrer Ausgestaltung wechselnd.⁸ Jedoch ist eine generelle Einordnung nicht möglich. Es kommt immer auf den konkreten Leistungsinhalt und die konkrete Vertragsgestaltung an.⁹

Die Auseinandersetzung über den Vertragstyp des Altenheimvertrages war vor dem Ersten Änderungsgesetz des Heimgesetzes bis 1990 entscheidungsrelevant, wenn es um die Wirksamkeit von Entgelterhöhungen oder von Kündigungen ging. Es war strittig, ob und welche mietrechtlichen oder dienstrechtlichen Kündigungsvorschriften auf diese in dem damaligen Heimgesetz noch unregulierten Vertragselemente anzuwenden waren.¹⁰

In der Literatur wird das Angebot der Alteneinrichtungen nach der Zusammensetzung der einzelnen Elemente der erbrachten Leistungen in Altenpflegeverträge, Altenheimverträge und Altenwohnheimverträge eingeteilt. Bei Altenpflegeverträgen kommen zur Unterkunft regelmäßige pflegerische und hauswirtschaftliche Leistungen. Hier ist die Unterkunft eine Voraussetzung für die Pflege. Der wirtschaftliche Schwerpunkt bei diesen Plätzen liegt mehr auf den dienstvertraglichen Elementen. Bei Altenheimverträgen erbringt das Heim neben der Unterkunft in der Hauptsache regelmäßige hauswirtschaftliche Leistungen. Bei Altenwohnheimverträgen bietet das Heim neben der Unterkunft nur optionale hauswirtschaftliche Versorgungsleistungen an. Der wirtschaftliche Schwerpunkt liegt bei letztgenannten Verträgen auf den mietvertraglichen Elementen.¹¹

Abzugrenzen von Altenwohnheimverträgen sind die verschiedenen Verträge über betreutes Wohnen bzw. über die Altenwohnung. Hier liegen allgemein Mietverträge für speziell eingerichtete Wohnungen vor, zu denen ein für die Bedürfnisse älterer Menschen besonders ausgestaltetes Wohnumfeld gehört. Der Vermieter erbringt selbst keine Verpflegungs- oder Pflegeleistungen, allenfalls nur geringe Betreuungsleistungen und verpflichtet auch grundsätzlich nicht seine Vertragspartner, solche Leistungen von bestimmten Dritten anzunehmen.¹² Solche Verträge sollen nicht dem Anwendungsbereich des Heimgesetzes unterfallen, da es an der besonderen Abhängigkeit des Bewohners vom Vermieter fehlt. Die Abhängigkeit ist hier nicht höher als dies bei anderen Wohnungsmietern. Problematisch ist die Abgrenzung, wenn der Vermieter selbst oder durch Dritte in gewissem Umfang Betreuungsleistungen erbringt oder

⁷ LARENZ/CANARIS SR II/2 §63 II.; BASSENGE Palandt BGB Einf v §311 Rdnr.21,25f..

⁸ GITTER HeimG §4 a.F. III.2.b) mit ausführlicher Begründung warum Typenverschmelzung vorliegt; KUNZ HeimG §5 Rdnr.10; STAEHLE ZfSH 1978 S.257.

⁹ DAHLEM HeimG §5 Rdnr.4.

¹⁰ STAEHLE ZfSH 1978 S.257; STOBER ZfSH 1977 S.321; vgl. zur Anwendbarkeit des MHRG auf einen Altenheimvertrag: BGH v. 29.10.1980 NJW 1981 S.341; einen knappen Überblick zum damaligen Streit bei DRETTMANN Rdnr.1.

¹¹ KUNZ HeimG §1 Rdnr.4ff., §5 Rdnr.11; SCHNEEKLOTH S.35; SCHMALENBERG S.33.

¹² KUNZ HeimG §1 Rdnr.14,15; CRÖSSMANN HeimG §1 Rdnr.9; vgl. auch Sträßner in Vorbemerkungen zum Urteil LAG Nürnberg PfIR 2001 S.203.

sicherstellt. Anhaltspunkte für die Abgrenzung der Verträge über betreutes Wohnen gegenüber der Einordnung von Verträgen als Heimverträge sind, ob der Vermieter mehr als nur geringfügige Betreuungs- und Versorgungsleistungen zur Verfügung stellt oder vorhält, ob die Wohnanlage über Gemeinschafts- und Therapieräume verfügt, ob Angebote zur Tagesstrukturierung vom Vermieter gemacht werden.¹³ Es führt nicht zur Anwendung des Heimgesetzes, wenn ein Vermieter von Wohnraum durch Verträge mit Dritten ein Angebot an Betreuungs- und Versorgungsleistungen sicherstellt. Dies gilt auch, wenn er hierfür ein im Verhältnis zum Mietzins geringfügiges Entgelt erhält. Dies wird nunmehr in §1 II HeimG klargestellt. Die Klarstellung soll der bisherigen Rechtsprechung, die schon bei Vorhaltung geringfügiger Betreuungsleistungen die Anwendung des Heimgesetzes annahm, entgegenreten.¹⁴

Trotz der oben dargestellten Einteilung verwenden die Heime, auch wenn sie alle drei Typen von Heimplätzen anbieten, für alle Verträge nur ein Vertragsmuster. Die Differenzierung der Verträge erfolgt allein über den Umfang der zu erbringenden Leistungen. Gründe für ein einheitliches Vertragsmuster ergeben sich zum einen aus dem Schutzbedürfnis des Heimbewohners. Der Heimbewohner gibt regelmäßig bei der Aufnahme ins Heim seinen bisherigen Lebensmittelpunkt auf und begründet dauerhaft im Heim seinen neuen Lebensmittelpunkt. Dort will er seinen Lebensabend verbringen. Er hat daher ein Interesse an einer weitgehenden Absicherung, und er will bei seinem Eintritt ins Heim umfassend die Zukunft regeln. Er will nicht bei jeder Änderung seines Bedarfs an Betreuungs- und Pflegeleistungen mit einem neuen Vertragswerk bzw. neuen Vertragsverhandlungen konfrontiert werden. Zum anderen ist auch die Pflegeeinrichtung an einem einheitlichen Vertragsmuster interessiert. Eine scharfe Abgrenzung zwischen Wohn-, Heim- und Pflegeplätzen nach Art der Leistung ist ihr nicht möglich, die Übergänge sind veränderlich und fließend. So sind z.B. Pflegebedürftige in allen Einrichtungsarten zu finden. Daneben verringert ein einziges Vertragsmuster den Verwaltungsaufwand der Pflegeeinrichtung. Das Konzept des Heimgesetzes unterstützt die Verwendung einheitlicher Vertragsmuster. Der Heimvertrag ist auf unbestimmte Dauer angelegt (§8 I HeimG). Eine Kündigung ist für die Pflegeeinrichtung nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes möglich (§8 III HeimG). Die Änderung des Gesundheitszustands des Heimbewohners und sein veränderter Leistungsbedarf sind für sich keine wichtigen Gründe für eine Kündigung. Die Pflegeeinrichtung soll ihre Leistungen an den veränderten Bedarf des Heimbewohners anpassen und entsprechend den bestehenden Heimvertrag ändern (§6 I HeimG). Nur wenn durch die Veränderung des Gesundheitszustandes eine fachgerechte Betreuung im Heim nicht mehr möglich ist, dann liegt ein wichtiger Grund für eine Kündigung vor (§8 III Nr.2 HeimG). Zumeist wird der Heimbewohner schon bei Abschluss des Heimvertrages auf die Möglichkeiten der Betreuung bei

¹³ GITTER HeimG §1 III 3. und V..

¹⁴ Siehe Begründung zum 3.ÄnderungsG Heimgesetz: BT-Drucks. 14/5399 S.18,19; vgl. zum Anwendungsbereich HeimG vor Änderung durch 3.ÄnderungsG: OLG Brandenburg ZfS/SGB 2000 S.164.

Verschlechterung seines Gesundheitszustands geachtet und die Sicherstellung der Betreuung und Pflege vereinbart haben.¹⁵

Im übrigen entsprechen Heime mit Betreuungsstrukturen besser den Interessen ihrer Heimbewohner. Spezielle, allein auf pflegebedürftige Menschen ausgerichtete Einrichtungen führen zu einer Verringerung der Lebensqualität für die Bewohner.¹⁶ Ebenfalls wichtig ist die Möglichkeit für einen potentiellen Heimbewohner relativ zeitig aber selbstgeplant in ein Heim einzutreten. Im Gegensatz zu einem kurzfristigen Heimeintritt wegen Pflegebedürftigkeit oder nach einem Krankenhausaufenthalt steigt dadurch die Wahrscheinlichkeit der Zufriedenheit mit dem selbstgewähltem Leben im Heim.¹⁷ Die Möglichkeit hierzu bieten auch nur Heime mit gemischten Betreuungsstrukturen.

b) Regelungsbereiche

Der Inhalt der Altenheimverträge setzt zum einen die gemäß §9 HeimG zwingenden Vorschriften des Heimgesetzes um:

1.- Die zu erbringenden Leistungen (Unterbringung, Verpflegung, Beratung und soziale Betreuung, Pflege, Zusatzleistungen, Leistungen Dritter) sind in den Verträgen einzeln zu beschreiben und die jeweiligen Entgelte gesondert anzugeben (§5 III HeimG). Art, Inhalt und Umfang der Leistungen sowie die jeweiligen Entgelte müssen, so §5 V S.1 HeimG, bei Leistungsempfängern der sozialen Pflegeversicherung den im Siebten und Achten Kapitel oder den aufgrund des Siebten und Achten Kapitels des SGB XI getroffenen Regelungen entsprechen.

Das Siebte und Achte Kapitel des SGB XI normieren keine konkreten Vorgaben für die Leistungen und Entgelte. Vielmehr regeln sie, geprägt durch das Sachleistungsprinzip, die Beziehungen zwischen den Pflegekassen und den Pflegeeinrichtungen. Sie schreiben den Abschluss verschiedener kollektiver Vereinbarungen zwischen den Verbänden der Pflegekassen und der Pflegeeinrichtungen vor und regeln hierfür das Verfahren, deren allgemeinen Inhalt und die zu berücksichtigenden Grundsätze. Diese Kollektivvereinbarungen enthalten die auf Grund des Siebten und Achten Kapitels getroffenen Regelungen. Bezweckt ist, durch diese Vereinbarungen über Leistungen und Entgelte eine einheitliche Versorgung der Pflegebedürftigen sicherzustellen und die Heimbewohner zu schützen. Der Verweis des §5 V S.1 HeimG sichert ab, dass diese leistungserbringungsrechtlichen Vereinbarungen nicht durch die Heimverträge unterlaufen werden.¹⁸ Die Landesverbände der Pflegekassen einerseits und die Landesverbände der Pflegeunternehmen andererseits vereinbaren Rahmenverträge nach §75 SGB XI. Hier regeln sie insbesondere den Inhalt der Pflegeleistungen unterteilt nach allgemeinen Pflegeleistungen, Unterkunft, Verpflegung und Zusatzleistungen. Die einzelnen Einrichtungen werden durch die zwischen den Pflegeeinrichtungen und den Landesverbänden der Pflegekassen abgeschlossenen Versorgungsverträge (§72 SGB XI)

¹⁵ KEMPER RsDE 37 S.39,41; SCHNEEKLOTH S.35,36 und S.42; CRÖSSMANN HeimG §4b Rdnr.2.1 zu Abs.1 u. zu Abs.3; siehe auch KUNZ HeimG §8 Rdnr.1.

¹⁶ CRÖSSMANN HeimG S.19.

¹⁷ SCHÖNBERG S.63 u.64

¹⁸ GITTER HeimG §4 a.F. I.; BLOCH §20 Rdnr.66.

zugelassen. Diese Verträge bestimmen innerhalb der Vorgaben der Rahmenverträge die von den einzelnen Einrichtungen zu erbringenden Leistungen. Die jeweiligen Entgelte für Pflegeleistungen, Unterkunft und Verpflegung setzen in den Vergütungsvereinbarungen (Pflegesatzvereinbarungen) nach §85 SGB XI die Träger der Pflegeheime und die Pflegekassen bzw. die von ihnen gebildeten Arbeitsgemeinschaften fest.¹⁹ Nur im Bereich der Zusatzleistungen können Heime mit den Heimbewohnern die Entgelte selbst vereinbaren. Daneben schließen die Spitzenverbände der Pflegekassen mit den Vereinigungen der Träger der Pflegeeinrichtungen auf Bundesebene Qualitätsvereinbarungen nach §80 SGB XI ab.²⁰ Ab Januar 2004 ist für alle Pflegeeinrichtungen normiert, dass sie zusammen mit den Pflegesatzvereinbarungen Leistungs- und Qualitätsvereinbarungen nach §80a SGB XI abschließen.²¹

Bei Verträgen mit Sozialhilfeempfängern, so §5 VI HeimG, müssen Leistungen und jeweilige Entgelte den auf Grund des 7. Abschnitts des BSHG getroffenen Vereinbarungen entsprechen. Auch die Träger der Sozialhilfe schließen mit den vorhandenen Einrichtungen, durch welche sie ihre Leistungspflicht als Sachleistungen erfüllen, nach §93 I, II BSHG Vereinbarungen (Leistungs- und Vergütungsvereinbarungen). Diese Vereinbarungen richten sich bei Pflegeeinrichtungen, die durch einen Versorgungsvertrag nach §72 SGB XI zugelassen sind, bei Art, Inhalt und Umfang der Leistung für Pflege, Unterkunft und Versorgung sowie der Vergütung nach den Vorschriften des Achten Kapitels des SGB XI (§93 VII BSHG). Gemeint sind die Vergütungsvereinbarungen (Pflegesatzvereinbarungen), an denen die Träger der Sozialhilfe als Vertragspartei mitwirken (§85 II Nr.2 SGB XI). Auch an den Verhandlungen über die Rahmenvereinbarungen nach §75 SGB XI und dem Abschluss der Versorgungsverträge nach §72 SGB XI werden die Träger der Sozialhilfe beteiligt, da hieran die Vergütungsvereinbarungen (Pflegesatzvereinbarungen) anknüpfen. Die Versorgungsverträge schließen die Pflegekassen im Einvernehmen mit den überörtlichen Trägern der Sozialhilfe ab (§72 I S.1 SGB XI). Bei den Rahmenverträgen nach §75 SGB XI sind die Träger der Sozialhilfe zu beteiligen (§75 I S.3 SGB XI).²²

Die Entgelte müssen im Verhältnis zu den Leistungen angemessen sein. Sie sind für alle Heimbewohner einheitlich zu bemessen (§5 VII HeimG). Eine Differenzierung ist damit auch für Heime, die keine Versorgungsverträge mit den Pflegekassen abgeschlossen haben, nicht zulässig. Für Heime mit einem Versorgungsvertrag gilt ein Differenzierungsverbot schon nach §84 III, IV und §87 S.3 SGB XI. Hier gelten auch für Selbstzahler die mit den Pflegekassen vereinbarten Entgelte.²³

¹⁹ Zu Einzelheiten der Entgeltvereinbarungen mit den Pflegekassen siehe BRÜNNER Diss. S.58ff..

²⁰ Zu Einzelheiten siehe: BLOCH §20u.21; JÖRG RsDE 37 S.46ff..

²¹ Eine grafische Übersicht zu den Vertragsbeziehungen Pflegekassen und Pflegeeinrichtungen nach dem SGB XI ist in GITTER SozialR §15 Rdnr.8 zu finden..

²² Zu Einzelheiten siehe: SCHELLHORN BSHG §93 Rndr.57ff..

²³ Zu Einzelheiten des Differenzierungsverbots vgl. BRÜNNER ZFSH/SGB 2000 S.590 und BRÜNNER Diss. S.122ff..

Einen weiteren Teil des Vertragsinhalts gibt das Heimgesetz vor.

2.- Es sind in den Heimverträgen Regelungen über die Erstattung ersparter Aufwendungen bei Abwesenheit des Heimbewohners zu treffen (§5 VIII HeimG).

3.- Weiter regeln die Heimverträge im Rahmen der zwingenden Vorgaben des Heimgesetzes die Pflicht des Heimträgers, seine Leistungen und die Verträge an den Gesundheitszustand des Heimbewohners und an seinen Betreuungsbedarf anzupassen. Zugleich können die Heimträger in ihren Heimverträgen die Möglichkeit einer einseitigen Entgeltanpassung entsprechend der angepassten Leistung vereinbaren (§6 I HeimG).

4.- Geregelt werden die Möglichkeiten und die Grundlagen für Entgelterhöhungen (§7 HeimG), die unter bestimmten Voraussetzungen auch durch einseitige Erklärung des Heimträgers erfolgen können (§7 I HeimG).

5.- Vereinbart werden die Einzelheiten zur Vertragsdauer sowie Kündigungsfristen bzw. Kündigungsmöglichkeiten (§8 HeimG). Die Heimverträge sind grundsätzlich auf Dauer angelegt und können von den Heimen nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes gekündigt werden.

6.- Oftmals werden auch Vereinbarungen über Kautionszahlungen getroffen (§14 II HeimG).

Ohne an Vorgaben des Heimgesetzes gebunden zu sein, regeln die meisten Altenheimverträge:

1.- die Fälligkeit des Entgelts und die Zahlungsmodalitäten.

2.- Sie regeln Einzelheiten im Zusammenhang mit der Überlassung eines bestimmten Zimmers. Dies sind die Übergabe, der Gebrauchsumfang, die Möglichkeiten der eigenen Ausgestaltung und Möblierung des Zimmers sowie die Möglichkeiten der Nutzung des Zimmers durch Dritte bzw. die Möglichkeiten der Übernachtung von Gästen. Es werden Einzelheiten zu Renovierungen und der Rückgabe des Zimmers, die Voraussetzungen für einen Zimmerwechsel und der Umfang von Zutrittsrechten für die Heimmitarbeiter geregelt.

3.- Daneben werden auch Details über die Nutzung der Einrichtungen des Heimes, Fragen der Heimordnung sowie Möglichkeiten der Tierhaltung geregelt.

4.- Es erfolgen Regelungen zu Fragen der Haftung bei der Erbringung der vereinbarten Leistung und auch für die eingebrachten Sachen des Bewohners.

5.- Geregelt werden die Angelegenheiten des Datenschutzes, der Umfang der Datennutzung und Datenverarbeitung.

6.- In vielen Altenheimverträgen geben die Heimbewohner Einwilligungen zur Pflege und Arztbehandlung ab.

7.- Weiterhin regeln die Heimverträge die Abwicklung des Vertrages im Todesfall sowie Fragen zum Nachlass.

8.- Die Mehrzahl der Verträge enthält darüber hinaus Schriftformklauseln und Regelungen für den Fall, dass Klauseln unwirksam sind.

3. Verträge für stationäre Kurzzeitpflege

Für ihre Kurzzeitpflege verwenden die Heime, sofern sie Kurzzeitpflege anbieten, gesonderte Vertragsmuster. Regelungen erfolgen hier in geringerem Umfang im Vergleich zu den auf Dauer angelegten Altenheimverträgen. Mit dem Zweiten Gesetz zur Änderung des Heimgesetzes 1997²⁴ ist die Kurzzeitpflege in den Anwendungsbereich des Heimgesetzes einbezogen. Jedoch sind einige Regelungen des Heimgesetzes zum Vertragsinhalt für Verträge über stationäre Kurzzeitpflege ausgenommen oder modifiziert. So gelten nach §1 III HeimG die §§6,7 HeimG hier nicht. §8 IX HeimG modifiziert die allgemeinen Kündigungsregeln. In §5 IV HeimG erfolgt eine spezielle Bestimmung zum Leistungsumfang für die Kurzzeitpflege. Auch hier bestimmen bei Leistungsempfängern der sozialen Pflegeversicherung die gemäß dem Siebten und Achten Kapitel des SGB XI zwischen Pflegeeinrichtungen und Pflegekassen vereinbarten Regelungen die Leistungen und das Entgelt.

Neben der Leistungsbeschreibung und der Angabe der Entgelte treffen die Verträge zumeist Regelungen über die Zahlungsmodalitäten, über die Vertragsdauer sowie die Kündigungsmöglichkeiten und –fristen (§8 IX HeimG), über die Haftung und den Datenschutz, sowie Regelungen zu Pflege und ärztlicher Behandlung und über das Verfahren zur Rückverlegung.

4. Hauspflegeverträge

Während die Vertragsmuster der einzelnen Heimverträge zumeist speziell für das jeweilige Heim entworfen sind, nutzen die Pflegeunternehmen bei Verträgen über häusliche Pflege zumeist Vertragsmuster, die deutschlandweit von Verlagen oder Softwarefirmen vertrieben werden. In §120 I n.F. SGB XI werden für den Bereich der sozialen Pflegeversicherung einige Anforderungen an den Vertrag normiert. Es sind die Ausfertigung des Pflegevertrages, Anforderungen an die Leistungsbeschreibung und eine fristlose Kündigungsmöglichkeit für den Pflegebedürftigen in den ersten zwei Wochen geregelt. Weitere inhaltliche Anforderungen bestehen nicht.

II. Problematische Regelungsbereiche

1. Klauseln zur Leistungsbeschreibung und zu Entgelten

Nicht im Mittelpunkt der folgenden Untersuchung werden Klauseln zur Leistungsbeschreibung und zu den jeweiligen Entgelten bzw. zu der Möglichkeit von Entgelterhöhungen stehen. In diesem Bereich haben die Vertragspartner der Heim- und Pflegeverträge auf Grund der Regelungen des SGB XI nur sehr geringe Gestaltungsspielräume. Wie oben angesprochen, müssen gemäß §5 V HeimG in Verträgen mit Personen, die Leistungen der sozialen Pflegeversicherung in Anspruch nehmen, Art, Inhalt und Umfang der Leistungen

²⁴ BGBl I 1997 S.158.

und der jeweiligen Entgelte den Regelungen des Siebten und Achten Kapitels des SGB XI entsprechen. Die jeweiligen Entgelte für Pflegeleistungen, Unterkunft und Verpflegung werden in den Vergütungsvereinbarungen (Pflegesatzvereinbarungen) nach §85 SGB XI bestimmt. Entgelterhöhungen sind nur wirksam, wenn sie den neu vereinbarten Vergütungsvereinbarungen (Pflegesatz) entsprechen (§7 IV S.1 HeimG). Die Frage, ob die neu vereinbarten Pflegesätze unmittelbar, das heißt ohne eine Entgelterhöhung nach den Modalitäten des §7 I-III HeimG, für das Vertragsverhältnis wirksam werden²⁵ oder eine Erhöhungserklärung (§7 II S.2 HeimG) des Heimes erforderlich ist²⁶, bedarf nicht dringend der Klärung. Ist eine Erhöhungserklärung nötig, so liegen die Voraussetzungen für eine Entgelterhöhung auf Grund der neuen Pflegesatzvereinbarung vor. Berechnungsgrundlage für die Heimentgelte sind die mit den Pflegekassen getroffenen Pflegesatzvereinbarungen. Diese verändern sich. Die Erhöhung dürfte auch angemessen sein, da die Pflegekassen nach dem Konzept des Gesetzgebers bei den Pflegesatzvereinbarungen als Sachverwalter ihrer Versicherten auftreten. Aus diesen Grund vereinbaren sie auch die Vergütung für die von ihnen nicht zu erbringenden Leistungen Unterkunft und Verpflegung.²⁷

Mittelbar gelten diese Regelungen auch für Verträge mit Selbstzahlern. §84 III, IV und §87 Satz 3 SGB XI verpflichtet den Heimträger gegenüber der Pflegekasse, keine Differenzierung in seiner Preisgestaltung nach Kostenträgern vorzunehmen.²⁸ Freiere Gestaltungsräume bei Leistungsbestimmung und Entgeltregelungen im Rahmen der Vorgaben des Heimgesetzes verbleiben allein Heimen, die keine Versorgungsverträge mit den Pflegekassen abgeschlossen haben. Sie sind dann nicht zur Versorgung von Leistungsempfängern der sozialen Pflegeversicherung zugelassen und können nur Selbstzahler oder privat Pflegeversicherte aufnehmen. Jedoch können auch solche Heime nicht in ihrer Preisgestaltung zwischen einzelnen Heimbewohnern differenzieren. §5 VII S.2 HeimG verpflichtet den Heimträger, die Entgelte für alle Bewohner nach einheitlichen Grundsätzen zu bemessen. Rationelles unternehmerisches Handeln, im Fall nur teilweise ausgelasteter Heimplätze die Entgelte für neue Bewohner zu reduzieren, ist somit nicht möglich.²⁹ Sowohl Heim als auch der potentielle Heimbewohner müssen sich hinsichtlich Leistung und Entgelt den jeweiligen Vereinbarungen mit den Pflegekassen unterwerfen.³⁰

²⁵ So zu der Fassung des HeimG bis zum 3. ÄnderungsG: KLIE RsDE 35 S.34,36; GAISER NJW 1999, S.2311,2315; BRÜNNER ZFSH/SGB 2000 S.592.

²⁶ So eher die Systematik der aktuellen Fassung des §7 HeimG: Im Gegensatz zur Fassung vor dem 3. ÄnderungsG ist die Geltung der Regelungen zur Entgelterhöhung nicht mehr für Leistungsempfänger der sozialen Pflegeversicherung ausgeschlossen (so früher §4e a.F. HeimG). Zusätzlich den Voraussetzungen für Entgelterhöhungen nach §7 I-III HeimG stellt §7 IV HeimG eine weitere Voraussetzung für Entgelterhöhungen bei Leistungsempfängern der sozialen Pflegeversicherung auf. Bei diesen Personen ist eine Entgelterhöhung nur wirksam, wenn das erhöhte Entgelt den Vergütungsvereinbarungen entspricht..

²⁷ Siehe Begründung zum PflegeversicherungsG: BT-Druck 12/5262 S.168.

²⁸ Vgl.: UDSCHING SGB XI vor §§82-92 Rdnr.8; GITTER HeimG §4e a.F. I.; LEICHT RsDE 45 S.51,57ff..

²⁹ GIESE RsDE 48 S.59.

³⁰ GIESE RsDE 48 S.58; vgl. auch NEUMANN S.42ff; zu Problemen mit den Rahmenverträgen auch GRIEP RsDE 48 S.72,85. .

Zu untersuchen wäre jedoch zum einen, ob Vertragsklauseln, die dynamisch auf die jeweils gültigen Vereinbarungen mit den Pflegekassen verweisen, ausreichend sind. Durch solche Verweise schlägt jede Änderung dieser Vereinbarungen mit den Pflegekassen unmittelbar auf den privatrechtlichen Heimvertrag durch, ohne dass der Heimbewohner hierauf Einfluss nehmen kann. Der Umfang der Leistungsänderung ist für ihn nicht im voraus erkennbar. Das Interesse der Heimbewohner an einem gleichbleibenden Leistungsumfang ohne Änderungen zu seinen Lasten wird beeinträchtigt. Das Problem ist hier, dass der Gesetzgeber im Heimgesetz ein privatrechtliches Vertragsrecht für Heimverträge geschaffen hat. Andererseits hat er durch seine Regelungen zum Pflegeversicherungsrecht den Kern der Privatautonomie, Leistung und Gegenleistung frei zu vereinbaren, bei Heimverträgen mit Leistungsempfängern der Pflegeversicherung ausgeschaltet. Art, Umfang und Inhalt der Leistungen sowie die jeweiligen Entgelte werden von den Pflegekassen und Sozialhilfeträgern, bzw. ihren Verbänden, einerseits, sowie den Verbänden der Heimträger andererseits, regelmäßig ausgehandelt. Die Heimträger sind an diese Vereinbarungen gebunden. Sie versuchen, über solche Verweisklauseln ihre Verpflichtungen umzusetzen und zur Vereinfachung ihrer betrieblichen Organisation eine einheitliche Leistungserbringung an alle ihre Vertragspartner sicherzustellen. Ohne eine dynamische Verweisung würde der Leistungsumfang für die einzelnen Heimbewohner unterschiedlich von den jeweils bei Vertragsschluss gültigen Vereinbarungen mit den Pflegekassen abhängen.³¹

Zum anderen können die Klauselgestaltungen hinsichtlich der Zusatzleistungen untersucht werden. Im Bereich der Zusatzleistungen bleiben den Pflegeeinrichtungen in begrenztem Umfang eigene Gestaltungsspielräume.³² Zusatzleistungen sind Leistungen, die über die notwendigen Leistungen für Pflege, Unterkunft und Betreuung hinausgehen. In den Rahmenverträgen nach §75 SGB XI werden diese Leistungen nur gegenüber den Leistungen der Pflege, Unterkunft und Versorgung abgegrenzt, nicht jedoch im einzelnen festgesetzt (§§75 II Nr.1, 88 I SGB XI).³³ So können die Heime selbst bestimmen, ob und welche Zusatzleistungen sie anbieten. Sie regeln in ihren AGB ihre Rechte, Zusatzleistungen zu erweitern oder einzuschränken, wie eine Vereinbarung über die regelmäßige Inanspruchnahme von Zusatzleistungen zustande kommt und die Möglichkeiten der Kündigung durch den Heimbewohner.

2. Geregelte oder bekannte Regelungsbereiche

Die Arbeit wird sich weniger mit den Klauseln zu Regelungsbereichen, welche im Heimgesetz schon detailliert normiert sind, beschäftigen. Dies sind Klauseln

³¹ In der Literatur kaum Darstellung zu dieser Problematik nur: GITTER HeimG §4 a.F. III.3.b) zu Verweisungen auf Pflegesatzvereinbarungen; siehe auch dazu, ob Verweisungen auf Rechtsvorschriften dem Transparenzgebot entsprechen: BASEDOW VersR 1999 S.1045,1051.

³² Vgl. hierzu GRIEB RsDE 40 S.1,5.

³³ Zu Einzelheiten siehe: UDSCHING SGB XI §88 Rdnr.3-5; KLIE LPK SGB XI §88 Rdnr.4; KLIE Pflegevers. Lexikon S.100.

zur Vertragsdauer oder Kündigungsklauseln. Hier können einzig Probleme bei Regelungen in AGB auftreten, welche wichtige Gründe für eine Kündigung durch das Heim festsetzen. Wichtige Gründe für eine Kündigung durch das Heim werden in §8 III HeimG nicht abschließend aufgezählt.

Keine Berücksichtigung finden auch Klauseln altbekannten Typs wie Schriftformklauseln oder Klauseln zur geltungserhaltenden Reduktion unwirksamer Klauseln bzw. salvatorische Klauseln. Solche Klauseln werden in vielen anderen Vertragstypen verwendet und es gibt zu ihnen ausreichende Darstellungen.³⁴

3. Problematische ungeregelte Bereiche

Problematisch sind dagegen die Klauseln zu den nicht oder nur teilweise im Heimgesetz normierten Regelungsbereichen. Dieses sind Klauseln über Regelungen bei vorübergehender Abwesenheit, insbesondere zur Entgeltanpassung, Besuchsregelungen, Beherbergungsmöglichkeiten, Regelungen zu Heimordnungen, Regelungen über einen Zimmerwechsel und Betretensrechte und andere die freie Selbstbestimmung betreffende Regelungen, wie Einwilligungsklauseln zu Pflege und ärztlicher Behandlung. Bezüglich dieser Regelungen „ist zu berücksichtigen, dass gerade solche auf den ersten Blick vielleicht weniger wichtige Bestimmungen in vielfältiger Weise die Grundrechte der Heimbewohner tangieren“.³⁵

Diese Klauseln sollen im Mittelpunkt meiner Untersuchung stehen. Die Breite dieser Regelungsbereiche und zahlreiche gerichtliche Verfahren zu einzelnen Klauseln aus diesen Regelungsbereichen zeigen, dass entgegen der Auffassung einiger Kommentatoren³⁶ auch nach der Novellierung des Heimgesetzes durch das Erste Änderungsgesetz 1990 die Bedeutung des AGB-Gesetzes (ab 2001 die Vorschriften über die Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse durch Allgemeine Geschäftsbedingungen im BGB) für die Inhaltskontrolle keineswegs erheblich geringer geworden ist. So hielten u.a.

- das LG Hamburg (Urteil vom 14.6.1991 324 O 156/91)³⁷ eine Nachlassklausel nach §9 I, II Nr.1 AGBG für unwirksam, da sie mit wesentlichen Grundgedanken der Rechte der Erben unvereinbar ist;

- das LG Hildesheim (Urteil vom 1.12.1995 2 O 468/95)³⁸ eine Klausel, nach der die geänderte Hausordnung nach Aushang Vertragsinhalt wird, für unwirksam nach §9 AGBG, denn sie schafft die Möglichkeit der Vertragsänderung, ohne die Kenntnisnahme der Bewohner zu garantieren;

- das LG Berlin (Urteil vom 8.5.1996 26 O 133/96) eine Klausel über Umzug in einen anderen Raum und eine Klausel über die Räumung des Zimmers bei

³⁴ Zu Schriftformklauseln: BASSENGE Palandt BGB §307 Rdnr.146; ULMER AGBG Anh. §§9-11 Rdnr.625ff.; WOLF AGBG §9 Rdnr.S 31ff., zu geltungserhaltenden u. salvatorischen Klauseln: BASSENGE Palandt BGB Vorb v §307 Rdnr.13; ULMER AGBG §9 Rdnr.51, §6 Rdnr.39; WOLF AGBG §9 Rdnr.151.

³⁵ So GITTER HeimG §4 a.F. IV.2.a).

³⁶ So KUNZ HeimG §5 Rdnr.45; und ihn in der Voraufgabe zitierend: GAISER NJW 1999 S.2311.

³⁷ KLIE Rechtsprechungssammlung S.248.

³⁸ VuR 1996 S.130.

Vertragsende nach §9 II Nr.1 AGBG für unwirksam, da sie gegen Grundsätze des Besitzrechts verstoßen; eine Klausel über Krankenhauseinweisung durch Arzt auf Verlangen des Heims nach §9 II Nr.1 AGBG für unwirksam, da sie mit wesentlichen Grundgedanken des §1906 II und IV BGB nicht vereinbar ist;

- das OLG Celle (Urteil vom 10.7.1996 13 U 10/96) eine Klausel, die keine Entgeltermäßigung bei Abwesenheit von bis zu 3 Tagen vorsah, nach §9 I AGBG für unwirksam, da das Interesse der Heimbewohner an ihrem Kontakt zur Familie gegenüber dem Interesse des Heimes überwiegt.

- Das OLG Schleswig (Beschluss vom 15. 08. 1996 2 W 69/96) bestätigte die Unwirksamkeit einer Verlegungsklausel, welche die Entscheidung hierüber der Heimleitung überlässt.

- Das LG Neuruppin (Urteil vom 6.2.1997 2 O 417/96)³⁹ hielt eine Klausel nach §9 II Nr.1 AGBG für unwirksam, nach der die Entscheidung über Krankenhauseinweisung durch einen Arzt auf Verlangen des Heims getroffen wird, da sie gegen Selbstbestimmungsrecht bzw. gegen wesentliche Grundgedanken des Betreuungsrechts verstößt. Ebenso nach §9 I AGBG für unwirksam eine Klausel über die unbegrenzte Selbstauskunftspflicht, da sie das Recht auf informelle Selbstbestimmung verletzt. Ein vorweggenommenes Einverständnis mit den Betreuungsangeboten des Heims im Pflegefall war nach Ansicht des Gerichts unwirksam nach §9 AGBG, da es zum einen gegen das Transparenzgebot, zum anderen gegen das Selbstbestimmungsrecht des Bewohners verstößt und drittens eine unbegrenzte Möglichkeit, einseitig die Hauptleistung zu ändern, darstellt. Unwirksam nach §9 II Nr.1 AGBG war auch eine Klausel bezüglich der Sachen des Heimbewohners über die Abwicklung des Heimvertrages, da sie gegen Leitbild des Besitzrechts verstößt. Gleichfalls unwirksam war eine Klausel, die Besuch in Ruhezeiten für alle Heimbewohner (auch für Heimbewohner, die keine Betreuungsleistungen erhalten) ausschließt, da sie deren Persönlichkeitsrecht ohne legitimes Interesse des Heims eingeschränkt.

- Das KG Berlin (Urteil vom 28.5.1997 Kart U 5068/96)⁴⁰ eine Klausel über Umzug in anderen Raum nach §10 Nr.4 AGBG für unzulässig, da sie das Interesse des Heimbewohners an dem Zimmer als seine Wohnung nicht berücksichtigt; eine Klausel, welche die Entscheidung über Krankenhauseinweisung einem Arzt überträgt, nach §9 II Nr.1 AGBG für unwirksam, da sie mit dem Grundgedanken des HeimG, die Selbständigkeit zu wahren, unvereinbar ist; eine Klausel über Räumung bei Vertragsende nach §9 II Nr.1 AGBG für unwirksam, da sie gegen wesentliche Grundgedanken des Besitzrechts verstößt;

- das LG Hamburg (15.8.1997 324 O 354/97) eine Umzugsklausel für den Fall eines zwingenden betrieblichen Anlasses nach §10 Nr.4 AGBG für unwirksam, da sie einseitig an betrieblichen Interessen Heim ausgerichtet ist, ohne das Interesse Heimbewohner an einem festen räumlichen Lebensmittelpunkt

³⁹ VuR 1998 S.316.

⁴⁰ NJW 1998 S.829 u. VuR 1998 S.312.

ausreichend zu berücksichtigen; eine Klausel, nach der ein Arzt über Krankenhauseinweisung entscheidet nach §9 II Nr.1 AGBG für unwirksam, da sie mit wesentlichen Grundgedanken HeimG, Selbständigkeit und Selbstverantwortung zu wahren, und freier Entfaltung der Persönlichkeit unvereinbar ist,

- das LG Hildesheim (Urteil vom 10.2.2000 4 O 457/99) eine Klausel über begrenzte Aufbewahrung der Sachen nach Vertragsbeendigung nach §9 II Nr.1 AGBG für unwirksam, da sie mit Grundgedanken Besitzrecht unvereinbar ist; eine Klausel, nach der die Anordnung zur Beisetzung durch Heim erfolgt, wenn 24 h nach dem Tod die Angehörigen nicht erreichbar sind, ist nach §9 II Nr.1 AGBG iVm. Niedersächsischer Bestattungsverordnung unwirksam; eine Klausel zur Überlassung Sorgerecht nach §9 II Nr.1 AGBG unwirksam, da sie mit den wesentlichen Grundgedanken des Betreuungsrechts unvereinbar ist,

- das OLG Celle (Urteil vom 23.11.2000 13 U 73/00) eine Klausel über volles Betreuungsentgelt bei Abwesenheit bis zu 3 Tagen nach §9 I, II AGBG für unwirksam, da Interesse des Heimbewohners an Berücksichtigung ersparter Aufwendungen insbesondere bei regelmäßigen Familienbesuchen gegenüber dem Interesse des Heims an niedrigem Verwaltungsaufwand überwiegt; eine Klausel, die weitgefasstes Einverständnis mit Weitergabe ärztlicher Daten enthält, nach §9 I AGBG für unwirksam, da Interesse Heimbewohner an seiner Schweigepflicht durch weite Fassung nicht ausreichend berücksichtigt ist,

- der BGH (Urteil vom 5.7.2001 III ZR 310/00) eine Klausel über volles Betreuungsentgelt bei Abwesenheit bis zu 3 Tagen nach §9 I, II Nr.1 AGBG unwirksam, da dies eine unangemessene Abweichung vom Leitbild der §§552 S.2, 615 S.2 BGB ist.

B. Untersuchungen der für Heim- und Pflegeverträge relevanten öffentlich-rechtlichen Normen

I. Untersuchungsziel

Vor einer Untersuchung der benannten Regelungsbereiche und Klauseln aus Pflege- und Heimverträgen an Hand der Vorschriften über die Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse durch Allgemeine Geschäftsbedingungen (§§305ff. BGB) sind die Normen des Heimgesetzes und des SGB XI auf ihre Relevanz für die AGB-Kontrolle und die Entwicklung von vertraglichen Leitbildern zu überprüfen.

Wie oben dargestellt, entwickelte sich das Heimgesetz von einem speziellen Gewerberecht für Heime zu einem Gesetz, welches auch zwingende Vorgaben für die privatrechtlichen Heimverträge normiert.¹ Abweichende Vereinbarungen von diesen gesetzlichen Vorgaben zu Lasten der Heimbewohner sind unwirksam (§9 HeimG). Somit ist eine Überprüfung von Klauseln zu den im Heimgesetz normierten Regelungsbereichen auf ihre Wirksamkeit nach den Vorschriften über Allgemeine Geschäftsbedingungen unnötig. Allerdings regelt das Heimgesetz den Inhalt des Heimvertrages nur lückenhaft. In vielen Regelungsbereichen können daher die Klauseln nur nach den Vorschriften über Allgemeine Geschäftsbedingungen auf ihre Wirksamkeit geprüft werden. Für diese Prüfung ist zu untersuchen, inwieweit das Heimgesetz als ein Modell des Gesetzgebers für die Heimbetreuung und -pflege dienen kann und inwieweit die allgemeinen Ziele und Leitbilder des Heimgesetzes für die Klauselüberprüfung nach den Vorschriften über Allgemeine Geschäftsbedingungen fruchtbar zu machen sind. Dies ist besonders relevant für die Überprüfung von Geschäftsbedingungen an Hand der Generalklausel der Inhaltskontrolle, §307 I BGB. Hier erfolgt die Überprüfung einzelner Klauseln auf eine unangemessene Benachteiligung mittels einer Interessenabwägung. Die Prüfung setzt eine Analyse und Abwägung der Interessen des Klauselverwenders und seines Vertragspartners voraus. Es stellt sich die Frage, welche Interessen des Vertragspartners die Klausel beeinträchtigen kann und welches Gewicht den Interessen zukommt. Wenn eine ins Gewicht fallende Interessenbeeinträchtigung zum Nachteil des Vertragspartners festgestellt ist, muss eine Abwägung mit den durch die Klausel gewährten Interessen des Verwenders stattfinden.² Eine solche Abwägung erfordert einen Maßstab für die Gewichtung der unterschiedlichen Interessen. Diesen Maßstab muss der Rechtsanwender entwickeln. Das Tatbestandsmerkmal der Generalklausel „unangemessene Benachteiligung entgegen Treu und Glauben“ muss als unbestimmter Rechtsbegriff konkretisiert werden.³ Insbesondere die zumeist genutzte Konkretisierungshilfe des §307 II Nr.1 BGB, der die wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelungen als Maßstab benennt, eignet sich hierfür weniger. Heimverträge sind im Heimgesetz nur

¹ KLIE RsDE 35 S.34,35 spricht vom: "Gewerbewirtschaftsrecht mit zivilrechtlichen Regelungsinhalten".

² COESTER AGBG §9 Rdnr.74; ULMER AGBG §9 Rdnr.71; BASEDOW MK Bd.2a §307 Rdnr.31.

³ COESTER AGBG §9 Rdnr.74,79.

lückenhaft durch einige zwingende Regelungen ausgestaltet. In den Regelungsbereichen, in welchen Klauseln aus Heimverträgen nach §307 BGB überprüft werden sollen, fehlen gerade die gesetzlichen Regelungen. Dies beschränkt die Leitbildfunktion des dispositiven Rechts für Heimverträge. Allenfalls kann dispositives Recht aus anderen Bereichen wie z.B. dem Miet- und Dienstvertragsrecht als Maßstab genutzt werden. Dieses Recht berücksichtigt nicht die Besonderheiten des Heims oder es bleibt zu allgemein. Daher sollen für die Entwicklung geeigneter Maßstäbe vorrangig die Normen des Heimgesetzes genutzt werden. Hierfür sind nicht allein die vertragsrelevanten Normen des Heimgesetzes sondern alle Normen, auch die gewerberechtlichen Normen, zu untersuchen. Das Heimgesetz ist als Ganzes zu betrachten.

Auch das SGB XI ist unter dieser Zielstellung zu untersuchen. Über die genannten Regelungen im Siebten und Achten Kapitel zu Leistungen und Entgelten hinaus, könnten die Normen des SGB XI Wertungen und Leitbilder für alle Pflegeverträge (im Unterschied zum Heimgesetz nicht nur für Heimverträge) aufzeigen. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass die Normen des Heimgesetzes und des SGB XI anderen Rechtsgebieten als dem zivilen Vertragsrecht angehören. Das SGB XI gestaltet ein Sozialrechtsverhältnis hoheitlich aus. Das Heimgesetz ist in der Hauptsache als Ordnungsrecht konzipiert.

Neben der Untersuchung des Heimgesetzes und des SGB XI mit dem Ziel Maßstäbe für die Rechtsanwendung zu finden, sollen auch die Probleme, die sich aus dem Zusammenspiel der unterschiedlichen Rechtsgebieten entstammenden, mit unterschiedlichen Zielsetzungen geschaffenen Normen mit dem privatrechtlichen Vertragsrecht ergeben, untersucht werden. Insbesondere das Verhältnis des Heimgesetzes zum SGB XI soll dargestellt werden. Diese Probleme sollen nur aufgezeigt werden, nicht jedoch eine Lösung versucht werden. Für diese Arbeit sollen sie nur darauf untersucht werden, ob und wie sie bei einer AGB-Kontrolle nach §307 BGB zu berücksichtigen sind.

II. Heimgesetz

1. Ziel des Heimgesetz

Das Grundanliegen des Heimgesetzes ist, den Heimbewohnern einen umfassenden und starken Schutz zu gewähren. Deren Schutzbedürfnis ergibt sich nicht allein auf Grund ihrer möglicherweise eingeschränkten geistigen oder körperlichen Fähigkeiten. Die Heimbewohner sind mündige Bürger. Für Heimbewohner, deren geistige Fähigkeiten eingeschränkt sind, gibt es die Rechtsinstitute der Pflegschaft und Vormundschaft.⁴ Das Schutzbedürfnis ergibt sich aus der Situation des Lebens in Heim und den hiermit verbundenen Abhängigkeiten. Der Eintritt in das Heim ist eine Verlegung des bisherigen Lebensmittelpunkts. Diese Verlegung ist zumeist unwiderruflich, die bisherige Wohnung wird in der Regel aufgegeben und der Haushalt aufgelöst. Die Heimbewohner sind somit existenziell auf den Heimplatz und die ihnen dort

⁴ Vgl. zu den Schwierigkeiten bei einer nötigen Betreuung KAMPS MR 2002 S.504,507,507.

gewährte Betreuung und Pflege angewiesen. Im Heim müssen sie sich in dessen Organisationsstrukturen einfügen. Ihre Lebensbedürfnisse sind durch die Heimstrukturen gesichert, aber die Heimstrukturen regeln auch den Tagesablauf der Heimbewohner und beeinträchtigen sie in ihrer Entscheidungsfreiheit. Verstärkt wird die Abhängigkeit der Heimbewohner dadurch, dass die Betreuungs- und Pflegeleistungen besondere sensible Dienstleistungen sind. Sie sind zum einen an der Person des Heimbewohners zu erbringen und erfordern direkten persönlichen und körperlichen Kontakt. Da der Bewohner von den Leistungen abhängig ist, müssen sie zum anderen auch bei Störungen der Vertragsbeziehungen zwischen ihm und dem Heim weiter erbracht werden. Dies führt dazu, dass die Heimbewohner eher bereit sind, Nachteile und Leistungsstörungen hinzunehmen, um die Leistungsbeziehungen nicht weiter zu belasten. Auch durch die beschränkte Aktivität der Heimbewohner wird ihre Abhängigkeit vom Heim weiter verstärkt. Auf Grund ihres durchschnittlich hohen Alters, des oftmals eingeschränkten Gesundheitszustands und verunsichert durch den oftmals ungeplanten, auf Grund einer Notsituation erfolgten Übertritt in das Heim sind Heimbewohner weniger bereit, aktiv zu sein und ihre Interessen zu vertreten. Viele Heimbewohner sind alleinstehend, sie haben geringere Kontakte zu Angehörigen oder Bekannten. Dadurch ist auch die Hilfe und Unterstützung seitens Dritter beschränkt. Diese strukturelle Abhängigkeit führt auch zur Gefahr, dass Heimbewohner durch das Pflegepersonal bevormundet und in ihrer Selbstbestimmung beschränkt werden.⁵

Die Heimbewohner sind Verbraucher nach §13 BGB. Verbraucher ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zweck abschließt, der weder ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann. Somit bezweckt das Heimgesetz den Verbraucherschutz und zwar den Schutz von Verbrauchern auf Grund einer besonderen Situation.⁶

2. Ziele und Mittel des Verbraucherschutzes

Ziele des Verbraucherschutzes sind der Schutz der Gesundheit, der Sicherheit und der wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher (so Art.153 I EGV). Diese Zielsetzung formulierte der Rat der europäischen Gemeinschaften erstmals in einer Entschließung vom 14.April 1975.⁷

Es gibt für den Gesetzgeber unterschiedliche grundlegende rechtliche Instrumente, um diese Ziele zu fördern, ohne sich allein auf die Kräfte des Marktes zu stützen.⁸ Zum einen hat er die Möglichkeit, hoheitlich die Anbieterseite eines Marktes zu regulieren. Er setzt durch öffentlich-rechtliche Normen Verbote, Erlaubnisvorbehalte und Gewerberegelungen und lässt diese durch Verwaltungsbehörden überwachen. Die Behörden erhalten die Befugnis, bestimmten Personen das Gewerbe zu untersagen bzw. Anordnungen und Gebote

⁵ Vgl. Begründung zum 1.ÄnderungsG HeimG: BR-Drucks. 203/89 S.14; Begründung zum 3.ÄnderungsG HeimG BT-Drucks.14/5399 S.1,15; DAHLEM HeimG Einleitung Rdnr.11, §2 Rdnr.7 §2 ; CRÖSSMANN HeimG Grundsätzliches S.20; KLIE ZfSR 2002 S.507; IGL Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des SchuldR Band I S.981.

⁶ So auch BASSENGE Palandt BGB Einf v §145 Rdnr.14.

⁷ ABl. EG Nr.C 92 v.25.April 1975 abgedruckt z.B. in HIPPEL.

⁸ Vgl. BORCHERT S.3,4.

hinsichtlich der Art und des Umfangs der Gewerbeausübung zu treffen. Zumeist werden die gewerberechtlichen Regelungen mit Vorschriften aus dem Bereich des Ordnungswidrigkeitenrechts verbunden. Verstöße gegen die Regelungen werden mit Bußgeldern sanktioniert.

Das andere rechtliche Instrument besteht darin, privatrechtliche Vorgaben zum Vertragsabschluss und zur Vertragsgestaltung zu treffen. Der Gesetzgeber schränkt die Privatautonomie bei bestimmten Vertragstypen oder Vertragssituationen ein. Hierbei lassen sich im allgemeinen drei Stufen unterscheiden.⁹ Zum ersten die Schaffung von Informationspflichten bzw. die Normierung von Transparenzvorschriften. Hierdurch soll die freie Willensausübung des Verbrauchers beim Vertragsabschluss durch eine Verbesserung seiner Informationslage gesichert werden. Zum zweiten die Schaffung von Widerrufs- und Rücktrittsrechten. Durch solche befristeten Vertragslösungsmöglichkeiten soll für den Verbraucher eine Verlängerung seiner Überlegungsfrist erreicht werden. Auf der letzten Stufe gibt es die inhaltliche Kontrolle von Vertragsvereinbarungen. Dies kann über eine zwingende inhaltliche Ausgestaltung von Vertragselementen oder durch eine allgemeine Inhaltskontrolle mittels Generalklauseln (so §138 BGB) oder durch eine spezielle Inhaltskontrolle wie nach den Vorschriften über Allgemeine Geschäftsbedingungen erfolgen.¹⁰ Spezielles Ziel der privatrechtlichen Instrumente ist der Ausgleich einer fehlenden Vertragsparität auf Grund einer situativen Unterlegenheit des Verbrauchers und/oder des Versagens von Vertrags- bzw. Marktmechanismen. Wiederhergestellt, gesichert werden soll insbesondere die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers. Das Verbraucherschutzrecht begreift sich als ein situationsbezogenes Verbraucherschutzrecht.¹¹

3. Heimgesetz als Verbraucherschutzgesetz

Anfangs nutzte das Heimgesetz allein das gewerberechtliche Instrument. Es war ursprünglich als Ordnungsrecht mit den Mitteln der hoheitlichen Verwaltung konzipiert. Als eine spezielle Gewerbeordnung für den Heimbetreiber geschaffen, sollte es durch eine präventive Erlaubnispflicht, durch eine behördliche Heimaufsicht und durch die Befugnis für die Heimaufsichtsbehörden, Verfügungen, Untersagungen und Beschäftigungsverbote anzuordnen, sowie durch die Schaffung von Tatbeständen für Ordnungswidrigkeiten den Schutz der Heimbewohner vor fachlich ungeeigneter und unzuverlässiger Betreuung sicherstellen. Mit dem Heimgesetz entstanden Rechtsverordnungen, die Mindeststandards für die Betreuung setzten und die behördlich durchzusetzen waren. Zugleich sollte auch die Position der einzelnen Heimbewohner durch Beratung seitens der Heimbehörden, durch den Abschluss von Heimverträgen und durch die Gewährung von Mitwirkungsrechten (Heimbeirat) gestärkt werden.¹²

⁹ So DREXL §10; ebenso SCHWARZ S.33.

¹⁰ DREXL S §10; ähnlich BÜLOW S.8-10; BASSENGE Palandt BGB Einf v §145 Rdnr.14-16.

¹¹ DREXL 7; SCHWARZ S.33.

¹² Vgl. zu Einzelheiten KUNZ HeimG Einführung.

Die Stärkung der Position der Heimbewohner führte der Gesetzgeber durch das erste Änderungsgesetz zum Heimgesetz über die zwingende inhaltliche Ausgestaltung der Heimverträge fort. Nun nutzte das Heimgesetz auch das privatrechtliche Instrumentarium zum Schutz der Verbraucher. Zum Schutz der Interessen älterer und behinderter Menschen im Zusammenhang mit ihrer Unterbringung in Heimen, insbesondere ihrem Interesse an einer angemessenen Lebensführung, gestaltete der Gesetzgeber die inhaltlichen Kernbestandteile des Heimvertrages zwingend aus.¹³

Später schaffte er durch das zweite Änderungsgesetz zum Heimgesetz auch die Erlaubnispflicht ab. Heimrechtliche Eingriffe und das ordnungsrechtliche Instrumentarium sollten nur noch ultima ratio sein und eine präventive Beratung durch die Behörden in den Vordergrund treten. Das formelle Verwaltungshandeln soll zu Gunsten des informellen Verwaltungshandelns in den Hintergrund treten, da es sich bei komplexen Sachverhalten, wie denen der Heimbetreuung, besser eignet.¹⁴ Das dritte Änderungsgesetz zum Heimgesetz gestaltete die Anforderungen an den Inhalt der Heimverträge weiter aus. Es normierte insbesondere erhöhte Anforderungen an die Leistungsbeschreibung und passte die vertraglichen Regelungen an die Anforderungen des SGB XI an. Es erweiterte die Mitwirkungsrechte und verbesserte die Möglichkeiten ihrer Wahrnehmung, die auf Grund des Alters vieler Heimbewohner ein Problem war, durch die Beteiligung Dritter am Heimbeirat. Daneben bezweckte der Gesetzgeber zugleich, die Überwachung der Heime durch die Heimaufsicht zu intensivieren, und versuchte, die Zusammenarbeit der Heimaufsicht mit den Pflegekassen und Trägern der Sozialhilfe zu fördern.¹⁵

Aus dem umfassenden Verbraucherschutzkonzept des Heimgesetzes, das sowohl durch gewerberechtliche wie auch durch privatrechtliche Regelungen umgesetzt wird, folgt, dass alle Normen des Heimgesetzes, nicht nur die Regelungen zum Vertragsinhalt, für die Gewinnung von Leitbildern und Maßstäben für die Inhaltskontrolle nach den Vorschriften über Allgemeine Geschäftsbedingungen genutzt werden können. Denn die Inhaltskontrolle von Klauseln nach diesen Vorschriften bezweckt ebenfalls den Verbraucherschutz. Über den Gedanken des Verbraucherschutzes hinausgehend bezweckte das AGB-Gesetz (als Vorgänger zu den Vorschriften über die Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse durch Allgemeine Geschäftsbedingungen im BGB) ursprünglich, eine einseitige Ausnutzung der vom Klauselverwender in Anspruch genommenen Vertragsgestaltungsfreiheit zu verhindern. Von diesem weit gefassten Schutzkonzept mit umfasst („mitgeleistet“) wurde auch der Verbraucherschutz. Die Richtlinie 93/13 EWG verschob bei der Auslegung des AGB-Gesetzes den Schwerpunkt. Die im AGB-Gesetz umgesetzte Richtlinie benennt ausdrücklich als ihr Ziel den Verbraucherschutz. Sie verpflichtet die Mitgliedstaaten, dafür Sorge zu tragen, dass die mit den Verbrauchern abgeschlossenen Verträge keine

¹³ Vgl. Begründung zum Entwurf des 1. ÄnderungG HeimG BR Drucks.203/89 S.15.

¹⁴ Vgl. Begründung zum Entwurf des 2. ÄnderungG HeimG BT Drucks.13/2347 S.4.

¹⁵ Vgl. Begründung zum Entwurf des 3. ÄnderungG HeimG BT Drucks.14/5399 S.15, 16.

missbräuchlichen Klauseln enthalten. Für den Bereich der Verbraucherverträge bezwecken die Vorschriften über Allgemeine Geschäftsbedingungen im BGB nun entsprechend den Vorgaben der Richtlinie speziell den Verbraucherschutz.¹⁶

Der selbe Schutzzweck und die gemeinsamen Zielsetzungen des Heimgesetzes und der Vorschriften über Allgemeine Geschäftsbedingungen ermöglichen es, alle Leitbilder und Konzepte des Heimgesetzes ohne wesentliche Beschränkungen als Maßstab für eine Inhaltskontrolle nach §307ff. BGB zu nutzen. Es gilt der Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung. Insbesondere hindert nicht die Rechtsnatur des Heimgesetzes als Ordnungsrecht eine derartige Nutzung.¹⁷ Die Wertungen des speziellen Schutzgesetzes Heimgesetz können und müssen bei der Anwendung der allgemeinen Schutzvorschriften über die Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse durch Allgemeine Geschäftsbedingungen auf Heimverträge in vollem Umfang herangezogen werden.

4. Leitbilder des Heimgesetzes

a) Schutzziel

Aus der Zusammenschau der im Heimgesetz normierten Ziele und den vertragsrechtlichen und gewerberechtiglichen Regelungen können allgemeine Leitbilder für die Heimbetreuung und –pflege abgeleitet werden. Diese Leitbilder lassen sich für die angemessene vertragliche Ausgestaltung der nicht in den §§5 ff. HeimG normierten Regelungsbereiche nutzen. Der Zweck und die Hauptziele des Heimgesetzes sind in §2 I HeimG benannt.

Die Sichtung der Darstellungen in der Kommentierung zu den Zielen des Heimgesetzes zeigt ein im wesentlichen übereinstimmendes Bild.

Nach Dahlem bezweckt das Heimgesetz „die Verbesserung der Rechtsstellung und den Schutz vor Ausbeutung und menschenunwürdigen Lebensbedingungen der älteren, pflegebedürftigen oder behinderten volljährigen Personen, die auf Betreuung und Pflege in einer ihre ... Lebensbedürfnisse sichernden Einrichtung angewiesen sind.“¹⁸ Diese Abhängigkeit begründet die Notwendigkeit, die Interessen und Bedürfnisse der Heimbewohner mit dem breit angelegten Instrumentarium des Heimgesetzes zu schützen.¹⁹ Als ein besonderes Schutzziel wird die Wahrung der Selbständigkeit und Selbstverantwortung hervorgehoben. Besonders die freie Selbstbestimmung kann durch die Lebenssituation im Heim, so durch Heimordnungen oder Anordnungen des Personals, ungerechtfertigt beschränkt werden.²⁰ Das Heimgesetz bezweckt auch, dass der Heimträger seine Pflichten gegenüber dem einzelnen Heimbewohner, insbesondere die vertraglichen Pflichten, einhält. Hier zeigt sich der Individualschutzcharakter des Heimgesetzes.²¹ Erreicht werden sollen die Ziele des Heimgesetzes über ein breit angelegtes Instrumentarium. Neben der hoheitlichen Aufsicht durch die

¹⁶ ULMER AGBG Einl. Rdnr.28,34a; COESTER AGBG §9 Rdnr.3,5,6.

¹⁷ Für die Nutzung des HeimG bei der Prüfung nach dem AGBG COESTER AGBG §9 Rdnr.380; MICKLITZ VuR 1998 S.291.

¹⁸ DAHLEM HeimG §2 Rdnr.6.

¹⁹ DAHLEM HeimG §2 Rdnr.7.

²⁰ DAHLEM HeimG §2 Rdnr.8.

²¹ DAHLEM HeimG §2 Rdnr.3.

Heimbehörde sollen Maßnahmen der Qualitätssicherung, eine Zusammenarbeit zwischen Heimaufsicht und Heimträger und Beratung durch die Heimbehörden genutzt werden.²²

Nach Crößmann ist Zweck des Heimgesetzes die Beratung in Heimangelegenheiten und der Schutz der Bewohner und Träger.²³ Dieser Zweck wird durch unterschiedliche Instrumentarien gefördert. Leitnorm des Gesetzes ist §2 HeimG.²⁴ Geschützt werden die Interessen und Bedürfnisse der Heimbewohner, die das Gesetz nicht definiert. Besonders benannt werden die Selbstständigkeit und Selbstverantwortung. Weitere Aspekte zur Bestimmung der Interessen und Bedürfnisse ergeben sich aus den weiteren Bestimmungen des Gesetzes, so sein Interesse an der Sicherstellung einer ausreichenden Unterkunft sowie an zuverlässiger und angemessener Betreuung, der ein angemessenes Entgelt gegenübersteht, an Rechtssicherheit, an Mitwirkung bei Heimangelegenheiten.²⁵

Zu schützen sind die subjektiven Interessen und Bedürfnisse der Heimbewohner. Über die Sicherung der individuellen Grundbedürfnisse hinaus sind auch das subjektive Wohlbefinden und die Lebensqualität der einzelnen Heimbewohner geschützt. Diese subjektiven Interessen sind auch bei der Pflege zu berücksichtigen. Hier sind die Erkenntnisse der Pflegewissenschaften von Bedeutung. Die subjektive Ausrichtung bedeutet auch, bei der Vertragsgestaltung zu berücksichtigen, dass der Heimbewohner durch seine Wünsche und Forderungen die Betreuung beeinflussen kann.²⁶

Nach Gitter umfassen die nach §2 I Nr.1 HeimG vor Beeinträchtigung zu schützenden Interessen der Heimbewohner sowohl materielle als auch immaterielle Interessen. Zu den Interessen gehören die Dauerhaftigkeit der Heimaufnahme, Möglichkeiten zur freien Lebensgestaltung, die Mitgestaltung der Heimbedingungen und die ordnungsgemäße Vertragserfüllung. Zu den nach §2 I Nr.1 HeimG zu schützenden Bedürfnissen der Heimbewohner zählen neben den Grundbedürfnissen des Lebens die medizinische Betreuung, Möglichkeiten zur Betätigung und Anregungen zu geistigen und körperlichen Aktivitäten. Besonders wird im Heimgesetz als Ziel die Wahrung von Selbstständigkeit und Selbstverantwortung hervorgehoben, da eine von Verwahrung und Vorsorgedenken geprägte Gestaltung des Heimbetriebs den Interessen der Heimbewohner nicht gerecht wird. Besondere Bedeutung kommt dem Ziel der Wahrung von Selbstständigkeit und Selbstverantwortung bei der Ausgestaltung und Überprüfung von Heimordnungen zu.²⁷

Nach Kunz bezweckt §2 HeimG den Schutz der Heimbewohner vor Übervorteilung. Das Heimgesetz soll die Interessen der Heimbewohner durch die in den §§3ff. HeimG konkretisierte behördliche Aufsicht schützen.²⁸ Besonders

²² DAHLEM HeimG §2 Rdnr.6.

²³ CRÖSSMANN HeimG §2 Rdnr.2.

²⁴ CRÖSSMANN HeimG §2 Rdnr.3,4.

²⁵ CRÖSSMANN HeimG §2 Rdnr.6.

²⁶ CRÖSSMANN HeimG §2 Rdnr.6ff.

²⁷ GITTER HeimG §2 III.2..

²⁸ KUNZ HeimG §2 Rdnr.2.

werden der Schutz der Würde und die Bedeutung der Selbständigkeit und Selbstverantwortung der Heimbewohner hervorgehoben.²⁹ Daneben sind von besonderem Interesse für die Heimbewohner die ordnungsgemäße Erfüllung des Heimvertrages, die Einhaltung der Sorgfaltspflichten durch das Personal sowie eine ausreichende ärztliche Versorgung.³⁰

Ausgehend von dieser kurzen Darstellung der Kommentierung zu den Zielen des Heimgesetzes lassen sich als Maßstab für eine Inhaltskontrolle von Vertragsklauseln im einzelnen folgende sieben Elemente bzw. Einzelziele absichten.

b) Wahrung und Förderung von Selbstbestimmung

Das Ziel der Wahrung und Förderung von Selbstbestimmung, Selbstverantwortung und Selbständigkeit wird ausdrücklich in §2 I Nr.2 HeimG benannt. Selbstbestimmung, Autonomie, ist das höchste von der Verfassung geschützte Gut. Die Würde des Menschen gebietet es, ihn als autonom entscheidende Rechtsperson anzunehmen. Dies ist auch der Kerngehalt der vom BVerfG verwendeten Objektformel.³¹ Selbstbestimmung ist demnach ein Ausdruck der Menschenwürde und des Persönlichkeitsrechtes und somit verfassungsrechtlich über Art.1 I und 2 I GG geschützt.³²

Beide Rechte garantieren dem Menschen einen autonomen Bereich privater Lebensgestaltung.³³ Selbstbestimmung und Selbständigkeit gehören zur freien Entfaltung der Persönlichkeit. Selbständig ist, wer unabhängig, aus eigener Initiative, ohne Anordnungen und in eigener Verantwortung entscheiden und handeln kann (persönliche Autonomie).³⁴

Auch die vom Heimgesetz bezweckte (§§2 I Nr.4, 10 HeimG) Mitwirkung der Heimbewohner weist auf das Ziel der Wahrung und Förderung der Selbstbestimmung und Selbständigkeit und zeigt einen Aspekt zu dessen Umsetzung auf. „Die Mitwirkung an der Gestaltung des Heimlebens soll den Heimbewohnern einen Anreiz für eigene Initiativen und Gedanken geben, sie zu Aktivitäten veranlassen und ihnen das Gefühl nehmen, nur noch betreut und verwaltet zu werden.“³⁵ Wie in §10 HeimG und in der Heimmitwirkungsverordnung im einzelnen geregelt, wirken die Heimbewohner über einen Heimbeirat an den Angelegenheiten des Heimbetriebs mit.

Das grundlegende Recht auf Selbstbestimmung schützt das Heimgesetz gerade unter den Bedingungen des Heimlebens. Das bedeutet, dass das Selbstbestimmungsrecht des Heimbewohners nicht durch die Heimorganisation beeinträchtigt werden darf. Geschützt ist der einzelne Heimbewohner vor

²⁹ KUNZ HeimG §2 Rdnr.3,6.

³⁰ KUNZ HeimG §2 Rdnr.4.

³¹ TAUPITZ Landesbericht, in: Zivilrechtliche Regelungen S.275; sowie TAUPITZ Mutmaßliche Einwilligung S.502.

³²

³³ so WIESNER SGB XI §2 Rdnr.3 für den Begriff der Selbstbestimmung im SGB XI; vgl. auch KLIE BtPrax 2001 S.10.

³⁴ CRÖSSMANN HeimG §2 Rdnr.8.

³⁵ so Begründung zum HeimG BT-Drucks. 7/2068 Zitat nach CRÖSSMANN HeimG S.21.

Beeinträchtigungen durch das Heim und dessen Mitarbeiter sowie durch die anderen Mitbewohner. Ob eine Beeinträchtigung vorliegt, ist unter Berücksichtigung aller Umstände zu beurteilen. Geschützt sind auch unübliche Bedürfnisse des Heimbewohners, soweit dadurch nicht die Bedürfnisse der anderen Bewohner nachhaltig und unvertretbar beeinträchtigt werden. Durch das Selbstbestimmungsrecht ist das Dispositionsrecht des Heims zur Durchführung seiner Aufgaben eingeschränkt. Der Heimbewohner soll auch im Heim über sein Leben selbst entscheiden können. Gestaltungen, die eine weitgehende Unterordnung des Bewohners verlangen und ihn nicht als mündige Persönlichkeit behandeln, verletzen das Recht des Heimbewohners. Die Ausgestaltung des Heimlebens sollte sich so weit wie möglich am bisherigen Leben des Heimbewohners außerhalb des Heims orientieren. Beschränkungen der persönlichen Freiheit des Heimbewohners sollten nur erfolgen, wenn sie zur Absicherung eines störungsfreien Heimbetriebes oder zum Schutz der Freiheit der anderen Heimbewohner erforderlich sind. Restriktive Regelungen des Heimlebens oder starre Zeitvorgaben berücksichtigen nicht hinreichend die Selbstbestimmung des Heimbewohners. Der Heimbewohner soll die Möglichkeit haben, seinen Tagesablauf zu bestimmen, insbesondere wann und welche Speisen und Getränke er zu sich nehmen möchte. Er selbst entscheidet, ob er Distanz oder Kontakt zum Personal und zu den anderen Mitbewohnern haben möchte. Es ist seine Entscheidung, unter vier Augen mit dem Arzt seine Behandlung zu regeln. Er bestimmt selbst über Ausgang, Besuch und den Zutritt zu seinem Zimmer.³⁶

Schwierigkeiten bei der Umsetzung der Ziele ergeben sich durch das hohe Alter, den Gesundheitszustand und die eingeschränkten Fähigkeiten der Bewohner.³⁷ Insbesondere tendieren immer mehr ältere Menschen dazu, solange wie möglich in ihren Wohnungen zu leben, so dass der Heimeintritt erst im hohen Alter erfolgt. Auch das Konzept der Pflegeversicherung, nach dem häusliche Pflege Vorrang vor stationärer Pflege hat, unterstützt diese Tendenz. Hieraus ergibt sich, dass in den Heimen der Anteil der pflegebedürftigen, in ihren Fähigkeiten stark eingeschränkten Bewohner zu Lasten des Anteils der rüstigen Bewohner zunimmt.³⁸

c) Auf Gleichberechtigung gerichtete Heimorganisation

Die Abschaffung von hierarchischen Heimsystemen (keine Über- bzw. Unterordnung) war und ist Ziel des Heimgesetzes. Dies ergibt sich zum einen aus §5 HeimG, der eine privatvertragliche Beziehung zwischen dem Heimbewohner und dem Heim normiert. Kerngehalt jeder vertraglichen Beziehung ist, dass sich die Vertragsparteien grundsätzlich gleichberechtigt gegenüber stehen und ihre rechtlichen Beziehungen regeln. Auch die Mitwirkungsrechte für die

³⁶ CRÖSSMANN HeimG §2 Rdnr.8u.9; GITTER HeimG §4 a.F. IV.2.b).

³⁷ zu Schwierigkeiten des Heimbeirats (einschließlich Problematik der Scheinmitwirkung im Vorfeld der Verhandlungen mit Pflegekasse §7 IV, V HeimG) vergl. GIESE RsDE 48 S.59, 60.

³⁸ DIECK S.191,196.

Heimbewohner ergeben keinen Sinn in einem hierarchischen Heimsystem, denn sie zielen auf eine Mitgestaltung des Heimbetriebs durch die Heimbewohner.

Zum anderem verdeutlicht auch die Entwicklung des Heimgesetzes diese Zielsetzung. Ein Anlass für die Schaffung des Heimgesetzes waren die Missstände einer anstaltlichen Verwahrung. Der Gesetzgeber sprach sich gegen eine Heimorganisation aus, die ihre Funktion noch immer in der Verwahrung der Heimbewohner sah. Eine solche von reinem Versorgungsdenken geprägte Aufgabenstellung entsprach nicht mehr der Vorstellung des Gesetzgebers von einer sachgerechten Unterbringung älterer oder behinderter Bürger in Heimen.³⁹ Die Möglichkeit für öffentlich-rechtliche Heimträger, ihre Rechtsbeziehungen mit dem Heimbewohner durch eine Benutzerordnung zu regeln, schaffte das 1.Änderungsgesetz 1990 durch die Streichung des §4 S.2 HeimG der ursprünglichen Fassung ab. Dadurch wurde ein überkommenes Instrument der hierarchischen Heimgestaltung aufgegeben. Das Ziel der Entwicklung der Heime von Versorgungs- und Bewahrungsstätten hin zu Orten, an denen sich die Persönlichkeit der Heimbewohner entfalten kann und ihre körperlichen und geistigen Fähigkeiten aktiviert werden, verfolgte der Gesetzgeber auch durch seine letzten Änderungen des Heimgesetzes.⁴⁰

Aus dem Prinzip der Gleichberechtigung folgt, dass der Heimträger im Heimvertrag bzw. in der Heimordnung keine Verhaltensanforderungen an die Heimbewohner stellen kann, die den Eindruck erwecken, es bestünde ein hierarchisches Verhältnis, in dem sich der Heimbewohner dem Heimträger unterzuordnen hat. Der Heimträger kann sich aus diesem Grund z.B. bezüglich der Bewohnerzimmer nur solche Rechte einräumen, die sich aus seinem Hausrecht ergeben. Ein umfassendes oder ein nicht hinreichend begrenztes Betretensrecht für die Bewohnerzimmer steht ihm nicht zu.⁴¹

An vielen Stellen überschneiden und ergänzen sich die Anforderungen an den Heimvertrag, die sich aus dem Ziel der gleichberechtigten Heimorganisation ergeben, mit den Anforderungen aus dem Ziel, die Selbstbestimmung zu wahren und zu fördern. Unterschiedlich ist jedoch der Ansatzpunkt beider Ziele. Das Ziel der Wahrung der Selbstbestimmung geht von den Rechten des einzelnen Heimbewohners aus und entwickelt hieraus Anforderungen an den Heimträger. Das Ziel der auf Gleichberechtigung ausgerichteten Heimorganisation geht von den Organisationsstrukturen eines Heims als Ganzes aus und überprüft diese auf ihre Notwendigkeit.

d) Heim als auf Dauer angelegter Lebensmittelpunkt

Ein weiteres Ziel ist es, dem Heimbewohner einen auf Dauer angelegten Lebensmittelpunkt im Heim zu schaffen. Dieses Ziel verdeutlichen die Regelungen des §8 HeimG über die Vertragsdauer und die für den Heimträger eingeschränkten Kündigungsmöglichkeiten und §6 HeimG zur Pflicht die Leistungen an den Zustand des Heimbewohners anzupassen, sowie des §7

³⁹ BR Drucks.203/89 S.20.

⁴⁰ Vgl. Begründung zum 3.ÄnderungsG BT Drucks.14/5399 S.20.

⁴¹ Vgl. GITTER HeimG §4 a.F. IV.2.b.

HeimG zum Verfahren der Entgelterhöhung. Alle diese Normen gelten nicht für Verträge über stationäre Kurzzeitpflege.

Die Heimaufnahme bedeutet für den Bewohner regelmäßig die Aufgabe seines bisherigen und die dauerhafte Begründung eines neuen Lebensmittelpunktes. Ein Vertrag auf Zeit würde dem Interesse des Bewohners an einer möglichst umfassenden Sicherung seines Domizils nicht gerecht. Er wäre für ihn mit erheblichen Unsicherheiten und dem Risiko verbunden, nach Ablauf des Vertrages um einen anderen Heimplatz bemüht zu sein oder aber den bisherigen Heimvertrag zu Bedingungen fortzusetzen, die seinen Vorstellungen und Bedürfnissen nicht entsprechen.⁴² Aus diesen Gründen werden Heimverträge auf unbestimmte Dauer geschlossen. Es gibt nur ein eingeschränktes Kündigungsrecht für den Heimträger. Er kann nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes kündigen, denn ihm ist bei Vertragsabschluss bekannt, dass der Heimbewohner zumeist die Heimaufnahme mit der Erwartung verbindet, hier seinen Lebensabend zu verbringen. Eine Rückkehr zu seinem bisherigen Lebensmittelpunkt ist ihm nicht mehr möglich. Ein Umzug in ein weiteres Heim wäre für ihn mit erheblichen Belastungen verbunden.⁴³

Der Sicherung einer dauerhaften Vertragsbeziehung dient auch die Vorschrift des §11 I Nr.1 HeimG. Hiernach darf ein Heim nur betrieben werden, wenn der Träger die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit zum Betrieb des Heims besitzt. Mit dem Abschluss des Heimvertrages begründet der Heimträger einen Vertrauenstatbestand einer unbegrenzten Betreuungszusage. Diese Zusage kann er nur einhalten, wenn eine entsprechende wirtschaftliche Leistungsfähigkeit vorhanden ist.⁴⁴

Aus dem Ziel ergibt sich, dass ein auf unbestimmte Dauer angelegter Heimvertrag alle Rechtsbeziehungen zwischen dem Heimbewohner und dem Heim regelt. Bei einer Änderung der Bedürfnisse des Bewohners sowie einer Veränderung der Berechnungsgrundlagen für das Entgelt ist kein neuer Vertrag abzuschließen, sondern nur der bisherige Vertrag anzupassen. Der Rahmen und das Verfahren für eine Vertragsanpassung ist aber schon vorab im Heimvertrag zu regeln.

e) Sicherung von ordnungsgemäßer und qualitätsgerechter Leistung

Die Sicherung der ordnungsgemäßen Vertragserfüllung ist ein weiteres Ziel des Heimgesetzes. Es ist in den §2 I Nr.3 u.5, §5 XI HeimG konkretisiert. Die nach §2 I Nr.1 HeimG zu schützenden Interessen des Heimbewohners umfassen auch sein Interesse an einer ordnungsgemäßen Vertragserfüllung. Dies wird in §2 I Nr.3 HeimG ausdrücklich genannt. Besonders wichtig ist die Einhaltung der Sorgfaltspflichten des Pflegepersonals und die Sicherstellung einer ausreichenden ärztlichen Versorgung.⁴⁵ Für die Durchsetzung ordnungsgemäßer und qualitätsgerechter Leistung sind auch Regelungen zur Entgeltminderung bei mangelhafter Leistung (§5 XI HeimG) und Regelungen über Haftung und

⁴² So Zitat Begründung 1.Änderung HeimG BR-Drucks.203/89 S.29.

⁴³ Vgl. Begründung 1.Änderung HeimG BR-Drucks.203/89 S.30,31.

⁴⁴ DAHLEM HeimG §11 Rdnr.24.

⁴⁵ KUNZ HeimG §2 Rdnr.4.

Schadensersatz im Heimvertrag relevant. Auf Grund der fürsorglichen Leistungselemente Betreuung und Pflege ist es z.B. fraglich, ob der Heimträger seine Haftung für körperliche Schäden der Heimbewohner beschränken kann.

Auch die Aufgaben der Heimaufsicht verdeutlichen dieses Ziel. Es werden in den auf Grundlage des §3 HeimG erlassenen Rechtsverordnungen (Heimmindestbauverordnung, Heimpersonalverordnung) konkrete Mindestqualitätsstandards gesetzt, deren Einhaltung die Heimbehörden überwachen. Nach §11 HeimG sind weitere leistungsrelevante Anforderungen an den Heimbetrieb von den Behörden zu überwachen. §11 I Nr.3 u.7 HeimG betont eine geplante, qualitativ angemessene und an dem allgemein anerkannten Stand der medizinisch-pflegerischen Erkenntnisse ausgerichtete Pflege. §11 I Nr.9 u.10 unterstreicht die Sorgfaltspflichten hinsichtlich Infektionsschutz, Hygiene und dem sicheren Umgang mit Arzneimitteln.

Zu beachten ist, dass die vertraglichen Pflichten, insbesondere die Schutzpflichten des Heims, nicht über eine Bevormundung der Bewohner durchzusetzen sind. Zwar besteht ein Spannungsverhältnis zwischen den Betreuungs- und Sicherungspflichten des Heims und dem Recht auf Selbstbestimmung der Heimbewohner. Jedoch kann das Heim dieses Spannungsverhältnis nicht zu Lasten der Freiheit der Heimbewohner lösen. Vertragliche Pflichten des Heims können nicht jede Beschränkung der Selbstbestimmung der Heimbewohner rechtfertigen.⁴⁶

f) Sicherung wirtschaftlicher Interessen

Das Ziel der Sicherung der wirtschaftlichen Interessen der Heimbewohner lässt sich aus den §§5 VII, 7 I, 6 I HeimG ableiten. Die Regelungen sichern zu Gunsten der Heimbewohner ein angemessenes Entgelt für die Leistungen des Heims sowohl bei Vertragsabschluss als auch im Fall einer späteren Entgelterhöhung. Dieser Schutz geht weit über die allgemeine Regelung des §138 BGB hinaus. Auch durch §14 HeimG und die Heimsicherungsverordnung sollen die finanziellen Interessen der Heimbewohner geschützt werden.

g) Umfassende Information des Heimbewohners

Eine umfassende Information des Heimbewohners vor und während des Vertrages sowohl durch den Heimbetreiber als auch durch die Heimaufsichtsbehörde ist Ziel des Heimgesetzes. Dies wird in den §§5 II u. X, 4, 7 III HeimG normiert. Vor Vertragsabschluss soll der Heimbewohner alle wesentlichen Umstände und Bedingungen, unter denen er später auf Dauer leben wird, prüfen können.⁴⁷ Hierfür muss der Heimträger ihn über alle relevanten Umstände informieren, auch wenn diese im Vertrag selbst nicht festgeschrieben werden. Ziel ist, dass der Heimbewohner fähig ist, selbst zu beurteilen, ob das Heim für ihn geeignet ist und seinen Vorstellungen entspricht.

⁴⁶ Vgl. CRÖSSMANN HeimG §2 Rdnr.6.7.1.

⁴⁷ DAHLEM HeimG §5 Rdnr.9.

h) Freiheit des Heimträgers

Zu beachten bleibt, dass das Heimgesetz auch den Heimträgern Rechte garantiert. Es ist auch ein Schutzgesetz für die Heimträger, da es ihnen ihre Selbständigkeit in Zielsetzung und Durchführung ihrer selbstgestellten Aufgaben bestätigt (§2 II HeimG). Innerhalb der Rahmenbedingungen des Heimgesetzes können die einzelnen Heimträger eigene Heimkonzeptionen umsetzen und entsprechend ihren Heimbetrieb gestalten. Die Heimaufsichtsbehörden können nicht ihre eigenen Auffassungen von einem optimalen Heimbetrieb durchsetzen. Auch wenn nach Ansicht der Aufsichtsbehörde das Heim die Interessen und Bedürfnisse der Heimbewohner nicht optimal fördert, so kann die Behörde erst in den Heimbetrieb eingreifen, wenn dies zur Durchsetzung der im Heimgesetz normierten Mindestanforderungen nötig wird.⁴⁸ Zuvor bleibt ihr nur die Möglichkeit, durch Beratung ihre Vorstellungen zu vermitteln.

III. SGB XI

1. SGB XI als Sozialversicherungsrecht

Das SGB XI schuf einen neuen Zweig der Sozialversicherung. In ihm sind die Grundzüge der gesetzlichen Pflegeversicherung, Einzelheiten zum versicherten Risiko, die Leistungen und die organisatorische Durchführung geregelt. Es gestaltet gesetzlich ein Pflichtversicherungsverhältnis aus. Die Versicherungspflicht knüpft an eine bestehende gesetzliche oder private Krankenversicherung an. Die Versicherten der gesetzlichen Krankenversicherung sind in der sozialen Pflegeversicherung pflichtversichert. Hauptsächlich für diese Versicherten normiert das SGB XI das Leistungserbringungsrecht. Wenn die Versicherten pflegebedürftig werden, sind die Pflegekassen zur Leistung bis zu bestimmten Höchstbeträgen verpflichtet. Sie haben die Versorgung der Pflegebedürftigen nicht selbst vorzunehmen, sondern die Aufgabe deren Versorgung sicherzustellen. Die Pflegekassen erbringen ihre Leistungen bei der häuslichen Pflege wahlweise als Sach- oder Geldleistung. Leistungen der stationäre Pflege erbringen sie als Sachleistung durch die Pflegeeinrichtungen. Hierzu schließen die Pflegekassen entsprechend den Vorschriften des SGB XI mit den Pflegeeinrichtungen öffentlich-rechtliche Verträge ab. In diesen Verträgen werden den Pflegeeinrichtungen Art und Umfang der Leistung und die Entgelthöhe vorgegeben. Diese Vorgaben setzen die Pflegeeinrichtungen in ihren privatrechtlichen Verträgen mit den Pflegebedürftigen um.

Nicht abschließend geregelt ist, inwieweit sich das Sozialversicherungsverhältnis über die Festsetzung von Leistungsinhalten und Entgelten hinaus auf das Rechtsverhältnis zwischen den pflegebedürftigen Versicherten und den Pflegeeinrichtungen auswirkt. Anders als im Leistungsverhältnis der Krankenversicherung⁴⁹ wird trotz des

⁴⁸ CRÖSSMANN HeimG S.20u.§2 Rdnr.13, DAHLEM HeimG §2 Rdnr.14.

⁴⁹ Im Leistungserbringungsrecht der gesetzlichen Krankenversicherung ist es strittig, ob das Rechtsverhältnis zwischen den Versicherten und den Leistungserbringern als ein öffentlich-rechtliches Verhältnis oder ein privatrechtliches Vertragsverhältnis einzustufen ist. Vgl. hierzu ADAM §29 Rdnr.15f. für Arztverträge und §29 Rdnr.27f. für Krankenhausverträge.

Sachleistungsprinzips fast immer ein privatrechtlicher Vertrag zwischen der Pflegeeinrichtung und dem versicherten Pflegebedürftigen abgeschlossen. Ein Grund hierfür ist, dass über die soziale Pflegeversicherung nur eine Grundsicherung erfolgt; die Leistungen sind auf einen Höchstbetrag begrenzt und der Leistungsbedarf wird pauschal nach Pflegestufen bemessen. Darüber hinausgehende Leistungen muss der Pflegebedürftige selbst tragen und vereinbaren.⁵⁰ Daneben kommt dem Abschluss eines privatrechtlichen Vertrages auch eine Schutzfunktion zu. Er soll der Abhängigkeit des Pflegebedürftigen von der Pflegeeinrichtung gegensteuern.⁵¹ Deshalb ist der Abschluss eines privatrechtlichen Vertrages für die Leistungserbringung im Bereich der Pflegeversicherung zumeist gesetzlich angeordnet. Für Heimpflege ist ein privatrechtlicher Heimvertrag nach §5 I HeimG vorgeschrieben, für stationäre Pflege, die nicht in den Anwendungsbereich des Heimgesetzes fällt, gelten nach §119 SGB XI die Vorschriften über die Heimverträge nach dem Heimgesetz entsprechend. Auch bei häuslicher Pflege ist der Pflegedienst, so §120 SGB XI, gegenüber den Pflegebedürftigen vertraglich zur Leistungserbringung verpflichtet. Eine vertragliche Regelung soll auch hier für die Pflegebedürftigen mehr Transparenz schaffen. Sie soll sicherstellen, dass die Pflegebedürftigen über ihre Rechte und Pflichten informiert sind und eine ausreichende Rechtsklarheit auch im Rechtsverhältnis zum Pflegedienst besteht.⁵²

Auf Grund dieser Situation, Sachleistung durch den Versicherungsträger und privatrechtlicher Pflegevertrag, überlagern sich die sozialrechtlichen Leistungsbeziehungen zwischen der Pflegekasse und dem Pflegebedürftigen mit den privatrechtlichen Vertragsbeziehungen zwischen der Pflegeeinrichtung und dem Pflegebedürftigen.

2. Anwendbarkeit der Leitbilder und Ziele des SGB XI

a) Probleme der Anwendbarkeit im Privatrecht

Ebenso wie im Heimgesetz sind im SGB XI eingangs die Ziele, Grundprinzipien und Leitbilder aufgestellt. Da die Leistungsbeziehungen zu den Pflegebedürftigen durch öffentlich-rechtliche Regelungen und privatrechtliche Verträge ausgestaltet sind, ist zu untersuchen, ob die in §2ff SGB XI aufgezeigten Ziele und Leitbilder nur für das öffentlich-rechtliche Sozialrechtsverhältnis gelten oder ob und inwieweit sie auch in dem privatrechtlichen Verhältnis zwischen der Pflegeeinrichtung und dem Pflegebedürftigen zu berücksichtigen sind. Die Wirkungsweite der Ziele und Leitbilder des SGB XI ist entscheidend dafür, ob bei der Überprüfung von AGB der privatrechtlichen Pflegeverträge auf diese Wertungen zurückgegriffen werden kann. Nur wenn sie auch auf die privatvertraglichen Beziehungen anwendbar sind, können sie bei der Beurteilung dieser Verträge in gleicher Weise wie die Grundsätze und Leitbilder des Heimgesetzes bei der Anwendung des §307 BGB als Maßstab genutzt werden.

⁵⁰ WIESNER SGB XI §69 Rdnr.31ff.; WALTERMANN Rdnr.241.

⁵¹ BLOCH §20 Rdnr.68; vgl. auch oben B.II.4.c..

⁵² So Begründung zu §120 SGB XI BT-Drucks.14/5395 S.47.

Das SGB XI ist im Gegensatz zum Heimgesetz kein Verbraucherschutzgesetz.⁵³ Im SGB XI sind die öffentlich-rechtlichen Beziehungen der Pflegeversicherungsträger zu den Versicherten und zu den Pflegeeinrichtungen geregelt. Motiv der Regelungen ist ein öffentliches Interesse an einer funktionsfähigen Risikoabsicherung für den Fall der Pflegebedürftigkeit. Die privatrechtlichen Beziehungen zwischen den Pflegeeinrichtungen und den versicherten Pflegebedürftigen sind grundsätzlich nicht geregelt. So bleiben auch nach §11 III SGB XI die Bestimmungen des Heimgesetzes unberührt. Die privatrechtlichen Beziehungen können nur mittelbar über das SGB XI beeinflusst sein. Die Wertungen und Leitbilder des SGB XI können, anders als die des Heimgesetzes, nicht unmittelbar auf die privatrechtlichen Pflegeverträge übertragen werden. Andererseits sollen die Pflegekassen, so die Konzeption des Gesetzgebers, für ihre Versicherten gegenüber den Pflegeeinrichtungen als deren Sachwalter auftreten.⁵⁴ Dann müssten in den Zielsetzungen und Leitbildern des SGB XI auch Ansätze für den Schutz des einzelnen versicherten Pflegebedürftigen erkennbar sein. Daher sind in den Zielen und Leitbildern des SGB XI diese Elemente zum Schutz der Pflegebedürftigen zu bestimmen und auf ihre Anwendbarkeit für die privatrechtlichen Verträge hin zu untersuchen. Zu untersuchen ist, ob sie konkrete Maßstäbe für die Inhaltskontrolle der Pflegeverträge nach den Vorschriften über Allgemeine Geschäftsbedingungen setzen können.

Ein zentrales Leitbild des SGB XI ist die Selbstbestimmung. §2 I S.1 SGB XI lautet: „Die Leistungen der Pflegeversicherung sollen den Pflegebedürftigen helfen, ... ein möglichst selbständiges und selbstbestimmtes Leben zu führen, das der Würde des Menschen entspricht.“ An dem Leitbild der Selbstbestimmung soll exemplarisch untersucht werden, inwieweit die Ziele und Leitbilder des SGB XI für die privaten Verträge gelten und als Maßstab für die Inhaltskontrolle genutzt werden können. Hierfür eignet es sich besonders, da es auch im Heimgesetz als Leitbild für die Heimverträge herausgestellt ist. Unterschiede in der Auslegung und Anwendung dieses Leitbilds im Heimrecht und im Pflegeversicherungsrecht können aufzeigen, inwieweit die Ziele und Leitbilder des Verbraucherschutzrechts und des Sozialversicherungsrechts nicht übereinstimmen. An Hand der Unterschiede ist zu untersuchen, ob sich die Ziele und Leitbilder des SGB XI als Maßstab für die Inhaltskontrolle eignen.

b) Beispiel Selbstbestimmung

aa) Darstellung der Kommentierung

Der Gesetzgeber begründete die Regelung des §2 SGB XI damit, dass „Pflegebedürftigkeit in der Regel bedeutet, dass der Pflegebedürftige Einschränkungen in der freien Gestaltung seines Lebens hinnehmen muss. Die Hilfen der Pflegeversicherung sollen so gestaltet und eingesetzt werden, dass sie dazu beitragen, die Möglichkeiten zu einer selbständigen Lebensführung im Rahmen der verbliebenen Lebensfähigkeit nutzen zu können. Das Wunsch- und

⁵³ Nach KOSTORZ, Sozialgerichtsbarkeit 2003 S.259,264, enthält das SGB XI aber einzelne Regelungen, die Verbraucherschutz speziell für die Leistungsbezieher der Pflegeversicherung bezwecken..

⁵⁴ Begründung zum Pflegeversicherungsg BT-Drucks 12/5262 S.147

Wahlrecht ist eine wesentliche Voraussetzung zur Führung eines menschenwürdigen Lebens bei Pflegebedürftigkeit. Die Leistungsgewährung darf nicht bevormunden. Allerdings kann die Solidargemeinschaft nur für angemessene Wünsche im Rahmen des vorgesehenen Leistungsrechts eintreten.⁵⁵

Nach Wilde verdeutlicht §2 I S.1 SGB XI die verfassungsrechtlichen Werte des Art.1 I (Menschenwürde) und Art.2 I GG (Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit) im Pflegeversicherungsrecht. Die genannten Grundrechte garantieren einen autonomen Bereich privater Lebensgestaltung, in dem der Mensch sein Schicksal eigenverantwortlich gestalten kann. Insbesondere widerspricht es der Menschenwürde, den Menschen zum bloßen Objekt staatlichen Handelns zu machen.⁵⁶ Hieraus ist abzuleiten, „dass Pflege nicht zur Fremdbestimmung des Pflegebedürftigen führen darf, die über dessen notwendige Angewiesenheit auf Unterstützung hinausgeht.“ Auf seine individuellen Lebensgewohnheiten ist Rücksicht zu nehmen.⁵⁷ Daneben wird das Selbstbestimmungsrecht auch durch das Leitbild der aktivierenden Pflege (§2 I S.2 SGB XI) konkretisiert.⁵⁸

Nach Udsching „enthält §2 programmatische Aussagen über die Rechte des Pflegebedürftigen, die teilweise als Auslegungsmaßstab zur Konkretisierung des Inhalts der Leistungsansprüche herangezogen werden. Teilweise ergibt sich der elementare Gehalt der Vorschriften schon aus Art.1 I und ... Art.4 GG.“⁵⁹ Die Leistungen der Pflegeversicherung sollen unter Nutzung aller Möglichkeiten der Selbstbestimmung erbracht werden. Aktivierende Pflegemaßnahmen haben Vorrang.⁶⁰ Der Schutz vor Bevormundung des Pflegebedürftigen wird in seinem Wahlrecht nach §2 II SGB XI deutlich.⁶¹

Nach Klie gehört §2 SGB XI „zu den verbindlichen Programmsätzen und Zielbestimmungen des SGB XI und folgt verfassungsrechtlichen Vorgaben....“ Grund für die Vorschrift ist die doppelte Abhängigkeit der Pflegebedürftigen. Sie sind zum einen abhängig von ihrer eingeschränkten Gesundheit, zum anderen abhängig von den helfenden Personen und Institutionen. Dieser Abhängigkeit soll durch die Leistungen als auch durch die Art und Weise der Leistungen seitens der Pflegeversicherung begegnet werden. Die Leistungen sollen den Pflegebedürftigen nicht bevormunden.⁶² In Abkehr von traditioneller Verwahrpflege soll sich die Hilfe am Leitbild nicht-pflegebedürftiger Menschen und weitgehender Unabhängigkeit von fremder Hilfe orientieren. Die Pflege soll zusammen mit den Pflegebedürftigen geplant werden, bei der Pflege sind die individuellen Lebensgewohnheiten zu berücksichtigen, es soll auf erzieherische Maßnahmen verzichtet werden. Als besondere Ausprägung der

⁵⁵ BT-Drucks. 12/5262 S.89.

⁵⁶ WIESNER SGB XI §2 Rdnr.3,5.

⁵⁷ WIESNER SGB XI §2 Rdnr.6.

⁵⁸ WIESNER SGB XI §2 Rdnr.7.

⁵⁹ UDSCHING SGB XI §2 Rdnr.2.

⁶⁰ UDSCHING SGB XI §2 Rdnr.3.

⁶¹ UDSCHING SGB XI §2 Rdnr.4.

⁶² KLIE LPK-SGB XI §2 Rdnr.2; KLIE Pflegevers. Lexikon S.89.

Selbstbestimmung stellt §2 II SGB XI das Wahlrecht hinsichtlich Leistungsart und Leistungserbringer heraus.⁶³

Nach Schiffer „korrespondiert das in §2 normierte Selbstbestimmungsrecht des Pflegebedürftigen mit seinen Wunsch- und Wahlrechten mit dem in §6 verankerten Grundsatz der Eigenverantwortung. Beide Vorschriften bedingen einander und sind insoweit auch Ausdruck dafür, dass der Pflegebedürftige trotz der vorliegenden Einschränkungen in der freien Gestaltung seines Lebens nach wie vor für sich selbst die Verantwortung trägt und ihm damit ein Leben ermöglichen, welches der Würde des Menschen entspricht.“⁶⁴ Da die eingetretene Pflegebedürftigkeit in der Regel zu Einschränkungen in der freien Gestaltung des Lebens führt, sollen die Leistungen der Pflegeversicherung so gestaltet werden, dass sie dem Pflegebedürftigen ermöglichen, seine verbliebenen Fähigkeiten für eine selbstbestimmte Lebensführung zu nutzen. Eine wesentliche Voraussetzung hierfür ist das Wunsch- und Wahlrecht des Pflegebedürftigen.⁶⁵

Nach Fuchs und Neumann formulieren die Programmsätze des §2 SGB XI die Aufgabe der Pflegeversicherung, durch ihre Leistungen es den Pflegebedürftigen zu ermöglichen, ein möglichst selbstbestimmtes Leben zu führen, das der Würde des Menschen entspricht. Das SGB XI orientiert sich am Normalisierungsprinzip, d.h. Leitbild ist das Lebensumfeld eines Nicht-Pflegebedürftigen. Eine wichtige Konkretisierung des Selbstbestimmungsrechts ist das Wahl- und Wunschrecht nach §2 II SGB XI.⁶⁶

bb) Zusammenfassung

Fasst man die Interpretationen in den Kommentierungen zusammen, bezweckt das Leitbild der Selbstbestimmung in §2 I S.1 SGB XI in der Hauptsache den Schutz der Versicherten vor Bevormundung durch die Pflegekassen. Dies wird besonders dadurch deutlich, dass die wichtigste Umsetzung dieses Ziels in einem Recht für die Versicherten, dem Recht, zwischen den Einrichtungen und Diensten verschiedener Träger zu wählen (§2 II S.1 SGB XI), gesehen wird. Auch die Berücksichtigung ihrer Wünsche im Rahmen des Leistungsrechts (§2 II S.2 SGB XI) und die Rücksicht auf ihre religiösen Bedürfnisse (§2 III SGB XI) unterstreichen diese Schutzfunktion. Die Pflegekassen sollen nicht allein die Pflegeleistungen zweckmäßig und wirtschaftlich erbringen (so §4 III SGB XI), sondern auch die Bedürfnisse ihrer Versicherten berücksichtigen. Insoweit stimmen die Leitbilder der Selbstbestimmung des SGB XI und des Heimgesetzes grundsätzlich überein.⁶⁷ Angeknüpft wird an eine Abhängigkeitssituation bzw. eine Einordnung in Organisationsstrukturen. Bei Heimen sind es die notwendige Einordnung in die Heimstrukturen und die existentielle Abhängigkeit von den Betreuungsleistungen, die das

⁶³ KLIE LPK-SGB XI §2 Rdnr.4,6; KLIE Pflegevers. Lexikon S.89

⁶⁴ BEHR SGB XI §2 Rdnr.1.

⁶⁵ BEHR SGB XI §2 Rdnr.3,4.

⁶⁶ BLOCH §5 Rdnr.35ff., §20 Rdnr.42ff..

⁶⁷ Selbstbestimmung im SGB XI entspricht der nach §2 I Nr.2 SGB XI so CRÖSSMANN HeimG §2 Rdnr.8.

Schutzbedürfnis begründen.⁶⁸ Bei der sozialen Pflegeversicherung ergibt sich das Schutzbedürfnis des Pflegebedürftigen aus der reglementierten hoheitlichen Leistungserbringung der Pflegekassen. Auch in diesem „Sozialverwaltungsverfahren“ sollen dem Pflegebedürftigen seine Autonomie, seine Willensfreiheit erhalten bleiben.

Allerdings zeigen die Interpretationen in den Kommentierungen auch, dass dem Leitbild der Selbstbestimmung im SGB XI nicht allein schützende Funktionen, sondern zum anderen auch gestaltende Funktionen zugesprochen werden. So soll es Maßstab für die Ausgestaltung der Leistungen der Pflegeversicherung sein und zur Konkretisierung des Inhalts der Leistungsansprüche herangezogen werden.⁶⁹ Es soll nach §2 I S.2 SGB XI durch das Ziel der Wiederherstellung oder Erhaltung der eigenen Kraft, als Leitbild einer aktivierenden Pflege, konkretisiert sein.⁷⁰ Es korrespondiert mit dem Prinzip der Eigenverantwortung.⁷¹ Das Prinzip der Eigenverantwortung hebt hervor, dass jeder Versicherte der sozialen Pflegeversicherung sich so zu verhalten hat, dass er die Versicherungsgemeinschaft so wenig wie möglich in Anspruch nimmt. So in Verbindung mit dem Prinzip der Eigenverantwortung verstanden, kann es auch Anforderungen an den Versicherten stellen, ihm Mitwirkungspflichten auferlegen. Wenn der versicherte Pflegebedürftige eine fördernde oder aktivierende Pflege ablehnt, kann das Leitbild der Selbstbestimmung nach §2 I SGB XI in einem Spannungsverhältnis mit dem subjektiven Recht des Versicherten auf Selbstbestimmung stehen.⁷² So verstanden, geht die Auslegung des Prinzips der Selbstbestimmung des SGB XI über die reine Schutzfunktion der Selbstbestimmung nach dem Heimgesetz hinaus.

Das Leitbild der Selbstbestimmung nach §2 I SGB XI beinhaltet zwei unterschiedliche Zielrichtungen. Zum einem bezweckt es den Schutz der Versicherten. Diese Zielrichtung entstammt den Grundrechten der Versicherten als Abwehrrechten gegen staatliches Handeln. Zum anderen enthält es eine gestaltende Funktion, einen Auftrag auf Förderung selbständiger Lebensführung an die Pflegekassen. Dies wird abgeleitet aus einem objektiven Prinzip der Selbstständigkeit.

cc) Adressat der Norm

Offen bleibt in der Kommentierung, ob der Schutz der Versicherten nach §2 I S.1 SGB XI auch gegenüber den Pflegeeinrichtungen wirken soll, diese mitverpflichtet. Da es gemäß §2 I S.1 SGB XI um "die Leistungen der Pflegeversicherung" geht (in der Hauptsache nach dem Sachleistungsprinzip erbracht), sind nach dieser Formulierung die Träger der Pflegeversicherung Adressat dieser Norm, nicht die Pflegeeinrichtungen. Zwar sind auf Grund des Sachleistungsprinzips letztendlich die Pflegeeinrichtungen die Leistungserbringer. Jedoch geht das SGB XI an verschiedenen Stellen von der

⁶⁸ Vgl. oben B.II.1.

⁶⁹ UDSCHING SGB XI §2 Rdnr.1.

⁷⁰ WIESNER SGB XI §2 Rdnr.7.

⁷¹ BEHR SGB XI §2 Rdnr.1.

⁷² Vgl. KLIE LPK SGB XI §2 Rdnr.5, §6 Rdnr.2.

selbstständigen Leistungserbringung der Pflegeeinrichtungen aus. In §11 I S.1 SGB XI heißt es: „ihre Leistungen“, nach §11 II SGB XI ist insbesondere die Unabhängigkeit der Pflegeeinrichtungen zu wahren, nach §112 I SGB XI bleiben die Pflegeeinrichtungen unbeschadet des Sicherungsauftrags der Pflegekassen für die Qualität ihrer Leistungen verantwortlich. Ferner zeigt auch die Ausgestaltung der Beziehungen zwischen den Pflegekassen und den Pflegeeinrichtungen mittels öffentlich-rechtlicher Vereinbarungen nach dem 7. und 8. Kapitel des SGB XI die Unabhängigkeit und Eigenverantwortung der Pflegeeinrichtungen. Sie sind nicht in die Organisation der Leistungserbringung durch die Pflegekassen eingegliedert, sondern stehen den Pflegekassen gleichberechtigt gegenüber. Gegen eine Verpflichtung der Pflegeeinrichtungen aus §2 I SGB XI spricht auch, dass die Pflichten der Pflegeeinrichtungen an anderer Stelle in §11 I SGB XI beschrieben sind. §11 I SGB XI betont abweichend von §2 I SGB XI nicht ausdrücklich die Selbstständigkeit, sondern verpflichtet die Pflegeeinrichtungen, ihre Leistungen entsprechend dem allgemein anerkannten Stand medizinisch-pflegerischer Erkenntnisse zu erbringen und eine aktivierende Pflege unter Achtung der Menschenwürde zu gewährleisten.⁷³ All dies zeigt, dass die Leitbilder des SGB XI nur die Träger der Pflegeversicherung verpflichten, nicht dagegen auch die Pflegeeinrichtungen. Wenn die Pflegekassen ihre Leistungen durch die Pflegeunternehmen erbringen, müssen sie §2 I SGB XI dadurch umsetzen, dass sie in ihren Verträgen mit den Pflegeunternehmen darauf hinwirken, dass auch diese bei der Leistungserbringung die Selbstständigkeit der Pflegebedürftigen fördern und ihre Selbstbestimmung wahren.

c) Weitere Leitbilder

Wie die Untersuchung zeigte, richtet sich die Norm des §2 I SGB XI, die das Leitbild der Selbstbestimmung betont, allein an die Träger der Pflegeversicherung. Zum anderen ergab die Auswertung der Kommentierung, dass sich Auslegung und Anwendung des Leitbildes der Selbstbestimmung nach dem SGB XI und dem Heimgesetz unterscheiden. Die Abweichung ergibt sich auf Grund der unterschiedlichen Rechtsnaturen der Gesetze, hier Sozialversicherungsrecht, dort Verbraucherschutzrecht. Es zeigt sich an diesem Beispiel, dass die Leitbilder und Ziele des SGB XI eher aus der Sicht auf das Sozialversicherungsverhältnis bzw. auf die Leistungsbeziehungen zwischen den Pflegekassen und den Versicherten aufgestellt sind.

Dies wird bei den weiteren Leitbildern und Zielen des SGB XI noch stärker deutlich. Sie transformieren zum einen allgemeine sozialrechtliche Grundsätze in die Pflegeversicherung, zum anderen formulieren sie spezielle leistungsrechtliche Grundsätze der sozialen Pflegeversicherung. Daher können sie im Gegensatz zu den Prinzipien und Leitbildern des Heimgesetzes kaum auf die vertraglichen Beziehungen zwischen den Pflegeeinrichtungen und den Pflegebedürftigen angewandt werden. Neben dem Leitbild der Selbstbestimmung sind die zwei

⁷³ Wilde in WIESNER SGB XI §11 Rdnr.7 „Die Vorschrift hat eine Selbstverständlichkeit zum Inhalt. Sie stellt in der für das SGB XI typischen variantenreichen Wiederholung klar, dass die bereits anderweitig im SGB XI normierten Kriterien der Menschenwürde und der aktivierenden Pflege auch für die Qualität der Pflegeleistung maßgebend sind.“

wichtigsten Leitbilder des SGB XI der Vorrang der häuslichen Pflege (§3 SGB XI) und der Vorrang von Prävention und Rehabilitation (§5 SGB XI). Das Prinzip vom Vorrang der häuslichen Pflege zeigt ein wesentliches Ziel der Pflegeversicherung auf. Sein Zweck ist vielschichtig. Zum einen berücksichtigt dieses Leitbild die typischerweise bestehenden Wünsche und Bedürfnisse der Versicherten. Daneben dient es aber auch dem Interesse der Pflegeversicherung an einer optimalen Nutzung ihrer finanziellen Mittel. Weiterhin setzt es auch das allgemeine sozialrechtliche Normalisierungsprinzip in das Pflegeversicherungsrecht um.⁷⁴ Somit dient das Leitbild vom Vorrang der häuslichen Pflege drei unterschiedlichen Interessen. Zum einen den Interessen der Versicherten, zum anderen den finanziellen Interessen der Pflegeversicherung und daneben noch der Umsetzung allgemeiner sozialrechtlicher Prinzipien. In gleicher Weise dient auch das Leitbild vom Vorrang von Prävention und Rehabilitation diesen drei unterschiedlichen Interessen. Es bezweckt zum einen die Vermeidung von Pflegebedürftigkeit aus humanen Gründen. Es dient zum anderen aber auch wirtschaftlichen Gründen. Daneben setzt es einen allgemeinen Grundsatz des sozialen Leistungsrechts um.⁷⁵

d) Ergebnis

aa) Leitbilder nicht für privatrechtliche Verträge

Insgesamt eignen sich die Leitbilder und Ziele des SGB XI weniger als Maßstab bei der Kontrolle von privatrechtlichen Pflegeverträgen. Wie gezeigt, ist dies zum einen dadurch begründet, dass sich die Leitbilder an die Pflegekassen richten und nicht an die Pflegeeinrichtungen, welche den privaten Pflegevertrag gestalten. Zum anderen werden sie vorrangig zur Ausgestaltung des Sozialversicherungsverhältnisses normiert. Ihre Ziele sind nicht allein der Schutz der Versicherten. Somit lassen sie sich schlecht auf privatrechtliche Vertragsbeziehungen übertragen, um dort den Schutz der Pflegebedürftigen zu bewirken. Daher sind sie als Maßstab für die Überprüfung privatrechtlicher Vertragsklauseln eher ungeeignet.

Auch dort, wo das SGB XI direkte Anforderungen an die Pflegeeinrichtungen stellt (so in §11 I SGB XI), lässt sich kein hinreichender rechtlicher Maßstab für die AGB-Prüfung entwickeln. Die Verpflichtung zu dynamischen Leistungsstandards nach dem Stand der Erkenntnisse und zur Wahrung der Menschenwürde reichen allein nicht aus, um konkrete rechtliche Maßstäbe für die Beurteilung von einzelnen Vertragsklauseln zu gewinnen. Diese Anforderungen sind recht allgemein und bleiben als Vorgaben für Vertragsklauseln zu unbestimmt.

Als Maßstab für die Überprüfung von Vertragsklauseln sind daher die Prinzipien und Leitbilder aus dem Heimgesetz besser geeignet. Auch für die Überprüfung der unregulierten Verträge über häusliche Pflege, die vom Heimgesetz nicht erfasst sind, wäre eine „analoge“ Anwendung der Prinzipien und Leitbilder aus dem Heimgesetz der bessere Weg. Denn diese Leitbilder sind weit konkreter ausformuliert und bezwecken ausschließlich den Schutz des

⁷⁴ BT Druck 112/5262 S.89,90; WIESNER SGB XI §3 Rdnr.1,7.

⁷⁵ BT Druck 112/5262 S.91; WIESNER SGB XI §5 Rdnr.1,2.

Vertragspartners Heimbewohner. Eine „analoge“ Anwendung setzt voraus, dass das Schutzbedürfnis, d.h. die Abhängigkeit der Pflegebedürftigen, ähnlich ist wie das der Heimbewohner. Ob dies der Fall ist, hierfür können die Prinzipien und Leitbilder des SGB XI Hinweise geben. Wenn diese Leitbilder Schutz gegenüber den Pflegekassen erreichen sollen, so weisen sie zugleich auch auf Abhängigkeiten hin. Insbesondere wenn sie, wie das Leitbild der Selbstbestimmung, Leitbilder des Heimgesetzes wiederholen, auch wenn diese anders als im Heimgesetz verstanden werden. Die Zulässigkeit einer analogen Anwendung soll am Leitbild der Selbständigkeit des Heimgesetzes untersucht werden.

bb) Selbstbestimmung in Pflegeverträgen

Die Wahrung der Selbstbestimmung als Schutzprinzip soll bei der Leistungserbringung durch die staatlichen Pflegekassen berücksichtigt werden. Soweit die Pflegekassen stationäre Pflege als Sachleistung durch Heime erbringen und die Heime Heimverträge abschließen, wird die Selbständigkeit der Pflegebedürftigen durch die Anwendung des Heimgesetzes gesichert. Das Heimgesetz steht mit seiner Schutzrichtung der Wahrung der Selbständigkeit in Übereinstimmung mit den Prinzipien der Leistungserbringung des SGB XI.⁷⁶ Für die privatrechtlichen Heimverträge braucht, zum Schutz der Selbständigkeit der Pflegebedürftigen nicht auf das SGB XI zurückgegriffen zu werden.

Nicht so einfach ist aber die Anwendung des Prinzips auf private Pflegeverträge, die keine Heimverträge sind. Schutzgesetze wie das Heimgesetz gibt es hier nicht. Das Prinzip der Selbstbestimmung im SGB XI gilt nicht direkt für die Pflegeeinrichtungen. Die Pflegekassen können bei ihren Vereinbarungen mit den Pflegeeinrichtungen nur darauf hinwirken, dass diese die Selbständigkeit der Versicherten wahren. Zum anderen wird es anders als im Heimgesetz auch nicht allein als Schutzprinzip verstanden, sondern in die Ausgestaltung des Sozialversicherungsverhältnisses mit eingebunden.

Andererseits wird sowohl im Verbraucherschutzgesetz Heimgesetz, wie auch im Sozialversicherungsrecht des SGB XI das Prinzip der Selbstbestimmung ausdrücklich betont. Abgeleitet wird es aus den Grundrechten der Pflegebedürftigen. Der Gesetzgeber hat es sowohl im Sozialrechtsverhältnis wie auch im privatrechtlichen Heimvertragsverhältnis als ein wichtiges Schutzprinzip vorgegeben. Begründet ist es durch die besondere Abhängigkeit der Pflegebedürftigen. Daraus kann gefolgert werden, dass es auch anzuwenden ist, wenn im Zusammenhang mit privatrechtlichen Pflegeverträgen vergleichbare Abhängigkeitssituationen auftreten, somit ein ähnliches Schutzbedürfnis vorliegt. Inwieweit eine vergleichbare Abhängigkeit vorliegt, richtet sich nach der Art und dem Umfang der erbrachten Pflegeleistung. Beurteilungspunkte für besondere Abhängigkeit von den Pflegeleistungen sind, ob für die Pflegebedürftigen existentielle Leistungen oder an ihrer Person zu erbringende Leistungen vorliegen. Hierfür ist der vereinbarte Leistungsumfang des konkreten

⁷⁶ Im übrigen bleiben die Bestimmungen des Heimgesetzes durch die Regelungen der Pflegeversicherung unberührt (§11 III SGB XI). Hiermit sind (so UDSCHING SGB XI 311 Rdnr.7) die Schutzvorschriften des HeimG gemeint.

Pflegevertrags heran zu ziehen. Wenn eine nicht unerhebliche Abhängigkeit von den Pflegeleistungen festzustellen ist, ist das Leitbild der Wahrung der Selbstbestimmung nach dem Heimgesetz auch bei privatrechtlichen Hauspflegeverträgen anzuwenden. Es ist bei der Ausfüllung des unbestimmten Rechtsbegriffs der „unangemessenen Benachteiligung“ nach §307 I BGB bei der Inhaltskontrolle von AGB-Klauseln dieser Verträge zu berücksichtigen. So sind Klauseln über Kündigungsfristen, die das Recht des Pflegebedürftigen, zwischen verschiedenen Pflegediensten zu wählen, stark einschränken, nach §307 BGB unwirksam. Maßstab für die Beurteilung nach §307 BGB ist §8 HeimG.⁷⁷

Wie sich zeigt, ist eine analoge Anwendung der Leitbilder des Heimgesetzes möglich. Sie führt zu konkreten Vorgaben und Maßstäben. Hier sollte nur aufgezeigt werden, dass das SGB XI für die AGB-Kontrolle wenig geeignet ist, jedoch diese Lücke mittels der analogen Anwendung der Wertungen des Heimgesetzes geschlossen werden kann.

Dies bedeutet nicht, dass die Regelungen des SGB XI keinen Beitrag zum Schutz der pflegebedürftigen Verbraucher leisten. Gerade die Beratungen durch die Pflegekassen und die Qualitätssicherungsmaßnahmen der Pflegekassen leisten einen wichtigen Beitrag für den Verbraucherschutz.⁷⁸ Jedoch können aus den Regelungen keine rechtlich konkreten Maßstäbe für die Kontrolle von AGB gewonnen werden.

3. Probleme und Widersprüche durch das Nebeneinander von privatrechtlichem Pflege- und Heimvertrag und dem SGB XI

a) Vertragsgestaltung bei Leistungen und Entgelten

Schwierigkeiten bereitet auch das Zusammenspiel der Normen des Heimgesetzes und des SGB XI. Das Heimgesetz geht davon aus, dass der Betreiber des Heims seinem Kunden, dem Heimbewohner, die Leistungen auf einer vertraglichen Grundlage erbringt. Er schließt hierzu mit dem Heimbewohner nach §5 I HeimG einen zivilrechtlichen Heimvertrag. Durch die Pflegeversicherung ändert sich das Verhältnis. Die Pflegekasse tritt für ihre Versicherten als Erbringer von Sachleistungen auf. Das Heim erbringt seine Leistungen an versicherte Heimbewohner zusätzlich noch auf Grund des Versorgungsvertrages mit der Pflegekasse. Die Pflegekassen handeln Leistungsumfang und das Entgelt für die Sachleistungserbringung in den Rahmenverträgen, Qualitätsvereinbarungen und Vergütungsvereinbarungen mit den Heimen bzw. deren Verbänden aus. Zwar trägt die Pflegekasse pauschaliert nur einen Teil der Pflegeleistungen. Jedoch sollen die Pflegekassen (so die Absicht des Gesetzgebers) auch auf die von ihnen nicht zu tragenden Kosten für Unterkunft und Verpflegung Einfluss nehmen. Die Pflegekassen sind zum Schutz der bei ihnen versicherten Pflegebedürftigen deren Sachwalter. Es liegt ein Gemisch aus sozialrechtlicher Sachleistung und vertraglich vereinbarter Leistung an den Heimbewohner vor. Die entscheidenden Bestimmungen für Leistung und Entgelt treffen die Pflegekassen und die Heime durch ihre verbindlichen Vereinbarungen auf der Grundlage des SGB XI. Diese

⁷⁷ KLIE LPK-SGB XI §2 Rdnr.8

⁷⁸ KRAHMER NDV 1998 S.310f..

Vereinbarungen gelten auf Grund der Differenzierungsverbote mittelbar für alle Heimbewohner.⁷⁹

Somit ist die Vertragsfreiheit bei der Vereinbarung von Leistung und Gegenleistung zwischen Heim und Heimbewohner völlig ausgeschlossen. Einige Spielräume für Vereinbarungen bleiben allenfalls im Bereich der Zusatzleistungen. Die Gestaltungsmöglichkeiten hinsichtlich der Zusatzleistungen sind jedoch begrenzt. Alle notwendigen Leistungen für Unterkunft, Verpflegung, Betreuung und Pflege sind schon über die zwischen Heim und Pflegekasse vereinbarten Pflegesätze abgegolten. Dies gilt auch bei besonders aufwendigen Leistungen, die notwendig sind. Als notwendig wird eine Pflege und Betreuung angesehen, die sowohl das körperliche als auch das geistige und seelische Wohlbefinden fördert. Überdies widersprechen überflüssige Pflegemaßnahmen auch dem Wesen und der Kultur des Pflegens.⁸⁰

Dieser Verlust der Vertragsfreiheit durch das SGB XI wird teilweise sehr kritisch gesehen. So meint Crößmann: „An Stelle der Vertragsfreiheit als eines Elements der persönlichen Freiheit, ist das Diktat der Verwaltung getreten. Sie bestimmt durch die Zulassung, wer „Pflege“ erbringen darf, und sie diktiert über die Vorschriften des 7. und 8. Kapitels des SGB XI, wie das Leben im Heim zukünftig verläuft. Denn die Pflegekassen bestimmen nicht nur Art, Umfang und Qualität ihrer Leistung, sondern die gesamte Betreuung, auch für Bereiche, zu denen sie nicht beitragen. Es ist nicht zu erkennen, wie dieser Rechtsentzug mit dem Grundgesetz vereinbar ist.“⁸¹

b) Qualitätsvorgaben und Schutz der Heimbewohner

Probleme bereitet auch das Verhältnis zwischen Heimgesetz und SGB XI hinsichtlich der Qualitätsvorgaben und dem Schutzniveau zugunsten der Heimbewohner. Verdrängt auch hier das SGB XI die Vorgaben des Heimgesetzes oder gilt hier der Vorrang des Heimgesetzes? Nach §11 III SGB XI bleiben die Bestimmungen des Heimgesetzes unberührt. Dies stellt klar, dass die Pflegeeinrichtungen die Vorschriften des Heimgesetzes zu beachten haben und diesen genügen müssen.⁸² Gleichwohl werden (im Zusammenhang mit der Vereinbarung von Leistungen und Entgelten) Aufgaben der Qualitätssicherung gesetzlich an die Pflegekassen übertragen. In den Qualitätsvereinbarungen nach §80 SGB XI vereinbaren die Spitzenverbände der Pflegekassen mit den Bundesverbänden der Heimträger die einheitlichen Grundsätze und Maßstäbe für die Pflegequalität und die Entwicklung eines einrichtungsinternen Qualitätsmanagements. Zugleich schließen die Pflegekassen mit den Trägern der Heime Leistungs- und Qualitätsvereinbarungen nach §80a SGB XI. Sie vereinbaren die Struktur und die voraussichtliche Entwicklung des zu betreuenden Personenkreises, Art und Inhalt der Leistungen, die von dem Pflegeheim während des nächsten Pflegesatzzeitraums oder der nächsten

⁷⁹ Vgl. oben A.I.2.b), II.; KLIE RsDE 35 S.34,36.

⁸⁰ BT-Drucks. 12/5262 S.147.

⁸¹ CRÖSSMANN HeimG §4e Rdnr.5.2.; Bedenken zu dieser Problematik der Vertragsvereinbarungen, die durch die Neufassung des Heimgesetzes eher zu Lasten der Heime verschärft wurde, äußert auch BRÜNNER RsDE 49 S.66,75..

⁸² WIESNER SGB XI §11 Rdnr.14.

Pflegesatzzeiträume erwartet werden, sowie die personelle und sächliche Ausstattung des Pflegeheims einschließlich der Qualifikation der Mitarbeiter (§80a II SGB XI). Die Pflegekassen übernehmen, wenn auch in Zusammenarbeit mit den Heimbehörden, nach dem 11.Kapitel des SGB XI (§§112ff. SGB XI) Aufgaben der Qualitäts- und Leistungskontrolle. Jedoch bleiben die Träger der Pflegeeinrichtungen nach §112 I SGB XI weiter für die Qualität ihrer Leistungen verantwortlich. Die Pflegekassen tragen auf Grund des gesetzlichen Sicherstellungsauftrags (§ 69 SGB XI) nur eine Mitverantwortung für die Gestaltung der qualitätsgerechten Versorgung ihrer Versicherten.⁸³ Auch wegen des weitergefassten sachlichen Anwendungsbereiches des Heimgesetzes bleibt es bei einem relativen Vorrang des Heimgesetzes.⁸⁴

Dies führt dazu, dass die Pflegeeinrichtungen sowohl die Vorgaben auf Grund der Regelungen mit den Pflegekassen beachten und zugleich auch die Anforderungen des Heimgesetzes berücksichtigen müssen. Dessen Schutzniveau kann oftmals höher liegen. So vertritt Crößmann: „Die Schutzbestimmungen [des HeimG] sind .. noch nicht erfüllt, wenn Qualitätsnormen nach dem SGB XI erreicht werden. Vielfach wird die Ansicht vertreten, dass Qualitätsaspekte des Pflegeversicherungsgesetzes ausreichende Gewähr für angemessene Lebensbedingungen im Heim bieten würden. Der Schutzrahmen [des HeimG] ist jedoch deutlich weiter gesteckt.“ „Indirekt wirken die Vorschriften [des HeimG] ... begrenzt auch gegen Kostenträger. Sind etwa die Pflegesätze zu gering, dass dadurch die Interessen und Bedürfnisse der Bewohner .. beeinträchtigt oder sogar gefährdet werden, haben die zust[ändigen] Behörden einzugreifen.“⁸⁵

c) Konsequenzen für AGB-Prüfung

Aufzuzeigen ist, welche Konsequenzen die oben dargestellten Probleme bei der Überprüfung von Klauseln nach den Vorschriften über AGB haben können. Die Vorgaben des SGB XI und die damit zusammenhängenden Schwierigkeiten beeinflussen mittelbar die privatrechtliche Vertragsgestaltung. Daher sind zwingende Vorgaben durch das Pflegeversicherungsrecht im Rahmen der AGB-Prüfung zu berücksichtigen. An welcher Stelle der AGB-Prüfung die Probleme relevant werden und ob sie die AGB-Überprüfung bei bestimmten Regelungsbereichen ausschließen, einschränken oder den Prüfungsmaßstab ändern, soll abschließend erst im Kapitel D geklärt werden.

⁸³ BT Drucks. 14/5395 S.31.

⁸⁴ KLIE RsDE 35 S.34,37f.; vgl. auch GIESE RsDE 37 S.2,9f..

⁸⁵ CRÖSSMANN HeimG §2 Rdnr.5.; vergl. auch Rdnr.6.4.

C Die Vorschriften über AGB im Hinblick auf Heim- und Pflegeverträge

I. Einleitung Untersuchungsziel

Dieses Kapitel soll das Instrumentarium zur Überprüfung der einzelnen im Kapitel A benannten Klauseln und Regelungsbereiche vorbereiten. Die AGB-Vorschriften sind im Hinblick auf die beabsichtigte Überprüfung zu erläutern und ihr Zusammenspiel ist aufzuzeigen. Meine Untersuchung beabsichtigt keine vollständige AGB-Kontrolle eines oder mehrerer Vertragswerke, sondern sie will die problematischen Klauseln in den verschiedenen Verträgen auffinden, die Probleme an Hand der relevanten Vorschriften darstellen und Vorschläge für faire Klauselgestaltungen bieten. Daher werden die AGB-Vorschriften nicht einzeln erläutert, sondern sie werden in Hinblick auf ihre Relevanz für diese Untersuchung und unter Berücksichtigung möglicher Überschneidungen bei ihrer Anwendung in Gruppen zusammengefasst. Da alle Heim- und Pflegeverträge Verbraucherverträge sind, muss die Darstellung immer die Richtlinie 93/13 EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen berücksichtigen. Alle AGB-Vorschriften sind entsprechend den Vorgaben der Richtlinie auszulegen.

Es ist darzustellen, wie die Klauselwerke Vertragsbestandteil der Pflege- und Heimverträge werden. Hier ist §305 II BGB dafür relevant, ob das gesamte Klauselwerk Vertragsbestandteil geworden ist. §305c I BGB ist relevant, ob einzelne überraschende Klauseln nicht in den Vertrag einbezogen sind.

Es sind die Bedeutung des Transparenzgebotes, sein Standort im AGB-Recht und die Rechtsfolgen intransparenter Klauseln darzustellen. Das Transparenzgebot ist ausdrücklich in Art.5 RL und Art.4 II 2.HS RL benannt. Im deutschen AGB-Recht wurde und wird das Transparenzgebot bei der Anwendung verschiedener Normen berücksichtigt. Nunmehr ist es im Bereich der Inhaltskontrolle gesetzlich benannt. Zugleich sind im Zusammenhang mit den Transparenzgebot Fragen der Auslegung von Klauseln zu erörtern.

Ein wichtiger Abschnitt wird sich mit den Einzelheiten der Inhaltskontrolle von AGB beschäftigen. Zuvor sind mögliche Schranken der Inhaltskontrolle für die Pflege- und Heimverträge gemäß §307 III BGB festzustellen. Nach §307 III BGB findet die Inhaltskontrolle nur für solche AGB statt, die von Rechtsvorschriften abweichen oder sie ergänzen. Dies wird auch dahingehend verstanden, dass grundsätzlich keine Inhaltskontrolle der AGB erfolgt, welche die vertraglichen Leistungen vereinbaren. Kontrollfrei bleiben AGB, welche die vertragliche Hauptleistung bestimmen und die das als Gegenleistung zu zahlende Entgelt festlegen. Jedoch bleibt eine Transparenzkontrolle auch für diese AGB möglich.

Im Bereich der Inhaltskontrolle ist die Relevanz der Klauselkataloge in den §§308 und 309 BGB und im Anhang der Richtlinie aufzuzeigen. Anschließend

ist die Anwendung der Generalklausel der Inhaltskontrolle, §307 I, II BGB, auf die zu untersuchenden Vertragstypen und Klauseln aufzuzeigen.

II. Konzeption der AGB Vorschriften

1. AGB-Gesetz

Das AGB-Gesetz (als Vorgänger der Vorschriften über AGB im BGB) entstand nicht als reines Verbraucherschutzgesetz. Über den Gedanken des Verbraucherschutzes hinausgehend bezweckte das AGB-Gesetz, die einseitige Ausnutzung der vom AGB-Verwender allein in Anspruch genommenen Vertragsgestaltungsfreiheit zu verhindern. Dem lagen der Gedanke zugrunde, dass zwar die Verwendung von AGB weder verwerflich noch unseriös, sondern im Wirtschaftsleben unausweichlich ist. Jedoch, auch wenn AGB unverzichtbar sind, darf mittels AGB nicht jede vertragliche Gestaltungsmöglichkeit genutzt werden. “[Denn] wer durch einseitige Aufstellung [von AGB] die Vertragsfreiheit allein für sich in Anspruch nimmt, hat von vorneherein die schutzwürdigen Belange künftiger Vertragspartner angemessen zu berücksichtigen und darf diese insbesondere nicht rechtlos stellen.“¹ Dem entsprechend setzte das AGB-Gesetz und setzen jetzt die AGB-Regelungen im BGB den Verwendern von AGB Grenzen. Eine Grenzsetzung durch eine gesetzliche Regelung für die Nutzung von AGB ist nötig, da es bei der Verwendung von AGB zu einem Marktversagen kommt. Der Markt versagt, da eine individuelle Aushandlung der Vertragsbedingungen oder ein Vergleich der AGB der verschiedenen Anbieter für den Vertragspartner nicht möglich sind oder es sich für ihn nicht lohnt. Denn es ist gerade die Vertragsabschlusstaktik des Verwenders, seine vorformulierten Bedingungen einheitlich und ohne Ausnahme seinen Geschäften zugrunde zu legen. Auch wenn der Vertragspartner zwischen verschiedenen Anbietern wählen kann, ist er hinsichtlich der Informationslage benachteiligt. Er kann im Gegensatz zum vorformulierenden Verwender die AGB nicht ausreichend beurteilen. Den hohen Kosten, die zur Beseitigung seines Informationsdefizits nötig wären, stehen nur geringe Vorteile für die vollständige Information gegenüber. Der Vertragspartner kann nicht einmal die Informationskosten und die Größe des möglichen Vorteils abschätzen. Daher ist es für ihn ökonomisch sinnvoll, die AGB ohne Kenntnis hinzunehmen. Diese Verbindung zwischen der einseitigen Ausgestaltung der Vertragsbedingungen und dem fehlenden Markt und Wettbewerb bei AGB führt bei den Vertragspartnern eines AGB-Verwenders zum Ausschluss ihrer

¹ BGH NJW 1977 S.848,849.

Vertragsgestaltungsfreiheit und zur Gefahr, dass der Verwender seine einseitige Vertragsgestaltungsfreiheit ausnutzt.²

Daneben bezweckte das AGB-Gesetz auch die Marktberreinigung und die Säuberung des Rechtsverkehrs von unangemessenen Klauseln. Der fehlende Wettbewerb führt dazu, dass sich AGB-Verwender durch vertragspartnerfeindliche Ausgestaltung ihrer AGB Preisvorteile verschaffen können. Dies führt dazu, dass auch Verwender von fairen AGB, diese zu Lasten ihrer Vertragspartner verändern, um so mit ihren Konkurrenten mithalten.³

Der Verbraucherschutz wurde von dem weit gefassten Schutzkonzept des AGB-Gesetzes mitgeleistet. Die Umsetzung der Richtlinie 93/13 EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen modifizierte die ursprünglichen Vorschriften über AGB bei Verträgen zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher.

2. Richtlinie 93/13 EWG

Die Richtlinie schreibt eine Missbrauchskontrolle der einzelnen Vertragsklauseln in allen Verbraucherverträgen, sowohl in Standardverträgen wie auch in Einzelverträgen, vor. Hiernach wird überprüft, ob eine Klausel ein Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten verursacht. Dies beurteilt sich nach dem Vertragsgegenstand, den Umständen des Vertragsabschlusses sowie den weiteren Vertragsklauseln. Eine Kontrolle des Hauptgegenstandes des Vertrages und der Angemessenheit des Entgelts erfolgt, sofern diese transparent geregelt sind, nicht. Nur zur Ergänzung der genannten generellen Missbrauchskriterien soll bei der Beurteilung das Kräfteverhältnis zwischen den Vertragsparteien herangezogen werden.⁴ Die Missbrauchskontrolle knüpft, so Art.3 I RL, an die fehlende Aushandlung der Vertragsklausel an. Als nicht im einzelnen ausgehandelt zu betrachten sind Klauseln immer dann, wenn sie im voraus abgefasst sind und der Verbraucher deshalb, insbesondere bei

² Nach BASEDOW AcP 200 S.445, 486 liegt dem Prinzip der Vertragsfreiheit immer die Wahlmöglichkeit zwischen verschiedenen Anbietern von Gütern zugrunde. Erst diese Wahlmöglichkeit gibt dem Prinzip seinen ökonomischen und gesellschaftlichen Sinn. Wo diese Wahlmöglichkeiten beschränkt sind, macht Vertragsfreiheit keinen Sinn mehr, jetzt muss der Staat die Vertragsfreiheit selbst beschränken. "Die rechtspolitische Legitimation der Vertragsfreiheit liegt nicht in der Möglichkeit, das Angebot eines Monopolisten anzunehmen oder aber abzuschlagen und das betreffende Bedürfnis damit unbefriedigt zu lassen. Ihre Legitimation erhält die Vertragsfreiheit aus dem Wettbewerb, nur wo er besteht, kommt der Einigung der Wirtschaftssubjekte jene Richtigkeitsgewähr zu, die erklärt, warum ... dem Vertrag für die Beziehungen zwischen den Parteien gesetzegleiche Wirkung bei[ge]legt [wird]. ... Der innere Konnex mit dem Wettbewerb ist nicht nur Grundlage der Vertragsfreiheit, er setzt ihrer Tragweite auch Grenzen. Wo der Wettbewerb aus strukturellen Gründen des betreffenden Marktes nicht funktionieren kann, ist auch der Vertragsfreiheit der Boden entzogen und eine Intervention durch zwingendes staatliches Recht gerechtfertigt."; vgl. zur Rechtfertigung der AGB-Kontrolle auch BURCKHARDT S.35-38 sowie WACKERBARTH AcP 200 S.45, 65,70, der jedoch eine etwas andere Begründung entwickelt. Zu Einzelheiten ULMER AGBG Einl. Rdnr.28,29; BASEDOW MK Bd.2a Vor §305. Rdnr.4-6.

³ Vgl. ULMER AGBG Einl. Rdnr.28,29; BASEDOW MK Bd.2a Vor §305. Rdnr.4-6.

⁴ So der 16. Erwägungsgrund der RL.

vorformulierten Standardverträgen, keine Einflussnahme nehmen konnte (Art.3 II S.1 RL).⁵

Die Richtlinie bezweckt Verbraucherschutz unter Beachtung der vertragsrechtlichen Prinzipien. Das Schutzkonzept der Richtlinie knüpft an das zwischen den Verbrauchern und Gewerbetreibenden bestehende Machtungleichgewicht an. Durch die Richtlinie soll ein Ausnutzen der Machtstellung, welche die Gewerbetreibenden im Verhältnis zu den Verbrauchern haben, verhindert werden. So sind nach dem 9. Erwägungsgrund der RL Käufer von Waren und Dienstleistungen vor Machtmissbrauch des Verkäufers zu schützen.⁶

Jedoch knüpft die Richtlinie nicht allein an dieses Ungleichgewicht an.⁷ Konkret liegt der Richtlinie die Einschätzung zugrunde, dass auf Grund der Vorformulierung und der damit verbundenen Beschränkung der Entscheidungsfreiheit eine Gefährdung der Funktion des Vertragsrechts auftritt. Die Richtlinie will das Prinzip der Vertragsfreiheit auch unter den Bedingungen der Massenproduktion und des Massenkonsums und dem damit verbundenen Gebrauch von vorformulierten Verträgen sichern. Anders als im AGB-Gesetz wird an die rollenspezifischen Verbrauchereigenschaften angeknüpft und jede Art der Vorformulierung erfasst. Jedoch wird der Verbraucher nicht allein auf Grund seiner Rolle als schützenswert angesehen,⁸ sondern auf Grund einer konkreten Situation, der fehlenden Aushandlung der einzelnen Vertragsbedingungen. Dies ist der konkrete Schutzanlass der Richtlinie. Sie lässt allein einen Verbrauchervertrag als Grund für dessen Missbrauchskontrolle gerade nicht ausreichen. „Vielmehr stellt sie auf situative Zusatzelemente ab, die über die bloße Verbrauchereigenschaft des Klauselgegners hinaus auf ein konkretes vertragsrechtliches Kontrollbedürfnis hindeuten, nämlich das Fehlen der Aushandlung im einzelnen. ... So im Einklang mit den vertragsrechtlichen Grundprinzipien verstanden, ist ein widerspruchslloses Zusammenwirken der Vorschriften der RL mit den Vorschriften des allgemeinen Zivilrechts am ehesten möglich.“⁹ Daher achtete die Richtlinie das Prinzip der Vertragsfreiheit, das bei frei ausgehandelten Vereinbarungen auch unangemessene Klauseln bis zur Grenze der Sittenwidrigkeit hinnimmt.¹⁰

⁵ Vorformulierte Standardverträge werden bei Pflege- und Heimverträgen fast immer genutzt. Daher sind Fragen zur Anwendung der Richtlinie auf Einzelverträge und zur Anwendung der Richtlinie bei fehlender Vorformulierung für diese Arbeit nicht relevant..

⁶ Vgl. KAPNOPOULOU S.87 und GRUNGMANN §5 III. 2.10 (AGB- oder Klausel RL) Rdnr.16 die beide die Richtlinie hauptsächlich mit diesem Machtungleichgewicht begründen..

⁷ WACKERBARTH AcP 200 S.45,57: „Wenn [nur] kontrolliert würde, weil ein .. Ungleichgewicht zwischen den Parteien besteht, so könnte nicht plausibel erklärt werden, warum diese Kontrolle nicht auch auf die Hauptpflichten ausgedehnt wird. Denn der überlegene Verhandlungspartner wird seine Überlegenheit kaum nur im Bereich der sonstigen Vertragsbedingungen ausspielen, wenn er die Möglichkeit hat, auch auf Preis oder Qualität der Leistungen bestimmenden Einfluss auszuüben.“

⁸ Das Bild, dass stets ein schwacher unmündiger Verbraucher einem starken überlegenen Gewerbetreibenden gegenübertritt, ist so ausschließlich in der Realität nicht vorzufinden. vgl. KNOPS VuR 1998, S.363.

⁹ PFEIFFER in Grabitz/Hilf: Recht der europäischen Union Vorbemerkungen Rdnr.25.

¹⁰ PFEIFFER in Grabitz/Hilf: Recht der europäischen Union Vorbemerkungen Rdnr.22 ff. und Art.4 Rdnr.12; PFEIFFER Verbraucherbegriff S.23; vgl. auch BURCKHARDT S.46,47 und KÖTZ S.212 ff..

Den deutschen AGB-Vorschriften und der Richtlinie liegen unterschiedliche Konzeptionen zugrunde. Jedoch bleiben die Abweichungen hinsichtlich der Prinzipien und der Ergebnisse relativ gering. Trotz unterschiedlicher Ausgangspunkte knüpfen beide Normenwerke an eine Situation an, die zur Unterlegenheit eines Vertragspartners führt. Die deutschen AGB-Vorschriften gehen von einem vertragsrechtlichen Verständnis aus und wollen die Gefahren bei einseitigen Vertragsgestaltungen ausschließen. Der Verbraucherschutz wird mitteleistet. Die Richtlinie bezweckt den Verbraucherschutz, jedoch liegen ihr die gleichen allgemeinen vertragsrechtlichen Prinzipien zugrunde. Daher sind AGB-Vorschriften und Richtlinie nicht grundverschieden. Beide sind aus dem selben vertragsrechtlichen Verständnis heraus auszulegen. Hierbei gibt die Richtlinie den Mindeststandard des Schutzniveaus vor (Art.8 RL). Gleichwohl sind AGB-Vorschriften und Richtlinie nicht deckungsgleich, die Richtlinie setzt durchaus andere, neue Akzente. Diese sind bei Anwendung der AGB-Vorschriften zu berücksichtigen.¹¹

In der folgenden Darstellung wird nicht streng zwischen einer Darstellung der deutschen AGB-Vorschriften und den Normen der Richtlinie getrennt. Zu den einzelnen Untersuchungspunkten werden mittels beider Normenwerke die Grundsätze herausgearbeitet, die für Prüfung der Pflege- und Heimverträge relevant sind.

III. Die einzelnen AGB Vorschriften

1. Einbeziehungskontrolle

a) §305 II BGB

Der §305 II BGB bezweckt, dem Vertragspartner die Einbeziehung von AGB in den Vertrag bewusst zu machen. Daher modifiziert diese Vorschrift die allgemeinen Regelungen zum Vertragsschluss und stellt an den Verwender zusätzliche Anforderungen.¹²

Nach §305 II BGB ist zu prüfen, ob die AGB der Pflege- und Heimverträge Vertragsbestandteil werden. Diese Prüfung erfolgt unabhängig davon, ob nach §310 III Nr.1 BGB die AGB als vom Pflegeunternehmen gestellt anzusehen sind.¹³ Die Anforderungen nach §305 II BGB an die Einbeziehung von AGB sind ein ausdrücklicher Hinweis auf die AGB, die Möglichkeit der Kenntnisnahme und das Einverständnis des Vertragspartners. In der Regel werden die Pflege- und Heimverträge mittels schriftlicher Vertragswerke, in denen alle Vereinbarungen in die Vertragsurkunden bzw. die Formulare integriert sind, abgeschlossen. Beide Vertragspartner erhalten ein

¹¹ Vgl. auch COESTER AGBG §9 Rdnr.5, Einl.zu §§8ff. Rdnr.7.

¹² WOLF AGBG §2 Rdnr.1,5.

¹³ ULMER AGBG §2 Rdnr.3a: §2 gilt "für die Standardverbraucherverträge des §24a Nr.1, da diese - von der Sonderregelung für die AGB-Definition in Nr.1 abgesehen - im vollen Umfang dem allgemeinen AGB-Recht unterliegen."

Vertragsexemplar.¹⁴ Durch die derartige Verwendung von Formularverträgen sind die äußerlichen Anforderungen nach §305 II Nr.1, 2 BGB immer erfüllt.¹⁵ Zu prüfen bleiben allein die Anforderungen an die Ausgestaltung der schriftlichen Vertragswerke nach §305 II Nr.2 BGB iVm. dem Transparenzgebot.¹⁶

Nach §305 II Nr.2 BGB muss es dem Vertragspartner möglich sein, in zumutbarer Weise vom Inhalt der AGB Kenntnis zu nehmen. Diese Vorschrift wird bei Verbraucherverträgen im Zusammenhang mit dem Transparenzgebot der Richtlinie 93/13 verstanden. Art.5 S.1 RL gebietet, dass Klauseln stets klar und verständlich abgefasst sein müssen. Wie sich aus dem 20. Erwägungsgrund der RL ergibt, bedeutet dies auch eine klare und verständliche Sprache, so dass der Verbraucher tatsächlich die Möglichkeit der Kenntnisnahme hat. Dieser Aspekt der Transparenzkontrolle wird im deutschen AGB-Recht u.a. im Rahmen der Einbeziehungskontrolle, hier konkret an die Norm des §305 II Nr.2 BGB geknüpft, umgesetzt.¹⁷ Hier werden sowohl die einzelnen Klauseln auf ihre sprachliche Verständlichkeit wie auch das gesamte Vertragswerk auf eine übersichtliche Gestaltung hin geprüft. Der Umfang des Klauselwerkes muss in einem angemessenen Verhältnis zur Bedeutung des Vertrages stehen.¹⁸ Entsprechen die Klauseln nicht diesen Anforderungen an die Transparenz, so werden sie nicht Vertragsbestandteil.

Zu beachten ist, dass nach §305 II Nr.2 BGB der Verwender bei seiner Obliegenheit, seinem Vertragspartner eine Möglichkeit der Kenntnisnahme zu verschaffen, erkennbare körperliche Behinderungen des Vertragspartners berücksichtigen muss. Da die Vertragswerke als Schriftwerke visuell zur Kenntnis genommen werden, kommen als körperliche Behinderungen i.S. des §305 II Nr.2 BGB nur Sehbehinderungen in Betracht. Hier ist es bei blinden Vertragspartnern nötig, den Vertragstext in Braille-Schrift oder akustisch bereitzustellen.¹⁹ Darüber hinaus kann es bei erkennbarer altersbedingter Sehschwäche nötig sein, das Vertragswerk mit großer, gut lesbaren Schrift bereitzustellen. Diese Anforderungen an den Verwender von AGB werden teilweise als überzogen angesehen. Es soll zumindest bei Mietverträgen ausreichen, wenn der Vermieter dem Mieter ausreichend Zeit einräumt, sich den Text von einer Person seines Vertrauens vorlesen zu lassen.²⁰ Gegen diese Auslegung des §305 II Nr.2 BGB spricht aber die Intension des Gesetzgebers, den Schutz behinderter Menschen zu verbessern.²¹ Zum anderen hat der Verwender die Pflicht, die Kenntnisnahme zu ermöglichen. Daher muss nicht sein Vertragspartner aktiv werden, um eine Vertrauensperson einzuschalten,

¹⁴ Bei Heimverträgen ist dies gesetzlich vorgeschrieben. §5 I S.2 HeimG verlangt eine schriftliche Vertragsausfertigung für den Heimbewohner..

¹⁵ BASEDOW MK Bd.2a §305 Rdnr.56, 62.; WOLF AGBG §2 Rdnr.9,12; vgl. auch BGHZ 104 S.232,238.

¹⁶ Vgl. ULMER AGBG §2 Rdnr.2.

¹⁷ Die Richtlinie enthält keine Vorgaben zur vertraglichen Einbeziehung von AGB. Gleichwohl setzt die Richtlinie im 20. Erwägungsgrund und im Anhang 1 i RL die Möglichkeit der Kenntnisnahme voraus..

¹⁸ BASSENGE Palandt BGB §305 Rdnr.39.

¹⁹ BASSENGE Palandt BGB §305 Rdnr.40.

²⁰ HEINRICH NZW 2003 S.8.

²¹ Siehe Gesetzesbegründung BT-Drucks. 14/6040 S.150.

sondern der Verwender der AGB muss es ermöglichen, dass sein Vertragspartner sich allein Kenntnis von den AGB verschaffen kann.

Von den Anforderungen nach den AGB-Vorschriften hinsichtlich der Möglichkeiten der Kenntnisnahme sind bei Heimverträgen die Anforderungen an die Information nach §5 II HeimG zu unterscheiden. Nach dieser Vorschrift ist der Heimträger verpflichtet, vor Vertragsschluss seinen Vertragspartner schriftlich über den Vertragsinhalt zu informieren. Diese Informationspflichten gehen über die Anforderungen des §305 II BGB hinaus. Im Unterschied zu §305 II BGB stellt §5 II HeimG die Informationspflichten auf, damit es dem potentiellen Heimbewohner ermöglicht wird festzustellen, ob das konkrete Heim auch für ihn geeignet ist. Der Heimbewohner soll nicht nur in rechtlicher Hinsicht über den Vertrag, sondern auch in tatsächlicher Hinsicht über das Heim informiert werden. Er soll alle wesentlichen Umstände, die sein auf Dauer angelegter Heimaufenthalt mit sich bringt, erfassen können.²²

Anders als bei §305 II BGB führt ein Verstoß gegen §5 II HeimG nicht zu unmittelbaren Auswirkungen auf die vertraglichen Regelungen. Auch die Vertragsteile, über die nicht informiert wurde, sind Bestandteil des Heimvertrages geworden und wirksam. Dem Vertragspartner stehen jedoch bei mangelhafter Information Anfechtungsrechte oder Rechte auf Vertragsabwicklung bzw. Vertragsanpassung aus sich zu.²³

b) Überraschende Klauseln

Die Einbeziehungskontrolle nach §305 II BGB wird ergänzt durch §305c I BGB.²⁴ Nach §305c I BGB werden Klauseln, die so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner nicht mit ihnen zu rechnen braucht, nicht Vertragsbestandteil. Zu prüfen ist in mehreren Schritten. Als erstes sind die Erwartungen der typischen Vertragspartner zu ermitteln. Als nächstes ist der Inhalt der Klausel zu bestimmen. Besteht zwischen beiden eine erhebliche, deutliche Diskrepanz, so liegt objektiv eine ungewöhnliche Klausel vor. Ungewöhnlich sind unter anderem Klauseln, die weitere über den in Rede stehenden Vertragstyp hinausgehende Hauptleistungen einführen. In den AGB versteckt, erfolgt eine qualitative Erweiterung der vertraglichen Beziehungen über die Hauptleistungspflichten. Ebenfalls ungewöhnlich sind Klauseln, welche die vereinbarten Hauptleistungen stark modifizieren, so dass sie nicht mehr dem im Vertrag bezeichneten²⁵ Vertragstyp entsprechen. Ungewöhnlich sind auch Klauseln, die den Gegenseitigkeitscharakter eines Vertrages beseitigen, so dass der Verwender die Möglichkeit erhält, Entgelte auch ohne Leistungen hierfür zu erlangen.²⁶ Zuletzt ist zu prüfen, ob der einzelne Vertragspartner hierdurch überrascht wurde. Ob ein Überraschungs- oder Überrumpelungseffekt vorliegt,

²² DAHLEM HeimG §5 Rdnr.9.

²³ Zu Einzelheiten der Rechtsfolgen bei einem Verstoß gegen die Informationspflicht siehe DAHLEM HeimG §5 Rdnr.33.

²⁴ BASEDOW MK Bd.2a §2 AGBG Rdnr.53; ULMER AGBG §2 Rdnr.4.

²⁵ Durch die Überschrift und die Anfangsworte wird der Kerngehalt des Vertrags festgelegt, so COSTER AGBG §3 Rdnr.23.

²⁶ BASEDOW MK Bd.2a §305c Rdnr.11-13; ULMER AGBG §3 Rdnr.12,14-15; COESTER AGBG §3 Rdnr.18ff..

beurteilt sich nach den Kenntnissen und Erwartungen des typischen Vertragspartners unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des einzelnen Vertragsabschlusses.

Schwierig ist die Abgrenzung des Anwendungsbereichs dieser Norm zu den Regelungen der Inhaltskontrolle. Oft wird eine überraschende Klausel auch einer Inhaltskontrolle nicht standhalten. Streitig werden nur solche überraschenden Klauseln sein, die für den Vertragspartner nachteilig sind. Weichen solche nachteiligen Klauseln auch noch ungewöhnlich vom dispositiven Recht ab, so wird dies meist als unangemessene Benachteiligung zu werten sein. Daher überdecken sich die Anwendungsbereiche des §305c I BGB und der Normen der Inhaltskontrolle. Da die Rechtsfolgen gleich sind, ergibt sich aber keine Notwendigkeit für eine klare Abgrenzung zwischen der Überraschungs- und der Inhaltskontrolle.²⁷

Allerdings kann die Abgrenzung der Anwendungsbereiche in der gerichtlichen Praxis relevant sein. Da ein Überraschungseffekt unter Berücksichtigung der Umstände des konkreten Vertragsabschlusses festgestellt wird, ist §305c I BGB nur im Individualprozess relevant. Im Verbandsklageverfahren²⁸ findet eine Prüfung nach §305c I BGB nicht statt. §1 UKlaG verweist nur auf die Regelungen der Inhaltskontrolle §§307 bis 309 BGB.²⁹ Aber auch in Individualklageverfahren werden ungewöhnliche Klauseln zumeist schon im Rahmen der Inhaltskontrolle überprüft und, soweit sie unangemessen sind, nach §307 I, II BGB als unwirksam beurteilt. Dies vereinfacht das Verfahren. Wenn die Entscheidung auf §307 I, II BGB gestützt werden kann, brauchen zumeist nur rechtliche Fragen, nicht auch tatsächliche Fragen geklärt werden. Nur wenn ungewöhnliche Klauseln einer Inhaltskontrolle standhalten, ist es nötig zu prüfen, ob der Vertragspartner durch sie überrascht ist. Oftmals ist die Entscheidung auf beide Aspekte gestützt, ohne zwischen ihnen klar zu trennen. Umgekehrt wird im Verbandsklageverfahren bei der Inhaltskontrolle der Aspekte berücksichtigt, dass Klauseln ungewöhnlich sind und sie daher zu Überraschungen führen können.³⁰ Aus diesen Gründen gibt es auch nur eine begrenzte Anzahl von veröffentlichten gerichtlichen Entscheidungen, in denen Klauseln allein wegen ihres überraschenden Charakters unwirksam sind.³¹

Meine Untersuchung soll, wie im Verbandsklageverfahren, die Klauseln aus gebräuchlichen Vertragsmustern und die möglichen Klauselgestaltungen für

²⁷ Vgl. hierzu BASEDOW MK Bd.2a §3 AGBG Rdnr.3-5; ULMER AGBG §3 Rdnr.5; COESTER AGBG §3 Rdnr.2.

²⁸ Verbandsklagen nach §1 des Gesetzes über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen UKlaG BGBl. I 2001 S.3173.

²⁹ Vgl. WOLF AGBG §3 Rdnr.5: „Während die Inhaltskontrolle Individualschutz und Institutionenschutz ist, nämlich auch dem Missbrauch der Vertragsfreiheit steuern soll, ist der Schutz des Kunden vor Ingehungsetzung überraschender Klauseln jedenfalls dort, wo der Überraschungscharakter in den Individualumständen gründet, reiner Individualschutz.“

³⁰ Vgl. hierzu COESTER AGBG §3 Rdnr.2; WOLF AGBG §3 Rdnr.6,7.

³¹ Die meisten veröffentlichten Entscheidungen zu AGB sind ohnehin Entscheidungen aus Verbandsklageverfahren..

Verträge überprüfen. Es können nur die typischen Erwartungen der pflegebedürftigen Vertragspartner beschrieben werden, nicht auch die einzelnen konkreten Vertragsabschlüsse untersucht werden. Daher ist die Relevanz des §305c I BGB für diese Arbeit gering. Deshalb wird die Vorschrift im nächsten Kapitel meiner Arbeit³² kaum berücksichtigt. Ungewöhnliche und dadurch möglicherweise überraschende Klauseln werden im Rahmen der Inhaltskontrolle³³ oder der Transparenzprüfung mit erörtert. In diesem Zusammenhang können die typischen Erwartungen der Vertragspartner dargestellt werden.

2. Transparenzkontrolle

a) Inhalt des Transparenzgebots

aa) Widerspruch innerhalb der AGB-Kontrolle

Das Transparenzgebot stellt qualitative Anforderungen an die Ausformulierung der schriftlichen Vertragswerke.³⁴ Nach §307 I S.2 BGB (übereinstimmend mit dem Wortlaut des Art.5 S.1 RL) ist es Inhalt des Transparenzgebotes, dass Klauseln in Verträgen klar und verständlich abzufassen sind. Es muss jede einzelne Klausel sowie der gesamte Vertrag transparent sein. Das Vertragswerk soll die Leistungen, die Rechte und Pflichten richtig, bestimmt und durchschaubar darstellen.

Das Gebot der Klarheit zielt darauf, dass der Inhalt der Klausel eindeutig und zweifelsfrei zu bestimmen ist. Um den Inhalt der Klauseln zu bestimmen, sind diese auszulegen. Jedoch muss die Auslegung zu einem eindeutig Ergebnis führen.³⁵

Das Gebot der Verständlichkeit zielt darauf, dass der Regelungsinhalt aller Klauseln vom Verbraucher begriffen werden kann. Dies erfordert Lesbarkeit, verständliche Sprache und übersichtliche Gliederung der Vertragswerke. Dazu gehört auch, dass die Klauselwerke den Verbraucher im Wesentlichen vollständig informieren, ohne ihn in die Irre zu führen.³⁶

Das Transparenzgebot scheint im Widerspruch zu den Grundgedanken der AGB-Kontrolle zu stehen. Die AGB-Kontrolle ist damit begründet, dass die Vertragspartner die AGB zumeist ungelesen akzeptieren und dass auch kein Wettbewerb zwischen den AGB-Verwendern über ihre Geschäftsbedingungen stattfindet. Daher wäre zumindest das Gebot der Verständlichkeit überflüssig. Jedoch ist solch eine Sichtweise zu pauschal. Auch beim Vertragsabschluss mittels AGB entscheidet sich der Vertragspartner nicht unbesehen für ein Vertragsangebot. Er orientiert sich auch hier zumindest an der Leistung und dem Preis. Darüber hinaus orientiert sich der Vertragspartner bei bestimmten Vertragsgegenständen auch an einzelnen Nebenkonditionen, wie z.B. den Zahlungsmodalitäten, den Garantiefrieten oder der Bindungsdauer. Sofern die

³² Kapitel D Überprüfung ausgewählter Klauseln

³³ Teilweise wird ohnehin vertreten, dass die Kontrolle nach §305c I BGB nichts anderes als eine besondere Variante der Inhaltskontrolle ist; so COESTER AGBG §3 Rdnr.14..

³⁴ PFEIFFER in Grabitz/Hilf RL93/13 Art.5 Rdnr.6.

³⁵ PFEIFFER in Grabitz/Hilf RL93/13 Art.5 Rdnr.8.

³⁶ PFEIFFER in Grabitz/Hilf RL93/13 Art.5 Rdnr.10,14,15.

Leistung und der Preis sowie die weiteren Entscheidungsparameter mittels AGB ausgestaltet sind, ist der Vertragspartner auf eine transparente Vertragsgestaltung angewiesen. Insbesondere Klauseln, die den Preis oder die Leistung modifizieren, müssen für den Vertragspartner leicht zu erfassen sein. Denn nur bei genauer Kenntnis von Leistung und Preis kann er seine Entscheidung unter Vergleich zu anderen Anbietern treffen. Auch nach Vertragsabschluss bleiben transparente AGB für den Vertragspartner von Bedeutung. Die durch AGB ausgestalteten Rechte und Pflichten sind für Fragen der Vertragsabwicklung bei Problemen und Streitigkeiten entscheidend. Der Vertragspartner wird in solchen Fällen auf die bisher von ihm nicht gelesenen Teile der AGB zurückgreifen und sie nun zur Kenntnis nehmen. Von einer transparenten Gestaltung hängt es nun ab, ob der Vertragspartner die maßgeblichen Regelungen finden kann und die Rechtslage, zumindest im Wesentlichen, selbst beurteilen kann. Hiervon hängt sein Verhalten gegenüber dem Verwender ab. Eine für den Vertragspartner auch nach dem Studium der AGB nicht erkennbare Rechtslage kann ihn veranlassen zu resignieren. Scheinbar bestehende Rechte oder Einwendungen des Verwenders können ihn abhalten, seine Rechte durchzusetzen. Nur eine transparente Darstellung ermöglicht es ihm, seine Rechte wahrzunehmen, und sie vermeidet auch gerichtliche Streitigkeiten.³⁷

Diese beiden Aspekte des Transparenzgebots, Markttransparenz und Rechtslagentransparenz³⁸ herzustellen, zeigen, dass kein Widerspruch zwischen AGB-Kontrolle und Transparenzkontrolle besteht.

bb) Markttransparenz

Das Transparenzgebot zielt zum einen darauf ab, den Vertragspartner zum Marktvergleich zu befähigen. Es soll sichern, dass der Vertragsinhalt ein vollständiges und wahres Bild insbesondere über die Hauptleistung und den Preis vermittelt. Der Vertragspartner soll vor dem Vertragsabschluss zuverlässig über Preis und Leistung als wichtigste Entscheidungsparameter informiert werden. Die AGB dürfen die wirtschaftlichen Vertragsfolgen nicht verschleiern.³⁹

In diesen Zusammenhang gehört auch die Wahl eines durchschaubaren Systems der Entgeltfestlegung. Die größte Transparenz für den Vertragspartner hat ein Entgeltsystem, bei dem er seine Belastung in einer einzigen vergleichsgerechten Zahl erfassen kann.⁴⁰ Wichtig ist auch die Leistungsbeschreibung insbesondere bei Verträgen über Dienstleistungen, da hier die Leistung nicht unmittelbar wahrzunehmen ist, sondern durch sprachliche Mittel beschrieben werden muss. Hier besteht besonders die Gefahr, dass die zugesagte Hauptleistung durch AGB zurückgenommen und entwertet werden kann.⁴¹ „[Insbesondere] gebieten Treu und Glauben auch, dass die Klausel

³⁷ Vgl. zu Einzelheiten COESTER AGBG §9 Rdnr.126,127; KOLLER S. 670; HEINRICHS Transparenzgebot S.163.

³⁸ diese Begriff bei WOLF AGBG §3 Rdnr.12,13.

³⁹ BGHZ 112 S.115,117; ULMER AGBG §9 Rdnr.90, 103ff..

⁴⁰ DERLEDER ZIP 1996 S.573,577.

⁴¹ BASEDOW VersR 1999 S.1045,1046.

wirtschaftliche Nachteile und Belastungen so weit erkennen lässt, wie dies nach den Umständen gefordert werden kann.⁴²

Die Umstände ergeben sich aus dem Vertragsgegenstand, dem Verständnis und dem Erwartungshorizont des Vertragspartners. Durch sie können sich auch, über das Gebot der Klarheit der Regelung hinaus, Informationspflichten für den Verwender begründen.⁴³ Andererseits darf das Transparenzgebot den Verwender nicht überfordern. Es will den Verwender nicht zwingen, seine Regelung gleichsam zu kommentieren. Er ist jedoch verpflichtet, bei seiner Formulierung von vornherein auf die Verständnismöglichkeiten seiner durchschnittlichen Vertragspartner Rücksicht zu nehmen. Hierzu hat er bei mehreren möglichen Klauselfassungen diejenige zu wählen, bei welcher die belastenden Wirkungen nicht unterdrückt, sondern deutlich werden.⁴⁴

Zwar ist es bei Pflege- und Heimverträgen auf Grund der Vorgaben des Pflegeversicherungsrechts überwiegend nicht möglich, die Leistungen und Preise frei auszugestalten. Trotzdem bleibt das Ziel der Markttransparenz bestehen. Gerade weil Vertragspartner nicht die Leistungen und Preise vereinbaren können und der Vertragspartner auch einen Teil der Entgelte nicht selbst trägt, besteht die Gefahr, dass der Vertragspartner die ihm zustehenden Leistungen nicht kennt. Ohne eine transparente Darstellung der Leistungen kann der Vertragspartner nicht überprüfen, ob er auch die von den Pflegekassen für ihn ausgehandelten Leistungen erhält und die Leistungen qualitätsgerecht erbracht werden.⁴⁵ Auf Grund der sich hierdurch ergebenden Missbrauchsgefahr zu Lasten des Vertragspartners normiert das Heimgesetz die Grundanforderungen an die Transparenz von Leistungen und Preis für Heimverträge. Wichtig ist die Markttransparenz auch hinsichtlich der vom Pflegeunternehmen angebotenen Zusatzleistungen. Hier liegt eine Wettbewerbssituation vor, da die von den einzelnen Pflegeunternehmen angebotenen Leistungen sich unterscheiden und der Heimbewohner einige der Leistungen auch durch Dritte erlangen kann.

cc) Rechtslagentransparenz

Zum zweiten bezweckt das Transparenzgebot Klarheit und Verständlichkeit hinsichtlich der Rechte, Pflichten und Obliegenheiten bei der Vertragsabwicklung. Der Vertragspartner soll, wenn vor dem Vertragsschluss oder bei der Vertragsabwicklung Fragen oder Probleme auftreten, die Möglichkeit haben, sich jetzt gezielt über seine Rechte und Pflichten zu informieren. Die Verwender sollen daher in ihren AGB keine Formulierungen verwenden, die den Vertragspartner von der Geltendmachung seiner Rechte abhalten können oder ihn gar in die Irre führen oder täuschen. Unzulässig ist insbesondere die unvollständige Darstellung der Rechtslage, die es dem Verwender unter Berufung auf die AGB ermöglicht, berechnete Ansprüche des

⁴² so BGHZ 136 S.394,401 und BGHZ 141 S.137,141; siehe auch BGHZ 147 S.354,362 und BGHZ 147 S.373,378.

⁴³ COESTER AGBG §9 Rdnr.128.

⁴⁴ BGHZ 112 S.115,119; vgl. weiter zu den Anforderungen an Leistungsklauseln COESTER AGBG §9 Rdnr.145f..

⁴⁵ Siehe hierzu KESSELHEIM RsDE 37 S.67.

Vertragspartners abzuwehren. Der Vertrag muss die Rechte und Pflichten vollständig darstellen. Dieses Prinzip der Vollständigkeit des Vertrages gebiete zwar nicht, gesetzliche Regelungen zu wiederholen, wenn bestimmte Regelungsbereiche nicht von ihnen abweichen. Jedoch muss der Vertragspartner durch die Gliederung des Vertrages erkennen können, welche Regelungsbereiche nicht durch den Vertrag ausgestaltet sind, für die dann die gesetzlichen Regelungen gelten. Sind Regelungsbereiche abweichend vom dispositiven Recht durch die AGB ausgestaltet, muss die wesentliche Wirkung der AGB aus ihrem Text ersichtlich sein. Ergibt sich die wesentliche Wirkung erst aus dem Zusammenspiel mit dem objektiven Recht, so ist diese Folge für den Verbraucher nicht erkennbar. Die naheliegende Gefahr der Irreführung verpflichtet zu entsprechenden Erläuterungen der Rechtslage in den AGB.⁴⁶

Der Pflege- bzw. Heimvertrag ist somit trotz des weitreichenden Regelwerks zwischen den Pflegekassen und den Pflegeeinrichtungen das Medium, das die Vertragspartner oder deren Angehörige und Betreuer über ihre Rechte, insbesondere ihre Selbstbestimmungsmöglichkeiten informieren muss. Ein Ziel des im Heimgesetz vorgeschriebenen schriftlichen Heimvertrags ist ein informierter Heimbewohner.⁴⁷ Der Heimvertrag soll ihm deutlich machen, was die Pflegeeinrichtung leisten kann und leisten muss, wozu sie verpflichtet ist und wozu nicht. Das Vertragswerk soll zur möglichst eindeutigen Klärung von Erwartungen, von Verpflichtungen und Rechten, von Verantwortlichkeiten und Zuständigkeiten genutzt werden.⁴⁸

dd) Einzelne Kriterien der Transparenz

Einige Aspekte des Transparenzgebots sind in den §§308,309 BGB für bestimmte Klauseln konkretisiert. So schreibt §308 Nr.1u.2 BGB dem Verwender für den Fall, dass er sich bestimmte Rechte vorbehält, vor, dass er die Fristen für deren Ausübung hinreichend bestimmt. Hier wird das Bestimmtheitsgebot konkretisiert. Zugleich schränkt die Norm die Entscheidungsspielräume des Verwenders bei der Ausübung dieser Rechte ein. §309 Nr.8a)bb) BGB schreibt einen ausdrücklichen Hinweis auf bestimmte Mindestrechte vor, wenn gesetzliche Rechte zu Lasten der Vertragspartei eingeschränkt werden. Weitere Informationspflichten bzw. Hinweisgebote finden sich in §308 Nr.3, Nr.5a BGB.⁴⁹

Allgemeine Anforderungen an die Gestaltung der Klauseln, um sowohl Markt- wie auch Rechtslagentransparenz zu ermöglichen, sind:

1.- Sprachliche Klarheit der Klauseln, die sich am Verständnishorizont der Vertragspartner auszurichten haben. Das bedeutet, dass sich die Sprache bei

⁴⁶ Vgl. ULMER AGBG §9 Rdnr.89,95ff.; COESTER AGBG §9 Rdnr.127,143; HEINRICHS Transparenzgebot S.163,164; KOLLER S.670.

⁴⁷ KLIE RsDE 37, S.17,25.

⁴⁸ GROSSJOHANN RsDE 37 S.12, 14,15; zu den Schwierigkeiten in der Praxis auf Grund der begrenzten natürlichen Fähigkeiten der Vertragspartner siehe MARKUS RsDE 37 S.87.

⁴⁹ Vgl. WOLF AGBG §9 Rdnr.144.

Verbraucherverträgen vorrangig an der Alltagssprache zu orientieren hat. Jedoch ist die Verwendung von juristischen Fachbegriffen nicht ausgeschlossen, wenn dies nötig ist, um eine Regelung hinreichend bestimmt zu treffen. Das Gebot der Verständlichkeit und das Gebot der Klarheit stehen hier in einem gewissen Spannungsverhältnis.⁵⁰ Die Verwendung von Rechtsbegriffen, die durch Gesetz und Rechtsprechung eine allseits anerkannte Ausprägung erfahren haben, wird im allgemeinen angebracht sein.⁵¹

2.- Durchschaubare und übersichtliche Systematik und Gliederung des Vertragswerks. Das Auffinden von Regelungen darf nicht dadurch erschwert werden, dass sie an einer unvermuteten Stelle abgedruckt sind, sondern in dem Abschnitt, in welchem sie entsprechend der Gliederungsüberschrift zu erwarten sind. Mehrere Klauseln, die erst durch ihr Zusammenwirken eine bestimmte Rechtswirkung erzeugen, dürfen nicht räumlich getrennt sein.⁵²

3.- Das Vertragswerk muss den Vertragspartner möglichst vollständig über die Leistungen sowie seine Rechte und Pflichten informieren.⁵³ Verweisungen auf andere Regelwerke reichen grundsätzlich nicht aus.⁵⁴

4.- Unkomplizierte Darstellung der Entgelte. Wenn Berechnungsvorschriften für die Entgelte Vertragsbestandteil sind, dann müssen daneben auch die End- oder Effektivpreis vollständig und richtig angegeben werden. Der Vertragspartner muss, gestützt auf diese Angaben einen Preisvergleich mit anderen Anbietern durchführen können.⁵⁵

5.- Die Verträge sollen nur dann einseitige Bestimmungsrechte enthalten, wenn dies unumgänglich ist, und sie so präzise wie möglich formulieren.⁵⁶ Es sind unnötige Ermessensspielräume des Verwenders bei der Vertragsabwicklung zu vermeiden. Hierzu zählen auch sprachlich weitgefasste Klauseln, die auch unangemessene Ausübungsformen abdecken und den Vertragspartner dadurch abhalten können, sich gegen diese Ausübung zu wehren. Insbesondere bei Änderungsklauseln müssen der Umfang, Begrenzung und Anlass möglicher Änderungen ersichtlich und bei Preiserhöhungsvorbehalten das Ausmaß künftiger Preiserhöhungen enthalten sein.⁵⁷

Besonders erhöhte Anforderungen an die Transparenz auf Grund der Tatsache, dass es sich um Verträge handelt, die überwiegend mit älteren Vertragspartnern geschlossen werden, sind nicht nötig. Ältere Menschen sind nicht zwangsläufig geschäftlich unerfahren; im Gegenteil auf Grund ihrer Lebenserfahrung ist das Gegenteil zu vermuten. Zwar sind einige ältere

⁵⁰ Vgl. PFEIFFER in Grabitz/Hilf RL93/13 Art.5 Rdnr.11,12.

⁵¹ Vgl. BGHZ 124, 351,361 und BGH NJW 1996, 455,456.

⁵² PFEIFFER in Grabitz/Hilf RL93/13 Art.5 Rdnr.15; COSTER AGBG §9 Rdnr.135; JAUERNIG §307 Rdnr.9.

⁵³ BASSENGE Palandt BGB §305 Rdnr.41.

⁵⁴ BGHZ 109 S.192,194.

⁵⁵ Vgl. FAHR S.155.

⁵⁶ ULMER AGBG §9 Rdnr.100.

⁵⁷ COESTER AGBG §9 Rdnr.128; ULMER AGBG §9 Rdnr.97; JAUERNIG §307 Rdnr.9; siehe auch BGH NJW 2003 S.507, 509 sowie S.746,747.

Menschen im Vergleich zu jüngeren Menschen geistig nicht mehr so rege, die hierdurch auftretenden Schwierigkeiten sind aber durch das Betreuungsrecht zu lösen.

Probleme für die transparente Gestaltung von Pflege- und Heimverträgen stellen sich aus den komplexen Hintergründen der Leistungserbringung, die sich aus dem Zusammenspiel mit Regelungen zur Pflegeversicherung ergeben. Zum einen ist es nötig, bei der Beschreibung der Leistungen auf die Vereinbarungen nach SGB XI mit den Pflegekassen zurückzugreifen. Andererseits sind diese Vereinbarungen nicht am Verständnishorizont der Vertragspartner ausgerichtet, sondern von den Pflegeeinrichtungen und Pflegekassen bzw. durch deren Verbände durch Fachleute ausgehandelt und formuliert.⁵⁸ Daneben sind auch in den Pflege- und Heimverträgen Änderungsklauseln unumgänglich, um z.B. die Leistungen an den veränderlichen Gesundheitszustand und die wechselnden Pflegebedürfnisse anzupassen.

b) Standort und Rechtsfolgen des Transparenzgebots

aa) Mögliche Standorte

Die Transparenzkontrolle ist eine selbständige Kategorie der Klauselkontrolle. Sie ist nicht als ein Unterfall der Inhaltskontrolle anzusehen.⁵⁹ Dies zeigt die Systematik der Richtlinie. Nach Art.4 II RL betrifft die Beurteilung der Missbräuchlichkeit der Klauseln weder den Hauptgegenstand des Vertrages noch die Angemessenheit zwischen dem Preis bzw. dem Entgelt und den Dienstleistungen bzw. den Gütern, die die Gegenleistung darstellen, sofern diese Klauseln klar und verständlich abgefasst sind. Danach unterfallen der Hauptgegenstand des Vertrages und der Preis nicht der Missbrauchskontrolle d.h. einer Inhaltskontrolle. Sie unterliegen, so der 2.Halbsatz, aber der Transparenzkontrolle.

Das Transparenzgebot ist in der Richtlinie im Zusammenhang mit der verbraucherfreundlichen Auslegung von Vertragsklauseln geregelt (Art.5 S.2 RL). Jedoch sind damit die Anwendungsbereiche des Transparenzgebotes und die Rechtsfolgen bei Intransparenz durch die Richtlinie nicht abschließend bestimmt. Dies zeigt sich am Beispiel von klaren, aber für den Verbraucher unverständlichen Klauseln. Hier ist eine Auslegung zu Gunsten der Verbraucher nicht möglich. Daher muss hier das ausnahmslose Gebot der Richtlinie, nach Art.5 S.1 sollen Klauseln stets klar und verständlich sein, zum Schutz der Verbraucher auf andere Weise durchgesetzt werden. Als Rechtsfolge bei mangelhafter Transparenz kommt hier in Frage, dass die betreffenden Klauseln nicht Vertragsbestandteil werden oder sie nicht angewandt werden. Die Richtlinie gibt hierfür keine bestimmten Vorgaben. Der nationale Gesetzgeber ist relativ frei, den Ort und die Rechtsfolgen der Transparenzkontrolle zu wählen. Die Richtlinie setzt ihm nach Art.8 RL nur Mindeststandards.⁶⁰

⁵⁸ Vgl. KLIE RsDE 37 S.17,26 zu Problemen der Verständlichkeit von Heimverträgen.

⁵⁹ Vgl. ULMER AGBG §9 Rdnr.175; BASEDOW MK §9 Rdnr.31.

⁶⁰ PFEIFFER in Grabitz/Hilf RL93/13 Art.5 Rdnr.22ff.; WOLF RL93/13 Art.5 Rdnr.7; ROSENOW ZIP 2001 S.2211,2114.

Im deutschen AGB-Recht ist das Transparenzgebot neben seiner Anwendung im Rahmen der Vertragsauslegung (§305c II BGB) auch als ein Teil der Einbeziehungskontrolle (§305 II Nr.2 und §305c I BGB) und der Inhaltskontrolle (§307 I S.2 BGB und einzelne Regelungen aus den Klauselkatalogen der §§308, 309 BGB) umgesetzt.

bb) Einbeziehungskontrolle

Die Rechtsfolge für Intransparenz im Rahmen der Einbeziehungskontrolle ist, dass die Klauseln nicht Vertragsbestandteil werden. Anknüpfungspunkt der Prüfung ist nach §305 II BGB die Möglichkeit der zumutbaren Kenntnisnahme. Im Rahmen der Einbeziehungskontrolle wird das Vertragswerk auf seine formale sprachliche Verständlichkeit hin geprüft.⁶¹ Eine inhaltliche Würdigung der einzelnen Klauseln findet noch nicht statt. Auch auslegungsbedürftige Klauseln können Vertragsbestandteil werden, sofern nicht nach der Gestaltung des Vertrages eine zweifelsfreie Auslegung unmöglich ist. Es wird bei der Prüfung auch nicht berücksichtigt, ob die Klauseln auch inhaltlich für den Vertrag angemessen sind.⁶²

Probleme mit der Verständlichkeit ergeben sich insbesondere dann, wenn Vertragswerke unübersichtlich aufgebaut sind oder keine Gliederung erkennen lassen oder auf Regelwerke bzw. Normen verweisen, die nicht mit abgedruckt sind.⁶³ Bei Verweisungen auf Rechtsvorschriften ergibt sich die Intransparenz nicht etwa durch eine intransparente Rechtsvorschrift, auf die verwiesen wird. Problematisch ist die Verweisung selbst, wenn zum einen ihr Umfang nicht erkennbar ist bzw. zum anderen unter Verweisung auf dispositive Normen die Regelungen dieser Normen eingeschränkt oder modifiziert werden und der Vertragspartner durch den fehlenden Abdruck der Norm seine Rechte und Pflichten gerade nicht erkennen kann. Die verweisende Klausel ist dadurch nicht allein verständlich.⁶⁴

Auf Heim- und Pflegeverträge bezogen können sich Probleme durch Verweisungen auf die Vereinbarungen zwischen den Pflegeeinrichtungen und den Pflegekassen (Rahmenvereinbarungen nach §75 SGB XI, Qualitätsvereinbarungen nach §§80, 80a SGB XI) bzw. durch Verweisungen auf Vorschriften des BGB oder des Heimgesetzes ergeben.

⁶¹ BASEDOW MK Bd.2a §305 Rdnr.69; ULMER AGBG §2 Rdnr.108.

⁶² BASEDOW MK Bd.2a §305 Rdnr.53; BASEDOW VersR 1999 S.1045,1046.

⁶³ BASEDOW MK Bd.2a §305 Rdnr.69; ULMER AGBG §2 Rdnr.52,52a.

⁶⁴ BASEDOW MK Bd.2a §305 Rdnr.70; OLG Schleswig NJW 1995 S.2858,2859: „An der erforderlichen Verständlichkeit fehlt es jedoch dann, wenn die AGB nicht aus sich verstehbar ist, weil sie nur eine Verweisung auf eine nicht abgedruckte gesetzliche Bestimmung erhält. Die Tragweite einer Klausel, die Paragraphen eines Gesetzes aufführt, ohne deren Inhalt im Wesentlichen wiederzugeben, versteht nur der Jurist. Das reicht für eine wirksame Einbeziehung jedenfalls dann nicht aus, wenn eine klare und unzweideutige Fassung möglich und zumutbar ist.“; vgl. auch OLG Düsseldorf NJW RR 1997 S.1150,1152 Hier war eine haftungsbeschränkende Klausel, die nur auf die nicht abgedruckte Norm des §51 BRAGO verwies, intransparent und verstieß möglicherweise gegen §2 Nr.2 AGBG. Das Urteil selbst stützte sich auf §3 AGBG, da die Klausel für den Vertragspartner überraschend auf einem Vollmachtsformular stand..

cc) Vertragsauslegung

Die Rechtsfolge bei intransparenten Klauseln im Zusammenhang mit der Vertragsauslegung ist ihre Auslegung zu Lasten des Verwenders (so §305c II BGB) bzw. zu Gunsten des Verbrauchers (so Art.5 S.2 RL). Beide Regelungen setzen voraus, dass eine Auslegung nach den allgemein üblichen Auslegungsregelungen erfolgte und diese zu keinem eindeutigen Ergebnis führte.⁶⁵ Wenn nicht eindeutig der Inhalt einer Klausel festgestellt werden konnte, dann wird von den möglichen Auslegungsergebnissen das den Verwender am meisten belastende bzw. das den Verbraucher am meisten begünstigende Ergebnis gewählt.

Bei nachteiligen mehrdeutigen Klauseln versteht die Rechtsprechung im Verbandsklageverfahren eine Auslegung zu Lasten des Verwenders so, dass die mehrdeutige Klausel kundenfeindlichst ausgelegt wird, um sie in Rahmen der Inhaltskontrolle zu überprüfen. Denn eine mögliche Unwirksamkeit der Klausel und die Verurteilung zur Unterlassung belastet den Verwender mehr. Diese Rechtspraxis bleibt auch nach der Richtlinie möglich, da Art.5 S.3 RL bestimmt, dass die Auslegungsregelung nach Art.5 S.2 nicht im Verbandsklageverfahren gilt.⁶⁶ Allerdings kann eine Klausel schon auf Grund ihrer Mehrdeutigkeit wegen eines Verstoßes gegen das Transparenzgebot nach §307 I BGB unwirksam sein.⁶⁷

dd) Inhaltskontrolle

Klauseln, welche inhaltlich unangemessen benachteiligen, sind unwirksam. Nach §307 I S.2 BGB kann sich eine unangemessene Benachteiligung auch daraus ergeben, dass Bestimmungen in AGB nicht klar und verständlich sind. Nicht abschließend geklärt ist, ob die Intransparenz allein schon zu einer unangemessenen Benachteiligung führt, oder ob eine Benachteiligung noch festzustellen ist.

Der Gesetzeswortlaut spricht für die letztere Auffassung.⁶⁸ Nach dem Wortlaut kann Intransparenz zur Unwirksamkeit führen, sie muss es aber nicht. Für das Verständnis dieser Regelung ist weiter zu berücksichtigen, dass im Gesetzgebungsverfahren der ursprüngliche Entwurf geändert wurde. Nach §307 II Nr.3 des Regierungsentwurfs⁶⁹ sollte Intransparenz im Zweifel zur Unwirksamkeit der Klausel führen. Dieser Vorschlag wurde nur in

⁶⁵ Zur Auslegung siehe BASSENGE Palandt BGB §305c Rdnr.15f. und WESTPHALEN NJW 2003 S.1635,1637.

⁶⁶ Auch im Individualklageverfahren wendet die Rechtsprechung inzwischen die kundenfeindliche Auslegung zusammen mit der Inhaltskontrolle an. Erst wenn die Klausel trotzdem der Inhaltskontrolle standhält, wird sie für die Entscheidung zu Gunsten des Verbrauchers ausgelegt. Dieses Verfahren wird angewandt, da der Verbraucher den größeren Vorteil hat, wenn eine nachteilige Klausel entfällt, als wenn sie so wenig nachteilig wie möglich ausgelegt und angewandt wird. Diese Anwendung der Auslegungsregel des §305c II BGB widerspricht dem Wortlaut der Richtlinie. Nach Art.5 S.2,3 RL gibt es im Individualklageverfahren, anders als im Verbandsklageverfahren, nur die Möglichkeit einer kundenfreundlichen Auslegung. Jedoch ist nach Art.8 RL ein strenges Kontrollverfahren zulässig. vgl. hierzu BASEDOW MK Bd.2a §305c Rdnr.20.

⁶⁷ BGH NJW 2003 S.507,510.

⁶⁸ So auch WESTPHALEN NJW 2002 S.12,17.

⁶⁹ BT-Drucks. 14/64040 S.9.

abgeschwächter Form Gesetz. An Stelle der vorgeschlagenen Zweifelsregelung, nach der bei Intransparenz die Benachteiligung zu vermuten wäre, wurde die Kann-Regelung Gesetz.⁷⁰

Andererseits will die neu eingefügte gesetzliche Regelung zum Transparenzgebot die bisherige Rechtspraxis nicht ändern. Sie wollte nur den Vorgaben eines EuGH-Urteils zur gesetzlichen Umsetzung der Richtlinie nachkommen.⁷¹ Die bisherige Rechtsprechung unterschied oft nicht deutlich zwischen der Intransparenz und der Benachteiligung. So beurteilte der BGH eine Nebenabrede, die ihre preiserhöhende Wirkung verschleiert, als unangemessene Benachteiligung des Kunden und somit nach §9 I AGBG für unwirksam.⁷² Nach einem anderen Urteil verstieß eine sachgerechte aber intransparente Klausel gegen §9 I AGBG. Die Intransparenz ergab sich auf Grund der Verwendung einer abkürzenden Bezeichnung, deren Kenntnis nicht als kaufmännisches Allgemeinwissen gelten kann.⁷³ In einem weiteren Urteil stellte der BGH fest, dass eine nachteilige Klausel dadurch unangemessen benachteiligend und somit nach §9 I AGBG unwirksam wird, wenn sie intransparent ist. Intransparenz liegt vor, wenn Nachteile und Belastungen durch die Klausel nicht erkennbar sind.⁷⁴ In einem anderen Urteil stellte der BGH ausdrücklich fest, dass die Intransparenz einer einschränkenden Regelung– bereits für sich allein genommen – zur Unwirksamkeit dieser Regelung führen kann. Die Regelung war intransparent, da sie die systembedingten Nachteile eines Tausch-Pools nicht erkennen ließ.⁷⁵

Unter Berufung auf diese Rechtsprechung leiten einige Kommentatoren ab, dass Intransparenz an sich (per se) zur Unwirksamkeit der Klausel führt.⁷⁶ Dieser Auffassung wird entgegen gehalten, dass „Intransparenz .. dagegen als solche, das heißt ohne Rücksicht auf die materielle Äquivalenz der in den AGB vereinbarten Verteilung der Rechte und Pflichten der Parteien, keine unangemessene Benachteiligung ... darstellen [kann].“⁷⁷ Denkbar ist nur, dass eine nachteilige Abweichung vom dispositiven Recht gerade noch hinnehmbar wäre, aber dadurch besonders anstößig wird, weil sie die Abweichung verschleiert. Dann liegt aber der Kern der Beanstandung bei der inhaltlichen Unangemessenheit. Eine Betrachtung, die Klauseln allein wegen ihrer

⁷⁰ Vgl. BT-Drucks. 14/7052 S.188.

⁷¹ BT-Drucks. 14/6040 S.150,153; BT-Drucks. 14/7052 S.188; Nach dem EuGH-Urteil NJW 2001 S.2244) ist es zur Umsetzung der RL 93/13 nicht ausreichend, wenn nur die bestehenden Gesetze im Sinne der Richtlinie ausgelegt werden, ohne dass diese Gesetze die Rechtslage nach der Richtlinie hinreichend bestimmt und klar zu Ausdruck bringen. Vgl. zur Entwicklung des §307 I S.2 auch HEINRICHS ZMWR 2003 S.6,10..

⁷² BGHZ 106 S.42,49; diese Rechtsansicht erneut bestätigt und begründet in BGHZ 112 S.115.

⁷³ BGH NJW 1996 S.455,456.

⁷⁴ BGHZ 136 S.394,401: „Die Anpassungsklausel ... verstößt gegen das sich aus §9 AGBG ergebene Transparenzgebot. Danach ist der Verwender von AGB entsprechend den Grundsätzen von Treu und Glauben verpflichtet, Rechte und Pflichten seines Vertragspartners möglichst klar und durchschaubar darzustellen. ... [Insbesondere] gebieten Treu und Glauben auch, dass die Klausel wirtschaftliche Nachteile und Belastungen so weit erkennen lässt, wie dies nach den Umständen gefordert werden kann. Ist der Verwender diesem Gebot nicht gefolgt, liegt schon darin eine unangemessene Benachteiligung des Kunden.“

⁷⁵ BGHZ 140 S.25,31.

⁷⁶ ULMER AGBG §9 Rdnr.89; ROSENOW ZIP 2001 S.2211,2214.

⁷⁷ BASEDOW MK Bd.2a §307 Rdnr.51.

Intransparenz für unangemessen hält, verfehlt den Schutzzweck des AGB-Rechts. Das Marktversagen, dessen Korrektur der Schutzzweck der AGB-Regelungen ist, liegt nicht darin, dass der Kunde die AGB nicht verstehen kann, sondern viel mehr darin, dass es sich für ihn nicht lohnt diese zu lesen.⁷⁸

Jedoch kann die bisherige Rechtsprechung auch weniger absolut verstanden werden. So führt Intransparenz nicht allein zur Unwirksamkeit, sondern inhaltliche Unangemessenheit muss hinzutreten.⁷⁹ Intransparenz bildet jedoch ein Indiz für eine unangemessene Benachteiligung. Im Bereich der Leistungsbestimmung reicht als Benachteiligung schon aus, dass der Vertragspartner durch eine intransparente Vertragsgestaltung an einem Marktvergleich gehindert ist. Die Gefahr der Vereitelung seiner Marktchancen vor oder bei Vertragsabschluss ist bei intransparenten Vertragsgestaltungen immer gegeben. Unangemessen ist dieser Nachteil, wenn der Verbraucher letztlich weniger Leistung erhält oder ein höheres Entgelt zahlt, als bei einer transparenten Vertragsgestaltung und einer darauf beruhenden Entscheidung für oder gegen den Vertragsabschluss. Eine unangemessene Benachteiligung liegt bei intransparenten AGB auch darin, dass sie es dem Vertragspartner erschweren, seine Rechte durchzusetzen oder ihn von der Wahrnehmung seiner Rechte anhalten.⁸⁰

Eine andere Auffassung vertritt Micklitz, der neben der Feststellung der Intransparenz keine weitere Voraussetzung für nötig erachtet, um eine unangemessene Benachteiligung anzunehmen.⁸¹

3. Schranken der Inhaltskontrolle

a) Verhältnis zur Transparenzkontrolle

Gemäß §307 III S.1 BGB unterfallen nur solche Bestimmungen in AGB der Inhaltskontrolle, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder sie ergänzende Regelungen vereinbart werden. §307 III S.1 BGB schränkt den Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle in zwei Richtungen ein. Zum einem soll keine inhaltliche Kontrolle von Klauseln erfolgen, welche ohnehin geltende gesetzliche Regelungen wiedergeben (deklaratorische Klauseln). Die Wiedergabe gesetzlicher Regelungen kann erfolgen, indem eine Klausel die Regelung zitiert oder auf sie verweist. In diesen Fällen fehlt der rechtliche Prüfungsmaßstab. Eine Kontrolle solcher Klauseln würde auf eine Kontrolle des Gesetzgebers hinauslaufen. Hierfür ist nur das Verfahren nach Art.100 I GG vorgesehen. Zum anderen soll keine inhaltliche Kontrolle von Klauseln stattfinden, welche die vertraglichen Hauptleistungen bestimmen. Hier hat der Gesetzgeber bewusst auf eigene Regelungen verzichtet. Die Vertragsparteien müssen am Markt selbst diese Regelungen treffen. Ein Gericht kann nicht seine Vorstellungen im Rahmen der Inhaltskontrolle den Parteien aufdrängen. Auch hier fehlen rechtliche Bewertungsmaßstäbe.⁸²

⁷⁸ BASEDOW MK Bd.2a §307 Rdnr.51,52.

⁷⁹ COESTER AGBG §9 Rdnr.124,129.

⁸⁰ COESTER AGBG §9 Rdnr.125,126; BASSENGE Palandt BGB §307 Rdnr.20; ANN BGB §307 Rdnr.27; ähnlich HEINRICHS Transparenzgebot S.162,163.

⁸¹ Micklitz in: KOHTE SR §307 Rdnr.2.

⁸² ADERHOLD §8 AGBG Rdnr.1; DÖRNER §307 Rdnr.5.

Die Auslegung des §307 III S.1 BGB entspricht der RL 93/13 EWG.⁸³ Nach Art.1 II RL unterliegen Vertragsklauseln, die auf bindenden Rechtsvorschriften beruhen, nicht den Bestimmungen der Richtlinie. Nach Art.4 II RL betrifft die Beurteilung der Missbräuchlichkeit der Klauseln weder den Hauptgegenstand des Vertrages noch die Angemessenheit zwischen dem Preis bzw. dem Entgelt und den Dienstleistungen bzw. den Gütern, die die Gegenleistung darstellen, sofern diese Klauseln klar und verständlich abgefasst sind. Wenn die Festlegungen von Leistungen und Entgelten transparent erfolgen, der Verbraucher über Leistung und Entgelt vollständig und richtig informiert wird, bleiben sie im Kern kontrollfrei.⁸⁴

Um den Vorbehalt der Transparenz (Art.4 II 2.HS RL) im deutschen AGB-Recht umzusetzen, nimmt §307 III S.2 BGB die Beschränkung des §307 III S.1 BGB hinsichtlich der Transparenzkontrolle zurück. Nach §307 III S.2 BGB können andere Bestimmungen (damit auch die Bestimmungen, durch welche nicht von Rechtsvorschriften abweichende oder sie ergänzende Regelungen vereinbart werden; somit alle Regelungen durch AGB) auf Grund eines Verstoßes gegen das Transparenzgebot des §307 I S.2 BGB unwirksam sein.⁸⁵

Auch wenn die Transparenzkontrolle durch die Rechtsprechung im Rahmen der Inhaltskontrolle entwickelt wurde und sie nunmehr im Zusammenhang mit den Vorschriften zur Inhaltskontrolle geregelt ist, so ist klar zwischen der beschränkten Inhaltskontrolle und der unbeschränkten Transparenzkontrolle zu unterscheiden. Diese Unterscheidung ist insbesondere eine Voraussetzung dafür, um den Umfang der Begrenzung der Inhaltskontrolle bestimmen zu können. Kriterien für eine Abgrenzung zwischen dem inhaltlich kontrollfreien Kern der Leistungsbestimmung und den einer Inhaltskontrolle zugänglichen Regelungen können nur entwickelt werden, wenn hierbei die Aspekte der Transparenzkontrolle ausgeschlossen werden.⁸⁶

⁸³ STOFFELS AGB Recht §15 Rdnr.423-425; BASEDOW MK Bd.2a §307 Rdnr.1-3; ULMER AGBG §8 Rdnr.1-4c.

⁸⁴ STOFFELS AGB Recht §115 Rdnr.428.

⁸⁵ ACHILLES S.349 Rdnr.22; siehe. auch Gesetzesbegründung BT-Drucks. 14/6040 S.154: „Dagegen wird das ... nunmehr gesetzlich geregelte Transparenzgebot ausdrücklich nicht von der Ausnahme des [§307] Absatz 3 erfasst. Damit wird der Zweck des bisherigen §8 AGBG [nunmehr §307 III], der lediglich der Inhaltskontrolle, nicht aber der Transparenzkontrolle in bestimmten Fällen Grenzen setzen wollte, verdeutlicht und eine bislang bestehende Lücke bei der Umsetzung von Artikel 4 Abs. 2 der Richtlinie 93/13/EWG geschlossen. Danach sind nämlich sog. preisbestimmende und leistungsbestimmende Klauseln lediglich dann von der Inhaltskontrolle befreit, wenn sie „klar und verständlich“ abgefasst sind, also den Anforderungen des Transparenzgebots genügen. Diese Vorbedingung der Kontrollfreiheit entspricht zwar im Ergebnis der gegenwärtigen Rechtsprechung des BGH, in der dieser Grundsatz freilich nicht immer so deutlich wird. Im Übrigen sollte sich das Richtlinienanforderungsmerkmal auch aus dem Wortlaut des Gesetzes entnehmen lassen, was derzeit nicht der Fall ist. Denn §8 AGBG schloss bislang die Anwendung des §9 AGBG insgesamt und damit auch die darin enthaltene Transparenzkontrolle für preisbestimmende, leistungsbeschreibende und deklaratorische, den Rechtsvorschriften entsprechende Klauseln aus. Die vorgeschlagene Neufassung des bisherigen §8 AGBG macht nunmehr deutlich, dass das Transparenzgebot auch bei derartigen Klauseln gilt. ...“.

⁸⁶ COESTER AGBG §8 Rdnr.18; siehe hierzu auch STOFFELS Schuldverh. S.389f.; CANNARIS AcP 2000 S.273,327ff..

b) Deklaratorische Klauseln

Deklaratorische Klauseln, die nicht einer Inhaltskontrolle unterliegen, sind Klauseln, die mit Rechtsvorschriften übereinstimmen, welche auch auf den Vertrag anzuwenden wären, sofern die Klauseln nicht im Vertrag enthalten sind. Eine Kontrolle von Rechtsvorschriften soll durch die Inhaltskontrolle nicht stattfinden. Rechtsvorschriften sind alle Gesetzesvorschriften im materiellen Sinne, auch ungeschriebene Rechtssätze. Entscheidend ist die normative Regelung, d.h. dass die Rechtsvorschrift unabhängig von einer darauf gerichteten Vereinbarung gilt.⁸⁷ Anders ist es, wenn eine für einen bestimmten Vertragstyp geltende Rechtsvorschrift, die in der Klausel wiedergegeben ist oder auf welche die Klausel verweist, auf den konkreten Vertrag ohne die Wiedergabe bzw. die Verweisung nicht anwendbar wäre. Sei es, dass eine atypische Ausgestaltung dieses Vertragstyps vorliegt oder ein anderer Vertragstyp, insbesondere ein unregelter Vertragstyp vereinbart ist. Jetzt liegt keine deklaratorische Klausel vor, die Inhaltskontrolle ist nicht ausgeschlossen.⁸⁸

Auch AGB, die behördlich überprüft werden, sind nicht kontrollfrei. Die behördliche Genehmigung von AGB führt auch nicht zu einer präjudikativen Wirkung für die gerichtliche Inhaltskontrolle. Jedoch können die Gerichte die Kompetenz der Fachbehörden und deren Wertungen in ihren Entscheidungen berücksichtigen.⁸⁹

c) Leistungsbestimmung

aa) Gründe für die Kontrollfreiheit

Klauseln bleiben kontrollfrei, wenn sie unmittelbar die zu erbringende Hauptleistung bestimmen bzw. unmittelbar die Vergütung regeln.⁹⁰ Begründet

⁸⁷ WOLF AGBG §8 Rdnr.5.

⁸⁸ BGHZ 91 S.55,57: „Die Vorschrift [des §8 AGBG als Vorgänger des §307 III S.1 BGB] will der Inhaltskontrolle die AGB-Bestimmungen entziehen, die rein deklaratorisch lediglich den Inhalt einer ohnehin geltenden gesetzlichen Regelung wiederholen. Bei solchen Klauseln verbietet sich eine Inhaltskontrolle schon wegen der Bindung des Richters an das Gesetz; sie würde auch leer laufen, weil an Stelle der unwirksamen Klauseln gemäß §6 AGBG doch wieder die inhaltsgleiche gesetzliche Bestimmung treten würde. Die Überlegungen gelten aber nicht für alle AGB-Bestimmungen, die auf gesetzliche Vorschriften verweisen oder ihren Inhalt wiederholen. So bleiben die §§9 bis 11 AGBG anwendbar, wenn durch AGB die für einen anderen Vertragstyp geltenden gesetzlichen Vorschriften für anwendbar erklärt werden. In solchen Fällen wirkt die Einbeziehung konstitutiv.“ vgl. noch BGH NJW 1997 S.193,194, BASEDOW MK Bd.2a §307 Rdnr.6; ULMER AGBG §8 Rdnr.30ff., SCHMIDT-SALZER S.259,262f..

⁸⁹ zur Kontrolle behördlich genehmigter Klauseln vgl. ULMER AGBG §9 Rdnr.17,49, COESTER AGBG §9 Rdnr.17.

⁹⁰ So der BGH in ständiger Rechtsprechung (BGHZ 106 S.42,46; 116 S.117,118, 124 S.254,256, 127 S.27,29) zu §8 AGBG; BGHZ 124 S.256: „Da die Vertragsparteien nach dem im Bürgerlichen Recht geltenden Grundsatz der Privatautonomie Leistung und Gegenleistung grundsätzlich frei bestimmen können, unterliegen AGB-Klauseln, die Art und Umfang der vertraglichen Hauptleistungspflicht und den dafür zu zahlenden Preis unmittelbar regeln, nicht der Inhaltskontrolle. Kontrollfähig sind dagegen (Preis-) Nebenabreden d.h. Abreden, die zwar mittelbare Auswirkung auf Preis und Leistung haben, an deren Stelle aber, wenn eine wirksame vertragliche Regelung fehlt, dispositives Gesetzesrecht treten kann.“ Dies ist die Standardformel des BGH; so KRÜGER WM 1999 S.1402,1403.

wird dies damit, dass Hauptleistungen und Entgelte nicht im Gesetz geregelt sind, sondern ihre Bestimmung der Privatautonomie der Parteien unterfällt. Unwirksame Klauseln über die Hauptleistung und das Entgelt könnten auch nicht nach §306 II BGB durch gesetzliche Regelungen ausgefüllt werden. Denn es existieren für Preis und Leistung keine rechtlichen Maßstäbe. Die Festsetzung von Preis und Leistungen bleibt allein dem Konzept der Marktwirtschaft überlassen. Ohne die Festsetzung von Hauptleistung und Entgelten sind Verträge nicht durchführbar.⁹¹

Pflege- und Heimverträge regeln die Leistungsbestimmung und die Entgelte in den Formularverträgen und Vertragswerken selbst. Daher ist für diese Arbeit eine genaue Abgrenzung zwischen kontrollfreien und kontrollfähigen Klauseln der Leistungsbestimmung nötig.

bb) Umfang der Kontrollfreiheit

Der BGH geht bei der Abgrenzung von kontrollfreien zu kontrollfähigen Klauseln vom Wortlaut des §307 III 1 BGB aus. Nach §307 III BGB unterfallen der Inhaltskontrolle Klauseln, die von Rechtsvorschriften abweichen oder sie ergänzen. Klauseln weichen von Rechtsvorschriften ab, wenn an ihre Stelle für den Fall, dass eine wirksame vertragliche Regelung fehlt, dispositives Gesetzesrecht treten kann. Der Begriff des dispositiven Gesetzesrechts wird vom BGH sehr weit verstanden. Hierzu zählt der BGH auch allgemein anerkannte Rechtsgrundsätze, die sich auch aus der Natur des Vertrages oder aus dem Fehlen bestimmter gesetzlicher Regelungen innerhalb eines gesetzlich geregelten Vertragstyps ableiten lassen.⁹² Wenn für den Regelungsbereich einer Klausel dispositives Gesetzesrecht vorliegt, dann ist sie kontrollfähig.

Im Grundsatz bleibt hiernach nur die unmittelbare Festsetzung des Gegenstands der Hauptleistung und des Entgelts kontrollfrei. Alle die Regelungen, welche die Hauptleistungen modifizieren, ausgestalten oder einschränken, sind dagegen der Inhaltskontrolle unterworfen.⁹³ Im Bereich der Preisvereinbarungen sind nur die Preisabreden kontrollfrei, die allein oder in Verbindung mit anderen Abreden klar und verständlich die in Geld geschuldete Hauptleistung festlegen. Der Inhaltskontrolle unterfallen Klauseln über die Änderung oder Erhöhung des angegebenen Entgelts. Weiter kontrollfähig sind alle Preisnebenabreden. Dies sind Abreden, die sich mittelbar auf den Preis auswirken, so z.B. Vorleistungsklauseln, Fälligkeitsklauseln, Wertstellungsklauseln oder Rabattklauseln. Zu kontrollieren sind insbesondere Preisnebenregelungen, mit denen der Verwender Aufwendungen, die ihm gesetzlich oder vertraglich obliegen, auf seinen Vertragspartner abwälzt.⁹⁴ Schließlich unterfallen der Inhaltskontrolle auch alle Regelungen über das Tragen von nicht bezifferten Kosten oder die Anrechnung von Ersparnissen.⁹⁵ Im Bereich der Leistungsbestimmung ist nur der enge Bereich der

⁹¹ BASEDOW MK Bd.2a §307 Rdnr.1,12; ULMER AGBG §8 Rdnr.8-10; WOLF AGBG §8 Rdnr.1; vgl. auch PFEIFFER VuR 2001 S.95.

⁹² BGH in BGHZ 93 S.358,361, 106 S.42,46, 116 S.117,119, 124 S.254,256, 127 S.27,29, 133 S.10,139; vgl. auch WOLF Vertragsfreiheit S.115.

⁹³ So ULMER AGBG §8 Rdnr.10 unter Verweisung auf die Rechtsprechung.

⁹⁴ ULMER AGBG §8 Rdnr.21ff.; BASSENGE Palandt BGB §307 Rdnr.60ff..

⁹⁵ ULMER AGBG §8 Rdnr.22.

Leistungsbeschreibung der Kontrolle entzogen, ohne dessen Vorliegen mangels Bestimmbarkeit des wesentlichen Vertragsinhalts kein wirksamer Vertrag mehr angenommen werden kann. Kontrollfrei bleiben bloße Leistungsbeschreibungen, die Art, Umfang und Güte der geschuldeten Leistung festlegen, aber die für die Leistung geltenden gesetzlichen Vorschriften unberührt lassen. Klauseln, welche die Hauptleistungspflichten abweichend vom gesetzlichen Vertragstyp ändern oder modifizieren bzw. Klauseln, die das gegebene Hauptleistungsversprechen einschränken oder verkürzen, gehören nicht zu den kontrollfreien Leistungsbestimmungen. Insbesondere Klauseln, die beschreiben, was gegenüber dem eigentlichen Leistungsversprechen nicht zu leisten ist, sind kontrollfähig.⁹⁶

Ein anderer Ansatz zur Unterscheidung kontrollfähiger und kontrollfreier Klauseln geht von Art.4 II RL und dem Zweck der AGB-Vorschriften aus. Nach Art.4 II RL bleiben Klauseln zum Hauptgegenstand des Vertrages und zum Preis kontrollfrei, sofern sie transparent sind. Die AGB-Kontrolle knüpft an den fehlenden Wettbewerb auf Grund des Marktversagens bei den vertraglichen Nebenbedingungen an. Von diesen beiden Punkten ausgehend wird festgestellt, dass eine Inhaltskontrolle nur dort stattfinden muss, wo Wettbewerb, sei es auf Grund von Intransparenz, sei es auf Grund des Inhalts der Klausel, nicht stattfindet. Kontrollfrei sind, die Transparenz vorausgesetzt, also alle Klauseln zu Leistung und Preis, welche vom Vertragspartner typischerweise beachtet werden.⁹⁷ Hieraus wird teilweise gefolgert, dass entgegen der Rechtsprechung nicht nur die unmittelbaren Preisabreden, sondern auch alle Preisnebenabreden kontrollfrei sind.⁹⁸

Letzterer Schlussfolgerung kann so allgemein nicht zugestimmt werden. Auch wenn jede einzelne Preisnebenabrede allein kontrollfrei wäre, so kann sich dies ändern, wenn es zu viele werden. Auch bei voller Transparenz derartiger Preisnebenabreden findet eine Vielzahl von Preisnebenabreden in der Regel nicht mehr die Aufmerksamkeit beim Vertragspartner, wie wenn ein Gesamtpreis angegeben ist.⁹⁹ Auch können Preisnebenabreden, die bestimmte Aufwendungen des Verwenders auf den Vertragspartner abwälzen, dazu führen, dass der Vertragszweck, den der Vertragspartner erwartet, ausgehöhlt wird. Der Verwender ist nicht frei zu bestimmen, für welche Aufwendungen er zusätzliche Preisbestandteile berechnet.¹⁰⁰ Er hat das Verständnis seines Vertragspartners zu berücksichtigen. Dieser erwartet, dass bestimmte Preisbestandteile schon im Hauptpreis enthalten sind. Werden für sie Zusatzvergütungen berechnet, so ist dies für ihn eine verdeckte Preiserhöhung. Daher ist es notwendig, auch transparente Preisnebenabreden inhaltlich, insbesondere nach §307 II Nr.2 BGB, darauf zu kontrollieren, ob durch sie nicht der Vertrag entwertet wird.¹⁰¹ Gerade §307 II Nr.2 BGB zeigt, dass der Vertragspartner im Bereich der

⁹⁶ BGHZ 127 S.35,41; ULMER AGBG §8 Rdnr.27,28; BASSENGE Palandt BGB §307 Rdnr.57.

⁹⁷ CANARIS AcP 2000 S.273,330; COESTER AGBG §8 Rdnr.19, STOFFELS Schuldverh. S.390f. und in AGB Recht §15 Rdnr.450.

⁹⁸ CANARIS AcP 2000 S.273,330, siehe auch CANARIS WM 1996 S.237,239.

⁹⁹ Vgl. COESTER §8 Rdnr.22.

¹⁰⁰ Entgegen CANNARIS AcP 2000 S.335.

¹⁰¹ COESTER §8 Rdnr.23; ULMER AGBG §8 Rdnr.19.

vertragswesentlichen Rechte und Pflichten, also auch im Bereich der Hauptleistungen, nicht schutzlos sein soll. Die durch den Vertragstyp oder die Leistungsbenennung erweckten Erwartungen des Vertragspartners, die ihn von der Durchsicht der einzelnen Modalitäten abhalten, insbesondere wenn er davon ausgeht, dass die Hauptleistung durch das Haupt- bzw. Grundentgelt abgedeckt ist, sollen nicht gravierend durch einschränkende oder zusätzlich ein Entgelt festlegende Klauseln entwertet werden.¹⁰²

Für eine zurückhaltende Bestimmung des kontrollfreien Raums spricht auch die neue gesetzliche Regelung der Inhaltskontrolle in §307 BGB. §307 III S.1 BGB normiert eine Ausnahme von der Inhaltskontrolle. Dies ergibt sich aus der systematischen Stellung der Norm im Verhältnis zur Generalklausel der Inhaltskontrolle im ersten Absatz des Paragraphen §307.¹⁰³ Auch der Gesetzgeber verstand den §307 III als Ausnahme von der Inhaltskontrolle.¹⁰⁴ Nach allgemeinen Auslegungsregeln sind Ausnahmenvorschriften grundsätzlich eng auszulegen. Auch nach Art.4 II RL ist der kontrollfreie Bereich eng zu bestimmen. Denn nur der Hauptgegenstand des Vertrages bleibt kontrollfrei. Dieser Begriff ist zum Begriff des Gegenstands des Vertrages abzugrenzen. Unter Gegenstands des Vertrages fallen in den romanischen Rechtsordnungen allgemein die Hauptleistungspflichten, insbesondere die Leistungsbeschreibung. Der Hauptgegenstand des Vertrages erfasst in Abgrenzung hierzu nur den wesentlichen Teil der Hauptleistungspflicht. Dieser umfasst nur die Bestimmung der Leistung, für die das Entgelt erbracht wird und durch die der Vertragstyp von anderen Vertragstypen unterschieden werden kann und die häufig dem Vertragstyp seinen Namen gibt.¹⁰⁵

Überzeugender ist der Ansatz, der die Abgrenzung zwischen kontrollfreien Leistungsbeschreibungen und Preisregelungen am Schutzzweck der AGB-Vorschriften ausrichtet.¹⁰⁶ Jedoch ist der kontrollfreie Raum im Zweifel eng zu bestimmen. Nur soweit der Schutzzweck nicht beeinträchtigt ist, kann die Ausnahme, Kontrollfreiheit, reichen. Kontrollfrei bleiben nur die Vertragsteile, die auf Grund ihrer besonderen Bedeutung vom Vertragspartner des AGB-Verwenders aufmerksam betrachtet, überprüft und verglichen werden und über die auch Verhandlungen möglich sind. Hier besteht der konkrete Schutzzweck für die AGB-Vorschriften nicht mehr. Es liegt hinsichtlich dieser Regelungen zu Leistung und Preis allgemein kein Marktversagen vor. Sie sind den Kontrollmechanismen von Markt und Wettbewerb unterworfen. Auch ist die

¹⁰² STOFFELS Schuldverh. S.394.

¹⁰³ Anders als der frühere §8 AGBG.

¹⁰⁴ Vgl. Gesetzesbegründung BT-Drucks. 14/6040 S.154; zum bisherigen §8 AGBG als Ausnahme von Inhaltskontrolle ULMER AGBG §8 Rdnr.5; andere Ansicht zu §8 AGBG WOLF AGBG §8 Rdnr.3.

¹⁰⁵ PFEIFFER in Grabitz/Hilf RL93/13 Art.4 Rdnr.27; vgl. auch BASEDOW in Europäische Rechtsangleichung S.284; Für eine enge Bestimmung des kontrollfreien Raums ist auch SCHMIDT-SALZER S.259,270: "Vom Sinn und Zweck der Richtlinie her ist m.E. der Rechtsbegriff des "Hauptgegenstand des Vertrages" eng auszulegen und zu beschränken auf das, was der Kunde zum Zeitpunkt des Vertragsabschluss zur Kenntnis nehmen und deutlich überblicken und daraufhin von seiner individuellen Interessenlage her beurteilen kann."

¹⁰⁶ So auch BASEDOW MK Bd.2a §307 Rdnr.12.

Entscheidungsfreiheit des Vertragspartners hier nicht beschränkt und die Funktion des Vertragsrechts nicht gefährdet. Alle Nebenabreden zu Leistung und Preis werden keine große Aufmerksamkeit bekommen. Hier greifen wieder die Gründe für einen Schutz durch die AGB-Vorschriften.¹⁰⁷ Der kontrollfreie Bereich lässt sich nicht allgemein definieren, sondern nur unter Betrachtung des konkreten Vertragsmusters ermitteln. Der Versuch einer allgemeine Beschreibungen der Abgrenzungskriterien wird nur zu nicht hinreichend konkreten Schlagworten führen, so wie „Leistungsbeschreibung und Preisbestimmung“, „der enge Bereich der Leistungsbeschreibung“ u.ä.. Es ist an Hand des jeweiligen Vertrages zu prüfen, auf welche Elemente der Leistungsbestimmung und des Preises ein durchschnittlicher Vertragspartner achten wird. Das werden eher die tatsächlich wahrnehmbaren Elemente der Leistung, weniger die rechtlichen Elemente der Leistungserbringung sein. Auch werden die Teile der Leistung, mit denen der Vertragspartner nach seinen Erwartungen in jedem Fall in Berührung kommt, beachtet werden. Anders dagegen die Elemente der Leistungsbeschreibung, die ihn nur in besonderen Fällen treffen können.¹⁰⁸

Bei der Entgeltfestsetzung ist die Bestimmung des kontrollfreien Bereichs unter Berücksichtigung des konkreten Vertrags relativ unproblematisch. Es macht bei Preisregelungen keinen Unterschied, ob diese einen Gesamtpreis angeben oder einzelne Preisbestandteile gesondert berechnet werden.¹⁰⁹ Das Ergebnis der Abgrenzung der kontrollfreien Preisbestimmung nach dem Schutzzweck der AGB-Vorschriften wird sich nicht wesentlich von den Ergebnissen der Abgrenzung durch den BGH unterscheiden.

Bei der Leistungsbestimmung im Bereich des Warenkaufs ist die Abgrenzung zwischen der kontrollfreien Leistungsfestsetzung und den weiteren zu kontrollierenden Abreden zum Leistungsbereich relativ unproblematisch. Der Vertragspartner wird der Ware selbst die nötige Aufmerksamkeit zukommen lassen, jedoch weitere rechtliche Elemente zur Ausgestaltung des Transfers eher unberücksichtigt lassen. Die Ware als tatsächliches Element ist klar unterscheidbar von den rechtlichen Elementen. Schwierigkeiten bei der Abgrenzung ergeben sich aber bei Dienstleistungen. Auch hier wird der Vertragspartner ausreichend auf die benötigte Dienstleistung in tatsächlicher Hinsicht achten, weniger dagegen auf rechtliche Elemente. Die tatsächliche Handlung der Dienstleistung hängt aber unmittelbar von der rechtlichen Ausgestaltung ab. Zeitliche Bestimmungen, Mitwirkungspflichten, Qualitätsbestimmungen sind für die Beschreibung der Dienstleistung gleichfalls entscheidend. Die tatsächliche Handlung wird von den Durchführungsregelungen

¹⁰⁷ SCHMIDT-SALZER S.259,268: "Niemand wird für einen Preis X eine Ware kaufen/bestellen oder einen anderen mit der Erbringung einer Dienstleistung beauftragen, ohne zu prüfen, ob die Ware oder Dienstleistung (a) seinen Interessen entspricht und (b) ihm den Preis wert ist. Insbesondere bei Waren kann man deshalb im Normalfall davon ausgehen, dass "diese Ware zu diesem Preis" vom Kunden aufgrund seiner individuellen Entscheidung gewollt ist. Deshalb ist es plausibel und sachgerecht, dass gemäß Art.4 Abs.2 der EG-Richtlinie die Parteien bei der Lieferung von Waren oder der Erbringung von Dienstleistungen "Leistung und Gegenleistung, also auch die Wertrelation zwischen beiden, selbst festlegen können."

¹⁰⁸ Vgl. auch STOFFELS Schuldverhältnisse S.392,393.

¹⁰⁹ ULMER AGBG §8 Rdnr.19.

mitbestimmt.¹¹⁰ Hilfreich kann es hier sein, den Rahmen für die Kontrollfreiheit unter Berücksichtigung des Kerns der nötigen Vereinbarungen zu bestimmen, ohne deren Vorliegen mangels Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit des Vertragsinhalts kein wirksamer Vertrag mehr vorliegt. Denn ein Wegfall dieser essentialia negotii im Falle ihrer Unwirksamkeit nach einer Inhaltskontrolle führt dazu, dass nicht mehr, wie von den AGB-Vorschriften beabsichtigt, der Vertrag erhalten bleibt (§306 II BGB, Art.6 RL).¹¹¹

Somit kann der Verwender von AGB die Grenze des kontrollfreien Bereichs beeinflussen. Beschreibt er verständlich, klar und deutlich abgegrenzt zu den weiteren Klauseln die Dienstleistung, wie er sie erbringen will, so bleibt seine Leistungsbestimmung im wesentlichen kontrollfrei. Beschreibt er die Dienstleistung am Eingang des Vertragswerkes nur knapp und stellt erst im weiteren Vertragswerk besondere Voraussetzungen, Einschränkungen oder Modifizierungen auf, so wird seine Leistungsbestimmung im wesentlichen der Kontrolle zugänglich sein, denn die beschränkenden, modifizierenden Klauseln sind kontrollfähig.

4. Inhaltskontrolle

a) Überblick

Grundnorm der Inhaltskontrolle ist die Generalklausel des §307 I BGB. Hier werden Ziel, Maßstab und Rechtsfolge der Inhaltskontrolle festgelegt. Diese Grundnorm wird durch die folgenden Paragraphen konkretisiert. Zunächst durch §307 II, der zwei wesentliche Fallgruppen für eine unangemessene Benachteiligung bestimmt. Dann konkretisieren die Klauselverbote des §308 BGB die Grundnorm weiter. Die in §308 BGB aufgezählten Klauselthemen lenken die Aufmerksamkeit auf besonders verdächtige Klauseltypen. §308 BGB eröffnet durch die Verwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen Wertungsmöglichkeiten, die unter den selben Gesichtspunkten wie bei §307 I, II BGB durch eine Interessenabwägung auszufüllen sind. Konkreter sind die Klauselverbote des §309 BGB, die ohne Wertungsmöglichkeiten Regelbeispiele für unangemessene Klauseln aufzählen.¹¹²

Ist eine Klausel nach §309 BGB nicht zu beanstanden, so kann weiterhin eine Inhaltskontrolle nach §307 I, II BGB erfolgen. Denn §309 enthält nur Regelbeispiele für unangemessene Klauseln.¹¹³ Ist eine Klausel nach §308 BGB nicht zu beanstanden, da sie tatbestandlich nicht erfasst wird, so kann eine Kontrolle nach §307 I, II BGB erfolgen. Denn §308 BGB erfasst nur einzelne Regelungsbereiche. Wenn eine Klausel einem Regelungsbereich des §308 BGB unterfällt und der Kontrolle stand hält, dann erfolgt keine weitere Prüfung nach §307 I, II BGB. Denn die Wertungskriterien der §§308 und 307 I, II BGB sind dieselben.¹¹⁴

¹¹⁰ Vgl. zu den Schwierigkeiten SCHMIDT-SALZER S.259,268ff.; aber siehe auch kurz hierzu BASEDOW in MK §307 Rdnr.12.

¹¹¹ BASEDOW MK Bd.2a §307 Rdnr.12; ULMER AGBG §8 Rdnr.10, 14; LEMMER S.29.

¹¹² BASEDOW MK Bd.2a §308 Rdnr.2, §309 Rdnr.2; COESTER AGBG Einl zu §§8 ff. Rdnr.10-12; JAUERNIG §307 Rdnr.1.

¹¹³ BASEDOW MK Bd.2a §309 Rdnr.4.

¹¹⁴ BASEDOW MK Bd.2a §308 Rdnr.3; anders WOLF AGBG vor§§10,11 Rdnr.10.

b) Klauselverbote des Anhangs der Richtlinie

Ähnlich wie in §308 BGB enthält der Anhang der Richtlinie eine Liste von typischerweise missbräuchlichen Klauseln. Die Klauselverbote im Anhang der Richtlinie dienen nach Art.3 III RL und der Entwicklungsgeschichte der Richtlinie nur als Hinweis. Sie sind nicht verbindlich und können, soweit sie von den Klauselverboten nach §§308,309 BGB abweichen, unproblematisch über §307 BGB berücksichtigt werden. Das deutsche AGB-Recht blieb von den Klauselverboten im Anhang nicht unbeeinflusst. Auf Grund der Nr.1a Anhang RL wurde im §309 Nr.7 BGB nunmehr ausdrücklich die Unwirksamkeit eines Haftungsausschlusses für Körperschäden geregelt. Einen für das deutsche AGB-Recht neuen Gesichtspunkt zeigt der in Nr.1c, d, f Anhang RL aufgestellte Grundsatz der Gleichbehandlung beider Vertragsteile auf. Nach dem Anhang der Richtlinie können asymmetrische Rechtsfolgenregelungen, die den Verbraucher einseitig belasten zur Unwirksamkeit führen. Nr.1c, d, f Anhang RL betonen die formale Gleichheit der Vertragsparteien, wenn Verbraucherverträge durch einseitige Klauselwerke ausgestaltet werden.¹¹⁵ Nr.1 c betrifft den Fall, dass der Verbraucher eine feste Verpflichtung eingeht, der Gewerbetreibende dagegen die Möglichkeit hat, sich durch eine von ihm abhängige Bedingung vom Vertrag zu lösen. Nach Nr.1 c kann es missbräuchlich sein, wenn dem Gewerbetreibende ein einseitiges Einbehaltungsrecht für den Fall, dass der Vertrag nicht abgeschlossen oder erfüllt wird, zusteht, dem Verbraucher dagegen kein Entschädigungsanspruch für den selben Fall eingeräumt wird. Die ungleiche Ausgestaltung der Kündigungsmöglichkeiten betrifft Nr.1 f. Wenn der Gewerbetreibende sich das Recht einräumt, nach freiem Ermessen den Vertrag zu kündigen, so kann es missbräuchlich sein, wenn er nicht auch dem Verbraucher diese Möglichkeit einräumt oder dem Verbraucher diese Möglichkeit durch die Einbehaltung von entgelten erschwert.¹¹⁶

Für die Überprüfung von Pflegeverträgen können auch die Nr.1j, k Anhang RL über die Zulässigkeit von Änderungsklauseln von Bedeutung sein.

c) Klauselverbote der §§308, 309 BGB

In den gerichtlichen Entscheidungen über AGB in Pflegeverträgen stützten sich die Urteile in der Hauptsache auf die Generalklausel §307 I, II BGB. Daneben lagen der Entscheidung auch folgende Normen aus den Klauselverboten der §§308, 309 BGB zugrunde:

§309 Nr.5a BGB: Verbot, einen überhöhten pauschalen Schadensersatz in AGB zu vereinbaren (=§11 Nr.5 AGBG, vergleichbar mit Nr.1e Anhang RL),¹¹⁷

¹¹⁵ PFEIFFER in Grabitz/Hilf RL93/13 Anhang Rdnr.33,50; WOLF AGBG RiLi Anh. Rdnr.41.

¹¹⁶ Siehe zu Einzelheiten PFEIFFER in Grabitz/Hilf RL93/13 Anhang.

¹¹⁷ So LG Hildesheim VuR 1996 S.130,133: Eine pauschale Inrechnungstellung von Überziehungszinsen plus 2% Bearbeitungsgebühr bei verspäteter Entgeltzahlung ist nach §11 Nr.5a AGBG unwirksam..

§309 Nr.7a BGB: Verbot von Haftungsausschluss für Schäden durch grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz (§11 Nr.7 AGBG, vergleichbar mit Nr.1a,b Anhang RL),¹¹⁸

§309 Nr.12 BGB: Verbot, die Beweislast zum Nachteil des Vertragspartners durch AGB zu ändern (§11 Nr.15 AGBG, vergleichbar mit Nr.1q Anhang RL),¹¹⁹

§308 Nr.4 BGB: Verbot unzumutbarer Änderungsvorbehalte (§10 Nr.4 AGBG, vergleichbar mit Nr.1j,k Anhang RL).¹²⁰

d) Generalklausel §307 I, II BGB

aa) Interessenabwägung unter Berücksichtigung des gesamten Vertrages

Ob eine entgegen Treu und Glauben unangemessene Benachteiligung durch eine Klausel vorliegt, ist durch eine Interessenabwägung festzustellen. Dies setzt eine Analyse und Abwägung der Interessen der Vertragsparteien voraus. Es stellt sich die Frage, welches Interesse des Vertragspartners die Klausel zu beeinträchtigen geeignet ist und welches Gewicht dem Interesse zukommt. Wenn eine ins Gewicht fallende Interessenbeeinträchtigung zum Nachteil des Vertragspartners festgestellt ist, muss die Abwägung mit dem durch die Klausel gewährten Interesse des Verwenders stattfinden. Abgewogen wird das Interesse des Verwenders an der Aufrechterhaltung mit dem Interesse des Kunden am Wegfall und Ersatz der Klausel durch die gesetzliche Regelung. Bei dieser Überprüfung ist der gesamte Vertragsinhalt zu berücksichtigen. Der Vertrag und die einzelnen Klauseln sind objektiv auszulegen. Hierbei ist eine generalisierende, typisierende Betrachtungsweise geboten. Berücksichtigt werden die Verhältnisse, wie sie bei den Verwendern der streitigen Klausel und dem von ihnen angesprochenen Kundenkreis typischerweise gegeben sind. Dieser Grundsatz der objektiven Auslegung gilt auch bei Verbraucherverträgen. Ergänzend und korrigierend hierzu sind bei Verbraucherverträgen die den Vertragsschluss begleitenden Umstände zu berücksichtigen (so §310 III Nr.3, §4 II RL 93/13).¹²¹

¹¹⁸ So LG Dortmund in KLIE Rechtssprechungssammlung S.240: Eine Klausel zum Haftungsausschluss ist nach §11 Nr.7 AGBG unwirksam.; LG Hildesheim VuR 1996 S.130: Die Beschränkung der Haftung auf die Leistungen der Haftpflicht ist nach §11 Nr.7 AGBG unwirksam..

¹¹⁹ So BGH NJW 1991 S.1750,1753: Eine Klausel zur Bestätigung der Tatsache, dass die Hausordnung dem Vertrag beigefügt ist, ist nach §11 Nr.15b AGBG unwirksam.; LG Hildesheim VuR 1996 S.130,131: Die Erklärung in den AGB, der Heimplatz entspreche Bestimmungen der HeimmindestbauV, ist nach §11 Nr.15b AGBG unwirksam.; LG Neuruppin VuR 98 S.316,320: Eine Klausel, die bestätigt, eine Ausfertigung des Vertrages erhalten zu haben, ist nach §11 Nr.15b AGBG unwirksam..

¹²⁰ KG Berlin NJW 98 S.829: Klausel über Umzug in anderen Raum verstößt gegen §10 Nr.4 AGBG, da sie die Interessen der Heimbewohner nicht berücksichtigt.; Urteil LG Hamburg vom 15. 08. 1997 (324 O 354/97): Eine Umzugsklausel für den Fall eines zwingenden betrieblichen Anlasses ist nach §10 Nr.4 AGBG unwirksam. Denn die Klausel richtet sich einseitig an den betrieblichen Interessen des Heimes aus, ohne die Interessen Heimbewohner an einem festen räumlichen Lebensmittelpunkt ausreichend zu berücksichtigen. Die Beschränkung auf einen zwingenden Anlass bleibt zu unbestimmt..

¹²¹ BASEDOW MK Bd.2a §307 Rdnr.31-35; COSTER AGBG §9 Rdnr.74,78; ULMER AGBG §9 Rdnr.71; LOCHER S.115.

„Ein nach [§307I, II BGB] zu beanstandendes Ungleichgewicht ist gegeben, wenn die Bilanzierung der Abwägung der Interessen ergibt, dass durch die Vertragsgestaltung das Gleichgewicht der Rechte und Pflichten nicht unerheblich gestört ist.“¹²²

bb) Maßstab der Interessenabwägung

Die Interessen der beiden Vertragsparteien bezüglich der Klausel sind festzustellen. Bei dem Verwender sind dies allgemein ein Interesse an einer Vereinfachung der Vertragsgestaltung, an einer Rationalisierung seines Geschäftsablaufs, an einer Begrenzung seines Haftungsrisikos und an einer möglichst langen Kundenbindung.¹²³ Bei dem Vertragspartner besteht ein Interesse am Schutz seiner Dispositions- und Handlungsfreiheit, daran Preis- und Marktgelegenheiten nutzen zu können, sowie, dass er für das Entgelt ein Äquivalenz an Leistung erhält. Ebenso hat er ein Interesse an dem Schutz seines Vermögens und seiner persönlichen Güter, insbesondere auch seiner immateriellen Güter.¹²⁴

Es sind einschlägige Bewertungs- und Beurteilungskriterien für die Gewichtung und den Ausgleich der Interessen zu suchen. „Soweit die Konkretisierungshilfen der [§§307, 308, 309 BGB] nicht eingreifen, muss der Rechtsanwender die Kriterien und Maßstäbe eigenverantwortlich entwickeln, die zentrale Bedeutung des Tatbestandsmerkmals „Unangemessenheit“ liegt deshalb nicht auf sachlicher, sondern auf methodischer Ebene. Wie bei allen Generalklauseln ergeben sich die Konturen dieses Rechtsbegriffs erst aus den Prinzipien und Kriterien, die sich als Quintessenz langjähriger Kasuistik und wissenschaftlicher Systematisierung und Dogmatik herauschälen lassen.“ Als Quelle kommen hier rechtliche Regelungen zum betreffenden Vertragstyp und allgemeine Rechtsgrundsätze in Betracht.¹²⁵ Somit erfolgt die Inhaltskontrolle als eine Rechtskontrolle. Der Richter subsumiert unter die gesetzlich festgelegten Maßstäbe. Weil bei der Verwendung von AGB die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Vertragspartners nicht zur Geltung gebracht werden kann, tritt an die Stelle der Entscheidung der Vertragspartner die Entscheidung des Gesetzes. Dies wird deutlich an besonderen Klauselverboten der §§308, 309 BGB und an dem Maßstab des §307 II Nr.1 AGBG. Die Inhaltskontrolle reagiert auf das Unvermögen des Vertragspartners, seine wirtschaftliche Selbstbestimmung zur Geltung zu bringen, indem sie die vom Gesetzgeber in den dispositiven Vorschriften als gerecht empfundenen Vertragsregelungen an Stelle der Vereinbarungen setzt.¹²⁶ Speziell für Heimverträge kommen als rechtliche Maßstäbe das HeimG, die zentralen Anliegen des Betreuungsrechts (§§1896ff. BGB) und entsprechend dem gemischttypischen Charakter des Heimvertrags Elemente aus dem Miet-, Dienst- oder Kaufrecht in Betracht.¹²⁷

¹²² ULMER AGBG §9 Rdnr.71.

¹²³ ANN BGB §307 Rdnr.15,19,20.

¹²⁴ ANN BGB §307 Rdnr.19,22.

¹²⁵ COESTER AGBG §9 Rdnr.74.

¹²⁶ DREXL S.343.

¹²⁷ BASEDOW MK Bd.2a §307 Rdnr.106; COESTER §9 Rdnr.380.

Ein weiterer Maßstab für die Interessenabwägung ergibt sich aus dem Schutzzweck der AGB-Regelungen. Maßstab hiernach ist die Vertragsvereinbarung, welche die Parteien vernünftigerweise getroffen hätten, wenn sie über die durch die Klausel geregelten Punkte ohne Rücksicht auf Kosten und Zeit verhandelt hätten. In diesem Fall wären die einzelnen Risiken der Vertragsabwicklung von der Partei übernommen worden, die sie mit den geringsten Kosten abwenden bzw. sich hiergegen versichern kann. Ein weiterer Maßstab sind auch die Anschauungen der beteiligten Verkehrskreise, so auch die berechtigten Erwartung eines Verbrauchers.¹²⁸

„Im Rahmen der Interessenabwägung sind auch grundrechtliche Rechtspositionen zu berücksichtigen. ... [§307 BGB] ist ein Einfallstor für die mittelbare Wirkung der Grundrechte im Privatrecht.“¹²⁹

Umstritten ist, ob als Maßstab auch auf den Preis abzustellen ist (Preisargument).¹³⁰ Hierfür spricht, dass durch die zu prüfende Klausel ein günstiger Preis ermöglicht werden kann. Auch nach der RL könnte bei Verbraucherverträgen der Preis berücksichtigt werden. In der Präambel der RL 93/13 wird ausgeführt: „Für die Zwecke dieser Richtlinie dürfen Klauseln, die den Hauptgegenstand eines Vertrages oder das Preis-/Leistungsverhältnis beschreiben, nicht als missbräuchlich beurteilt werden. Jedoch können der Hauptgegenstand des Vertrages und das Preis-/Leistungsverhältnis bei der Beurteilung der Missbräuchlichkeit anderer Klauseln berücksichtigt werden.“ Der BGH lehnt das Preisargument bisher ab. „Preise sind nach solchen Bedingungen zu kalkulieren, die sich mit dem Gebot von Treu und Glauben vereinbaren lassen.“¹³¹ Der Grund hierfür ist, dass ein angemessener Preis nicht feststellbar ist und der Preisvorteil bzw. der Nachteil durch die Klausel nicht zu quantifizieren ist. Eine Ausnahme gilt nur, wenn der Vertragspartner zwischen verschiedenen Tarifen wählen kann und die Tarifpreise in einer konkreten Beziehung zu einer bestimmten Vertragsregelung stehen.¹³²

Die Benachteiligung des Vertragspartners durch eine Klausel kann durch einen Vorteil ausgeglichen werden. Solch eine Kompensation von nachteiligen Klauseln durch vorteilhafte Klauseln ist nur in engen Grenzen zulässig. Sie ist zulässig, wenn sie durch sachlich zusammengehörige Regelungen erfolgt, die zueinander in Wechselwirkung stehen, und der Vorteil in einem äquivalenten Verhältnis zu dem Nachteil steht. Kompensation durch den Preis ist grundsätzlich unzulässig.¹³³

cc) Konkretisierung durch §307 II BGB

§307 I BGB ist die Grundregel, die durch §307 II BGB konkretisiert wird. Es werden in §307 II Nr.1 und Nr.2 BGB zwei Gerechtigkeitsmodelle als Maßstab

¹²⁸ BASEDOW MK Bd.2a §307 Rdnr.37,38.

¹²⁹ WOLF AGBG §9 Rdnr.113.

¹³⁰ BASEDOW MK Bd.2a §307 §9 Rdnr.39.

¹³¹ So zuerst BGHZ 20 S.90,98; weitere Urteile BGHZ 77 S.126,131, 120 S.216,226.

¹³² BASEDOW MK Bd.2a §307 Rdnr.40; COESTER AGBG §9 Rdnr.94,97; ULMER AGBG §9 Rdnr.112.

¹³³ BASSENGE BGB §307 Rdnr.14; COESTER §9 Rdnr.91,92; ULMER AGBG §9 Rdnr.85; vergl. Auch BGHZ 82 S.238,240; BGH NJW 91S.1886,1888.

für die Generalklausel aufgestellt: nach Nr.1 das Gesetzesrecht, nach Nr.2 die Natur des Vertrages. Beide Tatbestände sind immer noch generalklauselartig weit gefasst, jedoch geben sie grundlegende rechtliche Kriterien und Maßstäbe für die Angemessenheitsprüfung. Nr.1 stellt auf das gesetzliche Leitbild des Vertrages ab. Abweichungen hiervon sind zu rechtfertigen, da der Gesetzgeber bei seiner Leitbildgestaltung eine Interessenabwägungen vorgenommen und Gerechtigkeitsgebote aufgestellt hat. Der Gerechtigkeitsgehalt der gesetzlichen Regelung gilt als Richtschnur. Somit gibt Nr.1 vorrangig den Maßstab der Inhaltskontrolle für Verträge, die durch dispositives Recht geregelt sind. Nr.2 wird zumeist bei Verträgen angewandt, bei denen Rechte und Pflichten der Parteien nicht normiert sind. Nr.2 betrifft insbesondere die Fallgruppe des Ausschlusses von Kardinalspflichten (z.B. Haftungsausschluss für den Fall der Nichterfüllung). Die Tatbestände in Nr.1 und Nr.2 überschneiden und ergänzen sich in ihren Anwendungsbereichen.¹³⁴

¹³⁴ BASEDOW MK Bd.2a §307 Rdnr.54-56,61; COESTER AGBG §9 Rdnr.160ff.; DREXL S.490f.; ULMER AGBG §9 Rdnr.129,130.

D. Überprüfung ausgewählter Klauseln

I. Prüfungsschema

Die Überprüfung von einzelnen Klauseln aus den im Kapitel A ausgewählten problematischen Regelungsbereichen soll nun nach dem folgenden Prüfungsschema stattfinden:

1.- Zuerst werden der Regelungsbereich in seiner Bandbreite sowie die einzelnen Regelungen in den verschiedenen Klauseln dargestellt. Typische Klauseln aus Vertragswerken werden wörtlich zitiert.

2.- Anschließend wird der gesetzliche Rahmen, innerhalb dessen die Klauseln ihre Regelungen treffen können oder müssen, dargestellt. Dies können zwingende oder zumindest direkt anwendbare Normen aus dem Heimgesetz sein. Soweit im Heimgesetz Regelungen fehlen, können es Normen aus dem BGB sein, die direkt anwendbar sind oder Leitbilder vorgeben.

3.- Nunmehr wird auf Probleme hinsichtlich der Auslegung sowie auf Probleme hinsichtlich der Transparenz bestimmter Klauseln bzw. der jeweiligen Regelungen in den Klauseln eingegangen.

4.- Im Anschluss wird der Regelungszweck der jeweiligen Klausel bzw. der einzelnen Regelungen in den Klauseln dargestellt. Der Nutzen der Regelungen aus Sicht ihres Verwenders und die durch die Regelungen berührten Interessen des Vertragspartners werden herausgearbeitet.

5.- Hierauf gestützt wird nun durch eine Abwägung der Interessen untersucht, inwieweit die einzelnen Klauseln nach den Vorschriften über AGB wirksam oder unwirksam sind. In diesem Zusammenhang wird die bekannte Rechtsprechung zu den jeweiligen Klauseln dargestellt und bewertet. Hierbei werden bei Entscheidungen aus der Zeit vor der Schuldrechtsreform zum Januar 2002 die angewandten Normen des früheren AGBG zitiert.

In den jeweiligen für die Untersuchung ausgewählten Regelungsbereichen werden die fünf Prüfungspunkte unterschiedliche Gewichtungen erfahren. Dies liegt zum einen daran, dass für einige Regelungsbereiche der gesetzliche Rahmen relativ fest vergeben ist oder einfach zu bestimmen ist. Die Darstellung des gesetzlichen Rahmens erfolgt daher hier relativ kurz. Bei anderen Regelungsbereichen in den Heimverträgen sind die Interessenlage der Heime ähnlich und die Vertragswerke vergleichsweise einheitlich ausgestaltet. Hier kann genauer auf die Interessenlage eingegangen und die Abwägung zwischen den unterschiedlichen Interessen der Vertragspartner allgemein dargestellt werden. Anders ist dies bei Regelungsbereichen, in denen die Heime sehr verschieden betroffen sind. Hier kann keine allgemeine Abwägung der Interessen erfolgen, sondern nur der gesetzliche Rahmen dargestellt werden, der bei der Abwägung des jeweiligen Vertragswerkes relevant ist. Bei solchen Regelungsbereichen könnte eine Interessenabwägung nur unter Feststellung der konkreten Verhältnisse des jeweiligen Heimes erfolgen.

In den jeweiligen für die Untersuchung ausgewählten Regelungsbereichen haben diese Prüfungspunkte unterschiedliche Gewichtungen erfahren. Dies liegt zum einen daran, dass für einige Regelungsbereiche der gesetzliche Rahmen relativ fest vorgegeben oder einfach zu bestimmen ist. Die Darstellung des gesetzlichen Rahmens erfolgt hier daher relativ kurz. Zum anderen sind bei einigen Regelungsbereichen in den Heimverträgen die Interessenlage der Heime ähnlich und die Vertragswerke relativ einheitlich ausgestaltet. Hier kann die Interessenlage der Vertragspartner allgemeingültig untersucht und die Abwägung zwischen den unterschiedlichen Interessen allgemein dargestellt werden. Anders ist dies bei Regelungsbereichen, in denen die einzelnen Pflegeeinrichtungen auf Grund ihrer Struktur und Ausrichtung sehr verschiedene Interessen haben und jeweils unterschiedliche Regelungen treffen. Hier kann keine allgemeine Abwägung der Interessen erfolgen, sondern in der Hauptsache nur der gesetzliche Rahmen dargestellt werden, der für die Abwägung des jeweiligen Vertragswerkes relevant wird.

II. Regelungen für vorübergehende Abwesenheit, insbesondere Entgeltanpassung (§5 VIII HeimG)

1. Typische Klauseln

Die Untersuchung beginnt mit Klauseln zur Entgeltanpassung für den Fall der vorübergehenden Abwesenheit des Heimbewohners, da hierzu eine Vielzahl gerichtlicher Entscheidungen vorliegt. Diese Entgeltanpassungsklauseln regeln zum einen, ob sich das Entgelt im Fall der Abwesenheit verringert. Sie sehen oft vor, dass sich das Entgelt erst bei einer Abwesenheitsdauer von mindestens zwei oder drei Tagen vermindert. Häufig wird die Verringerung des Entgelts auf bis zu 30 Abwesenheitstage pro Jahr beschränkt. Zum zweiten setzen die Klauseln zumeist die Höhe des verringerten Entgeltsatzes pauschal durch Prozentangaben oder durch den Betrag der Ermäßigung bzw. der Höhe der Erstattung im voraus fest.

Beispiele sind:

„Bei vorübergehender Abwesenheit des Heimbewohners zwecks ärztlich verordneter stationärer Behandlung (z.B. Krankenhaus) von jeweils mehr als einem Tag wird der einschlägig festlegte Wert der Sachbezüge ab dem 1.Tag erstattet. Bei vorübergehender Abwesenheit des Heimbewohners aus anderen Gründen von jeweils mehr als einem Tag wird das Verpflegungsgeld erstattet. Die Heimleitung ist rechtzeitig zu informieren. Die Rückvergütung erfolgt in der auf den letzten Abwesenheitstag folgenden monatlichen Heimentgeltabrechnung.“

„Im Falle der vorübergehenden Abwesenheit des Bewohners von mehr als drei Tagen wird ein Betrag von z.Z. 7 DM pro Tag an den Bewohner zurückerstattet, höchstens jedoch für 30 Kalendertage (Abwesenheitsvergütung). Für die Dauer eines Krankenhausaufenthalts oder einer ärztlich verordneten Kur wird die Abwesenheitsvergütung ohne Anrechnung und Begrenzung auf den vorbenannten Zeitraum gewährt.“

„Bei Abwesenheit von mehr als 3 Tagen bis längstens 30 Kalendertage im Jahr werden dem Bewohner für nicht eingenommene Mahlzeiten vom 1. Tag an DM vergütet. Abreise- und Ankunftstag gelten als je ein Abwesenheitstag. Bei stationärer Krankenhausbehandlung (z.B. Krankenhaus) gilt der Abreisetag aus der Einrichtung als kein Leistungstag und der Ankunftstag in der Einrichtung als ein Leistungstag.“

„Bei vorübergehender Abwesenheit des Bewohners bis zu drei Tagen wird das Heimentgelt, bestehend aus pflegebedingtem Aufwand, Unterkunft und Verpflegung sowie Investitionskostenanteil, in voller Höhe weitergezahlt. Bei Abwesenheit des Bewohners von mehr als drei Tagen wird das Heimentgelt, vermindert um den Naturalkostensatz, für längstens 30 Kalendertage im Jahr weitergezahlt. Der Naturalkostensatz beträgt z.Z. ... Euro. Abreise- und Ankunftstag gelten als Abwesenheitstag. Bei stationärer Krankenhausbehandlung (z.B. Krankenhaus) gilt der Abreisetag aus der Einrichtung als kein Leistungstag und der Ankunftstag in der Einrichtung als Leistungstag. Kann der Bewohner eine höhere Ersparnis der Einrichtung infolge seiner Abwesenheit nachweisen, ermäßigt sich das Entgelt entsprechend.“

2. Gesetzlicher Rahmen

Die Entgeltanpassungsklauseln für den Fall der Abwesenheit des Heimbewohners setzen die Regelung des §5 VIII HeimG um. Nach dieser Vorschrift ist im Heimvertrag für Zeiten der Abwesenheit des Bewohners eine Regelung vorzusehen, ob und in welchem Umfang eine *Erstattung ersparter Aufwendungen* erfolgt. Nähere Vorgaben zur inhaltlichen Ausgestaltung der vorzusehenden Regelung trifft das Heimgesetz nicht. Die Norm des §5 VIII HeimG weist durch ihren Wortlaut, *Erstattung ersparter Aufwendungen*, auf zwei Normen des Miet- und Dienstvertragsrechts hin. Diese Normen können zur inhaltlichen Ausgestaltung der Regelungen nach §5 VIII HeimG herangezogen werden, da Heimverträge typengemischte Verträge sind, die Elemente des Miet- und Dienstvertrages enthalten. §537 I S.1 BGB bestimmt für Mietverträge, dass der Mieter von der Entrichtung des Mietzinses nicht dadurch befreit wird, dass er durch einen in seiner Person liegenden Grund an der Ausübung des ihm zustehenden Gebrauchsrechts gehindert wird. Zugleich muss der Vermieter sich jedoch den Wert seiner *ersparten Aufwendungen* sowie derjenigen Vorteile anrechnen lassen, welche er aus einer anderweitigen Verwertung des Gebrauchs erlangt, so §537 I S.2 BGB. §615 BGB bestimmt ähnliches für Dienstverträge. Wenn der Dienstberechtigte mit der Annahme der Dienste in Verzug kommt, so kann der Dienstverpflichtete für die infolge des Verzugs nicht geleisteten Dienste die vereinbarte Vergütung verlangen, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein. Jedoch muss sich der Dienstverpflichtete auch hier den Wert desjenigen anrechnen lassen, was er infolge des Unterbleibens der Dienstleistung *erspart* oder durch anderweitige Verwendung seiner Dienste erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt (§615 S.2 BGB). Der Rechtsgedanke bzw. Zweck der Vorschrift des §537 I BGB ist, dass der Mieter, der keine Abnahme- oder Gebrauchspflichten hinsichtlich der Mietsache hat, das Verwendungsrisiko

hinsichtlich der Mietsache trägt.¹ Andererseits soll der Vermieter durch diese Risikoverteilung keine Vorteile erlangen können. Er soll im Fall des Nichtgebrauchs der Mietsache nur das erlangen, was er auch erlangt hätte, wenn der Mieter die Sache gebraucht hätte.² Die Vorschrift des §615 BGB überträgt dieses für die Miete geltende Prinzip der Risikozuweisung auch auf das Dienstvertragsrecht. Auch hier trägt der Dienstberechtigte das Verwendungsrisiko hinsichtlich der angebotenen Dienste. Auch hier soll der Dienstverpflichtete dadurch keine Vorteile erlangen. Jedoch ist die Vorschrift anders formuliert, um den Besonderheiten der Leistungserbringung im Dienstrecht Rechnung zu tragen.³

Diese Grundprinzipien des Miet- und Dienstvertragsrechts sind entsprechend auch auf Heimverträge anzuwenden. Auch hier hat der Heimbewohner das Entgelt in Zeiten, in denen er die Leistungen nicht in Anspruch nimmt, weiter zu zahlen. Jedoch soll der Heimbetreiber dadurch keine Vorteile erlangen. Als mögliche Vorteile kommen i.d.R. nur ersparte Aufwendungen in Betracht. Denn eine anderweitige Verwertung des „gemieteten“ Heimplatzes, bzw. eine andere Verwendung der zu erbringenden Betreuungsdienste ist zumeist nicht möglich. Der Heimbetreiber muss den Heimplatz während der vorübergehenden Abwesenheit freihalten und er kann sein Personal kaum anderweitig einsetzen. Anders ist dies bei Verträgen über Kurzzeitpflege im Heim. Hier besteht die Möglichkeit, den Pflegeplatz kurzzeitig anderweitig zu nutzen.

3. Auslegung und Transparenz

Bei den Entgeltanpassungsklauseln ergeben sich in drei Bereichen Probleme mit der Auslegung oder mit der Transparenz. Probleme mit der Auslegung treten bei Klauseln auf, in denen nicht eindeutig oder unvollständig geregelt ist, wie lange ein ermäßigtes Entgelt zu zahlen ist. So bei der folgenden Klausel:

„Bei einer Abwesenheit von mehr als drei Tagen ist vom ersten Tag der vollen Abwesenheit an nur eine Platzgebühr zu zahlen. Diese beträgt 75% des jeweiligen Gesamtpflegesatzes. Die Platzgebühr kann grundsätzlich für höchstens 28 Tage im Kalenderjahr berechnet werden.“

¹ ALBRECHT Staudinger BGB §552 Rdnr.1; HABERSACK MK §552 Rdnr.2.

² ALBRECHT Staudinger BGB §552 Rdnr.18.

³ ALBRECHT Staudinger BGB §615 Rdnr.3,4 u.41; Anders als im Mietrecht verpflichtet der Dienstvertrag den Dienstverpflichteten nicht nur, seine Dienste zur Verfügung zu stellen, sondern auch diese real zu erbringen. Er erhält grundsätzlich nur für geleistete Dienste die Vergütung. Solange die Nachholung der Dienstleistung möglich ist, bliebe der Dienstverpflichtete weiter zur Leistung verpflichtet, um seine Vergütung zu erlangen. Dies hätte für den Dienstverpflichteten den Nachteil, daß die Nachholung auf Kosten seinen künftigen Arbeitszeit ginge. Er wäre an einem möglichen weiteren Erwerb durch die Erbringung von Diensten gehindert. Die Nachholung bedeutet faktisch für ihn, daß er eine andere Dienstleistung erbringt. Dies wird dem Dienstverpflichteten vom Gesetz nicht zugemutet, auch nicht der Verzicht auf seinen Verdienst aus der ohne sein Zutun unterbliebenen Dienstleistung. Daher erfolgte über die Regelung des Annahmeverzugs seine Befreiung von der Nachholung und die Aufrechterhaltung seines Vergütungsanspruchs (vgl. auch LARENZ SR II/1 §52 II.).

Die Regelung durch die Klausel ist insoweit nicht eindeutig, als hinsichtlich der Höhe des Entgelts nach Ablauf der 28 Tage verschiedene Auslegungsmöglichkeiten bestehen. So kommen die Berechnung eines vollen Entgelts oder eines anderweitig verringerten Entgelts in Betracht. Daher fehlt eine eindeutige Regelung des Entgelts bei längeren Abwesenheiten. Die Rechtsfolge bei unklaren Klauseln ist nicht vorrangig deren Unwirksamkeit, sondern nach §305c II BGB die Auslegung der Klausel zu Lasten des Verwenders. So wäre die Klausel dahingehend auszulegen, dass bei Abwesenheit über 28 Tage hinaus ein über das Platzgeld von 75% des Gesamtpflegesatzes hinaus verringertes Entgelt zu zahlen ist. Diese Entgelt könnte sich an den Kosten für die Vorhaltung des Zimmers orientieren. Das OLG Hamm⁴ hielt dagegen die Klauseln im Kernbereich für unklar und nach §9 AGBG (jetzt §307 I II BGB) für unwirksam. Ein Anspruch auf das Entgelt bei Abwesenheit nach dem 28.Tag ergab sich nach Ansicht des Gerichts dann über §6 II AGBG (jetzt §306 II BGB) nach §§615, 552 BGB.

Ebenfalls widersprüchlich hinsichtlich des zu zahlenden Entgelts bei einer längeren Abwesenheit ist die folgende Klausel:

„Der Heimbewohner wird eine vorübergehende Abwesenheit von länger als einem Tag rechtzeitig der Leitung des Hauses mitteilen, um dem Heim eine verantwortliche Betreuung zu ermöglichen. Bei vorübergehender Abwesenheit des Heimbewohners bis zu drei Tagen wird das Heimentgelt, bestehend aus pflegebedingtem Aufwand, Unterkunft und Verpflegung sowie Investitionskostenanteil, in voller Höhe weitergezahlt. Bei Abwesenheit des Heimbewohners von mehr als drei Tagen wird das Heimentgelt, vermindert um den Naturalkostensatz, für längstens 30 Kalendertage im Jahr weitergezahlt. Sind die vorgenannten Kalendertage in Anspruch genommen worden, erlischt der Entgeltanspruch für weitere Abwesenheit im Jahr. Der Eigenanteil des Heimbewohners, gemindert um den Naturalkostensatz, ist darüber hinaus unbegrenzt weiterzuzahlen, es sei denn, der Heimbewohner gestattet Untervermietung für Kurzzeitpflege während seiner Abwesenheit. Abreise- und Ankunftstag gelten als je ein Abwesenheitstag.“

Bei Abwesenheit über 30 Kalendertage hinaus soll der Entgeltanspruch erlöschen, andererseits soll der Heimbewohner einen geminderten Eigenanteil weiter zahlen. Hier würde eine Auslegung zu Lasten des Klauselverwenders ergeben, dass nach 30 Tagen Abwesenheit der Entgeltanspruch vollständig erlischt.

Probleme mit der Transparenz treten zum einen bei Klauseln auf, die dem Heimbewohner nicht hinreichend deutlich erklären, wie die Tage der Abwesenheit gezählt werden. Insbesondere Klauseln, welche die Anwesenheit zu einem Zeitpunkt als Anwesenheit für den gesamten Tag werten, oder Klauseln, bei denen Abreise- oder Anreisetage hinzu oder abgezählt werden, führen dazu, dass die Zeitspanne für die Mindestabwesenheit, nach der erst ein verringertes Entgelt gilt, verlängert wird. Solche Klauseln führen also dazu, dass ein

⁴ OLG Hamm NJW RR 94 S.888.

verringertes Entgelt faktisch erst ab dem vierten bzw. sogar fünften Abwesenheitstag zu zahlen ist, obwohl nach dem Wortlaut der Klausel der Heimbewohner annimmt, dass er schon ab dem dritten Abwesenheitstag nur ein ermäßigtes Entgelt zu zahlen braucht:

„Das Betreuungsentgelt wird nach Kalendertagen berechnet (es gilt die Anwesenheit um 24.00 Uhr). Bei vorübergehender Abwesenheit bis einschließlich 3 Tagen ist das volle Betreuungsentgelt weiter zu zahlen.“

Hier führt die Klauselformulierung, dass die Anwesenheit um 24 Uhr gilt, nicht zu verschiedenen Auslegungsmöglichkeiten, sondern sie verdeckt, dass eine Abwesenheit auch nach Ablauf von drei mal 24 Stunden noch als Abwesenheit bis einschließlich drei Tagen gilt und noch nicht zu einem ermäßigten Entgelt führt. Daher verdeckt die Regelung das Ausmaß der vollen Entgeltzahlung bei Abwesenheit und benachteiligt den Heimbewohner. Hier wird die Intransparenz eher zur Unwirksamkeit der Klausel führen.⁵

Zum anderen ergeben sich Probleme mit der Transparenz durch Klauseln, die auf nicht abgedruckte Vorschriften verweisen (vgl. hierzu auch oben C.III.2.b)bb)). Auf jeden Fall nach §307 I BGB unwirksam wegen fehlender Transparenz ist der folgende Verweis:

„Bei Abwesenheit wird ein Entgelt berechnet nach Maßgabe der Vereinbarung mit den öffentlichen Leistungsträgern.“

Aus dieser Klausel kann der Vertragspartner nicht die getroffene Regelungen und seine Rechte entnehmen. Möglicherweise noch wirksam, obwohl auch auf nicht abgedruckte Regelungen verwiesen wird, ist die folgende Klausel:

„Soweit vertragliche Leistungen vorübergehend, z.B. aufgrund eines Krankenhausaufenthaltes, einer Reha-Maßnahme oder wegen Urlaubes nicht in Anspruch genommen werden können, wird der Heimplatz freigehalten. Ist erkennbar, dass der Bewohner nicht mehr in das Heim zurückkehrt, wird die Einrichtung den Bewohner auf die Möglichkeit der Kündigung des Heimvertrages hinweisen. Die aktuelle landesrechtliche Regelung zur Vergütung bei Abwesenheit der Bewohner ist Grundlage und Bestandteil des Heimvertrages. Für Tage der Abwesenheit werden dem Bewohner für nicht eingenommene Mahlzeiten vergütet.“

Hier kann der Heimbewohner den für ihn wesentlichen Inhalt der landesrechtlichen Regelung zur Vergütung bei Abwesenheit noch dadurch wahrnehmen, dass er die konkrete Höhe der Vergütung in der Klausel erfährt. Die mangelhafte Transparenz durch den Verweis führt daher hier nicht zwangsläufig zu einer unangemessenen Benachteiligung. Entscheidend dafür, ob eine Benachteiligung vorliegt oder nicht, ist der Inhalt der landesrechtlichen Regelung zur Vergütung bei Abwesenheit. Ist hier einzig die Regelung einer Vergütung für nicht eingenommene Mahlzeiten vorgesehen, dann liegt hier keine Benachteiligung vor. Werden hier weitere Regelungen zugunsten oder zulasten des Heimbewohners getroffen, so dürfte eine Benachteiligung vorliegen, da der

⁵ Vgl. OLG Celle v. 23.11.2000 (13 U 73/00).

Heimbewohner auf Grund der Klauselgestaltung seine Rechte nicht erkennen kann bzw. die Belastungen nicht ersichtlich sind.

4. Regelungszweck und betroffene Interessen

a) Beschränkung Entgeltermäßigung auf länger dauernde Abwesenheit

Die Gründe der Heimbetreiber für ihre Beschränkung der Entgeltermäßigung auf Abwesenheiten, welche mindestens zwei bis drei Tage dauern, sind zum einen die Vereinfachung ihrer Organisations- und Verwaltungsabläufe. Nicht jede kurzzeitige Abwesenheit führt zur Berechnung eines verringerten Entgelts und dessen Gutschrift bzw. Rückzahlung und dem damit verbundenen Verwaltungsaufwand. Zum anderen wollen die Heimbetreiber erreichen, dass Entgeltermäßigungen einfach und sicher zu kalkulieren sind. Die Abwesenheit von Heimbewohnern führt nicht sofort zu merklichen Ersparnissen und die Ersparnisse sind erst bei längeren Abwesenheiten einfach zu bestimmen. Mögliche Ersparnisse ergeben sich bei den Kosten für Verbrauch von Wasser, Heizung, Strom. Jedoch sind die Ersparnisse hier eher sehr gering und können dem einzelnen Heimbewohner nicht eindeutig zugerechnet werden. Deutliche, kalkulierbare und zurechenbare Ersparnisse ergeben sich in der Regel nur bei der Verpflegung. Hier können Einsparungen durch die Änderung der Verpflegungsplanung realisiert werden. Hier können aber in den ersten Abwesenheitstagen Planungsschwierigkeiten auftreten.

Auf der anderen Seite steht das wirtschaftliche Interesse der Heimbewohner, nur dann das volle Entgelt zu zahlen, wenn auch die Leistungen voll in Anspruch genommen wurden. Ein weiteres Interesse hat er daran, nicht bei der Ausübung ihrer selbstständigen Aktivitäten dadurch beschränkt zu werden, dass ihnen zusätzliche Kosten für den Fall ihrer Abwesenheit entstehen. Bei Besuchen, familiären Kontakten und anderen kurzen Unternehmungen außerhalb des Heims müssen sich die Heimbewohner selbst verpflegen. Die Kosten hierfür werden bei kurzen Abwesenheiten nicht durch ein verringertes Entgelt kompensiert. Dieses Interesse ist besonders betroffen, wenn Heimbewohner zumeist nur über das Wochenende abwesend sind und durch die vorgesehene Mindestdauer der Abwesenheit eine Abwesenheit nur übers Wochenende nicht zu einem verringerten Entgelt führt.

b) Regelungszweck für pauschale Ermäßigung

Der Grund für die pauschale Ermäßigung bzw. die bezifferte Festsetzung der Höhe der ersparten Aufwendung im voraus ist auch hier die Vereinfachung der Geschäftsabläufe. Der Heimbetreiber kann standardisiert die Ermäßigungen abrechnen.

Auf der anderen Seite stehen die wirtschaftlichen Interessen der Heimbewohner, dass ihnen alle ersparten Aufwendungen, d.h. auch Ersparnisse, die über die im voraus kalkulierten Ermäßigungen hinausgehen, erstattet werden. Jedoch dient eine pauschale Festsetzung der Ermäßigung, sofern deren Höhe sachgerecht ist, auch den Interessen der Heimbewohner. Diese können die zu erwartende Erstattung im voraus erkennen und sie brauchen die Höhe der eingetretenen Ersparnis nicht mehr nachzuweisen.

5. Interessenabwägung

a) Beschränkung Entgeltermäßigung auf länger dauernde Abwesenheit

Die gerichtlichen Entscheidungen zur Wirksamkeit von Klauseln, die eine Entgeltpassung erst bei Abwesenheit von mindestens drei Tagen vorsehen, beruhen auf einer Interessenabwägung nach §307 II Nr.1 BGB und gehen hierbei vom Leitbild der §§552 S.2, 615 S.2 BGB aus. Die Ergebnisse sind uneinheitlich. Bei der Abwägung wird oft darauf abgestellt, wie häufig die Heimbewohner abwesend und durch die Klauseln betroffen sind. Danach wird die Entscheidung für oder gegen die Unwirksamkeit der Klausel getroffen. Dies zeigen die widersprechenden Argumentationen in einem Verfahren vor dem LG Hildesheim, dem OLG Celle und dem BGH im Vergleich zu einem Verfahren vor dem LG Düsseldorf und dem OLG Düsseldorf. Im ersten Verfahren wird u.a. mit der häufigen Abwesenheit der Heimbewohner argumentiert und folgende Klausel aus einem Behindertenheimvertrag als unwirksam beurteilt:

„Das Betreuungsentgelt wird nach Kalendertagen berechnet. Bei vorübergehender Abwesenheit bis einschließlich 3 Tagen ist das volle Betreuungsentgelt weiter zu zahlen.“

Der BGH in seinem Revisionsurteil⁶ hielt die Klausel nach §9 I, II Nr.1 AGBG (jetzt §307 I, II Nr.1 BGB) für unwirksam. Sie weicht unangemessen vom Leitbild der §§552 S.2 (jetzt §537 I), 615 S.2 BGB ab, wenn wie im zu beurteilenden Fall selbstzahlende Heimbewohner in nennenswertem Umfang von der Möglichkeit einer Beurlaubung am Wochenende Gebrauch machen.⁷ Die Benachteiligung ist nicht durch das Rationalisierungsinteresse des Heims, die Vertragsabwicklung zu vereinfachen und zu vereinheitlichen, zu rechtfertigen, denn es besteht die Möglichkeit für das Heim, Pauschalierungen zu treffen und Bewohner auf eine rechtzeitige Information über die geplante Abwesenheit zu verpflichten.⁸ Ähnlich argumentierte das OLG Celle in dem vorausgegangenen Berufungsurteil⁹. Die Klausel ist nach Abwägung der Interessen unwirksam, da das Interesse der Heimbewohner an der Berücksichtigung ersparter Aufwendungen insbesondere bei regelmäßigen Familienbesuchen erheblich ist. Die geringe Höhe der Ersparnis ist unerheblich. Dem Interesse des Heims an einem niedrigen Verwaltungsaufwand kann durch Pauschalen Rechnung getragen werden. Auch das erstinstanzliche Gericht, das LG Hildesheim,¹⁰ welches die Klausel nach §9 I, II AGBG (jetzt §307 I II BGB) iVm. §4 III HeimG a.F. (jetzt §5 VII S.1 HeimG) und gemessen am Leitbild der §§552 S.2 (jetzt §537 I S.2), 615 S.2 BGB für unwirksam hielt, stellt in seiner Begründung auch auf die häufige Abwesenheit der Heimbewohner ab. Die Klausel ist unangemessen zumindest bei rechtzeitig vorher angekündigter Abwesenheit, da hier der Heimbetreiber in der Lage ist, beim Einkauf der Verpflegung sich auf Abwesenheit einzustellen und Kosten zu sparen. Sie ist erst recht unangemessen,

⁶ BGHZ 148 S.233.

⁷ BGHZ 148 S.233,238.

⁸ BGHZ 148 S.233,239.

⁹ OLG Celle v. 23.11.2000 (13 U 73/00).

¹⁰ LG Hildesheim v. 10.02.2000 (4 O 457/99).

wenn der Heimbewohner wiederholt die Einrichtung verlässt und dies rechtzeitig ankündigt.

Anderes dagegen sah die Wertung im zweiten Verfahren aus. Zu beurteilen war die folgende Klausel aus einem Altenpflegeheimvertrag:

„Bei Abwesenheit bis zu drei Tagen wird der volle Pflegesatz erhoben.“

Hier wurde in der Hauptsache auf die geringen Vorteile für wenige Heimbewohner gegenüber dem hohen Verwaltungsaufwand des Heimträgers abgestellt und die Klausel für wirksam gehalten. Das Berufungsurteil des OLG Düsseldorf¹¹ hielt die Klausel für zulässig. Die Abwägung ergab nur geringe Vorteile durch eine Entgelterstattung für sehr wenige Heimbewohner. Insbesondere gibt eine Entgelterstattung keinen Anreiz, Kontakte oder Besuche der Familie zu intensivieren, da die überwiegend pflegebedürftigen Bewohner des Altenpflegeheims hierzu kaum in der Lage sind und regelmäßige Besuche anders als in psychiatrischen Einrichtungen gerade nicht erfolgen. Dagegen ist der hohe Verwaltungsaufwand des Heimträgers zu berücksichtigen. Zur Entgelterstattung sind mehrere Buchungen bei verschiedenen Verwaltungsstellen nötig. Auch das Ausgangsgericht¹² hielt die Klausel für zulässig, indem es den hohen Verwaltungsaufwand des Heimträgers mit den geringen Vorteilen für nur sehr wenige Heimbewohner abwog. Eine Abwesenheit über Nacht kommt bei den meisten Heimbewohnern grundsätzlich nicht in Betracht.

Für die Abwägung ist es jedoch irrelevant, wie viele Heimbewohner wie oft im jeweiligen Heim abwesend sind. Zwar steigt das Interesse der Heimbewohner an einem verringerten Entgelt, je öfter sie kurzzeitig abwesend sind. Zugleich steigt aber auch das gegenläufige Interesse des Heimbetreibers an der Reduzierung des hiermit verbundenen Aufwands. Sind dagegen die Heimbewohner selten abwesend, so ist der mit der Erstattung verbundene Verwaltungsaufwand für den Heimbetreiber ohnehin gering und zu vernachlässigen. Daher kann sich die Abwägung nicht allein an der Häufigkeit der Abwesenheit orientieren. Abzustellen ist vielmehr darauf, ob zum einen die Heimbetreiber ihre durch die Klauseln geförderten Interessen, Verwaltungsvereinfachung und Verringerung des Entgelts nur in den Fällen in denen deutliche und im voraus planbare Einsparungen vorliegen, gegenüber den Interessen der Heimbewohner geltend machen können. Zum anderen ist zu prüfen, ob die Wahrung der Interessen der Heimbetreiber derartige, die Heimbewohnerinteressen zurückstellende, Klauselgestaltungen erfordert.

Das erste Interesse, Verwaltungsvereinfachung, ist zu Gunsten des Heimbetreibers nicht zwingend zu berücksichtigen. Die gesetzliche Regelung, das Leitbild der §§537 I S.2, 615 S.2 BGB, sieht ja Erstattung der eingesparten Aufwendungen vor und legt damit dem Vermieter bzw. dem Dienstverpflichteten wie jedem Schuldner die Pflicht auf, Sorge zu tragen, wie er dieser Verpflichtung nachkommt. Der Heimbetreiber ist hinsichtlich der Erstattung Schuldner und kann sich nicht darauf berufen, dass ihm die Pflicht, geringe Beträge zu zahlen,

¹¹ OLG Düsseldorf NJW RR 2000 S.1508.

¹² LG Düsseldorf v.14.05.1997 (12 O 278/96).

lästig ist. So hat nach §270 I BGB der Schuldner im Zweifel Geld auf seine Kosten an den Gläubiger zu übermitteln. Der Wertung des §270 I BGB widerspricht es, wenn der Heimbetreiber versucht, diese Kosten zu Lasten der Interessen des Heimbewohners zu vermeiden. Der Heimbetreiber muss entgegen der Ansicht im oben genannten Urteil des OLG Düsseldorf seine Verwaltung so organisieren, dass ihm Erstattungen einfach und kostengünstig möglich sind. Das Argument „hoher Verwaltungsaufwand für nur geringe Rückerstattungen“ ist im Computerzeitalter nicht so zwingend. Durch computerisierte Datenverarbeitung können Buchungen und Überweisungen rationell bearbeitet werden. Hierzu muss der Heimbetreiber ohnehin in der Lage sein, da er ja mindestens ab dem vierten Tag der Abwesenheit Erstattungen vornimmt.

Das andere Interesse, keine Entgeltermäßigung, wenn Abwesenheit nicht sofort zu sicher kalkulierbaren Ersparnissen führt, ist nur für den Fall der plötzlichen Abwesenheit relevant. Wenn dagegen die Abwesenheit dem Heimbetreiber rechtzeitig vorher bekannt ist, so kann er die Verpflegung, insbesondere auch den Einkauf so organisieren und verringern, dass er Ersparnisse erzielt. Dies ist trotz der Möglichkeit, dass Heimbewohner ihren angekündigten Entschluss auf Abwesenheit später ändern oder aufgeben werden, zwar nicht personengenau, jedoch an Hand von Richtwerten planbar. Zum einen kann berücksichtigt werden, wie viel Ankündigungen durchschnittlich eingehalten werden. Zum anderen kann eine Anwesenheit entgegen der Ankündigung durch eine unangekündigte Abwesenheit anderer Heimbewohner ausgeglichen werden. Zumindest am Tag der Zubereitung der Verpflegung sind Einsparungen möglich, die dann bei entsprechender Organisation der Küche später zu verringerten Nacheinkäufen führen. So ist es bei Speiseliieferanten (Catering) brachenüblich, dass Bestellungen noch am Morgen des Auslieferungstages geändert bzw. storniert werden können. Abzulehnen ist deshalb die entgegenstehende Ansicht, welche das OLG Nürnberg in einem Berufungsurteil¹³ zu folgender Klausel aus einem Altenheimvertrag vertrat:

„Im Falle vorübergehender Abwesenheit des Bewohners von jeweils mehr als 2 Tagen wird ein Betrag von .. pro Tag an den Bewohner zurückerstattet, höchstens jedoch für 30 Kalendertage im Jahr.“

Das Gericht war der Ansicht, die Klausel ist gemessen am Leitbild der §§552 S.2 (jetzt §537 I S.2), 615 S.2 BGB zulässig, denn es sind keine spürbaren Einsparungen bei kurzzeitiger Abwesenheit möglich. Einsparungsmöglichkeiten gibt es allenfalls bei der Verpflegung, wenn rechtzeitig die Abwesenheit angemeldet wird. Jedoch ist damit zu rechnen, dass Heimbewohner ihre Absicht auf Abwesenheit später ändern werden, so dass keine verlässliche Planung beim Einkauf möglich ist. Auch das erstinstanzliche Gericht¹⁴ hielt die Klausel für zulässig. Es liegt kein Verstoß gegen §§4d, 4 III HeimG a.F. (jetzt §§9, 5 VII S.1 HeimG) vor, denn die nur unerhebliche mögliche Ersparnisse des Heimbetreibers sind gegenüber seinem Aufwand zur Abrechnung der ersparten Kosten unverhältnismäßig.

Ein weiteres Argument dafür, dass die Interessen der Heimbetreiber gegenüber den Interessen der Heimbewohner nicht so zwingend sind, lässt sich

¹³ OLG Nürnberg NJW RR 98 S.780.

¹⁴ LG Nürnberg-Fürth v. 26.02.1997 (3 O 6088/96).

aus dem Leitbild des §615 S.2 BGB ableiten. Nach der Vorschrift muss sich der Dienstverpflichtete auch den Wert desjenigen anrechnen lassen, was er durch anderweitige Verwendung seiner Dienste erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt. Daraus resultiert eine Obliegenheit für den Dienstverpflichteten, seine Erwerbsmöglichkeiten zu nutzen. Übertragen auf Heimverträge bedeutet dies, der Heimbetreiber hat die Obliegenheit, alle Einsparungsmöglichkeiten während der Abwesenheit des Heimbewohners zu nutzen und seine Verwaltungsorganisation so einzurichten, dass er die Einsparungen kostengünstig an den Heimbewohner weiter geben kann.

Nach meiner Ansicht sind die Interessen der Heimbetreiber, die durch die Regelung, das Entgelt erst bei Abwesenheit von drei Tagen zu verringern, gefördert werden sollen, zum einen nicht so schwer wiegend. Zum anderen können sie auch auf andere Weise gefördert werden. Gegenüber den Interessen der Heimbewohner, nur für Leistungen zu zahlen, die sie in Anspruch nehmen und nicht durch ungünstige Entgeltgestaltungen in ihrer Entscheidung für Aktivitäten außerhalb des Heims gehemmt zu werden, sind sie geringer zu gewichten. Eine für den Heimbewohner günstige Entgeltgestaltung im Fall seiner Abwesenheit, ein verringertes Entgelt ab dem ersten Abwesenheitstag, kann Aktivitäten außerhalb des Heims fördern und entspricht dem im Heimgesetz aufgestellten Leitbild der Förderung und der Wahrung der Selbstbestimmung (vgl. oben B.II.4.b)) besser.

Als ein Ergebnis ist festzuhalten: Klauseln, die ein verringertes Entgelt bei jeder Abwesenheit erst ab einer Dauer von bis zu drei Tagen vorsehen und dabei nicht zwischen angemeldeter Abwesenheit und plötzlicher Abwesenheit differenzieren, berücksichtigen nur einseitig die Interessen des Heimbetreibers und beeinträchtigen die Interessen der Heimbewohner zu stark. Sie sind, gemessen am Leitbild der §§537 I S.2, 615 S.2 BGB, auf jeden Fall nach §307 II Nr.1 BGB unwirksam.

Ähnlich stellen auch das OLG Brandenburg und das LG Neuruppin sowie das OLG Celle und das LG Hildesheim in ihren Entscheidungen auf die fehlende Differenzierung zwischen angekündigter und unangekündigter Abwesenheit ab. Die ersten beiden Gerichte urteilten über diese Klausel in einem Alten- und Pflegeheimvertrag:

„Ist der Bewohner für Zeiträume von jeweils bis zu 3 Tagen abwesend und nimmt er damit die angebotenen Leistungen des Heims nicht Anspruch, verbleibt es gleichwohl bei seiner Verpflichtung zur Zahlung des vollen Betreuungsentgelts.“

Das Berufungsurteil des OLG Brandenburg¹⁵ bestätigte die Unwirksamkeit der Klausel nach §9 AGBG (jetzt §307 I, II BGB), da sie im Widerspruch zu wesentlichen Grundgedanken des §4 III HeimG a.F. (jetzt §5 VII S.1 HeimG) steht und die Interessen des Vertragspartners in unangemessen geringem Umfang berücksichtigt werden, da „auch lang angekündigte Kurzabwesenheiten, bei denen die Beklagte ohne unzumutbaren Aufwand in der Lage wäre, Aufwendungen zu ersparen, nicht zu einer Reduktion des Preises führen sollen.“

¹⁵ OLG Brandenburg v. 03.02.1998 (6 U 81/97).

Das erstinstanzliche Gericht, das LG Neuruppin,¹⁶ hielt die Klausel nach §9 II Nr.1 AGBG (jetzt §307 II Nr.1 BGB) iVm. §4 III HeimG a.F. (jetzt §5 VII S.1 HeimG) für unwirksam, da bei mehrfacher dreitägiger Abwesenheit im Monat ein Missverhältnis zwischen Leistung und Entgelt besteht und die Interessen der Heimbewohner in der gewählten Form der Klausel nicht berücksichtigt werden. Denn das Heim kann sich bei mehrfacher Abwesenheit, gegebenenfalls bei vorhergehender Ankündigung, hinsichtlich Verpflegung und Betreuungsaufwand auf die Abwesenheit einstellen.

Die beiden anderen Gerichte entschieden über die Wirksamkeit einer Klausel aus einem Heimvertrag eines Behindertenheims innerhalb eines psychiatrischen Krankenhauses:

„Bei Abwesenheit des Bewohners für die Dauer von nur 3 Tagen vermindert sich das Entgelt nicht.“

Das OLG Celle hielt in seinem Berufungsurteil¹⁷ die Klausel nach §9 I AGBG (jetzt §307 I, II BGB) für unwirksam. Das Interesse der Heimbewohner am Kontakt zur Familie überwiegt gegenüber dem Interesse des Heims an einem geringen Verwaltungsaufwand. Die Klausel ist auch zu beanstanden, da keine Differenzierung zwischen angekündigter und unangekündigter Abwesenheit erfolgt. Das LG Hildesheim¹⁸ als erstinstanzliches Gericht hielt die Klausel nach §9 I AGBG (jetzt §307 I, II BGB) für unwirksam, da für das Heim Ersparnisse hinsichtlich der Verpflegung entstehen, die es mit geringem Verwaltungsaufwand an die Bewohner weitergeben kann, und Abwesenheit vom Heim die Bindung an die Familie erhalten soll.

b) Pauschale Ermäßigung

Das Problem bei einer pauschalen im voraus festgelegten Entgeltermäßigung liegt darin, dass diese den Nachweis auf eine höhere Ersparnis abschneidet und so zu ungerechtfertigter Benachteiligung der Heimbewohner führen kann. Dies wäre jedoch nur dann der Fall, wenn die mögliche Ersparnis im voraus nicht zu ermitteln oder in ihrer Höhe schwankend ist. Dies ist bei den Heimleistungen in der Regel nicht der Fall. Es sind hier zumeist nur Ersparnisse bei den Verpflegungskosten möglich. Die Entgelte für die Verpflegung und die Entgelte für die anderen Leistungen sind in den Heimverträgen gemäß §5 III S.3,4 HeimG jeweils gesondert festgesetzt. Daher lässt sich genau im voraus angeben, welche Ersparnisse möglich sind. Die Höhe der Ersparnisse und somit die Angemessenheit der Pauschalierung kann der Heimbewohner an Hand der gesondert angegebenen Entgelte nachprüfen. Die Gefahr, dass Heimbewohner durch zu niedrige Pauschalen wirtschaftlich benachteiligt werden, ist daher eher gering. Es überwiegen die Vorteile der Pauschalierung sowohl für den Heimbetreiber, als auch für den Heimbewohner. Als Ergebnis ist festzuhalten, dass Pauschalierungen bei der Entgeltermäßigung aus Rationalisierungsgründen zulässig sind, wenn im voraus kalkulierbare Ersparnisse zu erwarten sind.

¹⁶ LG Neuruppin VuR 98 S.316.

¹⁷ OLG Celle v. 10.7.1996 (13 U 10/96).

¹⁸ LG Hildesheim VuR 96 S.130.

In gleicher Weise befürworten auch der BGH¹⁹ und das OLG Celle²⁰ Pauschalierungen. In ihren oben genannten Urteilen zur Beschränkung der Entgeltermäßigung auf Abwesenheit ab drei Tagen wiesen sie darauf hin, dass dem Interesse des Heimbetreibers auf Verwaltungsvereinfachung durch Pauschalierungen entsprochen werden kann.

Abzulehnen ist daher die Begründung des LG Karlsruhe²¹, welches folgende Klausel aus einem Seniorenheimvertrag für unwirksam ansah:

„Bei Abwesenheit von länger als 3 Tagen wird vom ersten Tag der vollen Abwesenheit an 75% der Pflegevergütung und des Entgeltes für Unterkunft und Verpflegung berechnet.“

Das Gericht hielt die Klausel, gemessen am Leitbild der §§552 S.2, 615 S.2 BGB, für unangemessen, da sie Heimbewohnern den Nachweis einer höheren Ersparnis abschneidet. Anders liegt der Fall jedoch bei einer Entscheidung des LG Frankenthal²². Es ging um eine Klausel in einem Vertrag über stationäre Kurzzeitpflege. Die stationäre Aufnahme war auf 6 Wochen begrenzt:

„Verstirbt der Patient während der Vertragslaufzeit oder muss er wegen eines erforderlichen Krankenhausaufenthaltes die Seniorenpension während der Vertragsdauer verlassen, ermäßigt sich der Tagessatz ... um 10%.“

Da der Kurzzeitpflegeplatz bei einem längeren Krankenhausaufenthalt nicht freizuhalten ist, so besteht hier für das Pflegeunternehmen die Möglichkeit, den Pflegeplatz anderweitig zu nutzen und hierdurch höhere Vorteile zu erlangen. Die möglichen Ersparnisse bzw. Vorteile lassen sich hier gerade nicht im voraus kalkulieren. Nach der zutreffenden Ansicht des Gerichts verstößt die Klausel zur pauschalen Vergütungermäßigung bei Abwesenheit oder Tod gegen §11 Nr.5 AGBG (jetzt §309 Nr.5 BGB), da hier der Nachweis, dass ein geringerer oder überhaupt kein Schaden entstanden ist, abgeschnitten wird.

III. Regelungen zum Zimmerwechsel, Umzugs- und Verlegungsklauseln

1. Typische Klauseln

Heimverträge, sowohl für Altenwohn- wie für Altenpflegeheime, sehen in der Regel vor, dass dem Heimbewohner ein genau bezeichnetes Zimmer überlassen wird. Eine Ausnahme von der festen Zimmervergabe erfolgt in Behindertenheimen. Hier werden die Bewohner oft in Wohngruppen untergebracht, deren Zusammensetzung entsprechend den therapeutischen Notwendigkeiten wechselt.

In den Heimverträgen regeln die Klauseln zum Zimmerwechsel zum einen die Möglichkeiten für einen dauerhaften Zimmerwechsel auf Wunsch des Heimbewohners. Zum anderen regeln sie die Voraussetzungen für einen dauerhaften oder länger andauernden Zimmerwechsel auf Betreiben des Heimes. Hier treffen sie Regelungen für einen Umzug innerhalb des Heimes aus

¹⁹ BGH NJW 2001,2971.

²⁰ OLG Celle v. 23.11.2000 (13 U 73/00).

²¹ LG Karlsruhe VuR 99 S.100.

²² LG Frankenthal VuR 97 S.360.

betrieblichen Gründen und für einen Umzug innerhalb und eventuell sogar außerhalb des Heimes aus in der Person des Heimbewohners liegenden Gründen. Es wird teilweise die Verlegung aus gesundheitlichen Gründen auf eine Pflegestation geregelt. Wichtig sind hier die Voraussetzungen, unter denen das Heim einen Zimmerwechsel anstreben kann, und wieweit der Heimbewohner an der Entscheidung beteiligt wird und auf sie Einfluss nehmen kann. Hier reichen die Regelungen von der Möglichkeit für das Heim, relativ einfach einseitig zu entscheiden, bis zu Regelungen, nach denen ein Zimmerwechsel ausschließlich nur im gegenseitigen Einvernehmen erfolgen kann.

Beispiele sind:

„Dem Wunsch des Heimbewohners, innerhalb des Heimes umzuziehen, ist soweit möglich zu entsprechen. Die Kosten des Umzuges gehen zu Lasten des Bewohners. Ein Zimmerwechsel innerhalb des Heimes darf im Interesse des Bewohners nur auf der Grundlage des §2 I Nr.1 HeimG und seinem ausdrücklichen Einverständnis bzw. das seines Vertreters aufgrund schriftlicher Vereinbarung erfolgen. Ist eine Verständigung mit dem Bewohner nicht möglich und besteht keine Vertretung, so entscheidet das Heim in Übereinstimmung mit dem den Bewohner behandelnden Arzt.“

„Der Heimbewohner kann nur mit seiner Zustimmung in ein anderes Zimmer verlegt werden. Die Einrichtung wird seine Zustimmung einholen, für den Fall, dass die Verlegung aufgrund baulicher Erfordernisse oder behördlicher Auflagen erforderlich ist, und für den Fall, dass seine Betreuung oder pflegerische Versorgung nicht mehr gewährleistet werden kann.“

„Ein aus fachlichen oder sonstigen Gründen erforderlicher Umzug innerhalb des Hauses kann nur im Einvernehmen der Vertragspartner erfolgen. Der Vertrag ist entsprechend zu ändern.“

„Die Änderung der Unterkunft geht nur in gegenseitigem Einvernehmen zwischen Heimleitung und Bewohner.“

Abzugrenzen sind die hier zu untersuchenden Klauseln zum Zimmerwechsel gegenüber Klauseln mit Regelungen über die kurzzeitige Räumung des Zimmers wegen Reparatur, Instandhaltung u.ä. Solche Klauseln werden im nächsten Abschnitt IV. besprochen.

2. Gesetzlicher Rahmen

Die Leistungskomponente Überlassung eines Zimmer entspricht dem mietrechtlichen Element im typengemischten Heimvertrag. Das HeimG enthält keine speziellen Regelungen für die Überlassung des Zimmers und zum Zimmerwechsel. Daher kämen die mietrechtlichen Regelungen des BGB als Leitbild in Betracht. Ein dauerhafter Wechsel des überlassenen Zimmers beim Heimvertrag entspricht, übertragen auf die Verhältnisse beim Mietvertrag, einem Wechsel der Mietsache. Die Hauptleistungspflicht des Vermieters wird auf Dauer geändert. An Stelle der bisherigen Mietsache wird nun eine andere Sache vermietet. Dies bedeutet, der bisherige Mietvertrag wird aufgehoben und ein neuer Mietvertrag mit anderem Inhalt abgeschlossen. Sofern die Aufhebung des bisherigen Mietvertrages durch eine einseitige Erklärung erfolgt, liegt eine

Kündigung vor. Die Regelungen, die hierfür im Mietrecht des BGB vorgesehen sind, sind die Regelungen über die Kündigung von Wohnraum, die §§573ff. BGB. Hier werden die Voraussetzungen für eine wirksame ordentliche Kündigung geregelt. Daneben bleibt dem Vermieter noch die Möglichkeit der außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund (§543 BGB).

Diese Regelungen sind aber nicht auf Heimverträge anzuwenden. Das HeimG bestimmt die Kündigungsmöglichkeiten abweichend von den mietrechtlichen Regelungen. So ist nach §8 III HeimG für den Heimbetreiber die Möglichkeit der ordentlichen Kündigung ausgeschlossen. Er kann den Heimvertrag nur aus wichtigem Grund kündigen. Ein wichtiger Grund liegt insbesondere vor, wenn der Betrieb des Heims eingestellt, wesentlich eingeschränkt oder in seiner Art verändert wird und die Fortsetzung des Heimvertrages für den Träger eine unzumutbare Härte bedeutet (§8 III Nr.1 HeimG), sowie wenn der Gesundheitszustand des Heimbewohners sich so verändert hat, dass seine fachgerechte Betreuung in dem Heim nicht mehr möglich ist (§8 III Nr.2 HeimG). Diese Regelung des Heimgesetzes stellt eine abschließende Regelung dar. Abweichungen zum Nachteil der Heimbewohner sind nach §9 HeimG nicht zulässig. Begründet wird die Regelung damit, dass der Bewohner die Gewähr haben muss, dass er in der von ihm gewählten Einrichtung auf Dauer bleiben kann. Ein gegen seinen Willen erzwungener Umzug bedeutet einen tiefen Einschnitt in seine Lebensplanung und wird seinem Sicherheitsbedürfnis nicht gerecht.²³ Daher ergibt sich, dass für die Beurteilung von Regelungen zum dauerhaften Zimmerwechsel nur die Regelung des §8 III HeimG, nicht aber die Regelungen zum Mietvertrag im BGB als Leitbild genutzt werden können.

3. Auslegung und Transparenz

Undeutlich sind Klauseln, welche die Möglichkeiten und die Gründe für einen Zimmerwechsel angeben, letztlich aber offen lassen, wie eine Entscheidung bzw. eine Vereinbarungen über den Zimmerwechsel getroffen wird. So z.B. die folgende Klausel:

„Der Heimbewohner kann nur mit seiner Zustimmung in ein anderes Zimmer verlegt werden. Die Einrichtung wird seine Zustimmung einholen, für den Fall, dass die Verlegung aufgrund baulicher Erfordernisse oder behördlicher Auflagen erforderlich ist, und für den Fall, dass seine Betreuung oder pflegerische Versorgung nicht mehr gewährleistet werden kann.“

Die Klausel regelt nicht, was bei der Verweigerung der Zustimmung des Heimbewohners geschieht. Kann die Verlegung ausschließlich, wie im ersten Satz der Klausel gesagt, nur mit Zustimmung des Heimbewohners erfolgen oder gibt der zweite Satz der Klausel für die genannten Ausnahmefälle dem Heimbetreiber das Recht, die Zustimmung einzufordern? Die Auslegung der Klausel zu Lasten des AGB-Verwenders (§305c II BGB) ergibt, dass bei Verweigerung der Zustimmung auch in den im zweiten Satz genannten Fällen eine Verlegung nicht möglich ist. Dem Heim bleibt nur die Möglichkeit, nach

²³ Siehe Begründung zum 3.ÄnderungsG Heimgesetz: BT-Drucks. 14/5399 S.24.

§8 III Nr.2 HeimG zu kündigen. Die Regelung ist insoweit überflüssig. Sie gibt dem Heimbetreiber keine Möglichkeiten, die Zustimmung des Heimbewohners zu erlangen oder einseitig zu entscheiden. Sie ist jedoch in der Hinsicht problematisch, als dass der Heimbewohner auf Grund der Klausel sich verpflichtet fühlen könnte, in den genannten Fällen seine Zustimmung zu erteilen.

Problematisch sind Klauseln, die nicht deutlich angeben, ob sie nur für den Fall des Zimmerwechsels auf Wunsch des Heimbewohners oder auch für einen Zimmerwechsel auf Betreiben des Heimes gelten:

„Eine Verlegung innerhalb des Hauses in ein gleichwertiges Zimmer wird ohne zwingenden Grund nicht vorgenommen und muss schriftlich, unter Angabe von Gründen, beantragt werden. Gründe können sein Renovierungs- und Reparaturarbeiten, Schwierigkeiten im Zusammenleben mit anderen Heimbewohnern, pflegerische Gründe“

Dass ein Zimmerwechsel beantragt werden muss, deutet darauf hin, dass die Klausel nur einen Zimmerwechsel auf Wunsch des Heimbewohners betrifft. Zwar ist der hier genutzte verwaltungsrechtliche Begriff *Antrag* für ein privatrechtliches Vertragsverhältnis nicht korrekt.²⁴ Zumindest bei der Bezeichnung von Willensäußerungen des Heimes gegenüber dem Heimbewohner wird der Begriff *Antrag* umgangssprachlich nicht benutzt. Andererseits ist auch eine Auslegung der Klausel dahin möglich, dass sie gleichwohl für einen Zimmerwechsel auf Betreiben des Heimes gilt. Hierfür spricht, dass als Verlegungsgründe auch Renovierungs- und Reparaturarbeiten angegeben sind. Solche Arbeiten kann nur der Heimbetreiber veranlassen. Daher hat nur er ein Interesse an einer Verlegung aus diesen Gründen. Nach der Auslegung der Klausel zu Lasten des AGB-Verwenders (§305c II BGB) bleibt es jedoch dabei, dass die Klausel nur für vom Heimbewohner gewünschten Zimmerwechsel gilt.

Allerdings tritt auch bei dieser einschränkenden Auslegung des Anwendungsbereichs der Klausel das Problem auf, wer auf welche Weise über die von Heimbewohnern gewünschten Zimmerwechsel entscheidet. Die Voraussetzungen der Klausel für einen Zimmerwechsel, das Vorliegen eines Grundes und die Notwendigkeit der Beantragung, deuten darauf hin, dass letztlich der Heimbetreiber „obrigkeitlich“ entscheiden kann und nicht mit dem Heimbewohner gleichberechtigt über einen Zimmerwechsel verhandeln will. In diesem Sinne verstanden, gibt die Klausel dem Heimbewohner keine Rechte, sie ist für ihn wirkungslos. Daher ist sie auch hier zu Lasten des Verwenders so auszulegen, dass der Heimbewohner bei Vorliegen der genannten Voraussetzungen einen Anspruch auf einen Zimmerwechsel gegen den Heimbetreiber hat. Der Heimbetreiber ist auf Grund der Klausel verpflichtet, den Antrag des Heimbewohners, d.h. sein Angebot auf eine Vertragsänderung, bei Vorliegen der genannten oder ähnlicher Gründe in der Regel anzunehmen.

Widersprüchlich ist auch die folgende Klausel:

²⁴ Der Gebrauch des Begriffs *Antrag* deutet an, dass das Heim noch von einer obrigkeitlichen Entscheidungskompetenz gegenüber dem Heimbewohner ausgeht..

„Die Vereinbarung über den Wohnraum (Umzug in einen anderen Wohnraum) kann in gegenseitigem Einvernehmen unter Angabe wichtiger Gründe jederzeit geändert werden.“

Warum ist ein wichtiger Grund nötig, wenn ohnehin nur in gegenseitigem Einvernehmen ein Zimmerwechsel erfolgen kann? Ein gegenseitiges Einvernehmen zum Zimmerwechsel stellt eine Vertragsänderung dar, die auch ohne diese Klausel jederzeit und ohne das Vorliegen wichtiger Gründe möglich ist. Die Klausel könnte auch nach §307 I BGB unwirksam sein. Die mangelnde Klarheit der Klausel, kann für den Heimbewohner nachteilig sein, da durch die Formulierung der Heimbewohner von Verhandlungen über eine Vertragsänderung abgehalten werden könnte.

4. Regelungszweck und betroffene Interessen

Die Interessen der Heimbetreiber an dem Regelungskomplex, dauerhafter Zimmerwechsel, lassen sich in zwei Richtungen unterscheiden. Zum einen haben die Heimbetreiber eine Interessenlage ähnlich der eines Vermieters. Sie wollen eine Möglichkeit haben, wirtschaftliche Änderungen vorzunehmen, ihre Räumlichkeiten anders zu nutzen, umzubauen oder die betriebliche Organisation zu ändern. Um dieses zu ermöglichen, haben Vermieter neben anderen Möglichkeiten das Mittel der ordentlichen Kündigung. Über dieses Mittel verfügt der Heimbetreiber aber nicht. Eine ordentliche Kündigung ist durch das Heimgesetz ausgeschlossen. Daher streben die Heimbetreiber über die Regelungen für einen Zimmerwechsel aus betrieblichen Gründen an, eine Möglichkeit zu erlangen, die Nutzung ihrer Räume ändern zu können.

Daneben haben die Heimbetreiber auch über die typischen Vermieterinteressen hinausgehende Interessen. Diese zeigen sich in ihren Regelungen für einen Zimmerwechsel aus in der Person des Heimbewohners liegenden Gründen. Neben der Überlassung von Wohnraum erbringen die Heime Dienstleistungen an die Heimbewohner. Sie übernehmen die hauswirtschaftliche Versorgung, Pflege und gesundheitliche Betreuung. Der Umfang dieser Leistungen ändert sich abhängig von dem körperlichen und gesundheitlichen Zustand des Heimbewohners. Für die nötige Anpassung ihrer Dienstleistungen sind auch die Heimbetreiber verantwortlich. Die Umzugsklauseln sind hierfür ein Mittel, um die nötigen Voraussetzungen für die in Umfang und Qualität veränderte Versorgung und Pflege zu schaffen. Die Heimbetreiber wollen durch die Möglichkeit eines Zimmerwechsels sichern, dass sie ihre Dienste jederzeit erbringen und dabei auch wirtschaftlich arbeiten können. So argumentieren Heime insbesondere bei Pflegeeinrichtungen, dass ihr Betrieb ähnlich wie ein Krankenhaus organisiert sein muss, um eine ausreichende Pflege sichern zu können.

Die Interessen ihrer Vertragspartner gehen dahin, dass ihr Zimmer (auch bei Pflegeheimen) an die Stelle der bisherigen Wohnung tritt und nun ihren Lebensmittelpunkt darstellt. Dieser neue Lebensmittelpunkt soll wie ihre frühere Wohnung geschützt sein. Bei der Wohnung tendieren ältere Menschen dazu, einen Wechsel zu vermeiden. Teilweise waren sie sogar Eigentümer ihrer Wohnung. Diese Stabilität erwarten sie auch von ihrem neuen Wohnraum im

Heim. Auch ein Umzug in ein gleichwertiges Zimmer im selben Heim beeinträchtigt diese und ist mit einem Umzug in eine neue Wohnung vergleichbar. Jeder Umzug stellt für ältere Menschen eine Belastung dar, die, wenn möglich, zu vermeiden ist.

5. Interessenabwägung

a) Abwägung im Rahmen des §308 Nr.4 BGB

aa) Interessenabwägung bei Leistungsänderung

Einige der typischen Klauseln schaffen für die Heimbetreiber die Möglichkeit, einen Teil der im Heimvertrag vereinbarten Leistung, die Überlassung eines bestimmten Zimmers, einseitig zu ändern. Diese Klauseln zum dauerhaften Zimmerwechsel sind hinsichtlich ihrer Wirksamkeit nach §308 Nr.4 BGB zu beurteilen. Nach dieser gegenüber der Generalklausel spezielleren Norm sind in AGB Vereinbarungen über ein Recht des Verwenders, die versprochene Leistung zu ändern, unwirksam, wenn nicht die Vereinbarung der Änderung unter Berücksichtigung der Interessen des Verwenders für den anderen Vertragsteil zumutbar ist. Die Wirksamkeit der zu untersuchenden Klauseln zum Zimmerwechsel hängt somit vom Ergebnis einer Interessenabwägung ab. Die Norm des §308 Nr.4 BGB steht im Zusammenhang mit Nr.1 k des Anhangs der RL 93/13 EWG. Hiernach können Klauseln, die darauf abzielen, dass der Gewerbetreibende die Merkmale der zu erbringenden Leistung einseitig ohne triftigen Grund ändern kann, missbräuchlich sein. Zumutbar sind daher auch nach §308 Nr.4 BGB nur Änderungsklauseln, wenn für sie ein triftiger Grund besteht.²⁵ Ein triftiger Grund ist jeder rechtlich hinreichend gewichtige Grund. Daher läuft die Beurteilung auch hier auf eine Interessenabwägung hinaus.²⁶

Grundsätzlich sind die Interessen des Vertragspartners an der unveränderten Leistung höher zu bewerten als die Interessen des Verwenders an der Möglichkeit einer Leistungsänderung. Das Interesse der Verwender an der einseitigen Änderung kann nur in begründeten Ausnahmen überwiegen. Als triftige Änderungsgründe kommen hauptsächlich nur solche Umstände in Betracht, die bei Vertragsschluss für den Verwender nicht vorhersehbar sind.²⁷ Kein triftiger Grund für ein Änderungsrecht bei Dauerschuldverträgen ist, dass Anpassungen in Dauerschuldverhältnissen im Lauf der Zeit nötig werden können. Dies ergibt sich aus dem Vergleich des §308 Nr.4 BGB mit der Norm des §308 Nr.3 BGB. §308 Nr.3 BGB regelt die Zulässigkeit von Vereinbarungen über einseitige Vertragslösmöglichkeiten in AGB. Diese Norm nimmt im Gegensatz zu §308 Nr.4 BGB Dauerschuldverhältnisse von seinem Anwendungsbereich ausdrücklich aus. Umgekehrt folgt aus dem Fehlen einer Ausnahme für Dauerschuldverhältnisse in §308 Nr.4 BGB, dass eine Vereinbarung über ein Recht auf einseitige Leistungsänderung auch in Dauerschuldverträgen wie in allen anderen Verträgen zu begründen ist. Der Vergleich beider Normen zeigt die Wertung des Gesetzgebers auf, dass bei Dauerschuldverhältnissen die im Lauf der Zeit nötig werdenden Änderungen

²⁵ BASSENGE Palandt BGB §310 Rdnr.39, §308 Rdnr.23.

²⁶ PFEIFFER in Grabitz/Hilf: Recht der europäischen Union Anhang Rdnr.90,98.

²⁷ WOLF AGBG §10 Nr.4 Rdnr.15; vgl. auch COESTER AGBG §10 Nr.4 Rdnr.6,7.

grundsätzlich durch Vertragslösung, d.h. über Kündigungsregelung, nicht durch einseitige Leistungsänderungen zu lösen sind. Auch hier soll ein einseitiges Recht auf Leistungsänderung nur die Ausnahme sein.²⁸

Die einseitige Änderung kann ebenfalls dem Vertragspartner nur zumutbar sein, wenn die Änderungsvoraussetzungen und -gründe durch die Regelung hinreichend konkretisiert sind sowie keine Änderungen möglich sind, die auf eine erhebliche Änderung des Gleichgewichts von Leistung und Gegenleistung hinauslaufen.²⁹ Daher sind pauschale oder nicht auf konkrete Anlässe begrenzte Umzugsklauseln zu Gunsten des Heimbetreibers auf jeden Fall nach §308 Nr.4 BGB unwirksam. Dies wären Verlegungsklauseln, die nicht beschreiben, in welche Zimmer gewechselt wird bzw. die keine Gründe für einen einseitigen Zimmerwechsel angeben. Solche Klauseln kommen selten vor. Zumeist sehen die Klauseln nur die Verlegung in ein gleichwertiges Zimmer vor. Oft werden Gründe und Anlässe für den einseitig vom Heimbetreiber veranlassten Zimmerwechsel angegeben. Hier ist zum einen zu prüfen, ob die Interessen des Heimbetreibers im Fall des Vorliegens der in der Klausel aufgezählten Gründe und Anlässe für einen Zimmerwechsel die Interessen der Heimbewohner überwiegen können. In der Regel sind in den Klauseln betriebliche und oder in der Person des Heimbewohners liegende Gründen aufgeführt. Zum anderen ist zu prüfen, ob die in der jeweiligen Klausel aufgezählten Gründe und Anlässe für den einseitig veranlassten Zimmerwechsel konkret genug sind.

bb) Betriebliche Gründe

Die Interessen an einer Möglichkeit der betrieblichen Veränderung sind im normalen Wohnraummietverhältnis über die ordentlichen Kündigungsmöglichkeiten berücksichtigt. Jedoch ist durch das Heimgesetz für Heimverträge eine ordentliche Kündigung gerade ausgeschlossen. Daher gibt hier schon das Gesetz eine Entscheidung zwischen den Interessen des Heimbetreibers an einer einseitigen Möglichkeit zum Zimmerwechsel aus betrieblichen Gründen und den Interessen der Heimbewohner vor. Der Heimbetreiber hat sich mit seiner Entscheidung, seine Räumlichkeiten als Heim zu nutzen, an diese Nutzung in der gewählten Organisationsform festgelegt und ist im Interesse der Heimbewohner hieran weiter gebunden. Der Heimträger weiß, dass der Bewohner mit der Aufnahme in ein Heim die Erwartung verbindet, dort in der Regel seinen Lebensabend zu verbringen und dass ihm eine Rückkehr in seine aufgegebenene Wohnung nicht mehr möglich ist.³⁰ Ihm bleibt nur die Möglichkeiten der Kündigung aus wichtigem Grund nach §8 III Nr.1 HeimG. Eine Kündigung ist hiernach möglich, wenn der Betrieb des Heims eingestellt, wesentlich eingeschränkt oder in seiner Art verändert wird und die Fortsetzung des Heimvertrages für den Träger eine unzumutbare Härte bedeutet. Daher widersprechen Regelungen zum dauerhaften Zimmerwechsel, welche aus weniger gewichtigen betrieblichen Gründen zum Nachteil des Heimbewohners eine vertragsändernde Vereinbarung mit ihm unnötig werden lassen, den Wertungen des Heimgesetzes. Denn solche Regelungen umgehen die gesetzlich

²⁸ Vgl. WOLF AGBG §10 Nr.4 Rdnr.10.

²⁹ BASEDOW MK Bd.2a §308 Nr.4 Rdnr.7.

³⁰ Begründung 1.ÄnderunG HeimG BR-Drucks.203/89 S.30,31.

beschränkten Kündigungsmöglichkeiten. Derartige Klauseln sind daher nach §308 Nr.4 BGB unwirksam.

Entsprechendes gilt auch, wenn die betrieblichen Gründe auf einer behördlichen Auflage an den Heimbetreiber beruhen. Eine behördliche Auflage wird nicht direkt den Zimmerwechsel von Heimbewohnern anordnen, sondern Anforderungen an den Zustand oder die Ausstattung der Zimmer stellen. Hier muss der Heimbetreiber diese Auflagen durch die Änderung der Zimmer umsetzen und nicht durch die dauerhafte Verlegung der Heimbewohner. Ist dem Heimbetreiber eine den Auflagen entsprechende Änderung der Zimmer nicht möglich, so bleibt ihm die Möglichkeit der Kündigung aus wichtigem Grund nach §8 III HeimG.

cc) Persönliche Gründe

Auch hinsichtlich der über die typischen Vermieterinteressen hinausgehenden Interessen des Heimes an der Sicherung der Dienstleistung hat der Gesetzgeber schon eine Abwägung vorgenommen. Hier hat der Heimbetreiber nach §8 III Nr.2 HeimG nur die Möglichkeit der Kündigung aus wichtigem Grund, wenn der Gesundheitszustand des Heimbewohners sich so verändert hat, dass seine fachgerechte Betreuung in dem Heim nicht mehr möglich ist. Änderungsklauseln, die diese Beschränkung der Kündigungsvoraussetzungen unterlaufen, sind unwirksam.

Im übrigen muss der Heimbetreiber bei der Erbringung seiner anderen Dienste die gegebenen Verhältnisse im privaten Wohnbereich (Zimmer) des Heimbewohners hinnehmen, so wie ein Pflegedienst bei der häuslichen Pflege diese ebenfalls hinnehmen muss. Die Situation der Heimbewohner ist auf Grund der Dauerhaftigkeit ihres Aufenthalts gerade nicht mit einem Krankenhausaufenthalt vergleichbar. Der Heimbetreiber muss hier vor Vertragsabschluss so planen, dass eine Verlegung nicht nötig wird. Er hat die Möglichkeit, vor Abschluss der Heimvertrages durch eine entsprechende Gestaltung der Zimmer und der betrieblichen Organisation die Situation für die spätere Erbringung der Dienste in seinem Sinne zu beeinflussen. Daneben hat er auch die Möglichkeit, den Umfang und die Art der Dienste, die er erbringen will, im voraus im Heimvertrag zu begrenzen, um so seine räumlichen Begebenheiten zu berücksichtigen. Insbesondere kann im Heimvertrag geregelt werden, dass das Heim bestimmte Leistungen zwar grundsätzlich anbietet, die Leistungserbringung aber unter die Bedingung stellt, dass bei konkreten Umständen die weitere dauerhafte Erbringung der Leistung an einen Zimmerwechsel geknüpft ist. Nicht ausreichend und unwirksam wären Klauseln, welche die Voraussetzungen für eine Kündigung nach §8 III HeimG als Gründe für einen einseitig veranlassten Zimmerwechsel übernehmen und dabei den Wortlaut des §8 III HeimG verwenden. Denn das Gesetz gibt hier nur generalklauselartig die Richtung für das Vorliegen von wichtigen Gründen an. Die nötigen Gründe und Anlässe für die Ausübung des Rechts auf einseitige Leistungsänderung wären hierdurch nicht hinreichend konkret bestimmt.

dd) Ergebnis

Der Gesetzgeber hat in §8 III HeimG eine Interessenabwägung vorgenommen. Diese Regelung konkretisiert das Leitbild des HeimG, nach dem das Heim den auf Dauer angelegten Lebensmittelpunkt des Heimbewohners darstellt (vgl. oben B.II.4.d)). Das Interesse der Heimbewohner an einer dauerhaften Vertragserfüllung steht über dem Interesse der Heimbetreiber an einer Möglichkeit, einseitig den Vertrag teilweise zu lösen und somit ihn zu ändern. Aus diesen Gründen widersprechen Regelungen in Klauseln, die es dem Heimbetreiber ermöglichen, ohne den Willen des Heimbewohners aus weniger gewichtigen betrieblichen oder in der Person des Heimbewohners liegenden Gründen einen Wechsel des vereinbarten Zimmers bzw. eine Verlegung des privaten Wohnbereichs vorzunehmen, im allgemeinen der Norm des §8 III HeimG. Solche Regelungen berücksichtigen die Interessen des Heimbewohners nicht ausreichend und sind nach §308 Nr.4 BGB unwirksam. Daneben entsprechen Regelungen, die einseitige Entscheidungen des Heimbetreibers zu Lasten des Heimbewohners ermöglichen, auch nicht dem Leitbild des Heimgesetzes, wonach eine auf Gleichberechtigung gerichtete Heimorganisation verwirklicht werden soll (vgl. oben B.II.4.c)). Der Heimbetreiber muss vor Vertragsabschluss seine Räumlichkeiten, seine Organisation und sein Angebot an Dienstleistungen so ausgestalten, dass ein Zimmerwechsel nicht nötig wird. Im übrigen bleibt ihm nur die Möglichkeit, die Kündigung des Heimvertrages aus wichtigem Grund mit einem Angebot auf einen geänderten Vertrag zu verbinden.

Von den oben unter III.1.) als Beispiel aufgeführten Klauseln ist die erste unwirksam. Denn hier kann das Heim, wenn es einen Zimmerwechsel für nötig hält und keine Einigung hierüber mit dem Heimbewohner erzielt wird, allein entscheiden, ohne dass hierfür hinreichend gewichtige Gründe in der Klausel genannt sind. Dass das Heim diese Entscheidung in Übereinstimmung mit dem behandelnden Arzt trifft, ändert nichts an der Unwirksamkeit. Der Arzt vertritt nicht den Heimbewohner und kann nicht dessen Einwilligung zur Vertragsänderung ersetzen. Die beiden letztgenannten Klauseln berücksichtigen die Interessen des Heimbewohners hinreichend und sind wirksam. Sie lassen einen Zimmerwechsel nur im Einvernehmen mit dem Heimbewohner zu.

b) Rechtsprechung

In gleicher Weise beurteilte auch die Rechtsprechung Klauseln zum Zimmerwechsel. Als Beurteilungsmaßstab zogen die Gerichte die Kündigungsregelungen des Heimgesetzes heran. So bei der Beurteilung der folgenden in Alten- und Pflegeheimverträgen verwendeten Klausel:

„Der Bewohner ist mit einem Umzug in einen anderen Raum einverstanden, falls dies nach begründeter Erklärung des Heimes aus zwingendem betrieblichen Anlass erforderlich ist.“

Das LG Hamburg³¹ hielt diese Klausel nach §10 Nr.4 AGBG (jetzt §308 Nr.4 BGB) für unwirksam. Denn sie richtet sich einseitig an den betrieblichen Interessen des Heimes aus, ohne das Interesse des Heimbewohners an einem festen räumlichen Lebensmittelpunkt ausreichend zu berücksichtigen. Die

³¹ LG Hamburg v. 15.08.1997 (324 O 354/97).

Beschränkung auf einen zwingenden Anlass bleibt zu unbestimmt. Das KG Berlin³² als Berufungsgericht in einem anderen Verfahren zur selben Klausel argumentierte ähnlich. Die Klausel verstößt gegen §10 Nr.4 AGBG, da sie die Interessen der Heimbewohner nicht berücksichtigt. Auch das LG Berlin als erstinstanzliches Gericht beurteilte die Klausel als unwirksam. Sie verstößt gegen §9 II Nr.1 AGBG (jetzt §307 II Nr.1 BGB), da sie zum einen von den Grundgedanken des §858 BGB abweicht und den Besitzschutz aushöhlt. Zum anderen weicht sie auch von der Kündigungsregelung des §4b III a.F. HeimG (jetzt §8 III HeimG) ab. Die dort genannten Kündigungsgründe gelten auch für Änderungskündigungen.

Auch diese Klausel aus einem Vertrag für ein Behindertenheim in einem psychiatrischen KH ist unwirksam:

„Ist ein Wechsel des Heimplatzes innerhalb der Einrichtung ... oder in ein anderes Haus aus technischen und/oder gesundheitlichen Gründen, die der Verbesserung der Versorgungsmöglichkeiten des Bewohners dienen, erforderlich, hat die Einrichtung gegen den Bewohner einen Anspruch auf Zustimmung zu einer solchen Vertragsänderung. Entspricht der Bewohner diesem Anspruch nicht, ist das für die Einrichtung nach Abmahnung ein Kündigungsgrund.“

Nach einem Berufungsurteil des OLG Celle³³ verstößt die Klausel, gemessen am Leitbild der Kündigungsregeln des §4b III HeimG (jetzt §8 III HeimG), gegen §9 I AGBG (jetzt §307 BGB). Das erstinstanzliche Gericht, das LG Hildesheim,³⁴ hielt die Klausel dagegen für wirksam.

Ebenfalls als unwirksam beurteilte das OLG Schleswig³⁵ in einem Beschluss in einem Beschwerdeverfahren nach §91a II ZPO die folgende Klausel:

„Eine Verlegung innerhalb des Hauses wird nach Entscheidung des Heimleiters durchgeführt, z.B. abhängig von der Pflegebedürftigkeit.“

c) Stationäre Kurzzeitpflege

Anders zu beurteilen sind Klauseln zum Zimmerwechsel bei der stationären Kurzzeitpflege. Hier ist die Situation eher mit der in einem Krankenhaus vergleichbar; der für kurze Zeit zu betreuende Heimbewohner legt nicht seinen Lebensmittelpunkt in die Kurzzeitpflegeeinrichtung. Daher wiegen seine Interessen an einer Verlegung nicht so schwer, die Interessen des Heimbetreibers an der Möglichkeit zu einer einseitigen Entscheidung über eine Verlegung können überwiegen. Jedoch sind auch hier hinreichend konkret die Gründe für einen Zimmerwechsel anzugeben.

Als Gründe kommen nur in der Person des Heimbewohners liegende Gründe in Betracht. Änderungsklauseln aus betrieblichen Gründen widersprechen den speziellen Kündigungsregelungen des Heimgesetzes für Kurzzeitpflege. Denn nach §8 IX S.1 HeimG gibt es bei vorübergehender³⁶

³² KG Berlin NJW 98 S.829.

³³ OLG Celle v. 10.07.1996 (13 U 10/96).

³⁴ LG Hildesheim VuR 96 S.130.

³⁵ OLG Schleswig v. 15.08.1996 (2 W 69/96).

³⁶ Vorübergehend ist ein Zeitraum bis zu drei Monaten (1 IV HeimG)..

Heimaufnahme ausschließlich die Möglichkeit der Kündigung aus wichtigem Grund. Jedoch regelt §8 IX S.2 HeimG, dass §8 III Nr.1 HeimG, der als wichtigen Grund auch betrieblichen Gründe zulässt, nicht anzuwenden ist. Damit scheiden betriebliche Gründe als wichtiger Grund für eine Kündigung aus. Den Anbietern von Kurzzeitpflege ist dies zumutbar. Sie können anders als die übrigen Heimbetreiber, die in der Regel Heimverträge auf unbestimmte Zeit abschließen, bei Vertragsschluss den Zeitraum der Vertragsdauer überblicken. Deshalb sind alle Klauseln zum Zimmerwechsel aus betrieblichen Gründen in Verträgen über stationäre Kurzzeitpflege immer nach §308 Nr.4 BGB unwirksam.

IV. Zutrittsrechte für Zimmer

1. Typische Klauseln

Einen weiteren Regelungsbereich hinsichtlich des dem Heimbewohner überlassenen Zimmers bilden die Regelungen über die Zutrittsrechte für Mitarbeiter und andere Beauftragte des Heimes.

1. Die AGB der Heimverträge regeln das Recht auf Zutritt des Zimmers zur Erfüllung der mietrechtlichen Pflichten des Heimbetreibers, so um den Bauzustand zu überprüfen, Reparatur und Erhaltungsarbeiten durchzuführen oder auch um bauliche Veränderungen vorzunehmen. Zumeist ist geregelt, dass hierfür eine Ankündigung nötig ist und das Zimmer nur zu üblichen Zeiten betreten werden kann. Daneben treffen die Heimverträge in ihren AGB auch Regelungen über die notwendige kurzzeitige Räumung des Zimmers, um die Reparaturen und Instandhaltungsarbeiten durchzuführen. Typisch für diese Regelungen ist, dass sie im Vergleich zu den oben dargestellten Regelungen zum Zimmerwechsel keine Änderung der Leistung beinhalten. Sie bestimmen und beschränken die dem Heimbewohner an seinem Zimmer zustehenden Nutzungs- und Besitzrechte.

2. Oftmals ist in den AGB auch ein Recht auf Zutritt zur Erfüllung der heimvertraglichen Dienstleistungen (häusliche Dienste, Versorgung, Pflege) gesondert geregelt. Zumeist ist hier das Betreten auf übliche Zeiten beschränkt.

3. Geregelt ist auch ein Recht auf Zutritt zu jeder Zeit und ohne Ankündigung bei Gefahr für Leben und Gesundheit für den Heimbewohner.

4. Im Zusammenhang mit den Zutrittsrechten treffen Heimverträge auch Regelungen zur Räumung des Zimmers nach Vertragsende. Sie werden daher in diesem Abschnitt mit untersucht.

Beispiele für Klauseln über Zutrittsrechte sind:

„Der Bewohner erklärt sich damit einverstanden, dass die Mitarbeiter der Einrichtung oder sonstige Beauftragte zur Erfüllung der ihnen obliegenden heimvertraglichen Leistungen die Unterkunft zu den üblichen Zeiten betreten dürfen. Entsprechendes gilt für die Überprüfung des Zustandes der Unterkunft und zur Durchführung von Reparatur- und Instandsetzungsarbeiten. Hierüber ist der

Bewohner vorher rechtzeitig zu verständigen. Bei drohender Gefahr ist das Betreten der Unterkunft auch außerhalb der üblichen Zeiten und ohne vorherige Ankündigung zulässig.“

„Die Heimleitung oder ein von ihr Beauftragter kann die überlassenen Räume nach Ankündigung betreten, um sich von deren Zustand zu überzeugen, wenn dieses erforderlich erscheint. Dies gilt vor allem, wenn in den Räumen wichtige Reparaturarbeiten durchgeführt werden müssen oder zu vermuten ist, dass derartige Arbeiten ausgeführt werden müssen. Der Bewohner ist rechtzeitig zu verständigen, er soll bei der Besichtigung nach Möglichkeit zugegen sein. Die Heimleitung und ihr Beauftragter sind bei Gefahr für Leben und Gesundheit berechtigt, ohne vorherige Ankündigung die Räume zu betreten.“

„Die Einrichtung darf Ausbesserungen im Rahmen der Erhaltung und baulichen Veränderung innerhalb des Zimmers ohne Zustimmung des Bewohners vornehmen, wenn dies erforderlich ist. Der Bewohner gestattet für diesen Fall das Betreten seiner Räume.“

Auch wenn diese Regelungen in den Vertragsmustern teilweise in Form von Einwilligungserklärungen formuliert sind, so bleiben trotzdem die AGB-Reglungen anwendbar.³⁷

2. Gesetzlicher Rahmen

Es gibt für diese Regelungsbereiche keine speziellen Regelungen im Heimgesetz. Es bleiben als Leitbild nur die allgemeinen Regelungen im BGB.

Für das Zutrittsrecht zur Erfüllung der mietrechtlichen Pflichten kommen die gesetzlichen Regelungen des Mietrechts in Betracht. Nach §535 I S.1,2 BGB sieht der Mietvertrag die Gewährung des Gebrauchs der Sache durch die Überlassung der Sache an den Mieter vor. Für die Dauer des Mietvertrages hat der Vermieter die Sache bei dem Mieter zu belassen. Er ist verpflichtet, den Mieter bei der Ausübung des vertraglichen Gebrauchs und der Ausübung des Besitzes nicht zu stören. Jedoch ist der Vermieter zugleich auch verpflichtet, die Mietsache in einem geeigneten Zustand zu erhalten. Dies setzt eine Duldungspflicht des Mieters voraus. Er muss zulassen, dass der Vermieter die Mietsache besichtigt und, wenn es zur Erhaltung nötig ist, auf die Mietsache einwirkt. Diese Pflichten des Mieters sind gesetzlich geregelt. Nach §554 I BGB hat der Mieter von Wohnräumen Maßnahmen zu dulden, die zur Erhaltung der Mietsache oder des Gebäudes erforderlich sind. Nach §554 II BGB hat der Mieter von Wohnräumen Maßnahmen zur Verbesserung der Mietsache, zur Einsparung von Energie oder Wasser oder zur Schaffung neuen Wohnraums zu dulden, es sei denn, dass die Maßnahme für ihn eine Härte bedeuten würde. Jedoch bedeutet diese Duldungspflicht kein grenzenloses Recht für den Vermieter zum Betreten der Mieträume. Das Betreten der Räume muss der Mieter nur dulden, wenn dies für den Erhalt der Mietsache nötig sind. Auch sind Besichtigungen zur Unzeit oder zu lange Besichtigungen nicht durch die Duldungspflicht gedeckt. Ebenfalls lassen sich Mitwirkungspflichten des

³⁷ ULMER AGBG §1 Rdnr.17.

Mieters, so das Beiseiteschaffen von Möbeln oder das Beräumen der Wohnung, nicht pauschal aus seinen Duldungspflichten ableiten.³⁸

Für die Regelung des Zutritts zur Erfüllung der heimvertraglichen Dienstleistungen bieten die Regelungen des Dienstrechts keine direkten Regelungen. Anders als beim Werkvertrag besteht keine Mitwirkungspflicht für den Dienstberechtigten. Nimmt er die angebotenen Dienste nicht an, so kommt er in Verzug. Die Folge ist, dass der Dienstverpflichtete nunmehr die Dienstleistung nicht nachholen muss, ihm aber sein Entgelt zusteht (§615 BGB). Auf diese Weise ist das wichtige Interesse des Dienstverpflichteten an seiner Entlohnung gesichert. Hieraus lässt sich ein allgemeiner Grundsatz des Dienstrechts ableiten, dass der Dienstberechtigte nicht zur Abnahme der Dienste verpflichtet ist.

Die Überlassung der Mietsache, des vereinbarten Zimmers, bedeutet in der Regel die Besitzverschaffung. Daher sind als Leitbild für die Zutrittsrechte, sowohl für die zur Erfüllung der mietrechtlichen Pflichten als auch für die zur Erfüllung der heimvertraglichen Dienstleistungen, die Regelungen des BGB zum Besitzschutz relevant. Der Mieter wird unmittelbarer Besitzer, der Vermieter bleibt mittelbarer Besitzer. Dem Mieter steht nach der Überlassung der Sache das Recht auf Besitzschutz auch gegenüber dem Vermieter zu.³⁹ Das Recht auf Besitzschutz beinhaltet den Schutz vor verbotener Eigenmacht. Es ist widerrechtlich, den Besitzer ohne seinen Willen im Besitze zu stören (§858 I 2.Alt. BGB) oder ihm den Besitz zu entziehen (§858 I 1.Alt. BGB). Eine widerrechtliche Störung ist nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Störer einen Anspruch auf Gestattung der beeinträchtigenden Handlung hat. Ansprüche erlauben keine Eigenmächtigkeit, sondern sie sind im Klageweg durchzusetzen. Wenn im Mietvertrag dem Vermieter der Zutritt zu den Mieträumen gestattet ist, darf der Vermieter sich nicht den Zutritt eigenmächtig erzwingen. Er ist vielmehr gehalten, sein Recht gerichtlich durchzusetzen.⁴⁰ Auch eine vertragliche Vereinbarung, welche einseitige Rechte gegenüber dem Besitzer vereinbart, ist keine generelle Ermächtigung, die verbotene Eigenmacht ausschließt. Sie kann zwar eine im voraus abgegebene Zustimmung zur Handlung enthalten. Jedoch ist die im voraus erklärte Zustimmung nicht unwiderruflich.⁴¹

Für das Recht auf Zutritt zum Zimmer bei Gefahr für Leben und Gesundheit können die Regelungen zur Geschäftsführung ohne Auftrag als Leitbild relevant sein. Bei der GoA handelt jemand für einen Anderen, ohne von ihm hierzu beauftragt zu sein. Wenn die Handlungen dem Willen oder den Interessen des Geschäftsherren entsprechen, sind die Handlung und die damit verbundenen Eingriffe in die Rechtssphäre des Anderen gerechtfertigt. Von den Regelungen der GoA zeigt die gesetzliche Privilegierung in §680 BGB, dass der Gesetzgeber zu Hilfeleistungen in Notsituationen ermutigen will. Nach §680 haftet der Geschäftsführer, der durch seine Handlung die Abwendung einer dringenden Gefahr bezweckt, nur bei grober Fahrlässigkeit und Vorsatz. Der Schutz des Einzelnen vor unerwünschten Eingriffen tritt besonderes in

³⁸ Vgl. LARENZ SR II/1 §48 II; ALBRECHT Staudinger BGB §541a, §541b Rdnr.19ff..

³⁹ ALBRECHT Staudinger BGB Vorbem. zu §§535, 536 Rdnr.37.

⁴⁰ Vgl. BGB NJW 1977 S.1818; LG Berlin ZMR 1980 S.278; siehe auch ALBRECHT Staudinger BGB §858 Rdnr.46.

⁴¹ HABERSACK MK §858 Rdnr.9; ALBRECHT Staudinger BGB §858 Rdnr.19.

Gefahrensituationen zurück.⁴² Eine dringende Gefahr bedeutet eine hohe Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts. Der nötige Grad der Wahrscheinlichkeit ist hier abhängig vom gefährdeten Gut.

Hinsichtlich der Regelungen zum Vertragsende gibt das Heimgesetz vor, dass das Vertragsverhältnis mit dem Tod des Bewohners endet (8 VIII S.1 HeimG). Jedoch ist eine Vereinbarung mit ihm über eine Fortgeltung des Vertrages hinsichtlich des Entgelts für den Wohnraum für einen Zeitraum von zwei Wochen nach dem Sterbetag zulässig (8 VIII S.2 HeimG). Die Regelungen über die Behandlung des im Heim befindlichen Nachlasses bleiben dem Heimvertrag vorbehalten (8 VIII S.3 HeimG). Für die Regelungen zur Räumung bei Vertragsende gibt das Besitzrecht ein Leitbild. Auch nach Ende eines Vertrages, welcher dem Besitzer einer Sache ein Nutzungsrecht gewährte, bleibt der bisherige Besitzer (bzw. dessen Erben) vor Besitzentzug gegen seinen Willen geschützt. Die Vertragsabwicklung durch die Räumung des Zimmers kann nicht eigenmächtig durch den Eigentümer erfolgen.⁴³

3. Auslegung und Transparenz

Problematisch sind Klauseln, welche die Zutrittsrechte zu Gunsten des Heimbetreibers so zwingend formulieren, dass sie den Heimbewohner abhalten, seine Besitzschutzrechte zu nutzen. Derartige Klauseln können, da sie die wirkliche Rechtslage verdecken, zum Nachteil Heimbewohner intransparent und deshalb unwirksam sein. Wie unter C II.2.a) aa) dargestellt, sollen Verwender ihre AGB nicht so formulieren, dass durch den Wortlaut der Klausel der Vertragspartner von der Geltendmachung seiner Rechte abgehalten wird oder der Verwender berechnete Ansprüche des Vertragspartner unter Berufung auf die Klausel abwehren kann.

4. Regelungszweck und betroffene Interessen

Die Interessen der Heimbetreiber an den Regelungen in den AGB lassen sich hinsichtlich der Gründe für das Recht auf Zutritt unterscheiden. Das Zutrittsrecht zur Überprüfung und Erhaltung der Räume dient der Erfüllung der mietrechtlichen Pflichten des Heimbetreibers und zugleich auch seinem Interesse an der Erhaltung seines Eigentums. Das Recht auf Zutritt zur Erbringung der heimvertraglichen Dienstleistungen soll dem Heimbetreiber eine unkomplizierte Leistungserbringung ermöglichen. Beim Zutrittsrecht in Gefahrensituationen steht das Interesse an einer Notfallregelung zur Gefahrensicherung in Erfüllung seiner Obhuts- und Betreuungspflichten im Vordergrund. Das Interesse des Heimbetreibers an Regelungen zur Räumung bei Vertragsende ist ein wirtschaftliches Interesse. Der Heimbetreiber will das Zimmer schnell für einen neuen Heimbewohner nutzen können und durch die Überlassung des Zimmers sowie durch die Erbringung von Dienstleistungen an den neuen Heimbewohner Einnahmen erzielen.

⁴² Vgl. HABERSACK MK BGB §680 Rdnr.1.

⁴³ Vgl. BASSENGE Palandt BGB §858 Rdnr.5.

Der Heimbewohner hat ein gegenläufiges Interesse an dem Schutz seiner Privat- und Wohnsphäre. Das Zimmer ist sein Rückzugsraum, hier will er Ruhe und Selbstbestimmung, auch hinsichtlich seiner Tagesgestaltung. Sein speziell durch die Regelungen zur Räumung bei Vertragsende betroffenes Interesse ist der Schutz seiner eingebrachten Sachen, d.h. der Schutz seines Eigentums. Im Fall des Vertragsendes durch Tod ist es das Interesse seiner Erben am Schutz des Nachlasses.

5. Interessenabwägung

a) Zutritt für die Erhaltung der Räume

In Klauseln vereinbarte Zutrittsrechte stellen kein Problem dar, insoweit sie ausschließlich der Erhaltung des Zimmers dienen und sie durch beschränkende Voraussetzungen, Betreten nur zu üblichen Zeiten und nach vorheriger Anmeldung, auf den Bewohner Rücksicht nehmen. Hierdurch werden die Interessen des Heimbewohners so weit wie möglich gewahrt. Insbesondere die vorherigen Information des Heimbewohners ist eine entscheidende Vorsetzung sieht, um den Schutz seiner Privatsphäre zu gewährleisten.⁴⁴ Werden diese Voraussetzungen eingehalten dürfte im Regelfall das Interesse des Heimbetreibers an der Erfüllung seiner Erhaltungspflichten und dem Schutz seines Eigentums gegenüber dem geringen Eingriff in Privatsphäre des Heimbewohners überwiegen. Dies zeigt auch die vergleichbare Wertung des Mietrechts. Die Erhaltung der Räume liegt im übrigen auch im Interesse des Heimbewohners. In gleicher Weise zu beurteilen sind Klauseln, die eine Duldungspflicht für notwendige Reparatur- und Erhaltungsarbeiten vereinbaren, wenn auch hier durch Ankündigung und zeitliche Beschränkungen auf den Bewohner Rücksicht genommen wird. Unter Berücksichtigung ähnlicher Erwägungen hielten das OLG Celle und das LG Hildesheim folgende Klausel aus einem Vertragswerk eines Behindertenheims innerhalb eines psychiatrischen Krankenhauses für wirksam:

„Die Mitarbeiter der Einrichtung sind –soweit dies zur Erfüllung der Vertragspflichten erforderlich ist- nach Ankündigung zum Betreten der Bewohnerzimmer berechtigt. Bei notwendigen Instandhaltungsmaßnahmen ist nach Ankündigung das Zimmer dem zuständigen Personal zur Wahrnehmung der Aufgabe bereitzustellen. Eine angemessene vergleichbare Unterkunft wird für die Dauer der Maßnahmen von der Einrichtung zur Verfügung gestellt.“

Das OLG Celle als Berufungsgericht⁴⁵ hielt das Betretensrecht nach Ankündigung zur Erfüllung vertraglicher Pflichten und die Verpflichtung des Heimbewohners, das Zimmer zur Durchführung notwendiger Instandsetzungsarbeiten nach Ankündigung zu räumen, für wirksam. Der Inhalt Vertragspflichten ergibt sich hinreichend konkret aus dem Heimvertrag. Zudem ist das Heim verpflichtet, das Zimmer in bewohnbarem Zustand zu halten. Das

⁴⁴ GITTER HeimG §2 III.8..

⁴⁵ OLG Celle v. 10.7.1996 (13 U 10/96).

LG Hildesheim im Ausgangsverfahren⁴⁶ beurteilte ebenfalls das Betretensrecht gemessen am Leitbild §541a BGB (jetzt §554 I BGB) als wirksam.

Anders zu beurteilen sind jedoch Klauseln, die den Zutritt bzw. die Duldung für bauliche Veränderungen ermöglichen. Hier kann das Leitbild des Wohnungsmietrechts, das den Mieter zur Duldung von Modernisierungsmaßnahmen verpflichtet, nicht uneingeschränkt übernommen werden. Die Sachlage ist insbesondere in Altenheimen anders. Der Heimbewohner wird zumeist anders als der durchschnittliche Mieter einer Wohnung alle Baumaßnahmen als recht belastende Störung empfinden. Der Heimbetreiber hat zumeist die Möglichkeit, bauliche Änderungen und Modernisierungen zu einem späteren Zeitpunkt, wenn das Zimmer unbewohnt ist, durchzuführen. Die durchschnittliche Zeitdauer der Zimmerbelegung in Heimen ist allgemein kürzer als die der Belegung von Wohnungen. Auf Grund dieser Sachlage, der ältere Heimbewohner ist im Vergleich zu einem Wohnungsmieter durch Änderungsmaßnahmen besonders stark in seinen Interessen beeinträchtigt; der Heimbetreiber ist im Vergleich zum Vermieter von Wohnraum nicht so stark auf eine Duldungspflicht für Änderungen angewiesen, sind an die Zulässigkeit von Klauseln, die zum Zutritt bzw. zur Duldung baulicher Änderungen berechtigen bzw. verpflichten, strengere Anforderungen zu stellen. Es muss in ihnen hinreichend konkret beschrieben sein, um welche Änderungen es sich handeln soll und über welchen Zeitraum der Heimbewohner bauliche Maßnahmen in seinem Zimmer zu dulden hat.

Folgende Klausel ist demnach gemäß §307 II Nr.1 BGB unwirksam, da nach der kundenfeindlichsten Auslegung jede bauliche Veränderung vom Heimbewohner zu dulden wäre:

„Das Heim darf Ausbesserungen im Rahmen der Erhaltung und baulichen Veränderung innerhalb des Zimmers ohne Zustimmung des Bewohners vornehmen, wenn diese erforderlich sind. Der Bewohner gestattet für diesen Fall das Betreten seiner Räume.“

b) Zutritt zur Erbringung der Dienstleistung

Eine vereinfachende Unterscheidung zwischen wirksamen und unwirksamen Klauseln über den Zutritt zur Dienstleistungserbringung lässt sich wie folgt treffen. Eher unwirksam sind Klauseln, die über Zutrittsrechte das Zimmer des Heimbewohners zum Ort der Dienstleistungserbringung umfunktionieren. Eher wirksam sind Klauseln, die trotz eines Zutrittsrechts dem Heimbewohner letztlich die Entscheidung über das Betreten und die Dienstleistungserbringung überlassen und somit die Privatsphäre des Zimmers respektieren. Um sein Interesse an einer unkomplizierten Leistungserbringung zu fördern, besteht für den Heimbetreiber auch die Möglichkeit, seine Dienstleistung so weit wie möglich in eigenen Räumen (Gemeinschaftsräume, Aufenthaltsräume, Pflege- und Therapieräume) anzubieten. So kann er einen großen Teil seiner Dienste unabhängig von Betretensmöglichkeiten in den betrieblichen Räumen anbieten und dadurch seine Dienstleistungserbringung einfach organisieren. Die Trennung der Räume in private

⁴⁶ VuR 96 S.130.

Wohnbereiche (hier strenger Schutz und Selbstbestimmung für den Vertragspartner) und andere betriebliche Bereiche (hier Ausgestaltung und Organisation durch den Heimbetreiber) wahrt die Interessen beider Vertragsparteien.

c) Zutritt im Notfall

Klauseln, die dem Heimbetreiber nicht mehr Rechte geben, als ihm ohnehin nach den Regelungen der GoA zustehen, sind auf jeden Fall wirksam. Dieses sind Klauseln, die ein unangemeldetes Betreten des Zimmers nur für Fälle der Gefahr für Leben und Gesundheit vorsehen.

d) Räumung bei Vertragsende

Bei der Interessenabwägung zur Regelungen über die Räumung ist zu untersuchen, ob die Interessen der Heimbetreiber eine Abweichung von dem Leitbild des Besitzrechts erfordern. Es ist zu differenzieren, ob das Vertragsende durch Kündigung bzw. Vertragsaufhebung oder durch Todesfall eintritt.

Bei Kündigung oder Vertragsaufhebung sind keine schwerwiegenden Interessen des Heimbetreibers erkennbar, die anders als bei der Beendigung eines Mietvertrages eine eigenmächtige Räumung erfordern. Zwar erbringt der Heimbetreiber neben der Überlassung des Zimmers noch weitere Leistungen. Diese Leistungen wird der Heimbetreiber um so wirtschaftlicher erbringen, je besser sein Heim belegt ist. Daher hat der Heimbetreiber bei einem nicht beräumten Zimmer neben dem Ausfall des Entgelts für die Zimmerüberlassung auch noch Nachteile bei der Erbringung seiner anderen Dienstleistungen. Jedoch sind diese Nachteile nicht so schwerwiegend. Der Heimbetreiber muss zum einen seine Leistungserbringung ohnehin flexibel an die Belegung anpassen können.⁴⁷ Zum anderen behält er bei einer Vertragsbeendigung durch Kündigung bzw. Vertragsaufhebung weiter seinen ehemaligen Vertragspartner, von dem er neben der Räumung den Ersatz seines Schadens fordern kann. Daher ist er wie andere Vermieter entsprechend dem Leitbild des Besitzrecht letztlich nur auf die Klage auf Räumung beschränkt.

Anders liegt die Situation des Heimbetreibers bei einem Vertragsende durch Todesfall. Ein solches Vertragsende ist bei vielen Heimverträgen, anders als bei Mietverträgen, der Regelfall. Hier hat der Heimbetreiber nicht mehr seinen ehemaligen Vertragspartner, gegen den er seinen Anspruch auf Räumung und eventuell auf Schadensersatz durchsetzen kann. Daher kann hier eine eigenmächtige Räumung des Zimmers nach Vertragsende abweichend vom Leitbild des Besitzrechts nötig sein. Jedoch muss der Heimbetreiber als erstes die Möglichkeit des Heimgesetzes nutzen bevor er auf das Mittel der Räumung zurückgreift. So kann er gemäß 8 VIII S.2 HeimG eine Vereinbarung treffen, dass im Todesfall das Entgelt für den Wohnraum für zwei Wochen weiterzuzahlen ist. Eine Räumung des Zimmer durch den Heimbetreiber kommt auch nach Ablauf der zwei Wochen Entgeltfortzahlung nur dann in Frage, wenn keine Erben bekannt sind, gegen die der Heimbetreiber seinen Anspruch auf

⁴⁷ Der Gesetzgeber erwartet, dass der Heimbetreiber Leerstände bei seiner Kalkulation berücksichtigt (so Begründung 3.ÄnderungsG HeimG BT-Drucks. 14/5399 S.24.

Räumung durchsetzen kann. Diese einschränkenden Voraussetzungen für die Räumung des Zimmers durch den Heimbetreiber müssen in den Klauseln sichtbar sein. Ansonsten sind Klauseln zur Räumung nach §307 II Nr.1 iVm. §858 BGB unwirksam. Im übrigen kann das Heim sich nicht hinsichtlich der Räumung von jeglicher Haftung freistellen. Das Heim kann zwar unter den übrigen Voraussetzungen vereinbaren, dass die eingebrachten Sache auf Kosten des Heimbewohners bzw. seiner Erben geräumt und eingelagert werden. Jedoch eine Haftungsfreistellung für den Fall der Beschädigung der Sachen ist unwirksam.⁴⁸

In dieser Weise beurteilten das KG und das LG Berlin diese Klausel aus einem Pflegeheimvertrag:

„Wird der dem Bewohner überlassene Heimplatz bis zur Beendigung des Vertrages nicht geräumt, ist das Heim berechtigt, die Räumung vorzunehmen und die eingebrachten Gegenstände auf Kosten und Gefahr des Bewohners bzw. seines Nachlasses einzulagern.“

Das LG Berlin im Ausgangsverfahren⁴⁹ hielt diese Klausel über Räumung bei Vertragsende nach §9 II Nr.1 AGBG (jetzt §307 II Nr.1 BGB) für unwirksam, da sie gegen die wesentlichen Grundgedanken des Besitzrechts (§858 BGB) verstößt. Das KG Berlin⁵⁰ bestätigte in seinem Berufungsurteil diese Auffassung.

V. Nutzung und Betreten des Zimmers durch Dritte; Übernachtung, Gäste, Besuch

1. Typische Klauseln

Klauseln in den AGB der Heimverträge regeln die Rechte der Heimbewohners sein Zimmer anderen Personen zugänglich zu machen oder es anderen zu gestatten, das Zimmer mitzunutzen. Bei der Untersuchung dieser Klausel geht der Verfasser davon aus, dass die Heimbewohner ein Einzelzimmer bewohnen. Die Klauseln unterscheiden zumeist zwischen:

1. der länger andauernden Mitnutzung durch die Aufnahme einer weiteren Personen in das Zimmer,
2. der vorübergehenden Überlassung des Zimmers an eine andere Personen während Zeiten der Abwesenheit des Heimbewohners,
3. der kurzzeitigen Mitbenutzung durch andere z.B. durch die Übernachtung von Besuchern.

Typisch sind die folgenden Klauseln:

„Die Überlassung des Zimmers an Dritte oder die Aufnahme Dritter ist grundsätzlich ausgeschlossen. In besonderen Fällen sind Ausnahmen hiervon mit Zustimmung der Einrichtung möglich. Eine Überlassung des Zimmers an Dritte während der Abwesenheit des

⁴⁸ DRETTMANN Rdnr.28.

⁴⁹ LG Berlin v. 8.5.1996 (26 O 133/96).

⁵⁰ NJW 98 S.829.

Bewohners ist ausgeschlossen. Die Übernachtung von Gästen bedarf der Zustimmung der Heimleitung.“

„Der Bewohner ist nicht berechtigt, ohne schriftliche Zustimmung des Heimträgers, Dritte in die Unterkunft aufzunehmen oder Ihnen den Gebrauch zu überlassen. Dies gilt nicht, soweit es sich um eine nur vorübergehende Aufnahme von Besuchern handelt. Diese ist der Heimleitung anzuzeigen.“

„Der Bewohner ist nicht berechtigt, ohne schriftliche Zustimmung der Einrichtung, Dritte in die Unterkunft aufzunehmen oder Ihnen den Gebrauch zu überlassen. Vorübergehende Aufnahmen von Gästen sind nach vorheriger Zustimmung der Einrichtung zulässig. Die hierdurch entstehenden Mehrkosten werden als Zusatzleistung abgerechnet.“

„Die Überlassung des Zimmers an Dritte oder die Aufnahme Dritter in das Zimmer ist grundsätzlich ausgeschlossen. In besonderen Fällen sind Ausnahmen hiervon mit Zustimmung des Heimes möglich. (z.B. als Kurzzeitbelegung während eines längeren Krankenhausaufenthaltes des Bewohners) Die Übernachtung von Gästen bedarf der Zustimmung der Heimleitung.“

2. Gesetzlicher Rahmen

Der hier zu untersuchende Regelungsbereich hat im Heimgesetz keine Regelung erfahren. Einen Anhaltspunkt können die gesetzlichen Regelungen des Mietrechts geben. Nach §540 BGB ist der Mieter ohne die Erlaubnis des Vermieters nicht berechtigt, den Gebrauch der Mietsache einem Dritten zu überlassen, insbesondere sie weiter zu vermieten. Jedoch ist nicht jede Nutzung der Mietsache durch Dritte eine erlaubnispflichtige Gebrauchsüberlassung. Das Gesetz gibt als Beispiel für eine Nutzung, die in jedem Fall eine erlaubnispflichtige Gebrauchsüberlassung ist die Weitervermietung an. Entscheiden dafür, wann bei Wohnräumen auch ohne Weitervermietung eine erlaubnispflichtige Gebrauchsüberlassung vorliegt, ist die Intensität, d.h. die Dauer der Nutzung durch Dritte.⁵¹ So ist ein kurzzeitiger Besuch mit Übernachtung erlaubnisfrei zulässig. Sobald der Besuch länger andauert, oder eine Eingliederung des Besuches im Haushalt erfolgt, ist dies von der Erlaubnis des Vermieters abhängig. Nach §553 I S.1 BGB hat der Mieter von Wohnräumen unter bestimmten Voraussetzungen einen Anspruch gegen den Vermieter, die Gebrauchsüberlassung an Dritte zu erlauben. Dieser Anspruch gilt nach §553 I S.2 BGB aber nicht, wenn u.a. der Wohnraum übermäßig belegt würde oder die Gebrauchsüberlassung aus sonstigen Gründen dem Vermieter nicht zumutbar ist.

Keinen Anhaltspunkt für den Regelungsbereich kann das Besitzrecht bieten. Es gibt nur Schutz gegen Besitzentzug oder Störung, schaltet aber nicht

⁵¹ Für die Feststellung einer erlaubnispflichtigen Gebrauchsüberlassung ist die früher gebräuchliche Unterscheidung zwischen der Überlassung zum selbständigen Gebrauch und dem unselbständigen Mitgebrauch nicht mehr das allein entscheidende Abgrenzungskriterium. vgl. ALBRECHT Staudinger BGB §549 Rdnr.15; BASSENGE Palandt BGB §540 Rdnr.4,5.

vereinbarte Nutzungsbeschränkungen aus. Das Besitzrecht sagt nichts über den Inhalt des Gebrauchsrechts eines Fremdbesitzers aus. Der genaue Inhalt wird durch den zugrunde liegenden Vertrag bestimmt.

3. Regelungszweck und betroffene Interessen

Die Interessen des Heimbetreibers an den Regelungen in seinen AGB sind zum einen typische Vermieterinteressen. Er hat bei Dauerschuldverhältnissen ein Interesse an der Person desjenigen, dem er den Besitz und den Gebrauch seiner Räume gewährt. Für den Vertragsabschluss entscheidend ist daher auch sein Bild von dem Vertragspartner. Dieses Interesse wäre durch die Weiterüberlassung des Zimmers an Dritte beeinträchtigt. Als typischer Vermieter ist er auch an dem Erhalt der Zimmer und einem Schutz der Zimmer vor Überbelegung und Übernutzung interessiert. Zum anderen hat der Heimbetreiber ein Interesse am störungsfreien Heimbetrieb. Er will vor Störungen durch Gäste bei der Erbringung der eigenen Dienste geschützt sein und ebenso die anderen Heimbewohner vor solchen Störungen schützen.

Durch die Regelungen in den AGB ist der Heimbewohner in seinem Interesse, sein Zimmer ähnlich wie die bisherige Wohnung zu nutzen, beschränkt. Er hat ein Interesse an der Möglichkeit Besuch zu empfangen und diesem Übernachtung zu ermöglichen. Gäste zu beherbergen ist insbesondere wünschenswert, da es eine Möglichkeit ist, die zumeist nur geringen Außenkontakte der Heimbewohner zu fördern.⁵² sowie ein Interesse gegebenenfalls mit einem Partner zusammen zu leben.

4. Interessenabwägung

a) Aufnahme weiterer Personen

Die dauerhafte Aufnahme einer weiteren Personen ist eine Gebrauchsüberlassung an Dritte. Bei der Abwägung der Interessen stehen hier die räumlichen Gegebenheiten des jeweiligem Heims im Vordergrund. Dies zeigt das Leitbild des Mietrechts. Hier hat der Mieter, sofern die Räume nicht übergelegt werden, grundsätzlich einen Anspruch gegen den Vermieter auf Zustimmung zur Gebrauchsüberlassung an Dritte. Ansonsten muss der Vermieter, so §553 I S.2 2.HS BGB der als Ausnahme zu §553 I S.1 BGB formuliert ist, nachweisen, dass ihm die Gebrauchsüberlassung aus anderen Gründen nicht zumutbar ist. Übertragen auf die Heimverträge ergibt sich, dass der Heimbewohner auf jeden Fall auf eine Gebrauchsüberlassung verzichten müssen, die ihnen auch bei der Miete einer Wohnung dies nicht möglich wäre. Wenn bei Wohnungsraummieta wegen übermäßiger Belegung des Wohnraums kein Anspruch gegen Vermieter auf Zustimmung der Gebrauchsüberlassung an dritte Personen bestünde, dann kann diese Möglichkeit zulässig auch durch die AGB des Heimvertrages ausgeschlossen werden. Dies wird in der Regel bei Heimzimmer auf Grund ihrer eher geringen Größe der Fall sein. Zumeist sind die Einzelzimmer in Heimen aus Kostengründen entsprechend der HeimmindBauV 12 qm groß oder nur geringfügig größer. Daher sind hier Klausel, welche die

⁵² GITTER HeimG §2 III.8..

Aufnahme weiterer Personen in das Zimmer grundsätzlich untersagen oder sie ausschließlich von einer Zustimmung des Heims abhängig machen im Regelfall zulässig. Anders ist dies bei Heimen, in denen die Bewohner nicht nur ein Zimmer sondern eine Wohnungen erhalten.

b) Vorübergehende Überlassung und Mitbenutzung durch andere

Auch bei der Möglichkeit der kurzzeitigen Mitbenutzung durch andere Personen (Übernachtung von Gästen) als auch der Nutzung durch andere während einer vorübergehenden Abwesenheit des Heimbewohners (Urlaub, Krankenhausaufenthalt) müssen die Gegebenheiten des jeweiligen Heims berücksichtigt werden. Die Unterbringung von Besuchern setzt voraus, dass die Gestaltung des Heimes dies tatsächlich ermöglicht. Die tatsächlichen Voraussetzungen hierfür besteht regelmäßig bei Altenwohnheimen, in denen dem Bewohner allein eine Wohnung zur Verfügung steht und in denen er sich selbst versorgt. Fraglich ist ob die tatsächlichen Gegebenheiten vorliegen, wenn der Heimbewohner nur über ein Zimmer verfügt und sich und seinen Besuch nicht selbst versorgen kann. Ausgeschlossen ist eine Beherbergung von Gästen, wenn mehrere Personen in einem Raum leben, wie dies überwiegend in Pflegeheimen der Fall ist.⁵³ Allgemein wird eine einmalige Übernachtung von Gästen zumeist einfacher möglich sein, als die Nutzung der Heimwohnung durch andere während der Abwesenheit des Heimbewohners. Wichtig ist jedoch, dass die Klauseln nicht nur allein auf die Gegebenheiten des Heimes berücksichtigen, sondern dass sie den unterschiedlichen Bedürfnissen der Heimbewohner flexibel entgegenkommen, sie also Raum für Entscheidungen im Einzelfall lassen. Starre allgemeine Regelungen zum Nachteil aller Bewohner werden zumeist bei kundenfeindlichster Auslegung unwirksam sein. Betroffen durch enge starre Klauseln ist auch das Leitbild des Heimgesetzes, die Wahrung und Förderung von Selbstbestimmung.⁵⁴

Die Möglichkeit Besuch auf seinem Zimmer zu empfangen (ohne Übernachtung) muss dem Heimbewohner dagegen immer gewährt sein. Hier wären gegenteilige AGB unwirksam.⁵⁵ Auch das Interesse des Heimbetreibers an der Sicherung seiner Dienstleistung kann hier beschränkende Klauseln nicht rechtfertigen. Denn in seinem Zimmer kann der Heimbewohner wie in den vorangehenden Abschnitt (D.III. und IV.) dargestellt, letztlich selbst entscheiden, ob er angebotene Dienste annimmt. Dies zeigt auch die Entscheidung des LG Neuruppin⁵⁶ und des OLG Brandenburg⁵⁷ als Berufungsgericht zu folgender Klausel:

„Mit Ausnahme der genannten Ruhezeiten können Besucher Besuch empfangen“

Die Klausel, die auch für diejenigen Heimbewohner gilt, welche keine Betreuungsleistungen erhalten, ist nach §9 I AGBG (jetzt §307 I BGB)

⁵³ GITTER HeimG §2 III.8..

⁵⁴ vgl. oben B.II.4.b.

⁵⁵ DRETTMANN Rdnr.3.

⁵⁶ VuR 98 S.316.

⁵⁷ OLG Brandenburg v.3.2.1998 (6 U 81/97).

unwirksam, da das Persönlichkeitsrecht ohne legitimes gleichwertiges Interesse des Heims eingeschränkt wird. Insbesondere rechtfertigen die Fürsorgepflicht des Heimes und das Gebot der Rücksichtnahme auf pflegebedürftige Bewohner kein Besuchsverbot gegenüber allen Heimbewohnern. Das Berufungsurteil hiergegen des OLG Brandenburg bestätigte die Entscheidung. Ein striktes Besuchsverbot auch während der Ruhezeiten am Tage ist nicht zur Sicherung des ungestörten Zusammenlebens der Heimbewohner erforderlich.

VI. Regelungen zu Pflege und ärztlicher Behandlung

1. Typische Klauseln

a) Allgemein

In diesem Abschnitt werden die Regelungen in den AGB der Heim- sowie der Verträge zur stationären Kurzzeitpflege zur Behandlung und Pflege, insbesondere auch zur Arztwahl, zur Verlegung oder zur Medikamentenverwaltung untersucht. Kennzeichnend für die hier zu untersuchenden Regelungen ist, dass sie in engem Zusammenhang mit den in diesen Verträgen als Hauptleistung vereinbarten Pflegeleistungen stehen.

b) Heimverträge

Ein großer Teil der gesichteten Heimverträge regelt in den AGB nur die Weitergabe bzw. die Verwendung ärztlicher und anderer für die Behandlung und Pflege relevanter Daten. Die Regelungen stehen, auch wenn es formal um die Weitergabe von Daten geht, im Zusammenhang mit der ärztlichen und pflegerischen Behandlung und Betreuung. Abzugrenzen sind sie zu Regelungen über die Nutzung und Verwendung allgemeiner Daten. Allgemeine Klauseln zu Datenverarbeitung und Datenschutz sind auch in den Heimverträgen enthalten. Sie sollen hier nicht untersucht werden. Die Regelungen über die Weitergabe und Verwendung ärztlicher und pflegerischer Daten werden zumeist in Form einer im Voraus gegebenen Einwilligung getroffen. Hier einige Beispiele:

„Der Hausarzt vermittelt Informationen an das Pflegeteam, der Bewohner stimmt dem schon im Voraus zu. Der Bewohner willigt ein, dass die Pflegekasse der Einrichtung zur qualifizierten Planung und Durchführung der Pflegeleistungen das vollständige Gutachten des Medizinischen Dienstes zur Verfügung stellt.“

„Der Heimbewohner erklärt sich damit einverstanden, dass der behandelnde Arzt die Einrichtung über die Erfordernisse der von ihm angeordneten Maßnahmen der täglichen Pflege informiert und die erforderliche Medikation schriftlich mitteilt. Der Bewohner willigt ein, dass der behandelnde Arzt die für die allgemeine und spezielle Pflege erforderlichen Informationen der Einrichtung zur Verfügung stellt und dass die Einrichtung den Arzt sowie die Pflegekasse und andere öffentliche Stellen mit den erforderlichen Informationen über den Bewohner und dessen pflegerischen Bedarf versehen kann.“

Die Einwilligung in den AGB stellt eine Erklärungen gegenüber dem Vertragspartner, dem Heimbetreiber, dar, jedoch soll ihre Wirkung auch bei Dritten eintreten. Es ist zu unterscheiden zwischen der Einwilligung für:

- 1.- das Heim selbst bzw. dessen Pflegekräfte, die von ihrer Schweigepflicht für Informationen an den Arzt, die Pflegekasse, die Heimaufsichtsbehörden oder weitere öffentlichen Stelle entbunden sind;
- 2.- die behandelnden Ärzte, die von ihrer Schweigepflicht entbunden werden, um das Heim über ihre ärztlichen Diagnosen, Maßnahmen und Anordnungen zu informieren;
- 3.- die Pflegekasse, die von der Schweigepflicht entbunden wird, um ihre Information über den Heimbewohner dem Heim zur Verfügung zu stellen.

Die Mehrzahl der gesichteten Heimverträge trifft keine weiteren Nebenabreden hinsichtlich der pflegerischen und ärztlichen Behandlung. Die Heimbewohner entscheiden über ihre ärztliche Behandlung und die Inanspruchnahme weiterer pflegerischer Maßnahmen bei Bedarf selbst. In einigen Heimverträgen kommen im Zusammenhang mit der Pflege und der ärztlichen Behandlung umfangreichere Klauseln vor, deren Regelungen über die Weitergabe und Verwendung von ärztlichen und pflegerischen Daten hinausgehen. Solche Klauseln regeln auch eine Mitwirkung des Heimes bei der ärztlichen Behandlung:

„Jeder Bewohner hat das Recht, seinen Arzt frei zu wählen. Das Heim realisiert ärztliche Verordnungen im Rahmen seines Leistungsangebots. Voraussetzung ist jedoch, dass die behandelnden Ärzte die Verordnungen schriftlich dokumentieren. Die Verwaltung, die Verwahrung und, soweit nötig, die Verabreichung der verordneten Medikamente erfolgen durch das Pflegepersonal.“

Noch weiter reichende Klauseln in Heimverträgen treffen Regelungen über die Beteiligung des Heimes an Entscheidungen des Heimbewohners zu seiner Betreuung, seiner ärztlichen Behandlung oder einer Verlegung. Die Entscheidungsfreiheit der Heimbewohner wird durch die Regelungen beschränkt. Ein Beispiel hierfür sind Klauseln über die Möglichkeit einer Verlegung in ein Krankenhaus:

„Bei vorübergehender Erkrankung, die nicht auf der Pflegebedürftigkeit beruht, kann der Bewohner im Haus verbleiben, sofern der behandelnde Arzt die Versorgungsmöglichkeiten für ausreichend erachtet. Auf Verlangen des Betreuungsgebers kann ein Arzt entscheiden, ob eine Krankenhauseinweisung erforderlich ist.“

„Der Heimbewohner ist damit einverstanden, dass er bei Bedarf auf ärztliche Anordnung in ein Krankenhaus überwiesen wird. Bei Pflegebedürftigkeit ist der Heimbewohner mit einer Verlegung auf die dem Heim angeschlossene Pflegestation einverstanden.“

c) Verträge über stationäre Kurzzeitpflege

Manche Vertragsmuster für Verträge über stationäre Kurzzeitpflege gleichen hinsichtlich des Regelungsumfangs den oben genannten Heimverträgen und beschränken sich auf Regelungen über die Weitergabe und Verwendung ärztlicher und pflegerischer Daten. So dieses hier:

„Der Gast hat das Recht der freien Arztwahl. Die Leistungen zur Durchführung ärztlicher Verordnungen ist die schriftlich dokumentierte Anordnung des jeweilig betreuenden Arztes. Der Gast entbindet die ihn behandelnden Ärzte insofern von ihrer Schweigepflicht, als dies für die Durchführung ärztlicher Maßnahmen und Verordnungen durch die Einrichtung erforderlich ist.“

In der Mehrzahl der Vertragsmuster zur stationären Kurzzeitpflege erfolgen dagegen auch Regelungen, die in unterschiedlichem Umfang die ärztliche Behandlung der Heimbewohner bestimmen und gegebenenfalls auch die Heimbewohner zu ärztlichen Maßnahmen verpflichten. So in diesem Beispiel:

„Behandlungspflege wird durch entsprechend qualifiziertes Personal nach ärztlicher Anordnung ausgeführt und regelmäßig mit dem Hausarzt abgesprochen. Die Verwaltung, Verwahrung und Verabreichung von Medikamenten erfolgen nach ärztlicher Anordnung durch das Pflegepersonal. Die Einrichtung erbringt Hilfen zur körperlichen Aktivierung mit dem Ziel einer allgemeinen Mobilisierung, wenn die gesundheitliche Situation des Pflegegastes dies zulässt und somit im Einzelfall ärztlich genehmigt und angeordnet ist. Die ärztliche Behandlung und Betreuung des Pflegegastes wird von der Kurzzeitpflegeeinrichtung veranlasst. Es gilt das Prinzip der freien Arztwahl. Unbeschadet dessen ist die Kurzzeitpflegeeinrichtung bereit, bei der Vermittlung der ärztlichen Betreuung für den Pflegegast mitzuwirken. Zur Sicherstellung der ärztlichen Behandlung und Betreuung muss der Pflegegast oder sein Betreuer vor Antritt der Kurzzeitpflege den behandelnden Arzt benennen und die Kurzzeitpflegeeinrichtung darüber informieren, ob dieser bereit ist, die Behandlung und Betreuung auch während des Kurzzeitpflegeaufenthalts fortzusetzen. Der Pflegegast erklärt sich damit einverstanden, dass der behandelnde Arzt die Kurzzeitpflegeeinrichtung über etwaige Erfordernisse bei der täglichen Pflege informiert und die aktuelle Medikation schriftlich mitteilt. Bei Bedarf können von der Kurzzeitpflegeeinrichtung zusätzliche Neurologen, Physiotherapeuten, Logopäden vermittelt werden, deren Leistungen jedoch nicht Gegenstand dieses befristeten Kurzzeitvertrages sind. An ärztliche Verordnungen gebundene Sonderleistungen können nur im Einvernehmen mit dem Arzt begonnen und wieder beendet werden.“

2. Gesetzlicher Rahmen

a) Heimgesetz

Das Heimgesetz enthält in seinem Abschnitt über die inhaltliche Ausgestaltung von Heimverträgen keine Vorgaben zur Ausgestaltung dieses Regelungsbereichs. Jedoch lässt sich aus den Anforderungen an den Heimbetreiber in §11 I Nr.3, 7, 10 HeimG der mögliche Regelungsbedarf im Heimvertrag aufzeigen. So soll der Heimbetreiber eine angemessene Betreuung und Pflege nach dem allgemein anerkannten Stand der medizinisch-pflegerischen Erkenntnisse sichern (Nr.3), für Pflegebedürftige eine Pflegeplanung aufstellen und deren Umsetzung aufzeichnen (Nr.7) sowie sicherstellen, dass Arzneimittel

bewohnerbezogen und ordnungsgemäß aufbewahrt sind (Nr.10). Daneben treffen den Heimbetreiber nach §13 I HeimG Aufzeichnungspflichten, die auch personenbezogene Daten der Heimbewohner hinsichtlich Pflege, Betreuung und Arzneimittel umfassen. Diese Daten können, so §15 II Nr.3, von den Heimaufsichtsbehörden eingesehen werden. Daneben verpflichtet §6 HeimG den Heimbetreiber, seine Leistungen an den Betreuungsbedarf des Heimbewohners anzupassen. Hierfür soll er den Heimbewohnern die erforderlichen Vertragsänderungen anbieten.

Diese Anforderungen des Heimgesetzes an den Heimbetreiber geben ihm jedoch nicht die Berechtigung, die hierfür als nötig erachteten Regelungen zu Lasten der Rechte der Heimbewohner zu treffen. Im Gegenteil, in §11 I Nr.1, 2 HeimG ist als Anforderungen an den Heimbetreiber an erster Stelle der Schutz von Würde, Selbstbestimmung und Selbständigkeit des Heimbewohners genannt. Nur im Einklang mit diesen Prinzipien kann der Heimbetreiber die für ihn nötigen Regelungen ausgestalten.

b) Bundesdatenschutzgesetz

Auf die vom Heimbetreiber getroffenen Regelungen zur Weitergabe und Verwendung ärztlicher und anderer für die Behandlung und Pflege relevanter Daten ist zumindest teilweise das Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) anwendbar. Das BDSG bezweckt den Schutz des Persönlichkeitsrechts des Einzelnen (§1 I BDSG). Es gilt gemäß §1 II Nr.3 BDSG auch für nichtöffentliche Stellen, somit für die privaten Heimbetreiber, wenn sie zum einen personenbezogene Daten unter Einsatz von Datenverarbeitungsanlagen verarbeiten, nutzen oder hierfür erheben. Dies ist jede Verarbeitung von Daten am Computer. Das BDSG gilt zum anderen, wenn sie personenbezogene Daten in oder aus nicht automatisierten Dateien verarbeiten, nutzen oder dafür erheben. Dies sind nach §3 II S.2 BDSG manuelle Datensammlungen, die strukturiert sind und so, ähnlich wie Computerdaten, eine Auswertung mittels Umsortieren ermöglichen.

Neben den allgemeinen persönlichen Daten der Heimbewohner und anderen Verwaltungsdaten werden teilweise auch Daten zur Pflege von den Heimbetreibern mittels Computer verarbeitet. Für diese Daten ist also das BDSG anwendbar. Sofern ärztliche Daten, Patientenakten, Dokumentationen zur Pflege nicht mit dem Computer verarbeitet werden, gilt grundsätzlich das BDSG nicht. Diese Daten werden in der Regel nicht hinreichend strukturiert gesammelt sein, so dass sie keine automatisierten Dateien darstellen.

Ist das BDSG anwendbar, so ist nach §4 I BDSG die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten nur zulässig, soweit dieses Gesetz oder andere Rechtsvorschriften dies erlauben oder anordnen oder der Betroffene eingewilligt hat. Zulässig ist nach §28 I Nr.1 BDSG die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten als Mittel für die Erfüllung eigener Geschäftszwecke, wenn es der Zweckbestimmung des Vertragsverhältnisses dient. Dies meint die Nutzung von Daten als Hilfsmittel für die Erfüllung oder Optimierung eigener Geschäftszwecke des Gewerbetreibenden, nicht aber die Nutzung zum Zweck der Speicherung und Weitergabe für fremde Zwecke. Inwieweit eine Nutzung für eigene Zwecke vorliegt, beurteilt sich nach der Art

der gewerblichen Tätigkeit bzw. des Berufsbildes des Gewerbetreibenden. Ob die Daten für eigene Geschäftszwecke benötigt werden, ergibt sich bei Vorliegen eines Vertragsverhältnisses auch aus dem Vertrag bzw. dem jeweiligen Vertragstyp selbst.⁵⁸ Benötigt werden alle Daten, die zur Abwicklung des Vertrages erforderlich sind. Hierzu gehören auch Daten über Tatsachen, die den Vertragszweck gefährden könnten.⁵⁹ Der Vertragszweck kann auch die Weitergabe von bestimmten Daten an Dritte mitumfassen. Die für die eigenen Geschäftszwecke benötigten Daten sind von den für die Vertragsabwicklung nicht relevanten privaten Daten abzugrenzen.

Daten über die Gesundheit von Heimbewohnern gehören nach §3 IX BDSG zu den besonderen Arten personenbezogener Daten. Für sie gelten nach §28 VI, VII BDSG strengere Anforderungen bezüglich der Zulässigkeit der Bearbeitung. Das Gesetz unterscheidet zwischen der Verarbeitung zu eigenen Geschäftszwecken (§28 VI BDSG) und der Verarbeitung im Rahmen der medizinischen Versorgung (§28 VII BDSG). Die Verarbeitung von Gesundheitsdaten zu eigenen Geschäftszwecken ist nur in wenigen Ausnahmefällen möglich. Die Verarbeitung im Rahmen der medizinischen Versorgung darf nur durch Personal erfolgen, welches einer besonderen Geheimhaltungspflicht unterliegt.⁶⁰ Bei Heim- und Pflegeverträgen sind auch ärztliche Daten zur Vertragsabwicklung relevant. Auf Grund der oben skizzierten Gesetzeslage ist aber eine Trennung zwischen den allgemeinen Verwaltungsdaten und den ärztlichen Daten vorzunehmen.⁶¹

Zulässig ist nach §4a BDSG auch eine Datennutzung nach einer Einwilligung. Diese vorherige Zustimmung ist eine einseitige Willenserklärung, die schriftlich erfolgen muss. Nach §4a I S.4 BDSG ist die Einwilligungserklärung, wenn sie zusammen mit anderen Erklärungen erteilt wird, besonders hervorzuheben. Daher ist ein Hinweis in einem Formular oder einem Vertragstext nicht ausreichend für eine wirksame Einwilligung nach §4a I BDSG.⁶²

Im allgemeinen Geschäftsbetrieb spielt die Einwilligung als Grundlage für die zulässige Datenverarbeitung nur eine nachgeordnete Rolle. Der Erlaubnistatbestand des §28 I BDSG bietet im Rahmen des jeweiligen Vertragsverhältnisses eine ausreichende Grundlage. Hier wird die Einwilligung nur relevant, wenn zweifelhaft ist, ob die Datenverarbeitung noch durch das Vertragsverhältnis gedeckt ist.⁶³ Anders ist dies im Bereich der Gesundheitsdaten. Auf Grund der strengen Anforderungen des §28 VI BDSG ist hier eine generelle Nutzung nur nach einer Einwilligung möglich.

c) Schweigepflicht nach §203 StGB

In Zusammenhang mit den Regelungen über die Weitergabe ärztlicher und anderer für die Behandlung und Pflege relevanter Daten ist die in §203 StGB

⁵⁸ SCHAFFERLAND BDSG §28 Rdnr.6; BIZER BDSG §28 Rdnr.23, 82.

⁵⁹ BERGMANN BDSG §28 Rdnr.26; BIZER BDSG §28 Rdnr.79 f..

⁶⁰ Vgl. zu Einzelheiten BIZER BDSG §28 Rdnr.338ff..

⁶¹ Vgl. zu Krankenhausverträgen BERGMANN BDSG §28 Rdnr.63.

⁶² BERGMANN BDSG §4a Rdnr.8; BIZER BDSG §4a Rdnr.43.

⁶³ BERGMANN BDSG §4a Rdnr.12, 14.

normierte besondere Gemeinhaltungspflicht relevant. Geschütztes Rechtsgut der Strafnorm des §203 ist, zumindest neben anderen, die Individualsphäre des Einzelnen bzw. dessen allgemeines Persönlichkeitsrecht.⁶⁴ Von der Schweigepflicht werden fremde Geheimnisse, namentlich zum persönlichen Lebensbereich gehörende Geheimnisse, erfasst. Dies sind personenbezogene Informationen, die höchstens einem beschränkten Personenkreis bekannt sind und für die ein schutzwürdiges Interesse an ihrer Geheimhaltung besteht.⁶⁵ Ärztliche und andere für die Behandlung und Pflege relevante Daten der Heimbewohner sind fast immer hiervon erfasst.

Die Schweigepflicht gilt für:

- 1.- Ärzte, Krankenpfleger bzw. Altenpfleger und andere Heilberufe und Therapeuten mit staatlich geregelter Ausbildung (§203 I Nr.1 StGB),
- 2.- sowie für deren berufsmäßig tätige Gehilfen (§203 III S.1)
- 3.- und für die Mitarbeiter der Pflegekasse als Amtsträger (§203 II Nr.1 iVm. §11 I Nr.2)

Ungeklärt ist, ob die Schweigepflicht (nach §203 III S.2) für Inhaber und Leiter der Pflegeeinrichtung besteht, wenn diese keinen staatlich geregelten Heilberuf ausüben.⁶⁶

Eine Einwilligung zur Weitergabe der personenbezogenen Informationen schließt Strafbarkeit aus.⁶⁷ Ihre Form und ihre anderen Anforderungen sind im Gegensatz zum BDSG nicht gesetzlich geregelt, sondern werden aus allgemeinen Grundsätzen abgeleitet. Anders als die Einwilligung nach dem BDSG ist diese Einwilligung grundsätzlich formfrei.⁶⁸ Ungeklärt ist, ob für den Fall, wenn auch das BDSG anzuwenden ist, die Einwilligung in der Form des §4 BDSG zu erfolgen hat. Zumindest bleibt eine formfrei abgegebene Einwilligungserklärung für den Ausschluss der Strafbarkeit relevant, auch die Form des §4 BDSG nötig wäre.⁶⁹ Für eine Einwilligung nicht notwendig ist Geschäftsfähigkeit des Einwilligenden. Es reicht die natürliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit aus, die es ermöglicht, die Bedeutung und Tragweite der Einwilligung abzuschätzen.⁷⁰

⁶⁴ FISCHER §203 Rdnr.2; BUBNOFF LK §203 Rdnr.14; LILIE S.78, 79; Daneben ist auch das Vertrauen der Allgemeinheit in das ärztliche Vertrauensverhältnis Schutzzweck der ärztlichen Schweigepflicht..

⁶⁵ FISCHER §203 Rdnr.4-6; BUBNOFF LK §203 Rdnr.19; LENCKNER §203 Rdnr.5.

⁶⁶ hierzu BUBNOFF LK §203 Rdnr.80; LENCKNER §203 Rdnr.42; vgl. auch LILIE S.81; Es ist nach §2 HeimPersV notwendig, dass der Heimleiter eine Ausbildung zu einer Fachkraft im Gesundheits- oder Sozialwesen oder in einem kaufmännischen Beruf oder in der öffentlichen Verwaltung mit staatlich anerkanntem Abschluss nachweisen kann. Jedoch werden die täglichen Kontakte zw. Ärzten und Pflegeeinrichtung zumeist von dem Pflegepersonal, nicht von der Geschäftsführung abgewickelt..

⁶⁷ Tatbestandsausschließend oder zumindest die Rechtswidrigkeit ausschließend siehe BUBNOFF LK §203 Rdnr.92.

⁶⁸ BUBNOFF LK §203 Rdnr.106, LENCKNER §203 Rdnr.24a.

⁶⁹ LENCKNER §203 Rdnr.24a;

Andererseits beschränkt §39 BDSG die nach §28 BDSG zulässige Nutzung von Daten, die einer besonderen Schweigepflicht unterliegen, auf die Nutzung ausschließlich für den Zweck, zu welchem die Daten zur Verfügung gestellt wurden (ebenso §78 SGB X für Sozialdaten)..

⁷⁰ BUBNOFF LK §203 Rdnr.94; LENCKNER §203 Rdnr.24.

Schwierigkeiten können sich mit dieser Anforderung bei formularmäßig erteilten pauschalen Ermächtigungen in Verträgen ergeben, da es zweifelhaft ist, ob die Erklärung dem Unterzeichner des Vertragsformulars überhaupt bewusst wurde⁷¹. Grundsätzlich muss die Einwilligung bestimmte Tatsachen und konkrete Übermittlungsvorgänge umfassen.⁷² Es ist nicht notwendig, die Einwilligung gegenüber dem Schweigeverpflichteten zu erklären.⁷³

d) Betreuungsrecht

Ein Leitbild für die insbesondere in den Verträgen über die stationäre Kurzzeitpflege getroffenen Regelungen zur Veranlassung ärztlicher Behandlung durch die Pflegeeinrichtung kann das Betreuungsrecht nach §§1896 ff. BGB abgeben. Die Grundzüge des Betreuungsrechts sind hier insoweit relevant, als streng die Wirksamkeit von AGB zu prüfen ist, mit denen vergleichbare Gestaltungen zu Lasten der Heimbewohner angestrebt werden, die hier nicht durch eine gerichtlich angeordnete Betreuung erfolgen. Darüber hinaus ist es fraglich, ob durch AGB Gestaltungen angestrebt werden können, die nicht einmal im Fall der gerichtlich angeordneten Betreuung dem Betreuer möglich sind. Aus den (neugeschaffenen) Regelungen im BGB zum Betreuungsrecht lassen sich folgende Grundsätze ableiten:

1.- Die Betreuung ist subsidiär und erfolgt nur für die erforderlichen Teilbereiche. Es gibt kein generelles, alle Lebensbereiche umfassendes Betreuungsmodell, sondern die Betreuung wird auf das im Einzelfall erforderliche Maß beschränkt.⁷⁴

2.- Da keine Totalentmündigung vorliegt, hat die Betreuung keine Auswirkung auf die Geschäftsfähigkeit. Betreuung führt nicht automatisch zur Geschäftsunfähigkeit, sondern die Geschäftsfähigkeit beurteilt sich nach der allgemeinen Regelung des §104 Nr.2 BGB. Grundsätzlich kann der Betreute weiter am Rechtsverkehr teilnehmen.⁷⁵

3.- Angelegenheiten des Betreuten sollen so besorgt werden, dass ihm Möglichkeiten bleiben, sein Leben nach eigenen Vorstellungen und Wünschen zu gestalten (§1901 I BGB). Der Betreuer trifft die Maßnahmen in seinem Aufgabenkreis soweit wie möglich den Wünschen des Betreuten entsprechend und bespricht wichtige Angelegenheiten vorher mit ihm (§1901 II BGB). Die Selbstbestimmung des Betreuten bleibt so gegenüber dem Betreuer gewahrt.⁷⁶

4.- Auch innerhalb seines Aufgabenkreises bleiben dem Betreuer wichtige Entscheidungen entzogen. Es gibt gerichtliche Vorbehalte für gewichtige Angelegenheiten des Betreuten. Auch wenn es zum Aufgabenkreis des Betreuers gehört, die ärztliche Behandlung zu organisieren oder für die Wohnverhältnisse des Betreuten zu sorgen, so entscheidet über die Einwilligung in gewichtige

⁷¹ LENKNER §203 Rdnr.24.

⁷² BUBNOFF LK §203 Rdnr.104.

⁷³ BUBNOFF LK §203 Rdnr.103, LENKNER §203 Rdnr.24a.

⁷⁴ So §1896 II BGB; vgl. LIPP S.15; BAUER vor §1896 Rdnr.13,14.

⁷⁵ Vgl. LIPP S.19,20.

⁷⁶ LIPP S.17; BAUER vor §1896 Rdnr.16.

ärztliche Maßnahmen oder über die Kündigung eines Wohnungsmietvertrages das Vormundschaftsgericht (§1904 ff. BGB).

5.- Die Betreuung soll vorrangig durch eine natürliche Person erfolgen (§1897 I BGB).⁷⁷ Es darf keine Betreuung durch Personen erfolgen, die zu einer Einrichtung, in welcher der Betreute untergebracht ist, in einem Abhängigkeitsverhältnis stehen (§1897 III BGB).

Im übrigen sind, soweit nicht durch die zuvor genannten Gesetze ausgestaltet, das Persönlichkeitsrecht und das Recht auf informelle Selbstbestimmung aus Art.2 GG bei der Beurteilung der Klauseln zu berücksichtigen.

3. Auslegung und Transparenz

Hinsichtlich ihrer Transparenz problematisch sind lange Klauseln, in denen eine Vielzahl von Regelungen ungeordnet getroffen werden; so wie in dieser hier:

„Behandlungspflege wird durch entsprechend qualifiziertes Personal nach ärztlicher Anordnung ausgeführt und regelmäßig mit dem Hausarzt abgesprochen. Die Verwaltung, Verwahrung und Verabreichung von Medikamenten erfolgen nach ärztlicher Anordnung durch das Pflegepersonal. Die Einrichtung erbringt Hilfen zur körperlichen Aktivierung mit dem Ziel einer allgemeinen Mobilisierung, wenn die gesundheitliche Situation des Pflegegastes dies zulässt und somit im Einzelfall ärztlich genehmigt und angeordnet ist. Die ärztliche Behandlung und Betreuung des Pflegegastes wird von der Kurzzeitpflegeeinrichtung veranlasst. Es gilt das Prinzip der freien Arztwahl. Unbeschadet dessen ist die Kurzzeitpflegeeinrichtung bereit, bei der Vermittlung der ärztlichen Betreuung für den Pflegegast mitzuwirken. Zur Sicherstellung der ärztlichen Behandlung und Betreuung muss der Pflegegast oder sein Betreuer vor Antritt der Kurzzeitpflege den behandelnden Arzt benennen und die Kurzzeitpflegeeinrichtung darüber informieren, ob dieser bereit ist, die Behandlung und Betreuung auch während des Kurzzeitpflegeaufenthalts fortzusetzen. Der Pflegegast erklärt sich damit einverstanden, dass der behandelnde Arzt die Kurzzeitpflegeeinrichtung über etwaige Erfordernisse bei der täglichen Pflege informiert und die aktuelle Medikation schriftlich mitteilt. Bei Bedarf können von der Kurzzeitpflegeeinrichtung zusätzliche Neurologen, Physiotherapeuten, Logopäden vermittelt werden, deren Leistungen jedoch nicht Gegenstand dieses befristeten Kurzzeitvertrages sind. An ärztliche Verordnungen gebundene Sonderleistungen können nur im Einvernehmen mit dem Arzt begonnen und wieder beendet werden.“

Es hat den Anschein, dass diese Klausel Regelungen aus verschiedenen anderen Vertragsmustern zusammenfügt, um ein umfangreiches und scheinbar umfassendes Regelwerk zu erstellen. Hierdurch treten Probleme hinsichtlich der Transparenz auf. Diese Probleme werden noch durch unkonkrete und allgemein gehaltene Regelungssätze verstärkt. Die Gestaltung der Klausel führt dazu, dass eine sehr weit reichende Auslegung möglich ist. Daher ist die Klausel, wenn

⁷⁷ Persönliche Betreuung so LIPP S.18.

nicht schon wegen ihrer Intransparenz, so auf jeden Fall bei kundenfeindlichster Auslegung nach §307 II Nr.1 BGB unwirksam.⁷⁸

Intransparent sind Klauseln, die ohne weitere Erläuterungen auf gesetzliche Normen verweisen; so wie diese Klausel:

„Auf §28 II BDSG weist der Betreuungsgeber ausdrücklich hin.“

Allerdings ist §28 II BDSG ein Tatbestand zur erlaubten Datennutzung und -übermittlung und auch ohne die verweisende Klausel anwendbar. Daher führt die Intransparenz hier nicht zur Unwirksamkeit der Klausel. Als deklaratorische Klausel unterfällt sie nicht der Inhaltskontrolle.

4. Regelungen zur Datenweitergabe und –verwendung

a) Regelungszweck und betroffene Interessen

Die Heimbetreiber haben ein Interesse an der Kenntnis von ärztlichen und pflegerelevanten Daten über die Heimbewohner, zum einen, um effektiv und sicher ihre Leistungen und Dienste erbringen zu können. Die Heimbetreiber streben standardisierte und gleichbleibende Leistungen an. Hierfür richten sie die zu erbringenden Leistungen an den ärztlichen Verordnungen und dem durch objektive Kriterien beurteilten gesundheitlichen Zustand des Heimbewohners aus. Die Ausrichtung der Leistungen und Dienste an den durch den Arzt oder in medizinischen Gutachten festgestellten objektiven Bedürfnissen vereinfacht bzw. erspart teilweise den Heimbetreibern das selbständige Ergründen der Bedürfnisse der Heimbewohner vor der Leistungserbringung. Die Heimbetreiber streben ebenfalls eine sichere Leistungserbringung an. Die Auswahl der Leistungen soll abgesichert sein durch die ärztlichen Befunde und Verordnungen. Ansprechpartner für die Heimbetreiber zu Fragen zu Gesundheit und Pflege des Heimbewohners soll der Arzt sein, der die benötigten Auskünfte schneller und genauer erteilen kann als der Heimbewohner selbst.

Das Interesse der Heimbetreiber an der Erlangung und Weitergabe von ärztlichen und pflegerelevanten Daten besteht zum anderen auch, um effektiv ihre Pflichten aus dem Heimgesetz und dem SGB XI zu erfüllen. Sie wollen, wie vom Heimgesetz vorgegeben, die Betreuung und Pflege nach dem allgemein anerkannten Stand der medizinisch-pflegerischen Erkenntnisse erbringen. Dies setzt die Kenntnis aller pflegerelevanten Daten der Heimbewohner voraus. Sie wollen auch, wie §6 HeimG vorschreibt, ihre Leistung bei Änderung des Betreuungsbedarfs der Heimbewohner anpassen. Auch hierfür wollen sie mit den Ärzten zusammenarbeiten und ihre Daten und Kenntnisse an die Ärzte weitergeben können. Nach §13 I HeimG sind die Heimbetreiber zur Aufzeichnung personenbezogener Daten der Heimbewohner verpflichtet. Auch gegenüber den Pflegekassen sind die Heimbetreiber nach §79ff. SGB XI verpflichtet, für Überprüfungen durch die Pflegekasse Auskünfte, insbesondere über die Pflege und Betreuung, zu erteilen. Daher wollen sie ihre Daten über die Heimbewohner auch an die Pflegekasse weitergeben können.

⁷⁸ Vgl. hierzu unten 5.b).

Seitens der Heimbewohner besteht das Interesse an der selbstbestimmten Weitergabe ihrer persönlichen Daten, sowie ein Interesse daran, dass ihre vertraulichen Beziehungen zu Ärzten auch nach einem Umzug in ein Heim weiter geschützt bleiben. Eine Datenweitergabe ohne Mitwirkung der Heimbewohner führt zur Gefahr, dass sich eine Zusammenarbeit und Entscheidungsfindung zwischen dem Pflegepersonal des Heimes und den Ärzten über die Köpfe der Heimbewohner hinweg etabliert.

b) Interessenabwägung

aa) Einwilligung oder Vertragsklausel

Die Wirksamkeit von Klauseln zur Datenweitergabe beurteilt sich zuerst nach den Vorgaben des BDSG, sofern die Klauseln nicht klar zwischen Daten, die dem BDSG unterliegen, und Daten, auf die das BDSG nicht anwendbar ist, unterscheiden. Gelten die Regelungen pauschal für alle Daten der Behandlung und Betreuung und verarbeiten die Heime einen Teil dieser Daten computerisiert, so ist das BDSG anwendbar. Solche Klauseln sind an Hand der Regelungen des BDSG zu untersuchen, ob sie eine nach §4a I BDSG wirksame Einwilligungserklärung darstellen oder ob sie für den Erlaubnistatbestand des §§28 I BDSG die Zwecke des Vertragsverhältnisses konkretisieren. Es liegt keine Einwilligung vor, wenn die Klausel im Vertragstext nicht besonders hervorgehoben ist. Eine Einwilligung in der Form des §4a BDSG kann aber außerhalb des Vertragswerkes vorliegen. Konkretisieren Klauseln die für den Zweck des Vertragsverhältnisses relevanten Daten, so müssen sie den vom BDSG gesetzten Rahmen beachten. Ohne Einwilligung ist nur die Verarbeitung von für die Erfüllung des eigenen Geschäftszwecks notwendigen Daten möglich. Die Anforderungen an die Einwilligung dürfen durch eine zu weite Konkretisierung nicht unterlaufen werden. Die Klauseln müssen die besonderen Beschränkungen der Verarbeitung von Gesundheitsdaten berücksichtigen. Klauseln, die diesen Vorgaben nicht gerecht werden, sind unwirksam, da sie den zwingenden Vorgaben des BDSG widersprechen. Das BDSG macht zwar keine zwingenden Vorgaben hinsichtlich der Vertragsgestaltung, jedoch zwingende Vorgaben hinsichtlich der Datennutzung. Die Unwirksamkeit kann sich nach §307 II Nr.1 ergeben, da von den wesentlichen Grundgedanken des BDSG abgewichen wird, oder nach §307 I S.2 auf Grund einer Intransparenz, da durch die Klauseln dem Vertragspartner die wirkliche Rechtslage nach dem BDSG verschleiert wird.

bb) Leitbild des BDSG

Aber auch für Klauseln, die sich ausdrücklich auf nicht computerisierte Daten der Behandlung und Betreuung beziehen und für die das BDSG nicht anwendbar ist, oder wenn eine nach §4a BDSG wirksame Einwilligung vorliegt, kann die Regelung des §28 I BDSG ein Leitbild sein. Ein Leitbild kann sie insoweit darstellen, dass die Wirksamkeit der Klauseln auch danach beurteilt werden kann, ob sie für den Vertragszweck notwendig sind. Auch wenn hier der Schutzzweck des BDSG, Sicherung vor Gefahren der Datenverarbeitung, bei nicht computerisierten Arzt- und Pflegedaten nicht gegeben ist, so tritt an Stelle

dieses Schutzzwecks der Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen Arzt und Patient bzw. Pfleger und Heimbewohner. Der Schutz dieses Vertrauensverhältnisses erfolgt durch die Strafrechtsnorm des §203 I StGB. Jedoch sind hier anders als im BDSG nicht die Einzelheiten über den Umgang mit Daten unter Berücksichtigung dieses Schutzzwecks geregelt. Es gibt auch keine besonderen formalen Anforderungen an eine Einwilligung zur Datenweitergabe. Daher können die gesetzlich ausgeformten Prinzipien des BDSG, grundsätzlicher Schutz aller Daten, die vom Schutzzweck erfasst sind, verbunden mit einem Erlaubnistatbestand, der am Zweck des Vertragsverhältnisses ausgerichtet ist, für die Beurteilung der Wirksamkeit aller Datenklauseln nützlich sein. Es soll hier für die nach §203 I StGB geschützten Daten kein Erlaubnistatbestand analog §28 I BDSG geschaffen werden. Aber die in §28 I BDSG vorgesehene, am Vertragszweck ausgerichtete Erlaubnis, soll als ein Vorbild für die Abwägung innerhalb des §307 II Nr.1 BGB, ob eine formularmäßig erteilte Einwilligung zur Weitergabe der nach §203 I StGB geschützten Daten wirksam ist, genutzt werden. Wie die Weitergabe von Daten, die unter das BDSG fallen, davon abhängt, ob dies dem Vertragszweck dient, so soll die Wirksamkeit einer formularmäßig, d.h. in den AGB erfolgte Einwilligung zur Weitergabe von nur nach §203 I StGB geschützter Daten, die nicht auch dem BDSG unterfallen, zumindest davon abhängen, ob dies für den Vertragszweck nötig ist. Durch dieses Merkmal, Notwendigkeit der Weitergabe zur Erfüllung der Vertragszwecks, kann der mögliche Umfang einer formularmäßigen Einwilligung zur Weitergabe von nach §203 I StGB geschützten Daten begrenzt werden.

Grundsätzlich sind bei der Verwendung von Einwilligungen in AGB dem Verwender Grenzen gesetzt. Sofern durch AGB, bzw. formularmäßige Einwilligungen, Rechte des Vertragspartners beschränkt werden, muss dies grundsätzlich nicht unangemessen sein. Aber die beschränkende Einwilligung muss an Hand eines konkreten Maßstabes auf ihre Notwendigkeit hin überprüft werden. Denn, so Ulmer, „Grundgedanken der gesetzlichen Regelung werden auch tangiert, wenn der Vertragspartner durch ihn gestellte AGB in die Beeinträchtigung bestehender subjektiver Rechte einwilligt, ... Man wird formularmäßige Einwilligungen ... namentlich bei einer Verfügung über absolute Rechte, nicht grundsätzlich für unwirksam erachten können, aber doch an die Rechtfertigung und gegebenenfalls „mildeste“ Ausgestaltung der Klausel einen sehr strengen Maßstab anlegen müssen.“⁷⁹ Der Maßstab kann hier ähnlich wie im BDSG der Vertragszweck sein.

Ein Leitbild des BDSG ist auch, dass es hinsichtlich der Gesundheitsdaten zwischen der Nutzung durch nach §203 STGB schweigepflichtigen Personen und der Nutzung durch andere Personen unterscheidet. An letztere stellt es strengere Anforderungen.

cc) Begrenzte Einwilligung

Zu untersuchen ist, in welchem Umfang eine Einwilligung zur Erlangung und Weitergabe ärztlicher Daten für den Vertragszweck nötig ist. Die Notwendigkeit

⁷⁹ ULMER AGBG §9 Rdnr.135.

einer solchen Einwilligung ergibt sich aus der oben dargelegten Interessenlage des Heimbetreibers. Zugleich ist sie aber auch hierdurch begrenzt. Zwar lässt sich nicht vermeiden, dass die Einwilligung bei Vertragsschluss formularmäßig erteilt wird, denn eine jeweils fallbezogene Einwilligung für jede einzelne Datenweitergabe ist für das Dauerschuldverhältnis Heimvertrag mit den vielen und teilweise wechselnden Personen, welche die unterschiedlichen Leistungen erbringen, aus Sicht der Heimbetreiber wie auch des Heimbewohners unzumutbar. Jedoch ist in der Einwilligungserklärung der Umfang der weiterzugebenden bzw. der zu erlangenden Daten und die Person bzw. die Personengruppe, von der bzw. an die diese Daten übermittelt werden, zu beschreiben. Der Heimbetreiber muss schon bei Vertragsschluss konkret angeben, für welche Fälle und für welche Personengruppen er welche Daten benötigt. Die Heimbewohner müssen erkennen können, ob die Daten an schweigepflichtige Personen oder an von §203 StGB nicht erfasste Personen weitergegeben werden. Mit diesen Anforderungen an die Konkretisierung der Einwilligungserklärung korrespondiert, dass auch die Einwilligung zum Ausschluss der Strafbarkeit nach §203 I StGB grundsätzlich bestimmte Tatsachen und konkrete Übermittlungsvorgänge umfassen muss.⁸⁰

Diese Gesichtspunkte für die Inhaltskontrolle sollen an Hand zweier Klauseln verdeutlicht werden:

„Der Hausarzt vermittelt Informationen an das Pflegeteam, der Bewohner stimmt dem schon im Voraus zu. Der Bewohner willigt ein, dass die Pflegekasse der Einrichtung zur qualifizierten Planung und Durchführung der Pflegeleistungen das vollständige Gutachten des Medizinischen Dienstes zur Verfügung stellt.“

„Der Heimbewohner erklärt sich damit einverstanden, dass der behandelnde Arzt die Einrichtung über die Erfordernisse der von ihm angeordneten Maßnahmen der täglichen Pflege informiert und die erforderliche Medikation schriftlich mitteilt. Der Bewohner willigt ein, dass der behandelnde Arzt die für die allgemeine und spezielle Pflege erforderlichen Informationen der Einrichtung zur Verfügung stellt und dass die Einrichtung den Arzt sowie die Pflegekasse und andere öffentliche Stellen mit den erforderlichen Informationen über den Bewohner und dessen pflegerischen Bedarf versehen kann.“

Die Klauseln betreffen nach der heutigen Praxis Datenübermittlungen, die nicht vom BDSG erfasst werden. Die vorgesehene ärztliche Information erfolgt mündlich oder schriftlich, nicht jedoch durch die Weitergabe von auf Datenträgern gespeicherten Daten. Bei dem Gutachten des Medizinischen Dienstes handelt es sich um ein Schriftstück oder eine Akte. Auch die Information der Pflegekasse erfolgt schriftlich. Es kann jedoch sein, dass im Zuge der weiter fortschreitenden Nutzung von Computersystemen in Zukunft solche Informationsvorgänge durch die Weitergabe von Computerdaten erfolgen. Dann werden die in den Klauseln vorgesehenen Informationsweitergaben Datenübertragungen sein, für die das BDSG gilt.

⁸⁰ BUBNOFF LK §203 Rdnr.104.

Die erste Klausel ist im ersten Satz hinsichtlich der vom Hausarzt zu gebenden Daten zu weit gefasst. Im Vergleich zu der zweiten Klausel wird nicht genau dargestellt, welche Daten vermittelt werden. Die zweite Klausel begrenzt die vom Arzt zu gebenden Daten auf diejenigen, welche nach dem Zweck des Heimvertrages für die Leistungserbringung des Heimes nötig sind. Von den ärztlichen Daten sollen an das Heim nur die Daten über die angeordnete Pflege und zur Medikation gelangen.

Angemessen geregelt ist in der ersten Klausel die Weitergabe der gutachterlichen Daten. Es wird ein konkreter Übermittlungsvorgang, sowie der Grund für diese Datenübermittlung bezeichnet. Die zweite Klausel ist im zweiten Satz hinsichtlich der Datenweitergabe seitens des Heims zu weit gefasst. Problematisch ist hier an dieser Klausel, dass neben der Pflegekasse andere öffentliche Stellen Informationen über die Pflege des Bewohners erhalten sollen, aber nicht angegeben wird, welchen Stellen warum Daten des Heimbewohners zur Verfügung gestellt werden. Hier sollten genau die öffentlichen Stellen festgelegt werden. Der Heimbetreiber kennt schon vor Vertragschluss die öffentlichen Stellen, denen gegenüber er zur Datenweitergabe verpflichtet ist.

Daneben kann dafür gesorgt werden, dass der zukünftige Heimbewohner in jedem Fall auch von Einwilligungen Kenntnis nimmt, die nicht die Form des §4a BDSG benötigen. Auch solche Einwilligungserklärungen, die von der Schweigepflicht nach §203 StGB befreien, sollten nicht im Vertragstext „versteckt“ sein, sondern gesondert hervorgehoben sein. Dies wird bei einigen Vertragsmustern praktiziert.

dd) Gerichtliche Entscheidungen

Für die Beschränkung von Einwilligungsklauseln auf bestimmte Tatsachen und Übermittlungsvorgänge sprach sich auch das OLG Celle in einem Berufungsverfahren⁸¹ aus. Es prüfte folgende Klausel aus einem Behindertenheimvertrag:

„Der Bewohner bzw. gegebenenfalls sein gesetzlicher Vertreter befreit für den Fall, dass es im Interesse der Betreuung oder Förderung notwendig ist, ärztliche, psychologische oder andere Fachbefunde weiteren am Betreuungsgeschehen Beteiligten zur Kenntnis zu geben, die Ärzte und Psychologen des Einrichtungsträgers von der Schweigepflicht und ist mit der Weitergabe von Befunden, Unterlagen und Untersuchungsergebnissen in erforderlichem Umfang einverstanden.“

Nach der Auffassung des Gerichts ist das Einverständnis an der Weitergabe ärztlicher Daten nach §9 I AGBG (jetzt §307 I BGB) unwirksam, da das Interesse des Heimbewohners an der Schweigepflicht durch die weite Fassung nicht ausreichend berücksichtigt ist. Die Klausel kann dahin ausgelegt werden, dass die Entbindung von der Schweigepflicht und die Weitergabe von Unterlagen gegenüber allen auch künftig am Betreuungsgeschehen Beteiligten und für jeden

⁸¹ OLG Celle v. 23.11.2000 (13 U 73/00).

Fall gilt. Daher ist das Berufungsgericht entgegen dem Ausgangsgericht der Ansicht, dass diese weitgefasste Einwilligungsklausel den Heimbewohner unangemessen benachteiligt.

Das Ausgangsgericht⁸² hielt das weitgefasste Einverständnis mit der Weitergabe ärztlicher Daten und der Entbindung von der Schweigepflicht für wirksam, da es durch die Zweckbestimmung des Heimvertrages begrenzt sei. Diese Begrenzung ergibt sich aber nicht aus dem Wortlaut der Klausel.

Eine Auskunftsklausel hielt das LG Neuruppin⁸³ in einem Alten- und Pflegeheimvertrag für unwirksam:

„Der Bewohner ist verpflichtet, eine vertrauliche Selbstauskunft auf dem vom Betreuungsgeber zur Verfügung gestellten Formular wahrheitsgemäß und vollständig zu erteilen.

Diese unbegrenzte Selbstauskunftspflicht ist nach §9 I AGBG (jetzt §307 I BGB) unwirksam, da sie das Recht auf informelle Selbstbestimmung verletzt. Die im Formular erhobenen Auskünfte waren nicht auf die pflegerischen Bedürfnisse und die Einkommensverhältnisse eingegrenzt.

Diese Entscheidung bestätigte als Berufungsgericht das OLG Brandenburg.⁸⁴ Auch hier stellte das Gericht bei seiner Interessenabwägung darauf ab, welche Informationen nach dem Vertragszweck für den Heimbetreiber nötig sind. Unwirksam ist die Klausel, da nach ihr auch Auskünfte zu erteilen seien, für die der Heimbetreiber kein durch die vertraglichen Beziehungen gerechtfertigtes Interesse haben kann.

5. Regelungen zur Beteiligung des Heimes an den Entscheidungen des Heimbewohners über Betreuung, ärztliche Behandlung oder Verlegung

a) Regelungszweck und betroffene Interessen

Bei diesen Klauseln besteht eine ähnliche Interessenlage wie bei den Klauseln zur Datenweitergabe und –verwendung. Angestrebt wird die Sicherung der effektiven Leistungserbringung und die Erfüllung der Pflichten aus dem Heimgesetz und dem SGB XI auf der Seite des Heimes; betroffen ist die Sicherung der Selbstbestimmung auf Seiten des Heimbewohners.

Hinzu tritt daneben seitens des Heimbetreibers ein Interesse an der Absicherung vor Überforderung durch Problemfälle. Die ärztliche und damit verbunden die pflegerische Versorgung soll auch bei gesundheitlichen Problemen gesichert sein. Es soll die Möglichkeit bestehen, die Pflege und Verantwortung in besonderen Fällen an ein Krankenhaus weitergeben zu können. Dies dient dazu, die eigene Leistungsfähigkeit zu Gunsten der anderen Heimbewohner abzusichern. Andererseits besteht die Gefahr zu Lasten der Heimbewohner, dass Problemfälle abgeschoben werden. Auf Seiten der Heimbewohner ist ihr Interesse an einer eigenen Entscheidung über ihre ärztliche und auch pflegerischen Behandlung betroffen. Hier besteht im verstärktem Maße

⁸² LG Hildesheim v. 10.02.2000 (4 O 457/99).

⁸³ LG Neuruppin v. 06.02.1997 (2 O 417/96).

⁸⁴ OLG Brandenburg v. 3.2.1998 (6 U 81/97).

die Gefahr der Zusammenarbeit und Entscheidungsfindung von Heimpersonal und Arzt über den Kopf des Heimbewohners hinweg.

Das Interesse an der Absicherung der ärztlichen und pflegerischen Versorgung besteht verstärkt bei Verträgen über stationäre Kurzzeitpflege, da zum einen die unterschiedlichsten Personen aufgenommen werden und zum anderen vor der Aufnahme in der Regel kein intensives Kennenlernen zwischen Einrichtung und Kurzzeitbewohner erfolgt.

b) Interessenabwägung

Für die Beurteilung der Wirksamkeit von Klauseln zur Behandlung und Betreuung lassen sich schwieriger allgemeine Maßstäbe finden. Einige allgemeine Grundsätze, an denen sich die Interessenabwägung bei der Inhaltskontrolle dieser Klauseln orientieren kann, lassen sich aber aus dem Betreuungsrecht ableiten. Solche aus dem Betreuungsrecht abgeleiteten Orientierungssätze für diesen Regelungsbereich sind: Auch wenn die Pflegeeinrichtung zu Gunsten des Heimbewohners Betreuungsleistungen erbringt, darf damit keine Beschränkung der geschäftlichen Handlungsfähigkeit des Heimbewohners verbunden sein. Für den Heimbewohner wichtige Entscheidungen, so über Verlegung, Krankenhausaufenthalt oder Arztwahl, muss dieser letztendlich selbst treffen können. Das Heim kann keine Entscheidungen für den Heimbewohner treffen, wenn es selbst ein eigenes Interesse an der Entscheidung hat. So sind Klauseln, die bei kundenfeindlichster Auslegung dem Heim die Entscheidung über wichtige medizinische Eingriffe ermöglichen, unwirksam nach §307 II Nr.1 BGB, da nach §§1904, 1905 BGB nicht einmal ein bestellter Betreuer über alle medizinischen Behandlungen entscheiden darf. Ebenso sind Klauseln unwirksam, die bei kundenfeindlicher Auslegung dem Heim die Entscheidung über jede Verlegung des Heimbewohners überlassen, da, so §1906 BGB, auch hier nicht einmal der Betreuer entscheiden darf. Solche Klauseln sind nicht mehr mit den gesetzlichen Regelungen des Betreuungsrechts vereinbar. Sie verstoßen auch gegen das Leitbild des Heimgesetzes, Wahrung von Selbstbestimmung und Selbstverantwortung.⁸⁵

Daneben ist auch hier die Wahrung der Selbstbestimmung der Heimbewohner bei der Beurteilung von Klauseln im Rahmen der Interessenabwägung ein Abwägungskriterium. Besonders in diesem Zusammenhang kommt es auf die konkreten Verhältnisse in dem jeweiligen Heim an. Denn es ist für die Abwägung entscheidend, wie weit die Betreuungs- und Pflegeleistungen, die durch das Heim erbracht werden bzw. vereinbart sind, reichen. Nur für die Bereiche, in denen das Heim auch Betreuungs- oder Pflegeleistungen an dem Heimbewohner erbringt, kann das Heim an der Entscheidungsfindung mitwirken oder sogar die Entscheidungsfindung für den Heimbewohner übernehmen. Aber auch dann wenn das Heim weitreichende Betreuungs- und Pflegeleistungen übernimmt, muss dem Heimbewohner Raum für eigene Entscheidungen bleiben. Insbesondere §6 HeimG zeigt, dass das Leitbild des Gesetzes für den Fall der Leistungsanpassung bei Änderung des

⁸⁵ Vgl. DRETTMANN Rdnr.8,9 zu Klauseln über eine Krankenhauseinweisung ohne Zustimmung des Heimbewohners.

Gesundheitszustandes des Heimbewohners eine Vertragsanpassung ist. Beide Vertragsparteien sollen über die Anpassung entscheiden, es ist gerade keine einseitige Entscheidungsbefugnis des Heimbetreibers vorgesehen.

Die Abwägung sollen an Hand der am Anfang vorgestellten Klauseln verdeutlicht werden.

„Jeder Bewohner hat das Recht, seinen Arzt frei zu wählen. Das Heim realisiert ärztliche Verordnungen im Rahmen seines Leistungsangebots. Voraussetzung ist jedoch, dass die behandelnden Ärzte die Verordnungen schriftlich dokumentieren. Die Verwaltung, die Verwahrung und soweit nötig, die Verabreichung der verordneten Medikamente erfolgen durch das Pflegepersonal.“

Die Klausel regelt:

- die Ausführungen ärztlicher Verordnungen durch das Heim. Sie überlässt es aber dem Heimbewohner, ob er sich diese Verordnungen vom Arzt anordnen und für das Heim schriftlich dokumentieren lässt.
- Die Mitwirkung des Heimes bei der Arzneimittelversorgung. Hier differenziert sie zwischen der Medikamentenverwaltung und- Verwahrung einerseits und deren Einnahme andererseits. Nur erstere wird vom Heim regelmäßig übernommen. Letzteres bleibt den Heimbewohnern im allgemeinen selbst überlassen. Nur als Ausnahme wird auch die Medikamentenverabreichung vom Heim übernommen.

Die Klausel lässt im übrigen die Entscheidungsfreiheit der Heimbewohner hinsichtlich ihrer ärztlichen Behandlung unberührt. Die Klausel ist auf Grund ihres differenzierenden und einschränkenden Regelungsumfangs, die den Heimbewohner nur wenig in seinen Entscheidungsmöglichkeiten beschränkt, und der Möglichkeit für den Heimbewohner, letztlich selbst zu entscheiden, insgesamt angemessen. Jedoch eine verbindliche Aussage über ihre Wirksamkeit ist letztlich ohne die Kenntnis der konkreten Leistungssituation des Heimvertrages nicht möglich.

„Bei vorübergehender Erkrankung, die nicht auf der Pflegebedürftigkeit beruht, kann der Bewohner im Haus verbleiben, sofern der behandelnde Arzt die Versorgungsmöglichkeiten für ausreichend erachtet. Auf Verlangen des Betreuungsgebers kann ein Arzt entscheiden, ob eine Krankenhauseinweisung erforderlich ist.“

„Der Heimbewohner ist damit einverstanden, dass er bei Bedarf auf ärztliche Anordnung in ein Krankenhaus überwiesen wird. Bei Pflegebedürftigkeit ist der Heimbewohner mit einer Verlegung auf die dem Heim angeschlossene Pflegestation einverstanden.“

Beide Klauseln sind unwirksam, da sie bei kundenfeindlicher Auslegung dem Heimbewohner wichtige persönliche Entscheidungen, die Entscheidung über eine ärztliche Behandlung im Krankenhaus und über den Aufenthaltsort, vollständig entziehen. Nach der ersten Klausel kann hierüber ein vom Heim eingeschalteter, bei Vertragsschluss noch nicht benannter Arzt entscheiden. Nach der zweiten Klausel entscheidet darüber das Heim. Dies widerspricht, wie oben

dargelegt, dem Leitbild des Betreuungsrechts und dem Grundsatz des Schutzes der Selbstbestimmung im Sinne des Heimgesetzes.

„Die Verwaltung, Verwahrung und Verabreichung von Medikamenten erfolgen nach ärztlicher Anordnung durch das Pflegepersonal.

Behandlungspflege wird durch entsprechend qualifiziertes Personal nach ärztlicher Anordnung ausgeführt und regelmäßig mit dem Hausarzt abgesprochen. Die Einrichtung erbringt Hilfen zur körperlichen Aktivierung mit dem Ziel einer allgemeinen Mobilisierung, wenn die gesundheitliche Situation des Pflegegastes dies zulässt und somit im Einzelfall ärztlich genehmigt und angeordnet ist.

Die ärztliche Behandlung und Betreuung des Pflegegastes wird von der Kurzzeitpflegeeinrichtung veranlasst. Es gilt das Prinzip der freien Arztwahl. Unbeschadet dessen ist die Kurzzeitpflegeeinrichtung bereit, bei der Vermittlung der ärztlichen Betreuung für den Pflegegast mitzuwirken.

Zur Sicherstellung der ärztlichen Behandlung und Betreuung muss der Pflegegast oder sein Betreuer vor Antritt der Kurzzeitpflege den behandelnden Arzt benennen und die Kurzzeitpflegeeinrichtung darüber informieren, ob dieser bereit ist, die Behandlung und Betreuung auch während des Kurzzeitpflegeaufenthalts fortzusetzen. Der Pflegegast erklärt sich damit einverstanden, dass der behandelnde Arzt die Kurzzeitpflegeeinrichtung über etwaige Erfordernisse bei der täglichen Pflege informiert und die aktuelle Medikation schriftlich mitteilt.

Bei Bedarf können von der Kurzzeitpflegeeinrichtung zusätzliche Neurologen, Physiotherapeuten, Logopäden vermittelt werden, deren Leistungen jedoch nicht Gegenstand dieses befristeten Kurzzeitvertrages sind.

An ärztliche Verordnungen gebundene Sonderleistungen können nur im Einvernehmen mit dem Arzt begonnen und wieder beendet werden.“

Diese Klausel gibt der Pflegeeinrichtung bei kundenfeindlicher Auslegung weitreichende Befugnisse. Sie regelt, dass:

- die Arzneimittelversorgung vollständig durch das Pflegepersonal erfolgt. Im Gegensatz zu der zuerst besprochenen Klausel erfolgt keine Differenzierung zwischen Medikamentenverwaltung und –verabreichung.
- Die Hilfe zur Aktivierung und Mobilisierung erfolgt nur auf ärztliche Anordnung und Genehmigung durch das Pflegepersonal. Hierüber finden Absprachen zwischen Personal und Ärzten statt, bei kundenfeindlicher Auslegung auch ohne den Pflegebedürftigen. Dies kann bedeuten, dass auf Wünsche bzw. Entscheidungen des Heimbewohners nicht eingegangen wird.
- Die Pflegeeinrichtung veranlasst ärztliche Behandlung, bei kundenfeindlicher Auslegung auch ohne Willen des Heimbewohners, durch Vermittlung von durch die Pflegeeinrichtung ausgewählten Ärzten. Das Prinzip der freien Arztwahl wird erst im zweiten Satz genannt. Es klingt in diesem Zusammenhang wie eine

Ummantelung der vom Heim veranlassten ärztlichen Behandlung. So spricht der darauffolgende dritte Satz davon, dass „unbeschadet“ dieses Prinzips das Heim bei der Vermittlung von Ärzten mitwirkt. Dies kann im Zusammenhang mit dem ersten Satz bei kundenfeindlicher Auslegung dahingehend verstanden werden, dass das Heim sich nicht davon abbringen lässt, selbst die ärztlichen Behandlung zu veranlassen.

- Der Pflegebedürftige muss sich ärztlich behandeln lassen, da ansonsten keine Aufnahme in das Heim erfolgt und im übrigen auch wie gesehen die Behandlungs- und Pflegemaßnahmen nur nach ärztlicher Anordnung durchgeführt werden.

- Die Pflegeeinrichtung kann nach kundenfeindlichster Auslegung ohne Mitwirkung des Pflegebedürftigen selbst weitere medizinische Leistungserbringer einschalten, deren Leistungen der Pflegebedürftige trägt.

- Die Klausel schränkt die Entscheidung des Pflegebedürftigen über eine Beendigung einer ärztlichen Behandlung oder Maßnahme ein. Sind vom Arzt bestimmte Behandlungen oder Maßnahmen angeordnet, werden diese von der Pflegeeinrichtung erbracht und nur auf ärztliche Anordnung hin beendet.

Die Klausel versucht gar nicht, die Interessen des Heimbewohners zu berücksichtigen, sondern stellt allein die Möglichkeiten des Heimes in den Vordergrund. Alle Regelungen sind in diesem Umfang auch nicht durch die Interessen der Pflegeeinrichtung zu rechtfertigen. Diese Klausel beeinträchtigt die Interessen des Pflegebedürftigen unzumutbar. Die Regelung insgesamt, als auch jede einzelne Regelung der Klausel hält einer Inhaltskontrolle nicht stand.

c) Gerichtliche Entscheidungen

Die meisten der von Gerichten in ihren Entscheidungen zu beurteilenden Klauseln stammen aus Pflegeheimverträgen, obwohl dort die genannten Regelungen seltener getroffen werden.

Über die folgende Klausel urteilte das OLG Celle als Berufungsgericht.⁸⁶

„Die Einrichtung übernimmt im Rahmen ihrer Möglichkeiten die Interessenvertretung, die Betreuung und Förderung, die Versorgung und die Beschäftigung des Bewohners im Sinne von Eingliederungshilfe. Zur Wahrnehmung dieser Leistungen und Dienste wird dem Einrichtungsträger oder dem von ihm Beauftragten ggf. die Ausübung der Sorgerechte überlassen.“

Nach der Auffassung des Gerichts ist die Klausel zur Überlassung des Sorgerechts nach §9 II Nr.1 AGBG (jetzt §307 II Nr.1 BGB) unwirksam. Nach der Regelung käme dem Heimträger eine betreuerähnliche Funktion zu. Dies steht im Widerspruch zu §1897 III BGB. Nach §1897 III BGB kann nicht zum Betreuer bestellt werden, wer zu einer Einrichtung, in welcher der Betreute untergebracht ist, in einem Abhängigkeitsverhältnis steht. Dieser Ausschluss gilt erst recht für die Einrichtung selbst. Auch das LG Hildesheim als Ausgangsgericht⁸⁷ hielt die Klausel zur Überlassung des Sorgerechts nach §9 II Nr.1 AGBG für unwirksam, da sie mit wesentlichen Grundgedanken des

⁸⁶ OLG Celle v. 23.11.2000 (13 U 73/00).

⁸⁷ LG Hildesheim v. 10. 02. 2000 (4 O 457/99).

Betreuungsrechts unvereinbar ist, insbesondere im Widerspruch zu §1897 III BGB steht.

Mit einer an den oben genannten Orientierungssätzen⁸⁸ anknüpfenden Begründung entschieden das LG und das KG Berlin, sowie das LG Hamburg und auch das LG Neuruppin über die folgende Klausel mit einer Regelung zur Krankenhauseinweisung, die identisch in verschiedenen Alten- und Pflegeheimverträgen verwandt wurde:

„Bei vorübergehender Erkrankung, die nicht auf der Pflegebedürftigkeit beruht, kann der Bewohner im Haus verbleiben, sofern der behandelnde Arzt die Versorgungsmöglichkeiten für ausreichend erachtet. Auf Verlangen des Betreuungsgebers kann ein Arzt entscheiden, ob eine Krankenhauseinweisung erforderlich ist.“

Das KG Berlin als Berufungsgericht⁸⁹ entschied, dass die durch die Klausel geregelte Entscheidung über eine Krankenhauseinweisung durch einen Arzt auf Verlangen des Heims nach §9 II Nr.1 AGBG unwirksam ist, da sie mit dem Grundgedanken des HeimG, die Selbständigkeit zu wahren, nicht vereinbar ist. Das LG Berlin als Ausgangsgericht⁹⁰ hielt die Klausel ebenfalls nach §9 II Nr.1 AGBG für unwirksam, da sie mit den wesentlichen Grundgedanken des Betreuungsrechts in §1906 II, IV BGB nicht vereinbar ist.

Die gleiche Entscheidung zur selben Klausel traf das LG Hamburg.⁹¹ Auch hier ist die Klausel nach §9 II Nr.1 AGBG unwirksam, da sie mit den wesentlichen Grundgedanken Heimgesetzes, die Selbständigkeit und Selbstverantwortung zu wahren und freie Entfaltung der Persönlichkeit zu sichern, unvereinbar ist.

Auch das LG Neuruppin⁹² beurteilte die Klausel nach §9 II Nr.1 AGBG als unwirksam, da sie gegen das Selbstbestimmungsrecht bzw. gegen die wesentlichen Grundgedanken des Betreuungsrechts verstößt. Die Interessen des Verwenders sind durch die Möglichkeit der Kündigung nach §4b III Nr.2 HeimG (jetzt §8 III Nr.2 HeimG) gewahrt. Das bestätigt das OLG Brandenburg in seinem Berufungsurteil⁹³ zu dieser Entscheidung.

Eine ähnliche Regelung zu Krankenhaus und Verlegung innerhalb der Einrichtung traf die folgende Klausel:

„Der Heimbewohner ist damit einverstanden, dass er bei Bedarf auf ärztliche Anordnung in ein Krankenhaus überwiesen wird. Bei Pflegebedürftigkeit ist der Heimbewohner mit einer Verlegung auf die dem Heim angeschlossene Pflegestation einverstanden.“

Das LG Düsseldorf⁹⁴ hielt die Klausel nach §9 AGBG für unwirksam. Die uneingeschränkte Einwilligung zu Krankenhaus- und Pflegestationsverlegung widerspricht dem in Art. 2 I GG gewährleisteten Selbstbestimmungsrecht des

⁸⁸ VI.5.b).

⁸⁹ KG Berlin NJW 98,829.

⁹⁰ LG Berlin v. 8.5.1996 (26 O 133/96).

⁹¹ LG Hamburg v. 15. 08. 1997 (324 O 354/97).

⁹² LG Neuruppin VuR 98,316.

⁹³ OLG Brandenburg v. 3.2.1998 (6 U 81/97).

⁹⁴ LG Düsseldorf NJW RR 91,696.

Heimbewohners und ist auch durch den Vertragszweck nicht zu rechtfertigen. Auch kann der Heimbewohner bei Vertragsschluss die Reichweite der Einwilligung nicht überschauen.

Das LG Neuruppin urteilte auch über die folgende Klausel:

„Der Heimbewohner verpflichtet sich bereits jetzt, dieses Angebot [Leistungen für den Pflegefall] anzunehmen, wenn es den Voraussetzungen des §2 [des Betreuungsvertrages] entspricht.“

In seiner Entscheidung entschied das LG Neuruppin⁹⁵, dass dieses vorweggenommene Einverständnis zu Betreuungsangeboten des Heims im Pflegefall nach §9 AGBG unwirksam ist. Zum einen verstößt es gegen das Transparenzgebot, da die konkrete Klausel den Vertragsinhalt, auf den sich die Einwilligung bezieht, nicht erkennen lässt. Zum anderen gibt die Klausel dem Heimbetreiber die unbegrenzte Möglichkeit, einseitig die Hauptleistung zu ändern. Des weiteren verstößt die Klausel gegen das Selbstbestimmungsrecht des Bewohners. Die Klausel lässt die Auslegung zu, dass zukünftig eine eigene Entscheidung des Heimbewohners über eine mögliche Vertragsänderung ausgeschlossen ist. Auch diese Entscheidung bestätigte das OLG Brandenburg in seinem Berufungsurteil.⁹⁶

Über einen Kurzzeitpflegevertrag mit folgender Klausel entschied das LG Frankenthal⁹⁷:

„Die Heimleitung kann die Entscheidung des Arztes über das Erfordernis der Krankenhauseinweisung verlangen.“

Die Entscheidung über Krankenhauseinweisung durch den Arzt auf Verlangen des Heims ist nach §9 II Nr.1 AGBG unwirksam. Die Klausel lässt die Auslegung zu, dass auf Verlangen des Heimes der Arzt die Entscheidungsbefugnis über einen Krankenhausaufenthalt erhält. Eine solch weitreichende Übertragung der Entscheidungsbefugnis ist nicht durch den Vertragszweck geboten. Kann der Heimbewohner die Entscheidung nicht selbst treffen, so muss das Vormundschaftsgericht oder der Betreuer entscheiden. Kann Patient selbst entscheiden, so steht die Klausel im Widerspruch zu Art. 2 GG.

VII. Zusatzleistungen

1. Typische Klauseln

In ihren AGB regeln die Heimbetreiber ihre Angebote an Zusatzleistungen. Dies sind Angebote für Leistungen, die nicht zu den Hauptleistungen des Heimvertrages, Unterkunft, Verpflegung, Pflege sowie Betreuung, gehören und die im Gegensatz zu den aufgezählten Hauptleistungen nicht durch Vereinbarungen mit den Pflegekassen hinsichtlich des Leistungsinhalts und des Preises ausgestaltet sind; z.B. Kleiderreinigung, Bügeln und Waschen, das Kennzeichnen von Wäsche, zusätzliche Getränke, besondere Speisen, Gymnastikkurse, Begleitung außer Haus, Stellen von Fernsehgeräten.

⁹⁵ LG Neuruppin VuR 98,316.

⁹⁶ OLG Brandenburg v. 3.2.1998 (6 U 81/97).

⁹⁷ LG Frankenthal VuR 97,360.

Anders als bei den Hauptleistungen ist der Heimbewohner nicht notwendig auf die Zusatzleistungen angewiesen und er nimmt sie nicht dauerhaft in Anspruch. Er kann diese Zusatzleistungen auch von Anbietern außerhalb des Heimes beziehen. In der Regel werden diese Zusatzleistungen nicht sofort oder in vollem Umfang vom Heimbewohner mit Abschluss des Heimvertrages in Anspruch genommen, sondern es wird vereinbart, dass für den Heimbewohner die Möglichkeit besteht, die Leistungen bei Bedarf in Anspruch zu nehmen. Das bedeutet, die AGB regeln auch die Möglichkeiten für eine spätere Vereinbarung über die Inanspruchnahme der jeweiligen Zusatzleistung. Die Klauseln über Zusatzleistungen sollen hier nicht hinsichtlich des Gegenstandes der Zusatzleistungen untersucht werden, da es typische Dienst- oder Werkleistungen sind. Untersuchungsobjekte sind nur diejenigen Klauseln, welche die Einzelheiten über die vertragliche Bindung insbesondere bei wiederholter bzw. regelmäßiger Inanspruchnahme der jeweiligen Zusatzleistungen regeln. Untersucht werden zum einen Klauseln, welche die Möglichkeiten für den Heimbetreiber regeln, das Angebot oder die vereinbarte Leistung von Zusatzleistungen zu ändern bzw. einzustellen. Untersucht werden andererseits Klauseln, welche die Möglichkeit für den Heimbewohner, auf die Inanspruchnahme von vereinbarten Zusatzleistungen zu verzichten, regeln.

„Folgende Zusatzleistungen können in Anspruch genommen werden:
 Der Umfang der Zusatzleistungen im Einzelnen sowie das hierfür zu entrichtende Entgelt ist vorher zu vereinbaren. Wird eine vereinbarte Zusatzleistung nicht in Anspruch genommen, so kann das Entgelt nur ermäßigt werden, wenn dadurch für das Heim eine Kostenersparnis eintritt. Der Bewohner hat die Nichtinanspruchnahme der Zusatzleistung rechtzeitig dem Heim mitzuteilen. Der Bewohner kann vereinbarte Zusatzleistungen ohne Angabe von Gründen jederzeit kündigen. Die trotz Kündigung dem Heim entstandenen Aufwendungen sind zu erstatten.“

„Für in Anspruch genommene sonstige Leistungen gemäß §3 werden Entgelte entsprechend der jeweils gültigen Preisliste erhoben. Der Bewohner kann vereinbarte sonstige Leistungen ohne Gründe jederzeit kündigen. Hierbei hat er die der Einrichtung bis zum Eingang der Kündigung bereits entstandenen Aufwendungen zu erstatten. Die Einrichtung hat dem Bewohner gegenüber die Erhöhung der Entgelte für die vereinbarten sonstigen Leistungen spätestens vier Wochen vor dem Zeitpunkt, an dem sie wirksam werden, schriftlich geltend zu machen und zu begründen. Wird eine Leistung nicht in Anspruch genommen, so kann das Entgelt nur ermäßigt werden, wenn dadurch eine Kostenersparnis für das Heim eintritt.“

„Die Einrichtung bietet dem Heimbewohner die in Anlage 1 nach Art und Umfang näher beschriebenen Zusatzleistungen gemäß §88 SGB XI gegen besondere Berechnung an. Die Gewährung dieser Zusatzleistungen erfolgt aufgrund gesonderter Vereinbarungen der Parteien. Die vereinbarten Zusatzleistungen sind von dem Bewohner jederzeit kündbar mit einer Frist von vier Wochen zum Monatsende. Die Einrichtung ist jederzeit berechtigt, ihr Angebot an Zusatzleistungen durch einseitige Erklärung zu erweitern oder

einzuschränken. Soweit eine Einschränkung erfolgt, gilt eine Ankündigungsfrist von einem Monat zum Monatsende.“

„Das Heim bietet dem Bewohner Zusatzleistungen gegen besondere Bezahlung an, die in Anlage 5 des Vertrages näher beschrieben sind. Die Gewährung dieser Zusatzleistungen bedarf einer gesonderten Vereinbarung der Vertragspartner. Ein künftiger Verzicht des Bewohners auf regelmäßig in Anspruch genommene Zusatzleistungen ist dem Heim spätestens 14 Tage vor Inkrafttreten schriftlich oder zur Niederschrift mitzuteilen. Das Heim ist berechtigt, Zusatzleistungen zu erweitern oder einzuschränken. Soweit eine Einschränkung beabsichtigt wird, ist das dem Bewohner bis 14 Tage vor Wirksamwerden schriftlich bekannt zu geben.“

Typisch an den Regelungen ist, dass für Leistungen, für die üblicherweise auch bei mehrfacher Inanspruchnahme jeweils neu ein gesonderter Dienst- oder Werkvertrag abgeschlossen wird, ein dauerhaftes Vertragsverhältnis geschaffen wird. Die Möglichkeiten, dieses Vertragsverhältnis zu beenden, sind in den Klauseln für beide Vertragsparteien nicht immer gleich ausgestaltet.

2. Gesetzlicher Rahmen

Der Begriff der Zusatzleistungen ist durch die Regelungen des SGB XI und insbesondere §88 SGB XI geprägt. §88 SGB XI regelt, welche Leistungen als Zusatzleistungen angeboten werden dürfen. Die Regelung soll die Zusatzleistungen inhaltlich von den Hauptleistungen abgrenzen. Nur für letztere gelten die Vereinbarungen mit den Pflegekassen.⁹⁸ Außer der inhaltlichen Abgrenzung zu den Hauptleistungen erfolgen keine gesetzlichen Vorgaben durch das SGB XI. Daher gibt es für die Untersuchung, ob die Vereinbarungen zu den Zusatzleistungen im Hinblick auf die Dauer der Vertragsbindung, auf die Kündigungsmöglichkeiten, auf Änderungsmöglichkeiten, auf die Zahlungsbedingungen wirksam sind, keine gesetzlichen Vorgaben des Pflegeversicherungsrechts.

Es zeigte sich, dass die Heimbetreiber als Anbieter der Leistungen zumeist mehr Rechte zu ihren Gunsten vereinbaren, als sie dem Heimbewohner selbst bieten. Die Problematik, die bei anderen durch AGB vereinbarten Leistungen gleichfalls auftritt, kann für den Bereich der Heimverträge verschärft werden, weil zum einen die Pflegeeinrichtungen versuchen, über Zusatzleistungen ihren durch die Vereinbarungen mit den Pflegekassen oftmals sehr knapp bemessenen Finanzrahmen durch zusätzliche Einnahmen aufzubessern.⁹⁹ Zum anderen weil die Heimbewohner auf Grund ihres gesundheitlichen Zustandes oft gehindert sind, die als Zusatzleistungen angebotenen Leistungen bei Anbietern außerhalb des Heimes in Anspruch zu nehmen.

⁹⁸ Die Problematik, welche Leistungen neben den von der Pflegekasse nach §85 SGB XI vergüteten allgemeinen Pflegeleistungen bzw. neben den nach §87 SGB XI zu entgeltenden Leistungen für die Unterkunft und Verpflegung überhaupt als Zusatzleistungen angeboten werden können, soll hier nicht erörtert werden. siehe hierzu FUNK §88 SGB XI Rdnr.4-6.

⁹⁹ Vgl. UDSCHING SGB XI §88 Rdnr.5.

Daher ist hier der für das deutsche AGB-Recht neue Gesichtspunkt, der Grundsatz der Gleichbehandlung beider Vertragsteile, relevant, der in Nr.1c, d, f des Anhangs der RL 93/13 zum Ausdruck gebrachte ist.¹⁰⁰ Daneben sind die teilweise im deutschen AGB-Recht ebenfalls geregelten Gesichtspunkte zur Missbräuchlichkeit von einseitigen Änderungsrechten, so in Nr.1 j, k des Anhangs der RL 93/13, relevant.

3. Regelungszweck und betroffene Interessen

Die dauerhafte Vereinbarung von üblicherweise einzelnen Leistungen ermöglicht bzw. erleichtert es dem Heimbetreiber, diese Leistungen anzubieten, da sich sein Angebot im Unterschied zu anderen Anbietern, die gleichartige Leistungen außerhalb des Heimes anbieten, nur an seine Heimbewohner richtet. Auf Grund dieser beschränkten Anzahl potenzieller Kunden möchte der Heimbetreiber, dass die Leistungen regelmäßig nachgefragt werden. Der beschränkte Kundenkreis begründet auch das Interesse seitens des Heimbetreibers an einer erleichterten Änderung bzw. Beendigung von Angeboten der Zusatzleistungen, um sein Angebot an den Bedarf anzupassen.

Die Heimbewohner profitieren davon, dass ihnen Leistungen direkt im Heim, d.h. in ihrem unmittelbaren Wohnumfeld, angeboten werden. Daher führen Änderungen der angebotenen Zusatzleistungen auch zu einer Veränderung der Qualität des Heimplatzes. Der Heimbewohner hat seine Auswahl des Heimplatzes eventuell auch von den zusätzlich angebotenen Leistungen abhängig gemacht. Nachteilig für den Heimbewohner sind Regelungen, die ihn auf Dauer an einmal in Anspruch genommene Zusatzleistungen binden.

4. Interessenabwägung

Durch die Regelungen betroffen sind die Leitbilder des Heimgesetzes von der Sicherung von ordnungsgemäßer und qualitätsgerechter Leistung¹⁰¹ und der Sicherung der wirtschaftlichen Interessen.¹⁰² Klauseln, die es dem Heimbetreiber ermöglichen, sich einseitig von Leistungsverpflichtungen zu entledigen oder Entgelte einzubehalten, ohne Leistungen zu erbringen bzw. Aufwendungen für die Bereitstellung der Leistung zu haben, verstoßen gegen diese Leitbilder. Eine übermäßige Bindung an einmal in Anspruch genommene Leistungen widerspricht auch dem Leitbild der Wahrung der Selbstbestimmung der Heimbewohner.¹⁰³ Daneben kann eine ungleiche Verteilung der Möglichkeiten zur Beendigung der vertraglichen Bindung bzw. die einseitigen Möglichkeit für den Heimbetreiber, bei Vertragsaufhebung Entgelte einzubehalten, gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung beider Vertragspartner verstoßen.

Die erste der oben aufgeführten Klauseln widerspricht den genannten Leitbildern und Grundsätzen nicht. Für Heimbewohner besteht jederzeit die Möglichkeit zu

¹⁰⁰ Siehe hierzu C.III.4.b).

¹⁰¹ Vgl. oben B.II.4.e).

¹⁰² vgl. oben B.II.4.f).

¹⁰³ vgl. oben B.II.4.b).

kündigen. Nur soweit dem Heim bei einer fristlosen Kündigung Aufwendungen entstehen, sind diese zu ersetzen. Das Heim gibt die durch eine Nichtinanspruchnahme der Leistungen entstandenen Kostenersparnisse weiter. Einseitige Möglichkeiten für das Heim, seine Leistungsverpflichtungen zu ändern bestehen nicht. Die zweite Klausel entspricht weitgehend der ersten Klausel, jedoch besteht für den Heimbetreiber zusätzlich die Möglichkeit der einseitigen Entgelterhöhung. Da dies nur nach einer schriftlichen Ankündigung samt Begründungen möglich ist und der Heimbewohner jederzeit die Möglichkeit hat, die Zusatzleistung zu kündigen, werden die Interessen des Heimbewohners nicht übermäßig eingeschränkt. Auch diese Klausel hält einer Überprüfung nach den §§307 ff. BGB stand.

Anders dagegen die dritte und vierte Klausel. Hier bestehen für den Heimbewohner längere Kündigungsfristen. Die vierte Klausel erschwert die Kündigung noch dadurch, dass diese schriftlich zu erfolgen hat. Die Klauseln geben den Heimen eine einseitige Befugnis, ihre Leistung zu ändern. Zwar setzt dies eine fristgerechte Ankündigung voraus, jedoch ist die Ankündigungsfrist gleich bzw. fast gleich der Kündigungsfrist für den Heimbewohner. Daher bleibt für diesen nicht ausreichend Zeit, die Änderung der Leistung zu überdenken und sich für oder gegen die weitere Inanspruchnahme der Leistung zu entscheiden. Ihm bliebe dann keine Möglichkeit, fristgerecht die geänderte Leistung zu kündigen. Insgesamt sind die Klauseln daher nach §307 II BGB unwirksam.

VIII. Verweisungsklauseln

1. Typische Klauseln

Abschließend sollen Klauseln, die auf die Kollektivvereinbarungen der Heimbetreiber mit den Pflegekassen verweisen untersucht werden. In den Heimverträgen verwenden die Heimbetreiber zumeist Klauseln wie diese:

„Im übrigen bestimmt sich der Inhalt der genannten Leistungen (...) nach dem jeweils gültigen Rahmenvertrag gemäß §75 SGB XI.“

Hiermit wird dynamisch auf die jeweils gültigen Kollektivvereinbarungen mit den Pflegekassen verwiesen.

2. Gesetzeslage

Nach §5 V S.1 HeimG müssen Art, Inhalt und Umfang der Leistungen des Heimvertrages, bei Leistungsempfängern der sozialen Pflegeversicherung den im Siebten und Achten Kapitel oder den aufgrund des Siebten und Achten Kapitels des SGB XI getroffenen Regelungen entsprechen. Auf Grund der Differenzierungsverbote in §5 VII HeimG, §84 III, IV und §87 S.3 SGB XI gilt dies, sofern dass Heim mit einem Leistungsempfänger der Pflegeversicherung einen Vertrag abschließt, für alle Heimverträge. Die Regelungen des Siebtes und Achten Kapitel des SGB XI sehen den Abschluss kollektiver Vereinbarungen zwischen den Verbänden der Pflegekassen und denen der Pflegeeinrichtungen, insbesondere die Rahmenverträge nach §75 SGB XI und die Qualitätsvereinbarungen nach §80 und §80a SGB XI, vor. Diese

Kollektivvereinbarungen enthalten für den Heimvertrag relevanten Regelungen.
104

3. Regelungszweck und betroffene Interessen

Der Heimbetreiber ist an die Vereinbarungen mit den Pflegekassen gebunden und verpflichtet, die in den Kollektivvereinbarungen getroffenen Regelungen in seinen Heimverträgen umzusetzen. Der einzelne Heimbetreiber hat auf den Inhalt der von den Verbänden getroffenen Vereinbarungen kaum Einfluss, Änderungen der Kollektivvereinbarungen sind für ihn nicht vorhersehbar, er erhält erst nach den Änderungen Kenntnis von diesen. Daher nutzt er dynamische Verweisungen, um seinen Pflichten gegenüber den Pflegekassen zu erfüllen. Zum anderen ist er interessiert allen Heimbewohner standardisiert die selben Leistungen anzubieten, um so seinen Aufwand zu verringern. Auch hierfür eignen sich die dynamischen Verweisungsklauseln, da mit ihnen unabhängig vom Inhalt der Kollektivvereinbarungen zum Zeitpunkt des Vertragschlusses für alle Heimbewohner immer der selbe Leistungsinhalt vereinbart ist.

Auch der Heimbewohner hat, selbst als Leistungsempfänger der Pflegekasse, keinen Einfluss auf die Änderungen der Kollektivverträge. Er ist daran interessiert, dass er die bei Vertragsschluss vereinbarten Leistungen auf Dauer weiter erhält und keine Verschlechterung der Leistung eintritt. Zwar bezwecken die Kollektivvereinbarungen eine einheitliche Versorgung der Pflegebedürftigen sicherzustellen und die Heimbewohner zu schützen. Jedoch vertreten die Pflegekassen beim Abschluss der Kollektivvereinbarungen auch das eigene Interesse, ihre Ausgaben mit ihren Einnahmen in Übereinstimmung zu bringen. Die Interessen der Heimbewohner stimmen somit nicht immer mit den Interessen der Pflegekassen überein. Änderungen der Kollektivvereinbarungen können für den Heimbewohner auch nachteilig sein.

4. Interessenabwägung

a) Transparenzkontrolle

Die Nutzung von dynamischen Verweisungen führt zu Problemen mit dem Transparenzgebot. Wie zuvor dargestellt¹⁰⁵, gebietet der Transparenzgrundsatz, dass grundsätzlich alle relevanten Vertragsbedingungen im Vertragswerk enthalten sein müssen. Daher sind Verweisungen ohne Beifügung des Verweisungsobjekts grundsätzlich unzulässig. Denn nach §305 II Nr.2 BGB ist es erforderlich, dem Vertragspartner die Möglichkeit zu verschaffen die Vertragsbedingungen zur Kenntnis zu nehmen. Dies wäre aber bei dynamischen Verweisungen nicht der Fall. Selbst wenn bei Vertragsschluss dem Vertragswerk das zu diesem Zeitpunkt gültig Verweisungsobjekt beigefügt wird, so ist es unmöglich, die später gültigen Verweisungsobjekte beizufügen. (Zumeist werden beim Abschluss von Heimverträgen die verwiesenen Rahmenverträge nach §75 I SGB XI allenfalls in Auszügen beigefügt.) Ausnahmsweise sind Verweisungen auf nicht vorliegende Regelwerke aber zulässig, wenn der Verwender davon

¹⁰⁴ Siehe hierzu A.I.2.b).

¹⁰⁵ Oben C.III.2.a)dd).

ausgehen kann, dass seinem Vertragspartner Bezugsobjekt bekannt ist und die Einbeziehung sachgerecht ist. Der BGH hat dies bei der Verweisung auf die VOB in einen Werkvertrag mit einem Vertragspartner der beruflich häufig mit dem Vertragsmuster zu tun hatte bejaht, abgelehnt aber bei einem Vertragspartner nicht in dem Gewerbe tätig war.¹⁰⁶

Zu untersuchen ist, inwieweit diese Ausnahmegründe auch für Heimverträge gelten. Nach Oetker¹⁰⁷ ist dies der Fall, da der Heimbewohner davon Kenntnis hat, dass Teile der Heimverträge durch die Pflegekassen ausgestaltet werden und diese Rahmenvereinbarungen nach Absicht des Gesetzgebers Teil des Heimvertrags werden sollen. Das die Einbeziehung der Rahmenverträge in den Heimvertrag sachgerecht ist, ist eher unstreitig. Problematisch bleibt jedoch, ob das Bezugsobjekt, die Rahmenverträge nach §75 I SGB, dem Vertragspartner wirklich bekannt sind. Diese dürfte dem durchschnittlichen Heimbewohner eher unbekannt sein. Jedoch tragen die weiteren Gründe von Oetker die Zulässigkeit einer dynamischen Verweisung in Heimverträgen. „Dynamische Verweisklauseln verstoßen ... dann nicht gegen das Bestimmtheitsgebot ... , wenn sie im Einzelfall gegenüber der statischen Verweisung eine unkompliziertere, leichter nachvollziehbare und verständlichere Form der Regelung ... ermöglichen und ... die Vertragsbedingungen funktional auf den Vollzug eines dynamischen veränderten Regelungswerks ausgerichtet sind.“¹⁰⁸ Gerade dies ist bei Heimverträgen der Fall. Eine statische Verweisung auf die zum Zeitpunkt der Vertragsschlusses gültigen Rahmenverträge nach §75 I SGB XI zusammen mit Regelungen über eine Vertragsänderung für den Falle von deren Änderung sind gegenüber der dynamischen Verweisung weniger verständlich. Zudem hat der Gesetzgeber, wie §5 V S.1 HeimG zeigt, die Rahmenvereinbarungen zur Einbeziehung in den Heimvertrag vorgesehen.

Neben dem Aspekt des Transparenzgebot, Vollständigkeit des Vertragswerkes, könnte auch durch die Verwendung der dynamischen Verweisklauseln der Aspekt des Transparenzgebotes, Klauseln verständlich und durchschaubar zu formulieren, betroffen sein. Jedoch ist dieses Gebot begrenzt durch die Möglichkeiten für den Verwender, seine Klauseln zu formulieren.¹⁰⁹ Ein Verstoß gegen diesen Aspekt des Transparenzgebots liegt nur vor, wenn es dem Heimbetreiber möglich ist, seine Vertragswerk ohne die Nutzung von dynamischen Verweisklauseln verständlich zu formulieren. Hier ist es für den Heimbetreiber unmöglich sein AGB ohne die dynamische Verweisung zu formulieren, weil die verwiesenen Rahmenvereinbarungen stetigen Schwankungen unterliegt und deshalb eine allgemeingültigen Fassung der AGB nicht möglich ist.¹¹⁰

¹⁰⁶ BGHZ 89 S.135,138; BGHZ 109 S.192,194; BASSENGE Palandt BGB §305 Rdnr.34.

¹⁰⁷ OETKER JZ 2002 S.337,339,340.

¹⁰⁸ OETKER JZ 2002 S.337,340.

¹⁰⁹ BTGHZ 112 S.115,119; BASSENGE Palandt BGB §307 Rdnr.18.

¹¹⁰ Vgl. OETKER JZ 2002 S.337, 341.

b) Inhaltskontrolle

aa) Kontrollfreiheit

Vor einer Inhaltskontrolle ist zu untersuchen, ob Klauseln in Pflegeverträgen, welche die zwingenden Kollektivvereinbarungen mit den Pflegekassen zu den Leistungen und Entgelten, insbesondere die Rahmenvereinbarungen nach §75 SGB XI umsetzen, kontrollfreie Klauseln sind.

Die Klauseln könnten zum einen als deklaratorische Klauseln nicht der Inhaltskontrolle unterfallen. Nach der in Kapitel C vorgestellten Definition handelt es sich nicht um deklaratorische Klauseln. Denn die Vereinbarungen mit den Pflegekassen, insbesondere die Rahmenverträge nach §75 SGB XI, würden nicht ohne ihre Umsetzung durch die Pflege- und Heimverträge für das privatrechtliche Vertragsverhältnis zwischen Pflegeeinrichtung und Pflegebedürftigem gelten. Eine direkte Wirkung auf das privatrechtliche Vertragsverhältnis ergibt sich nicht aus §§75 I S.4 SGB XI. Nach dem Wortlaut sind die Rahmenvereinbarungen nur für die Pflegekassen und die zugelassenen Pflegeeinrichtungen unmittelbar verbindlich, nicht jedoch für die Vertragspartner der Pflegeeinrichtungen.¹¹¹ Überdies ist es fraglich, ob den an den Rahmenvereinbarungen beteiligten privatrechtlichen Vereinigungen der Träger der ambulanten und stationären Pflegeeinrichtungen überhaupt eine Normsetzungskompetenz zukommen kann und somit die Rahmenverträgen Rechtsnormcharakter haben können.¹¹² Eine direkte Anwendung der Vereinbarungen mit den Pflegekassen auf Heimverträge ergibt sich auch nicht aus §5 V S.1 HeimG. Zwar müssen nach dieser Vorschrift in Heimverträgen mit Leistungsempfängern der Pflegeversicherung die Leistungen und Entgelte den im Siebten und Achten Kapitel des SGB XI oder den auf Grund dieser Kapitel getroffenen Regelungen entsprechen. Somit müssen also die Vertragsklauseln hinsichtlich Leistung und Entgelt den Rahmenvereinbarungen entsprechen. Jedoch normiert §5 V S.1 HeimG keine direkte Anwendung dieser Vereinbarungen: Dies ergibt sich aus §5 V S.2 HeimG. Denn §5 V S.2 HeimG gibt beiden Parteien des Heimvertrages für den Fall, dass die Verträge nicht den genannten Regelungen entsprechen, einen Anspruch auf Vertragsanpassung. Auch Klauseln, die Normen der SGB XI wiedergeben bzw. hierauf verweisen, sind keine deklaratorischen Klauseln und unterfallen daher der Inhaltskontrolle. Denn die Normen des SGB XI gelten nicht unmittelbar für das vertragsrechtliche Verhältnis zwischen der Pflegeeinrichtung und dem Verbraucher. Anders ist es mit den zwingenden vertraglichen Normen aus dem Heimgesetz.

Die Klauseln in Pflegeverträgen, welche die zwingenden Kollektivvereinbarungen mit den Pflegekassen zu den Leistungen und Entgelten, insbesondere die Rahmenvereinbarungen nach §75 SGB XI umsetzen, könnten zum anderen kontrollfreie leistungsbestimmende Klauseln sind. Klauselwerke, welche die Kollektivvereinbarungen mit den Pflegekassen umsetzen, enthalten

¹¹¹ BGHZ 149 S.146,152.

¹¹² UDSCHING SGB XI §75 Rdnr.5; WIESNER SGB XI §75 Rdnr.10ff.; KLIE LPK-SGB XI §75 Rdnr.9.

nicht nur Klauseln, welche die Leistungen und Entgelte einfach festsetzen, sondern auch solche, die modifizierende Nebenabreden zu Leistungen und Entgelten treffen. Denn die Kollektivvereinbarungen enthalten recht weitgehende Regelungen. Neben Regelungen zu Art, Inhalt und Umfang der Leistung und den Entgelten enthalten die Vereinbarungen auch Regelungen zu den Modalitäten der Leistungserbringung, zur Qualität der Leistungen und zu Maßnahmen der Qualitätssicherung. Klauseln zu letztgenannten Regelungsbereichen wären nach den oben entwickelten Grundsätzen zur Abgrenzung von kontrollfreien zu kontrollfähigen Leistungsklauseln grundsätzlich kontrollfähig. Dafür, diese Klauseln als leistungsbeschreibende Klauseln trotzdem weitestgehend kontrollfrei zu halten, spricht eine Reihe von Gründen. Zum einen sind die Pflegeeinrichtungen an die mit den Pflegekassen abgeschlossenen Kollektivvereinbarungen gebunden. Sie haben, soweit die Vorgaben dieser Vereinbarungen reichen, keinen eigenen Gestaltungsspielraum. Daher besteht im Regelungsbereich dieser Vereinbarungen nicht die Gefahr, dass die Pflegeeinrichtungen ihre Vertragsgestaltungsmacht einseitig ausnutzen könnten. Zum zweiten besteht auch nicht das Problem des fehlenden Wettbewerbs. Vom Gesetzgeber ist hier kein Konditionswettbewerb gewollt. Es soll statt dessen durch die Kollektivvereinbarungen mit den Pflegekassen eine einheitliche Leistungserbringung sichergestellt werden. Daneben gelten die Gründe, welche für die Kontrollfreiheit von Leistungsklauseln sprechen, hier in ähnlicher Weise. Auch hier sind die Leistungen und Entgelte nicht im Gesetz geregelt. Ihre Bestimmung ist zwar nicht der Privatautonomie der Parteien jedoch vom Gesetz den Verbänden der Pflegeeinrichtungen und der Pflegekassen überlassen. Die Festsetzung der Leistungen samt den qualitativen Aspekten und den Preisen bleibt allein dem sozialversicherungsrechtlichen Konzept der Kollektivvereinbarungen überlassen. Überdies können Klauseln zu Leistungen und Entgelten in Heimverträgen, sofern sie den Vereinbarungen mit den Pflegekassen entsprechen, auch im Fall ihrer Unwirksamkeit nicht im Vertrag ersetzt werden. Selbst wenn sich hierfür passendes dispositives Gesetzesrecht finden lässt, so besteht nach §5 V S.2 HeimG ein Anpassungsanspruch für beide Parteien, der darauf gerichtet ist, den Heimvertrag bei Leistungen und Entgelten an die Vereinbarungen mit den Pflegekassen anzupassen. Auch dies zeigt, dass der Gesetzgeber hier beiden Vertragsparteien den vertraglichen Gestaltungsspielraum verschließt. Der nach §307 III BGB bestehende kontrollfreie Bereich für leistungsbestimmende Klauseln soll speziell für Pflegeverträge weiter gefasst werden. Es ist klarzustellen, dass nur Klauseln aus dem Bereich der Leistungsbestimmung von der Inhaltskontrolle freigestellt werden sollen.

Der BGH hält die Klauseln, welche die für den Heimbetreiber zwingenden Kollektivvereinbarungen umsetzen grundsätzlich für generell kontrollfähig.¹¹³ Allerdings begründet er dies damit, dass diese Klauseln keine deklaratorischen Klauseln sein können, da die Kollektivverträge nur den Heimbetreiber binden. Gegenüber dem Heimbewohner gelten die Regelungen aus den Kollektivvereinbarungen auf Grund des privatrechtlichen Heimvertrages.¹¹⁴ Auf

¹¹³ BGHZ 149 S.146,153.

¹¹⁴ BGHZ 149 S.146,152.

die Fragen, ob die Klauseln kontrollfreie Leistungsbestimmungsklauseln sein könnten, geht der BGH in dieser Entscheidung nicht ein. In der Entscheidung überprüft der BGH nicht, ob die durch eine Verweisung Vertragsbestandteil gewordenen Kollektivvereinbarungen als AGB angemessen wären. Dies ist nicht Gegenstand des Verfahrens.¹¹⁵ Überprüft wird nur, ob eine dynamische Verweisklausel auf die jeweils aktuellen Regelungen der Kollektivverträge nach §9 I AGBG zulässig ist. Dies ist nach Auffassung des Gerichts, auf Grund der gesetzlich gewollten Verzahnung von Pflegeversicherungsrecht und Heimvertragsrecht der Fall.¹¹⁶ Allerdings wird damit auch implizit zum Ausdruck gebracht, dass die Regelungen, auf welche die Klausel verweist, jetzt und in Zukunft nicht nach §307ff. BGB unangemessen sein können. Dies bedeutet, dass diese Regelungen der Kollektivverträge in der Sache kontrollfrei sind.

Für ein Zurücktreten der Inhaltskontrolle, falls Klauseln auf einer Kollektivvereinbarungen zwischen Trägern der Sozialversicherung und Leistungserbringern beruhen, spricht sich auch Eichenhofer in seiner Anmerkung zu dem Urteil des BGH aus.¹¹⁷

bb) Unangemessene Benachteiligung

Sofern man, entgegen meiner Auffassung, die Klauseln, welche die Vereinbarungen mit den Pflegekassen umsetzen, für kontrollfähig hält, wären diese gemäß §307 I BGB auf eine unangemessene Benachteiligung zu überprüfen. Die die gesetzlichen Regelungen des SGB XI, durch welche die Vertragsgestaltungsfreiheit hinsichtlich der Leistungsbestimmung und den Entgelten ausgeschaltete wird, zwingt die Pflegeeinrichtungen dazu, die Vereinbarungen mit den Pflegekassen vollständig in ihren Verträgen mit den Pflegebedürftigen umzusetzen. Eine Folge der dieser gesetzlichen Regelung ist, dass alle Klauseln, die Leistungsbestimmungen und Entgeltregelungen entsprechend der zwingenden Vorgaben des SGB XI bzw. der Vereinbarungen mit den Pflegekassen umsetzen, auch bei Nachteilen für die Heimbewohner wirksam sein müssen. Insoweit kann hier keine unangemessene Benachteiligung nach §307 I BGB vorliegen. Die Vorschriften über AGB bezweckt den Schutz vor Ausnutzung oder Missbrauch der einseitigen Vertragsgestaltungsmacht. Eine unangemessene Benachteiligung liegt vor, wenn der Verwender von AGB seine einseitige Vertragsgestaltungsmacht zu Lasten seines Vertragspartners nur für eigene Interessen nutzt oder sie missbraucht. Bei der Bestimmung von Leistungen und Entgelten können die Pflegeunternehmen aber keine einseitige Vertragsgestaltungsmacht ausnutzen, denn sie haben keine Vertragsgestaltungsmacht gegenüber den Pflegebedürftigen. Ausgestaltet werden die Pflege- und Heimverträge durch die Vereinbarungen mit den Pflegekassen. Bei diesen Vereinbarungen vertreten die Pflegekassen die Interessen ihrer Versicherten und auch die der nicht versicherten Selbstzahler. Die Pflegeunternehmen setzen nur noch die für sie bindenden (zwingenden) Vereinbarungen in den privatrechtlichen Verträgen um. Sie haben hier keine anderen Alternativen. Auch wenn man die Sachwalterrolle der Pflegekassen

¹¹⁵ BGHZ 149 S.146,153.

¹¹⁶ BGHZ 149 S.146,155.

¹¹⁷ LM §9 (Bm) AGBG Nr.41.

kritisch ansieht, da die Pflegekassen auch ihre eigenen Interessen (Kostendeckung, Beitragsstabilität) beachten müssen und diese den Interessen der Versicherten, die Leistungen beziehen, widersprechen können, so ist ihnen diese Rolle vom Gesetzgeber zugewiesen. Die Pflegeunternehmen können diese Rahmenbedingungen nicht beeinflussen. Demnach können, legt man den Schutzzweck der Vorschriften über AGB zugrunde, die genannten Klauseln nicht unangemessen benachteiligen.

Zwar beeinflusst die Richtlinie 93/13 die Auslegung und das Verständnis des Schutzzwecks der Vorschriften über AGB bei Verbraucherverträgen. Die Richtlinie sieht eine Kontrolle für Klauseln vor, die nicht im einzelnen ausgehandelt wurden. Diese Klauseln sollen auf Missbrauch kontrolliert werden. Nach Art.3 II RL ist eine Vertragsklausel immer dann als nicht im einzelnen ausgehandelt zu betrachten, wenn sie im voraus abgefasst wurde und der Verbraucher deshalb keinen Einfluss auf ihren Inhalt nehmen konnte. Bei den Vertragsklauseln über Leistungen und Entgelte ist aber auch keine Einflussnahme seitens der Verwender möglich. Die gesetzlichen Regelungen des SGB XI sehen dies nicht vor. Daher fehlt es an der Kausalität zwischen der Abfassung im voraus und der fehlenden Einflussmöglichkeit des Verbrauchers. Auch bei einer Auslegung von §307 I BGB unter Berücksichtigung der Richtlinie können die oben genannten Klauseln daher nicht missbräuchlich sein. Zum anderen könnten solche Klauseln gar nicht unter den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen. Nach Art.1 II der RL unterliegen Vertragsklauseln, die auf bindenden Rechtsvorschriften beruhen, nicht der RL. Dies gilt auch, so Punkt 13 der Erwägungen der RL, für Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten, in denen indirekt Klauseln für Verbraucherverträge festgelegt werden.

Dem gemäß wären z.B. Klauseln in Heimverträgen wirksam, die für Einzelheiten der Leistungsbestimmung dynamisch auf die jeweiligen Rahmenverträge mit den Pflegekassen verweisen. Anders ist es mit Klauseln, die nur die Mindeststandards zum Schutz der Versicherten des SGB XI bzw. aus den Vereinbarungen mit den Pflegekassen umsetzen. Solche Klauseln können sehr wohl unwirksam sein, insbesondere wenn sie den Vorgaben und Leitbildern des Heimgesetzes nicht entsprechen. Hier haben die Pflegeeinrichtungen Gestaltungsfreiheit. Eine AGB-Kontrolle, die über die Standards des SGB XI hinausgehende Anforderungen stellt, ist möglich.

c) Rechtssprechung

Der BGH hält einen dynamischen Verweis auf die Rahmenverträge nach §75 SGB XI, welche den Inhalt der Pflegeleistungen regeln, für zulässig.¹¹⁸ Er begründet dies damit, dass der Gesetzgeber diese Verzahnung des Heimvertragsrechts mit dem Leistungsrecht des SGB XI beabsichtigt habe. Die kollektiven Vereinbarungen nach dem Siebten und Achten Kapitel des SGB XI sind das vorgesehene Instrument, welches das Leistungserbringungsrecht ausgestaltet. Der Heimbetreiber ist gegenüber den Pflegekassen an diese Vereinbarungen gebunden. Innerhalb des Vertragsverhältnisses zwischen Heimbewohner und Heim ist Rechtsgrund für die Anwendung der nach dem

¹¹⁸ BGHZ 149 S.146.

Siebten und Achten Kapitel des SGB XI getroffenen Vereinbarungen allein der Heimvertrag. Zwar verstößt eine dynamische Verweisung im Heimvertrag gegen den Grundsatz, dass Vertragsinhalte nur im Einvernehmen der Vertragsparteien verändert werden können. Auch kann eine dynamische Verweisung für den Heimbewohner zu nachteiligen Änderungen des Vertragsinhalts führen. Trotzdem ergibt sich hieraus unter Berücksichtigung der gesetzlich gewollten Verzahnung zwischen Heimvertragsrecht und Pflegeversicherungsrecht keine unangemessene Benachteiligung im Sinn des §9 I AGBG (jetzt §307 I BGB). Denn der pflegeversicherte Heimbewohner hat auch ein Interesse daran, seinen gegen die Pflegekasse bestehenden Leistungsanspruch ungeschmälert durchzusetzen. Das ist ihm aber nur möglich, wenn er mit einer durch die Pflegekassen zugelassenen Pflegeeinrichtung, d.h. einer Pflegeeinrichtung, welche die Rahmenverträge nach §75 SGB XI beachtet und umsetzt, einen Vertrag abschließt. Ansonsten hat der Pflegebedürftige nach §91 II SGB XI gegen die Pflegekasse nur einen Anspruch auf Erstattung in Höhe von 80 v.H. seiner pflegebedingten Aufwendungen.¹¹⁹

¹¹⁹ BGHZ 149 S.146, 148ff.; siehe zur Wirksamkeit einer solchen Klausel auch LG Hamburg v. 7.4.2000 (324 O 529/99).

E Resümee und Thesen

I. Vergleich des Schutzes durch HeimG und die AGB-Regelungen

Nach Kunz hat die Überprüfung von Vertragsklauseln nach den AGB-Regelungen nach dem Ersten Änderungsgesetz des Heimgesetzes von 1990 durch die Einfügung der §§4a bis d a.F. HeimG bzw. der 2002 neu gestalteten §§6 ff. HeimG erheblich an Bedeutung verloren.¹ Bei der AGB-Überprüfung wurden überwiegend Kündigungs- und Entgelterhöhungsklauseln beanstandet, für die nunmehr zwingendes Recht des Heimgesetzes gilt.² Gegen eine verringerte Bedeutung der Klauselkontrolle nach den AGB-Regelungen spricht jedoch die nach 1990 weiterhin hohe Anzahl von Rechtsstreitigkeiten und gerichtlichen Entscheidungen über die Wirksamkeit von AGB. Entscheidungen ergingen, trotz des damals neuen §4c a.F. HeimG, auch über die dort geregelten Entgelterhöhungsklauseln. Ebenso kam es weiterhin zu zahlreichen Entscheidungen in anderen Regelungsgebieten; so zu Entgeltklauseln bei Abwesenheit, Einwilligungsklauseln, Klauseln zu Todesfall und Nachlass, Regelungen zur Vertragsfortsetzung, Datenschutzklauseln, Haftungsklauseln.³ Dies zeigt, dass der Klauselkontrolle mittels der AGB-Regelungen weiterhin eine Vorreiterrolle zukommt.⁴ Mittels der §§305ff. BGB können alle, insbesondere neue Vertragsgestaltungen, überprüft werden und Vorgaben für die Vertragsgestaltung entwickelt werden. Dies geschieht schneller, flexibler und oft mit weiter reichendem Schutz für die Heimbewohner als durch gesetzliche Regelungen im Heimgesetz.

Diese Bedeutung und auch Überlegenheit des Verbraucherschutzes durch AGB-Kontrolle gegenüber dem Schutz durch das Heimgesetz zeigten sich schon in der Vergangenheit an zwei Beispielen:

1. Eine Schwäche der Konzeption des Heimgesetzes, dass es die öffentlich rechtliche Überwachung des Heimwesens regelt und nur einige vertragliche Mindeststandards setzt, zeigt sich z.B. bei Regelungen zur Entgelterhöhung. Zuerst hielt der Gesetzgeber keine gesetzliche Regelung für nötig, sondern er vertraute auf die Arbeit der Heimaufsichtsbehörden. Erst als sich Missstände häuften und Gerichte gegen die Wirksamkeit von Heimverträgen entschieden, wurde der Gesetzgeber tätig und fügte 1990 §4c a.F. HeimG ein. Hiernach war nur eine Entgelterhöhung bei Veränderungen der Berechnungsgrundlage möglich. Das neue Entgelt musste angemessen sein. Jedoch konnte gemäß §4c II S.2 a.F. HeimG im Heimvertrag die Möglichkeit der einseitigen Entgelterhöhung vereinbart werden. Auf Grund dieser Möglichkeit für einseitige Entgelterhöhung lag der Schutz für die im allgemeinen besonders schutzbedürftigen Verbraucher schon unter dem Schutz, den der Gesetzgeber

¹ So KUNZ HeimG §5 Rdnr.45 und auch in früheren Auflagen; ähnlich auch GAISER NJW 1999, 2311.

² GAISER NJW 1999, 2311.

³ Vgl. GITTER HeimG §4 a.F. III.3.a zu Entscheidungen, die auch nach den eingefügten §4ff. a.F. HeimG relevant bleiben..

⁴ In diesem Sinne auch HENSEN S.1149.

dem Mieter einer Wohnung zukommen lies. Nach dem damals für Mieterhöhungen geltenden MHG konnte eine Mieterhöhung nicht einseitig durch den Vermieter, sondern nur mit Zustimmung des Mieters erfolgen. Sofern der Mieter die Zustimmung verweigerte, aber die übrigen Voraussetzungen für eine Mieterhöhung vorlagen, musste der Vermieter die Zustimmung seines Mieters vor Gericht einklagen (vgl. §2 III MHG). Eine hiervon zum Nachteil für den Mieter abweichende Vereinbarung war nicht möglich §10 I MHG.

Die teilweise nur geringe schützende Wirkung seiner Regelung erkannte auch der Gesetzgeber, als er die Pflege zur gesellschaftlichen Aufgabe erhob und die soziale Pflegeversicherung als solidarische Pflichtversicherung schuf. Für Leistungsverhältnisse innerhalb der sozialen Pflegeversicherung wurde §4c a.F. HeimG außer Kraft gesetzt (durch §4e a.F. HeimG). Die Pflegekasse vereinbart die Entgelte mit den Heimen. Sie vereinbart diese nicht nur für die von ihr zu erbringenden Pflegeleistungen, sondern auch für die weiteren wesentlichen Leistungen Unterkunft und Verpflegung, die der Heimbewohner selbst trägt. Einseitige Erhöhungsmöglichkeiten gibt es hier natürlich nicht. Allenfalls bei wesentlichen unvorhersehbaren Veränderungen sind die Pflegeentgelte neu zu verhandeln (§85 VII SGB XI). Nachdem der Gesetzgeber den Heimen dazu auch vorschrieb, nicht zwischen Selbstzahlern und Versicherten der sozialen Pflegeversicherung zu differenzieren, sind Regelungen zur Entgelterhöhung grundsätzlich aus der Regelungsbefugnis für alle Heimbewohner ausgenommen

Die gering wirkende Regelung des §4c a.F. HeimG wurde im Jahre 2002 durch §7 HeimG ersetzt. Möglich bleibt aber nach §7 II S.2, wenn vertraglich vereinbart, eine Entgelterhöhung durch eine einseitige Erklärung des Heims. Zwar wurden die Voraussetzungen für eine Entgelterhöhung in §7 I HeimG verschärft. Auch ist über §7 IV HeimG eine Entgelterhöhung bei Leistungsempfängern nur wirksam, wenn das erhöhte Entgelt den Vereinbarungen mit der Pflegekasse entspricht. Über das Differenzierungsverbot für Entgelte, welches nun auch in §5 VII HeimG geregelt ist, gilt dies auch für die anderen Vertragspartner des Heimes. Jedoch bleibt der gesetzliche Schutz auch jetzt gegenüber den Regelungen des Mietrechts zurück. Hier gilt weiterhin, dass der Mieter einer Mieterhöhung zustimmen muss oder der Vermieter die Zustimmung einklagen muss (§§558 I, 558b II BGB). Eine abweichende Vereinbarung zu Lasten des Mieters ist nicht möglich (§558b IV BGB).

Bis zur Ausschaltung des §4c a.F. HeimG durch den Vorrang der Vereinbarungen mit der Pflegeversicherung und dem Differenzierungsverbot mussten sich die Gerichte mit Entgelterhöhungsklauseln auseinandersetzen und den Heimbewohnern durch die AGB-Kontrolle der Vertragsklauseln Schutz geben.⁵ Trotz der Regelung im Heimgesetz bzw. wegen der nur unvollständigen Regelung musste der Schutz der Heimbewohner durch die AGB-Überprüfung erfolgen. Auch nach der Verschärfung der Voraussetzungen für eine Entgelterhöhung in §7 HeimG bleibt insbesondere auf Grund der weiter bestehenden Möglichkeit, eine einseitige Entgelterhöhung zu vereinbaren, ein Schutz der Heimbewohner durch eine AGB-Kontrolle von Klauseln zur Entgelterhöhung nötig.

⁵ Vgl. hierzu FUCHS NJW 1995 S.2905.

2. Ein weiteres Beispiel für die Schwäche des Heimgesetzes beim Schutz der Heimbewohner sind die Vergütungserstattungen bei Abwesenheit der Bewohner. Bis 2002 enthielt das Heimgesetz hierzu keine Regelung. Die Heime vereinbarten in der Regel eine pauschale Erstattung bei Abwesenheit von länger als 3 Tagen. Hierzu ergingen zahlreiche Entscheidungen, die sich an dem Leitbild des Dienst- und Mietrechts orientierten. Nach den §§552 S.2, 615 S.2 BGB gilt, wenn der Leistungsberechtigte seine Leistung nicht in Anspruch nimmt, dass der Entgeltanspruch gegen ihn bestehen bleibt. Jedoch muss sich der Entgeltberechtigte seine ersparten Aufwendungen anrechnen lassen. Abweichungen von diesem gesetzlichen Grundgedanken waren im Rahmen der Überprüfung nach §9 AGBG mittels Interessenabwägung zu rechtfertigen. Nunmehr regelt der Gesetzgeber in §5 VIII HeimG diesen Bereich. Er schreibt dem Heim vor, dass im Heimvertrag zu regeln ist, ob und in welchem Umfang eine Erstattung zu erfolgen hat. Weitere konkrete inhaltliche Vorgaben für die im Heimvertrag zu treffenden Regelungen werden aber nicht gegeben. Somit räumt der Gesetzgeber den Heimen einen gegenüber dem Dienst- und Mietrecht weiter reichenden Gestaltungsspielraum ein. So bleibt er auch hier mit seiner Schutzregelung weit unter dem Schutzniveau für Mieter und Dienstberechtigte. Auch hier sind und bleiben die Gerichte durch Prüfung der Vertragsklauseln der Schutz für die betroffenen Heimbewohner. Die schon zuvor getroffenen Entscheidungen behalten auch nach der inhaltlich weiten gesetzlichen Regelung ihre Gültigkeit.

Bedenken wegen des geringeren Schutzniveaus des Heimgesetzes im Vergleich zu einem gerichtlichen Schutz nach dem AGBG äußerte schon frühzeitig Thomas Klie. Bei einer Besprechung von Urteilen in Unterlassungsverfahren nach §13 AGBG zu Heimverträgen äußerte er⁶: „Allerdings stimmt es nachdenklich, dass die hier angesprochenen Urteile die Position des Heimbewohners z.T. deutlicher herauszustellen vermögen, etwa bezüglich Kündigung und Fristen, als es in der HeimG-Novelle vorgesehen ist.“ Gemeint ist in diesem Zitat die Novellierung vom 1. August 1990 mit der Regelung zu Form und Kernbestandteilen des Heimvertrages in den §§4 ff. HeimG.

Diese Bedenken bleiben auch jetzt nach der Novellierung des Heimgesetzes 2002 weiter bestehen. Auch jetzt hat die Überprüfung von Vertragsklauseln nach den AGB-Reglungen große Bedeutung für den Schutz der Heimbewohner, sowie aller Verbraucher, die vertraglich Pflegeleistungen in Anspruch nehmen.

⁶ Klie, Thomas: in seiner Anmerkungen zum Urteil LG Lübeck vom 15. April 1988 in RsDE Heft 6 1989 S.103, 104 letzter Satz.

II. Kontrolle der Heimverträge durch die Heimaufsicht

1. Fragestellung

Kunz vertritt⁷ „ Im Rahmen der Heimaufsicht können ... die Heimaufsichtsbehörden die Heimverträge, insbesondere Musterverträge einer Inhaltskontrolle nach §§305 ff. BGB unterziehen.“ Zu untersuchen ist, wie weit diese Kontrolle reicht und wie effektiv sie sein kann. Kann die Kontrolle eine AGB-Überprüfung durch die Gerichte unnötig machen oder beschränkt sich die Kontrolle eher auf eine Missbrauchskontrolle?

2. Kenntnis der Verträge

Kenntnis von den AGB in den Heimverträgen erhält die Heimaufsicht durch die Anzeigepflicht des Betreibers eines Heimes gemäß §12 I HeimG. Nach §12 I Nr.11 HeimG ist der Heimbetreiber verpflichtet, vor Aufnahme des Heimbetriebes der Heimaufsicht u.a. auch die Muster der von ihm zu verwendenden Heimverträge vorzulegen. Weiterhin ist der Heimbetreiber nach §12 III HeimG verpflichtet, Änderungen der nach §12 I HeimG zu machenden Angaben, also auch Änderungen der Heimvertragsmuster, anzuzeigen. Somit hat die Heimaufsicht jederzeit Kenntnis über die von den einzelnen Heimbetreibern verwendeten Heimverträge.

3. Umfang der Prüfungspflicht

Nach §15 I S.1 und S.4 HeimG überwacht und prüft die Heimaufsicht die Heime daraufhin, ob sie die Anforderungen an den Betrieb eines Heimes nach dem Heimgesetz erfüllen. Fraglich ist, ob hierzu auch eine Überprüfung der Heimverträge nach den Vorschriften über die Vertragsgestaltung durch AGB (§§305 ff. BGB) gehört. Die gesetzlichen Anforderungen an den Betrieb eines Heimes, auf die §15 I S.4 HeimG verweist, sind in §11 HeimG normiert. Hier wird nicht ausdrücklich eine Anforderung aufgestellt, dass der Heimvertrag den Anforderungen der §§305 ff. BGB entsprechen muss. Aber in §11 I Nr.1 HeimG wird die Anforderung aufgestellt, dass der Betreiber eines Heimes die Interessen und Bedürfnisse der Bewohner vor Beeinträchtigungen zu schützen hat und er nach §11 I Nr.2 HeimG die Selbständigkeit, die Selbstbestimmung und die Selbstverantwortung der Bewohner zu wahren und zu fördern hat. Die Interessen und Bedürfnisse der Heimbewohner, die das Heimgesetz schützen will, sind am Anfang der Arbeit⁸ ausführlich dargestellt. Neben der Wahrung und Förderung von Selbstbestimmung sind es in der Hauptsache ihre Interessen an der gleichberechtigten Vertragspartnerschaft gegenüber dem Heimbetreiber, der Absicherung ihrer Heimunterkunft als sein auf Dauer angelegter Lebensmittelpunkt, ihre Interessen an ordnungsgemäßer und qualitätsgerechter Leistung sowie die Berücksichtigung ihrer wirtschaftlicher Interessen. Wie oben aufgezeigt⁹, verstoßen eine Vielzahl von Klauseln gegen die genannten Interessen der Heimbewohner. Insbesondere wird durch viele

⁷ Zitat aus HeimG §5 Rdnr.45.

⁸ siehe B. II. 4..

⁹ siehe Kapt. D. Überprüfung ausgewählter Klauseln.

Klauselgestaltungen die Selbstständigkeit der Heimbewohner beschränkt und ihre Abhängigkeit vom Heim verstärkt. Solche Klauseln verstoßen somit auch gegen die gesetzlichen Anforderungen des Heimgesetzes, zu deren Überwachung die Heimaufsicht bestellt ist. Jedoch ist zu berücksichtigen, dass die untersuchten Klauseln gezielt aus problematischen Regelungsbereichen ausgewählt sind. Es erfolgte keine Untersuchung aller Klauseln aus Heimverträgen. So gibt es auch Klauseln, bei denen die Interessen die nach §307 BGB abzuwägen sind, nicht so eindeutig unter die in §11 I Nr.1 und 2 HeimG genannten Interessen fallen. Dies spricht dafür, dass die Heimaufsicht ein Vertragswerk nicht vollständig überwachen kann, sondern nur hinsichtlich bestimmter kritischer Klauseln, die die in §11 I Nr.1 und Nr.2 genannten Interessen besonders intensiv berühren.

Eine Überprüfung der AGB von Heimverträgen durch die Heimaufsicht macht nur insoweit Sinn, inwieweit die Heimaufsicht in der Lage ist, die von ihr festgestellten Mängel abzustellen. Somit ist zu untersuchen, welche Maßnahmen die Heimaufsicht ergreifen kann, wenn sie nach einer Überprüfung einzelne AGB in Heimverträgen für unwirksam erachtet.

4. Möglichkeiten für die Heimaufsicht

a) Beratung

Stellt die Heimaufsicht im Rahmen ihrer Überwachungstätigkeit Mängel fest, soll sie nach §16 I S.1 HeimG den Heimbetreiber über Möglichkeiten zur Abstellung der Mängel beraten. Das Gleiche gilt, so §16 I S.2 HeimG, wenn die Heimaufsicht bei der Überprüfung einer Anzeige zur Betriebsaufnahme Mängel feststellt. Beratung bedeutet, dass die Heimaufsicht den Heimbetreiber nicht nur auf das Vorliegen eines Mangels aufmerksam machen, sondern darüber hinaus auch Möglichkeiten zur Beseitigung des Mangels aufzeigen muss. Im Fall, dass die Heimbehörde einzelne AGB bemängelt, bedeutete dies, dass sie dem Heimbetreiber mit §305 ff. BGB zu vereinbarende Klauselgestaltungen aufzeigen muss. Zu einer umfassenden vertragsgestaltenden Beratung zu Heimverträgen dürfte die Heimaufsicht aber nicht berufen sein. Der Gesetzgeber hat gerade nicht vorgesehen, dass die Heimaufsichtsbehörden Musterverträge für Heimbetreiber ausarbeiten sollen. Nur bei Klauseln, zu denen eine gesicherte Rechtsprechung vorliegt, können die Heimaufsichtsbehörden bei der Beratung den Heimbetreibern die Möglichkeiten zu einer interessengerechten Vertragsgestaltung aufzeigen. Auch dies spricht dafür, dass die Heimaufsichtsbehörden die Heimverträge nicht vollständig überprüfen können, sondern sie nur punktuell auf leicht feststellbare Mängel in der AGB-Gestaltung hin überprüfen.

b) Anordnung

aa) gesetzliche Voraussetzungen

Werden festgestellte Mängel nach einer Beratung nicht durch den Heimbetreiber abgestellt, kann die Heimaufsicht gemäß §17 I HeimG Anordnungen erlassen, die zur Beseitigung einer eingetretenen oder Abwendung einer drohenden Beeinträchtigung oder Gefährdung des Wohls der Bewohnerinnen und

Bewohner, zur Sicherung der Einhaltung der dem Träger gegenüber den Bewohnerinnen und Bewohnern obliegenden Pflichten oder zur Vermeidung einer Unangemessenheit zwischen dem Entgelt und der Leistung des Heims erforderlich sind. Die gesetzliche Regelung lässt zwei mögliche Auslegungen zu.

Zum einen könnte sie so verstanden werden, dass bei festgestellten Mängeln nur solche Anordnungen getroffen werden können, welche auch die Gefährdungen und Beeinträchtigungen abwenden bzw. eine Pflichtverletzung des Heimes gegenüber den Bewohnern verhindern können. Das bedeutet, die Heimaufsicht ist durch §17 I HeimG auf der Rechtsfolgenseite beschränkt.

Stellt die Heimaufsicht nach dieser Auslegung einen Mangel fest, weil sie AGB im Heimvertrag nach §305 ff. BGB unwirksam hält, reicht als Anordnung ein Verbot der beanstandeten AGB nicht aus. Ein Verbot der beanstandeten AGB ist nicht immer ausreichend, um eine Gefährdungen oder Beeinträchtigungen durch die unwirksame AGB von den Heimbewohnern abzuwenden. Streicht der Heimbetreiber die ihm untersagte AGB in seinen Heimverträgen, um der Anordnung nachzukommen, so führt das nicht immer zu einer Verbesserung auf Seiten der Heimbewohner. Durch die Streichung einzelner Klauseln sinkt oftmals auch die Transparenz des gesamten Vertragswerkes. Die Heimbewohner können nicht die nach der Streichung einer AGB nun geltende Rechtslage erkennen. Die allgemeinen gesetzlichen Regelungen, die nun an Stelle der gestrichenen Klausel treten, sind ihnen nicht bekannt. Daher müsste die Heimaufsicht, um Gefährdungen oder Beeinträchtigungen durch die unwirksame AGB von den Heimbewohnern abzuwenden, eine Anordnung erlassen, die die beanstandete Klausel nicht nur untersagt, sondern die auch die Anordnung trifft, die beanstandete Klausel gegen eine von der Heimaufsicht benannte Klausel auszutauschen. Hier würden aber für die Heimaufsicht die selben Probleme auftreten, wie bei einer Beratung nach §16 I S.1 HeimG. Die Heimaufsichtsbehörde müsste hier vertragsgestaltend tätig werden. Dies hat aber der Gesetzgeber nicht vorgesehen. Daher könnte die Heimbehörde nur bei AGB, zu denen es eine gesicherte Rechtsprechung gibt, die nach §17 I HeimG erforderliche Anordnung treffen. Dies deutet wieder darauf hin, dass die Heimaufsicht die AGB nur auf offensichtliche Mängel hin überprüfen kann.

Zum anderen könnte §17 I HeimG so verstanden werden, dass die Heimbehörde eine Anordnung nicht bei jedem festgestellten Mangel treffen kann, sondern nur bei qualifizierten Mängeln. Das sind Mängel, die auch eine Gefährdung oder Beeinträchtigung für den Heimbewohner darstellen bzw. zu einer Verletzung der Pflichten des Heimes gegenüber den Heimbewohnern führen. Bei einer solchen Auslegung beschränkt §17 I HeimG die Möglichkeiten der Heimaufsicht schon auf der Tatbestandsseite.

Hier stellt sich für Mängel aufgrund nach §§305 ff. BGB unwirksamer AGB wieder die Frage, ob mit jedem AGB-Mangel zugleich eine Gefährdung oder Beeinträchtigung für den Heimbewohner bzw. ein Pflichtverstoß seitens des Heimbetreibers vorliegt. Auch hier lautet (wie oben unter c) die Antwort, dass dies nicht bei jeder unwirksamen Klausel der Fall sein muss. Nicht jede unwirksame Klausel verstößt gegen §11 I Nr.1 und 2 HeimG. Daher könnte die

Heimaufsicht bei dieser Auslegung des §17 I HeimG auch nicht bei jeder von ihr festgestellten Unwirksamkeit einer AGB eine Anordnung treffen. Dann wäre es auch bei dieser Auslegung von §17 I HeimG nicht Aufgabe der Heimaufsichtsbehörden, die Heimverträge vollständig zu überprüfen.

bb) Vergleich Versicherungsaufsicht

Hinsichtlich der Möglichkeit einer Anordnung nach §17 I HeimG bei unwirksamen AGB ist auch ein Vergleich mit der Missbrauchsaufsicht im Versicherungswesen nach §81 Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG) interessant. Nach §81 I S.1 und 2 VAG überwacht die Aufsichtsbehörde den gesamten Geschäftsbetrieb der Versicherungsunternehmen im Rahmen einer rechtlichen Aufsicht allgemein und einer Finanzaufsicht im besonderen. Sie achtet dabei auf die ausreichende Wahrung der Belange der Versicherten und auf die Einhaltung der Gesetze, die für den Betrieb des Versicherungsgeschäfts gelten. Nach §81 II kann die Aufsichtsbehörde alle Anordnungen treffen, die geeignet und erforderlich sind, um Missstände zu vermeiden oder zu beseitigen. Ein Missstand ist jedes Verhalten eines Versicherungsunternehmens, das den Aufsichtszielen des Absatzes 1 widerspricht.

Zu dieser Regelung wird vertreten,¹⁰ dass der verfassungsrechtliche Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der Versicherungsaufsichtsbehörde gebietet, auch beim Vorliegen eines Missstandes keine Anordnung zu treffen, wenn die Anordnung die Gefahr einer Kollision der Entscheidungen unterschiedlicher Gerichtszweige begründet. So kann ein Missstand vorliegen, wenn ein Versicherungsunternehmen nichtige AGB verwendet. Wenn die Aufsichtsbehörde durch eine Anordnung nach §81 II die Verwendung der AGB untersagt, so kann das Versicherungsunternehmen das Verwaltungsgericht anrufen. Da es für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Anordnung auf die Wirksamkeit der AGB ankommt, entscheidet nun das Verwaltungsgericht über die Wirksamkeit einer AGB nach §307 ff BGB. Grundsätzlich sind aber die Zivilgerichte berufen, über bürgerlichrechtliche Streitigkeiten, zu denen auch die Beurteilung der Wirksamkeit von AGB gehört, zu entscheiden. Es käme u.U. zu Entscheidungskollisionen, wenn Versicherungsnehmer wegen der gleichen Klausel Zivilgerichte anrufen und diese anders entscheiden wie die Verwaltungsgerichte.

Diese Argumentation kann auch auf die Anordnungen der Heimaufsicht nach §17 I HeimG übertragen werden. Auch hier stünde den Heimträgern gegen die Anordnung der Rechtsweg bei den Verwaltungsgerichten offen. Somit bestünde auch hier die Gefahr der Entscheidungskollision zwischen Entscheidungen der Verwaltungsgerichte und der Zivilgerichte zur Wirksamkeit der AGB.

Auch dies ist ein Argument dafür, dass die Heimaufsicht nicht die geeignete Stelle ist, um die AGB der Heimbetreiber vollständig zu überprüfen, da sie hinsichtlich ihrer Maßnahmen für den Fall, dass sie AGB für unwirksam hält, eingeschränkt ist.

¹⁰ vgl. FREY: VAG §81 Rdnr.51.

5. Ergebnis

Die Heimaufsichtsbehörden überprüfen die AGB der Heimbetreiber nicht vollständig, sie sind in diesem Bereich nur als Missbrauchsaufsicht tätig. Zum einen sollen sie nur die Anforderungen an den Betrieb eines Heims nach dem Heimgesetz überwachen. Dies schließt nicht eine vollständige Überprüfung der Heimverträge nach den AGB-Vorschriften der §§305 BGB ein. Zum anderen sind sie auch in ihren Möglichkeiten, gegen unwirksame AGB vorzugehen, beschränkt, so dass eine vollständige Überprüfung der Vertragswerke nicht sinnvoll ist. Jedoch sind die Heimaufsichtsbehörden verpflichtet, die Heimverträge auf die Nutzung von AGB zu überprüfen, deren Unwirksamkeit auf Grund einer gesicherten und allgemein anerkannten Rechtsprechung offensichtlich feststeht.

Auch praktische Erwägungen sprechen hierfür. So zum einen die begrenzte personelle Ausstattung der Heimaufsichtsbehörden. Zum anderen die juristischen Schwierigkeiten bei der Anwendung von auslegungsbedürftigen Regelungen, insbesondere Generalklauseln der Inhaltskontrolle, §307 BGB.¹¹ Auch aus diesen Gründen ist eine Überprüfung der AGB durch die Zivilgerichte der bessere Weg.

III. Thesen

1. Das Heimgesetz ist ein Verbraucherschutzgesetz; alle Regelungen des Heimgesetzes, nicht nur die vertragsrelevanten Normen, können für die Beurteilung von AGB Leitbilder liefern. Folgende allgemeine Leitbilder lassen sich aus dem Heimgesetz ableiten: die Wahrung und Förderung von Selbstbestimmung, auf Gleichberechtigung gerichtete Heimorganisation, das Heim als ein auf Dauer angelegter Lebensmittelpunkt, die Sicherung von ordnungsgemäßer und qualitätsgerechter Leistung, die Sicherung der wirtschaftlichen Interessen des Heimbewohners, die umfassende Information des Heimbewohners.

2. Die Normen des SGB XI sind dagegen nicht geeignet, Leitbilder für die Beurteilung von AGB zu liefern. Dies liegt daran, dass sich die Regelungen des SGB XI vorrangig an die Träger der Pflegeversicherung richten. Die Rechtsnatur des SGB XI ist Sozialversicherungsrecht, nicht Verbraucherschutzrecht. Auch da, wo im SGB XI Leitbilder und Ziele formuliert sind, sind diese vorrangig mit Sicht auf das Sozialversicherungsverhältnis bzw. auf die Leistungsbeziehungen zwischen den Pflegekassen und den Versicherten aufgestellt.

3. Als Maßstab bei der Kontrolle der nicht vom Heimgesetz erfassten, unregulierten privatrechtlichen Pflegeverträge ist eine entsprechende Anwendung der Prinzipien und Leitbilder aus dem Heimgesetz möglich. Denn diese Leitbilder sind hinreichend konkret ausformuliert und bezwecken ausschließlich den Schutz der von den vertraglichen Leistungen besonders abhängigen Verbraucher.

¹¹ Vgl. hierzu auch KLIE Heimaufsicht S.201.

4. Probleme und Widersprüche ergeben sich aus dem Nebeneinander von privatrechtlichem Pflege- und Heimvertrag und dem SGB XI. So ist durch das SGB XI für die privatrechtlichen Verträge die Vertragsfreiheit bei der Vereinbarung von Leistung und Gegenleistung zwischen Heim und Heimbewohner völlig ausgeschlossen. Dieses und andere zwingende Vorgaben durch das Pflegeversicherungsrecht sind im Rahmen der AGB-Prüfung zu berücksichtigen.

5. Überschneidungen zwischen Heimgesetz und SGB XI und daraus entstehende Probleme gibt es auch hinsichtlich der Qualitätsvorgaben. Die Pflegeeinrichtungen müssen sowohl die Vorgaben auf Grund der Regelungen mit den Pflegekassen beachten und zugleich auch die teilweise höher liegenden Anforderungen des Heimgesetzes berücksichtigen.

6. Der Aspekt des Transparenzgebotes, Markttransparenz zu sichern, ist auch für die Pflegeverträge relevant, bei denen die Vertragspartner auf Grund der Vorgaben des Pflegeversicherungsrechts nicht die Leistungen und Preise vereinbaren können. Gerade weil die Leistungen und Preise nicht frei vereinbart sind und der Pflegebedürftige auch einen Teil der Entgelte nicht selbst trägt, besteht die Gefahr, dass er die ihm zustehenden Leistungen nicht kennt. Ohne eine transparente Darstellung der Leistungen kann er nicht überprüfen, ob er auch die von den Pflegekassen für ihn ausgehandelten Leistungen vollständig und qualitätsgerecht erhält.

Daneben ist auch der Aspekt der Rechtslagentransparenz relevant. Der Pflegevertrag muss dem Pflegebedürftigen oder seinen Angehörigen bzw. seinem Betreuer die Rechte, insbesondere die Selbstbestimmungsmöglichkeiten, klar aufzeigen. Schwierigkeiten bei der transparenten Gestaltung von Pflege- und Heimverträgen ergeben sich insbesondere aus den komplexen Hintergründen der Leistungserbringung, die sich aus dem Zusammenspiel mit Regelungen zur Pflegeversicherung ergeben.

Bei Heimverträgen normiert das Heimgesetz nicht abschließend Grundanforderungen an die Transparenz von Leistungen und Preis.

7. Es ist klar zwischen der unbeschränkten Transparenzkontrolle und der beschränkten Inhaltskontrolle zu unterscheiden. Der Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle ist in zwei Richtungen eingeschränkt. Zum einen kann keine inhaltliche Kontrolle von Klauseln erfolgen, welche ohnehin geltende gesetzliche Regelungen wiedergeben. Zum anderen soll keine inhaltliche Kontrolle von Klauseln stattfinden, welche die vertraglichen Hauptleistungen bestimmen.

8. Inhaltskontrolle erfolgt durch Interessenabwägung unter Berücksichtigung des gesamten Vertrages. Maßstab für die Gewichtung der widerstreitenden Interessen sind rechtliche Regelungen zum betreffenden Vertragstyp und allgemeine Rechtsgrundsätze. Speziell für Heimverträge kommen als rechtliche Maßstäbe das Heimgesetz, das Betreuungsrecht des BGB und entsprechend dem gemischttypischen Charakter des Heimvertrages Regelungen aus dem Miet-, Dienst- oder Kaufrecht in Betracht.

9. Die Interessen der Heimbetreiber an Regelungen, das Entgelt erst bei Abwesenheit von drei Tagen zu verringern, wiegen nicht so schwer gegenüber den Interessen der Heimbewohner, nur für Leistungen zu zahlen, die sie in Anspruch nehmen und nicht durch ungünstige Entgeltgestaltungen in ihrer Entscheidung für Aktivitäten außerhalb des Heims gehemmt zu werden. Klauseln, die ein verringertes Entgelt erst bei jeder Abwesenheit ab einer Dauer von mindestens zwei bis drei Tagen vorsehen und dabei nicht zwischen angemeldeter Abwesenheit und plötzlicher Abwesenheit differenzieren, berücksichtigen nur einseitig die Interessen des Heimbetreibers. Sie sind, gemessen am Leitbild der §§552 S.2, 615 S.2 BGB, auf jeden Fall nach §307 II Nr.1 BGB unwirksam. Pauschalierungen bei der Entgeltermäßigung sind dagegen zulässig.

10. Pauschale oder nicht auf konkrete Anlässe gestützte Regelungen zum dauerhaften Zimmerwechsel auf einseitiges Verlangen durch den Heimbetreiber sind in jedem Fall nach §308 Nr.4 BGB unwirksam.

Regelungen zum dauerhaften Zimmerwechsel aus betrieblichen oder in der Person des Heimbewohners liegenden Gründen sind nur wirksam, wenn eine Verlegung dann erfolgen kann, wenn auch eine Kündigung aus wichtigem Grund nach §8 III Nr.1 HeimG möglich wäre. Die vom Gesetzgeber in §8 III HeimG vorgenommene Interessenabwägung, die sich in den von ihm aufgezählten Kündigungsgründen niederschlägt, darf durch Verlegungsklauseln nicht unterlaufen werden.

11. In Klauseln vereinbarte Zutrittsrechte stellen kein Problem dar, insoweit sie ausschließlich der Erhaltung des Zimmers dienen und sie durch beschränkende Voraussetzungen, Betreten nur zu üblichen Zeiten und nach vorheriger Anmeldung, auf den Bewohner Rücksicht nehmen. An die Zulässigkeit von Klauseln, die zum Zutritt bzw. zur Duldung baulicher Änderungen berechtigen bzw. verpflichten, sind strengere Anforderungen zu stellen. Es muss in ihnen hinreichend konkret beschrieben sein, um welche Änderungen es sich handeln soll und über welchen Zeitraum der Heimbewohner bauliche Maßnahmen in seinem Zimmer zu dulden hat.

Bei Klauseln über den Zutritt zur Dienstleistungserbringung ist hinsichtlich der Zulässigkeit der konkrete Leistungsumfang und die Situation im jeweiligen Heim zu berücksichtigen. Allgemein sind Klauseln eher unwirksam, die über Zutrittsrechte das Zimmer des Heimbewohners zum Ort der Dienstleistungserbringung umfunktionieren. Eher wirksam sind Klauseln, die trotz eines Zutrittsrechts dem Heimbewohner letztlich die Entscheidung über das Betreten und die Dienstleistungserbringung überlassen und somit die Privatsphäre des Zimmers respektieren.

Klauseln, die ein unangemeldetes Betreten des Zimmers nur für Fälle der Gefahr für Leben und Gesundheit vorsehen, sind zulässig.

12. Klauseln, welche die Aufnahme weiterer Personen in das Zimmer grundsätzlich untersagen oder sie ausschließlich von einer Zustimmung des Heims abhängig machen, sind im Regelfall zulässig. Anders ist dies, wenn ein Heimbewohner nicht nur ein Zimmer sondern eine Wohnung erhält.

Klauseln zur Übernachtung von Gästen oder zur Zimmernutzung durch andere während einer vorübergehenden Abwesenheit des Heimbewohners müssen vorrangig die tatsächlichen Gegebenheiten des jeweiligen Heims berücksichtigen. Jedoch müssen sie auch den unterschiedlichen Bedürfnissen der Heimbewohner flexibel entgegenkommen. Starre allgemeine Regelungen zum Nachteil aller Bewohner werden zumeist bei kundenfeindlichster Auslegung unwirksam sein.

Die Möglichkeit, jederzeit Besuch auf seinem Zimmer zu empfangen, muss dem Heimbewohner dagegen gewährt sein. Gegenteilige Klauseln sind hier unwirksam.

13. Die Klauseln zur Pflege und Behandlung regeln auch die Verwendung ärztlicher und anderer für die Behandlung und Pflege relevanter Daten. Für diese Regelungen sind neben dem Heimgesetz vor allem die Regelungen des BDSG und die in §203 StGB normierte Schweigepflicht relevant.

Für diese Klauseln, auch wenn sie nicht in den Anwendungsbereich des BDSG fallen, ist die Regelung des §28 I BDSG ein Leitbild. Die Wirksamkeit der Klauseln ist entsprechend §28 I BDSG danach zu beurteilen, ob sie für den Vertragszweck notwendig sind. Der Heimbetreiber muss schon bei Vertragsschluss konkret angeben, für welche Fälle und für welche Personengruppen er welche Daten benötigt. Die Heimbewohner müssen erkennen können, ob die Daten an schweigepflichtige Personen oder andere Personen weitergegeben werden.

14. Die Beurteilung der Wirksamkeit von Klauseln zur Behandlung und Betreuung kann sich am Betreuungsrecht des BGB orientieren. Klauseln, die dem Heim gegenüber dem Heimbewohner Befugnisse vergleichbar denen eines Betreuers oder gar weitergehende Befugnisse geben, sind, da sie dem Betreuungsrecht widersprechen, unwirksam. Die Leistungserbringung durch das Heim darf nicht mit einer Beschränkung der geschäftlichen Handlungsfähigkeit des Heimbewohners verbunden sein. Für den Heimbewohner wichtige Entscheidungen, so über Verlegung, Krankenhausaufenthalt oder Arztwahl, muss dieser letztendlich selbst treffen können.

15. Klauseln hinsichtlich der Zusatzleistungen, die es dem Heimbetreiber ermöglichen, sich einseitig von seiner Verpflichtung, bestimmte Zusatzleistungen anzubieten zu entledigen oder für die Bereitstellung von Zusatzleistungen Entgelte einzubehalten, ohne selbst die Leistungen zu erbringen bzw. Aufwendungen für die Bereitstellung der Leistung zu haben, sind unwirksam. Unwirksam ist auch eine übermäßige Bindung der Heimbewohner an einmal in Anspruch genommene Zusatzleistungen.

16.

Die Nutzung von Klauseln in Heim- und Pflegeverträgen mit dynamischen Verweisungen auf die Kollektivvereinbarungen mit den Pflegekassen verstößt nicht gegen das Transparenzgebot. Der Gesetzgeber hat vorgegeben, dass der Heimvertrag die sich ändernden Regelwerke mit den Pflegekassen vollziehen soll. Durch eine dynamische Verweisung ist im Vergleich zu einer statischen

Verweisung, die mit einer Anpassungsmöglichkeit verbunden sein müsste, eine leichter nachvollziehbare und verständlichere Form der Regelung möglich.

Klausel, welche die zwingenden Kollektivvereinbarungen mit den Pflegekassen zu den Leistungen und Entgelten und die Rahmenvereinbarungen nach §75 SGB XI umsetzen, sind kontrollfreie leistungsbestimmende Klauseln. Abzugrenzen sind diese kontrollfreien Klauseln zu anderen modifizierenden Regelungen im Bereich der Leistungsbestimmung, sofern den Pflegeeinrichtungen hier durch die Kollektivvereinbarungen Gestaltungsspielräume bleiben. Im übrigen führen solche Klauseln auch nicht zu einer unangemessenen Benachteiligung nach §307 I BGB. Da das SGB XI für bestimmte Bereiche die Vertragsgestaltungsmöglichkeiten der Heimbetreiber zugunsten der Kollektivvereinbarungen mit den Pflegekassen ausschließt, kann der Heimbetreiber hier nicht einseitigen durch seine Klauseln seine Vertragsgestaltungsmacht ausnutzen.

17. Auch nach der Novellierung des Heimgesetzes hat die Überprüfung von Vertragsklauseln nach den AGB-Regelungen große Bedeutung für den Schutz der Heimbewohner. Verbraucher, die vertraglich andere Pflegeleistungen in Anspruch nehmen, bleiben ohnehin auf den Schutz durch die AGB-Regelungen angewiesen.