

Andreas Hänlein, Universität Kassel

Die Problematik der Minderung bei sozialen Dienstleistungen¹

I. Einführung

„Keine Minderung beim Dienstvertrag“. So lautet ein hergebrachtes zivilrechtliches Dogma². Nach diesem Dogma sollen sich Qualitätsmängel bei Dienstleistungen nicht auf die Vergütung auswirken, die als Gegenleistung für schlecht erbrachte Dienste beansprucht werden kann. Freilich: bei gewissen Dienstleistungen, die immer wieder Gegenstand öffentlicher Aufmerksamkeit werden, besteht offenbar das Bedürfnis, diese Art der Folgenlosigkeit schlechter Leistungsqualität zu vermeiden. Gemeint sind soziale Dienstleistungen, also: personale Dienstleistungen, die von Sozialleistungsträgern finanziert und verantwortet, jedoch meist von privaten Dienstleistern ausgeführt werden, und zwar auf der Grundlage privatrechtlicher Dienstverträge³. In einigen Sektoren der Versorgung mit sozialen Dienstleistungen, insbesondere in Bezug auf Krankenhausleistungen sowie hinsichtlich pflegerischer Dienstleistungen sind in den letzten Jahren gesetzliche Mechanismen eingeführt worden, die auf die Sanktionierung von Qualitätsmängeln mit Vergütungskürzungen abzielen. Dieser Beitrag soll das Verhältnis dieser neuen Phänomene zum Dogma vom Fehlen einer Minderung beim Dienstvertrag klären. Ein liber amicorum für Maximilian Fuchs ist ein geeigneter Ort für eine solche Klärung, weil Fuchs sich bereits vor dreißig Jahren für das Vertragsrecht sozialer Dienstleistungen interessiert hat⁴.

II. Das Dogma „Keine Minderung beim Dienstvertrag“

Zunächst soll hier der Meinungsstand im Hinblick auf das Dogma skizziert werden, sodann sein innerer Grund.

1. Der Meinungsstand

Dass es beim Dienstvertrag im Fall der Schlechtleistung nicht zur Minderung der vereinbarten Vergütung komme, war bereits vor der Schuldrechtsreform des Jahres 2001 herrschende Meinung in Literatur und Rechtsprechung⁵. Das zentrale Argument für diese Auffassung bestand in dem Hinweis, dass das BGB in seinem Titel über den Dienstvertrag dieses Rechtsinstitut nicht vorsieht – im Unterschied zu den Titeln über den Kaufvertrag, den Miet- und den Pachtvertrag sowie über den Werk- und den Reisevertrag⁶. Auch nach dem gegenwärtigen, auf das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz⁷ zurückgehenden Gesetzesstand halten Rechtsprechung

¹ Formulierung in Anlehnung an den Titel eines Aufsatzes von Canaris: Die Problematik der Minderung beim Dienstvertrag, in: Bitter (Hrsg.), Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag, 2009, S. 177 – 198.

² Vgl. BGH, Urt. v. 15.7.2004, IX ZR 256/03, NJW 2004, 2817; Palandt/Grüneberg, BGB, 78. Aufl., 2019, § 326, Rdnr. 4; Palandt/Weidenkaff, ebd., § 611, Rdnr. 16.

³ Vgl. Hänlein, Recht der Sozialen Dienste, 2018, S. 3, Rdnr. 2.

⁴ Vgl. Fuchs, Zivilrecht und Sozialrecht, 1992, S. 248 – 261.

⁵ Z.B. Palandt/Heinrichs, BGB, 60. Aufl., 2001, § 320, Rdnr. 9 und § 323, Rdnr. 9; BGH, Urt. v. 7.3.2002, III ZR 12/01, NJW 2002, S. 1571 (1572); umfassende Nachweise bei Tillmanns, Strukturfragen des Dienstvertrages, 2007, S. 385, Fn. 161, und S. 454, Fn. 101.

⁶ Dazu Tillmanns, aaO. (Fn. 5), S. 386 und 395, mit Nachweisen in Fn. 203.

⁷ Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001, BGBl, I S. 3138.

und Literatur ganz überwiegend die Minderung im Fall der Schlechtleistung beim Dienstvertrag für ausgeschlossen⁸. Nach wie vor fehlt eine gesetzliche Regelung im Recht des Dienstvertrages; daran hat auch der 2013 durch das Patientenrechtegesetz⁹ eingeführte Untertitel über den Behandlungsvertrag (§§ 630a ff. BGB) nichts geändert. Die herrschende Meinung kann sich heute auch darauf berufen, dass sich der Begründung zum Entwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes sehr deutlich die Meinung entnehmen lässt, dass auch weiterhin beim Dienstvertrag die Minderung als Rechtsbehelf ausgeschlossen bleiben müsse¹⁰. Diese Meinung der Gesetzesverfasser hat damals mit § 326 Abs. 1 S. 2 BGB n.F. auch Eingang in den Text des BGB gefunden¹¹, so dass die herrschende Ansicht m. E. als überzeugend anzusehen ist, auch wenn es früher wie heute durchaus auch abweichende Stimmen gibt¹².

Es bleibt klarzustellen, dass sich das Dogma vom Ausschluss der Minderung beim Dienstvertrag nur auf Qualitätsmängel bezieht. Nur, wenn die Leistung in diesem Sinne „nicht vertragsgemäß“ ist, schließen die allgemeinen Regeln des Schuldrechts die Minderung aus (§ 326 Abs. 1 S. 2 BGB)¹³. Anderes gilt aber, wenn die Leistung ganz oder teilweise nicht erbracht werden kann, bei „quantitativen Defiziten“¹⁴; dann wird der Gläubiger ganz oder teilweise von der Gegenleistung frei (§ 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB). Den zuletzt genannten Fall – Leistungshindernis bezogen auf einen Teil der Leistung – behandelt das Gesetz „ähnlich wie die Minderung im Kauf“¹⁵: § 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BGB verweist für die Berechnung des Umfangs der partiellen Befreiung von der Gegenleistung auf § 441 Abs. 3 BGB, also auf die Regel des Kaufrechts über die Minderung.

2. Der innere Grund des Dogmas

Das Dogma vom Ausschluss der Minderung beim Dienstvertrag wird vor allem mit der Überlegung gerechtfertigt, es sei schwierig, den Wert schlecht erbrachter Dienste und deshalb auch die Höhe eines Minderungsbetrages zu bestimmen¹⁶. Diesen Begründungsansatz hat Tillmanns weiterentwickelt, indem sie zwei Eigenarten des Dienstvertrages herausgearbeitet hat¹⁷. Zum einen kann mindere Qualität von Dienstleistungen vielfach mit Umständen zusammenhängen, die in der Sphäre des Gläubigers angesiedelt sind, so dass die Rekonstruktion des Verantwortungsanteils des Dienstleistungsschuldners unmöglich erscheinen kann¹⁸. Zum anderen nimmt der Auftraggeber typischerweise durch Weisungen oder Kontrollmaßnahmen Einfluss auf die Ausführung der geschuldeten Dienste; deshalb kann der Dienstvertrag als ein

⁸ BGH, Urt. v. 15.7.2004 – IX ZR 256/03, NJW 2004, 2817; Palandt/Grüneberg, BGB, 78. Aufl., 2019, § 326, Rdnr. 4; Palandt/Weidenkaff, ebd., § 611, Rdnr. 16; Canaris, aaO. (Fn. 1), S. 177 ff. (178 – 180); Tillmanns, aaO. (Fn. 5), S. 412 f. und S. 466 f. mit Nachweisen zur heute herrschenden Meinung S. 386, Fn. 167.

⁹ Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten vom 20.2.2013, BGBI. I, S. 277.

¹⁰ BT-Drs. 14/6040, S. 223, r. Sp.; wortgleich bereits Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1992, S. 217 (zu § 440 BGB-KE).

¹¹ Vgl. Canaris, aaO. (Fn. 1), S. 178 – 180; vgl. auch die Nachweise bei Tillmanns, aaO. (Fn. 5), S. 387, Fn. 168.

¹² Nachweise zur Gegenmeinung aus der Zeit vor der Schuldrechtsreform bei Tillmanns, aaO. (Fn. 5), S. 384 f., Fn. 159 und 160, sowie S. 440, Fn. 39; Nachweise zur Gegenmeinung in Bezug auf die Fassung des BGB seit der Schuldrechtsreform bei Tillmanns, aaO. (Fn. 5), S. 386 f., Fn. 167 (gegen Ende) und 168.

¹³ Canaris, aaO. (Fn. 1), S. 197; Tillmanns, aaO. (Fn. 5), S. 414 ff.

¹⁴ Prägnant Canaris, aaO. (Fn. 1), S. 197: „Man kann daher sagen, dass es bei der ‚Teilleistung‘ um ein quantitatives Defizit, bei der ‚nicht vertragsgemäßen Leistung‘ um ein qualitatives Defizit geht.“

¹⁵ BT-Drs, 14/6040, S. 188 r.Sp.

¹⁶ Vgl. Tillmanns, aaO. (Fn. 5), S. 402 f. mit weiteren Nachweisen in Fn. 234.

¹⁷ Zusammenfassend Tillmanns, aaO. (Fn. 5), S. 411 f. und S. 466 f.

¹⁸ Zu diesem Aspekt Tillmanns, aaO. (Fn. 5), S. 406 – 410.

Vertrag begriffen werden, bei „dem Tätigkeitsschuldner und Tätigkeitsgläubiger gemeinsam auf das vertraglich anvisierte Ziel hinwirken“¹⁹.

Die beiden von Tillmanns benannten Aspekte spielen bei personenbezogenen Dienstleistungen eine besondere Rolle. So werden insbesondere bei medizinischen wie auch bei pflegerischen Dienstleistungen die Erfolgsaussichten der jeweiligen Maßnahmen entscheidend davon beeinflusst, wie es um die psycho-physische Verfasstheit der behandlungs- oder pflegebedürftigen Personen steht. Bei beiden Dienstleistungsarten muss überdies auf den Willen der Betroffenen Rücksicht genommen werden²⁰: Medizinische Maßnahmen dürfen nur mit Einwilligung der Patienten erfolgen (§ 630d Abs. 1 S. 1 BGB). Ganz im Sinne der Einsichten von Tillmanns spricht das BGB davon, dass Arzt und Patient „zur Durchführung der Behandlung zusammenwirken“ sollen (§ 630c Abs. 1 BGB). Und auch bei der Durchführung pflegerischer Dienstleistungen muss das grundrechtlich verankerte Selbstbestimmungsrecht der pflegebedürftigen Vertragspartner beachtet werden²¹.

Auch mit Blick auf personenbezogene Dienstleistungen lassen es die besagten Eigenarten der einschlägigen Verträge plausibel erscheinen, dass eine Minderung der Vergütung für den Fall der Schlechtleistung in den Regeln des BGB über den Behandlungs- und den Dienstvertrag nicht vorgesehen ist.

III. Qualitätsabschläge bei Krankenhausleistungen

Im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung hat sich in den letzten zwanzig Jahren ein ausgefeiltes Qualitätssicherungsrecht entwickelt²². Eine weitreichende Weiterentwicklung dieses Qualitätssicherungsrechts war Gegenstand des Krankenhausstrukturgesetzes des Jahres 2015²³. Eine auf dieses Gesetz zurückgehende Neuerung waren „Qualitätszu- und -abschläge“. Das neue Rechtsinstitut des Qualitätsabschlages scheint auf den ersten Blick mit dem Institut der Minderung verwandt zu sein.

1. Regeln über Qualitätsabschläge

Werden Versicherte der gesetzlichen Krankenversicherung in einem Krankenhaus behandelt, geschieht dies auf der Grundlage eines Behandlungsvertrages des Patienten mit dem Krankenhaus (§ 630a BGB). Die Vergütung für die medizinische Behandlung trägt die Krankenkasse des jeweiligen Versicherten. Sie zahlt dem Krankenhaus vorab festgelegte Vergütungssätze. Wichtigstes Element der Vergütung ist in der Regel die sog. Fallpauschale²⁴. Die Festlegung der Vergütungssätze erfolgt im Wege von Vereinbarungen, die teilweise von den Akteuren der gemeinsamen Selbstverwaltung der Krankenkassen und der Krankenhäuser, teilweise

¹⁹ Tillmanns, aaO. (Fn. 5), S. 412; ähnlich Mrozynski, SGB I, 5. Aufl. 2014, § 11, Rdnr. 30; F. Reimers, Qualitätssicherung als Verwaltungsaufgabe, SDSRV 61 (2012), S. 9 ff. (27); ders., Qualitätssicherung. Grundlagen eines Dienstleistungsverwaltungsrechts, 2010, S. 51.

²⁰ Vgl. auch Hänlein, aaO. (Fn. 3), 2018, S. 40 f. (Rdnr. 133) betr. ärztliche Behandlung.

²¹ Vgl. auch BGH, Urt. v. 26.2.2013 – VI ZR 359/11, NZS 2013, S. 553 ff. betr. Anspruch von Heimbewohnern auf Einsicht in die Pflegedokumentation.

²² Vgl. Igl, Kriterien und Strukturen der Qualitätssicherung in der Kranken- und Pflegeversicherung: Gesetzliche Vorgaben und Ausgestaltung, in: SDSRV 61 (2012), S. 81 (91 ff.); Huster/Harney, in: Huster/Kaltenborn (Hrsg.), Krankenhausrecht, 2. Aufl., 2017, S. 201 ff.

²³ Gesetz zur Reform der Strukturen der Krankenhausversorgung (Krankenhausstrukturgesetz – KHSG) v. 10.12.2015, BGBl. I, S. 2229.

²⁴ Näher zur Vergütung von Krankenhausleistungen Hänlein, aaO. (Fn. 3), S. 48, Rdnr. 168; eingehende Darstellung bei Tuschen/Trefz, KHEntgG, 2. Aufl. 2009, S. 144 ff., sub 6.4; ferner Prütting, in: Huster/Kaltenborn (Hrsg.), aaO. (Fn. 22), S. 153 ff.

auch von den einzelnen Krankenhäusern mit den Krankenkassen geschlossen werden. Der gesetzliche Rahmen dieses komplexen Systems findet sich im Krankenhausentgeltgesetz²⁵.

Bei unzureichender Qualität von Krankenhausleistungen sind Qualitätsabschläge zu erheben. Der Gemeinsame Bundeausschuss soll einen Katalog von Leistungen und Leistungsbereichen beschließen, die sich für eine qualitätsabhängige Vergütung mit Zu- und Abschlägen eignen; er beschließt außerdem Qualitätsziele und Qualitätsindikatoren (§ 136b Abs. 1 S. 1 Nr. 5 und Abs. 9 SGB V)²⁶; diese Beschlüsse stehen allerdings bislang (Sommer 2019) noch aus. Die Vereinbarungspartner der Bundesebene treffen Vereinbarungen über Höhe und nähere Ausgestaltung von Qualitätszu- und -abschlägen für außerordentlich gute und für unzureichende Qualität von Leistungen oder Leistungsbereichen (§ 9 Abs. 12a Nr. 4 KHEntgG). Ob es wegen defizitärer Behandlungsqualität zur Anwendung von Qualitätsabschlägen kommt, entscheiden die örtlichen Vereinbarungspartner, also die Krankenkassen und die Krankenhäuser durch Vereinbarung (§ 5 Abs. 3a KHEntgG). Die dafür notwendigen Feststellungen treffen die Vereinbarungspartner auf der Basis von Qualitätsauswertungen, die das „Institut für Qualitätssicherung und Transparenz im Gesundheitswesen“ (IQTiG; § 137a SGB V), durchführt; die erforderlichen Daten werden dem Institut von den Krankenhäusern übermittelt (vgl. § 5 Abs. 3a S. 1 KHEntgG; § 136b Abs. 9 S. 4 u. 5 SGB V). Bei Krankenhausbehandlung von Patienten, die ab dem Folgemonat der Vereinbarung in das Krankenhaus aufgenommen werden, wird bei der Berechnung der Vergütung der vereinbarte Qualitätsabschlag berücksichtigt (§ 5 Abs. 3a S. 3 KHEntgG). Im ersten Jahr bleibt die Erhebung des Qualitätsabschlags vorläufig ausgesetzt, damit das Krankenhaus Gelegenheit hat, sich zunächst um die Beseitigung festgestellter Qualitätsmängel zu kümmern (§ 5 Abs. 3a S. 4 KHEntgG). Bestehen freilich festgestellte Qualitätsmängel fort und werden deshalb für drei aufeinanderfolgende Jahre Qualitätsabschläge erhoben, kann das Krankenhaus die betroffene Leistung nicht mehr abrechnen (§ 8 Abs. 4 S. 2 KHEntgG), und es verliert überdies seine Zulassung (§ 108 Nrn. 2 u. 3 SGB V mit § 8 Abs. 1b KHEntgG bzw. §§ 109 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 Var. 3, 110 Abs. 1 S. 2 SGB V).²⁷

2. Einordnung des Instruments des Qualitätsabschlags

Das Instrument des Qualitätsabschlags bei unzureichender Qualität von Krankenhausleistungen ist ein Element des Systems zur Ermittlung der Entgelte, die Krankenhäuser ihren Patien-

²⁵ Gesetz über die Entgelte für voll- und teilstationäre Krankenhausleistungen (Krankenhausentgeltgesetz – KHEntgG) v. 23.4.2002, BGBl. I, S. 1412, mehrfach geändert.

²⁶ Vgl. zu den hier dargestellten Regelungen die Begründung des Gesetzesentwurfs zum KHSB BT-Drs. 18/5372, v.a. S. 36, 64, 85 f. und 88 f.; vgl. außerdem Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit, BT-Drs. 18/6586, S. 80, 86, 92, 106 und 109 f.

²⁷ Ein weiteres, ähnliches Instrument wurde 2017 mit den Vergütungsabschlägen bei Nichteinhaltung von Pflegepersonaluntergrenzen in pflegeintensiven Bereichen in Krankenhäusern eingeführt (Art. 8b und 8c des Gesetzes zur Modernisierung der epidemiologischen Überwachung übertragbarer Krankheiten v. 17.7.2017, BGBl. I, S. 2615; näher hierzu: BT-Drs. 18/12604, S. 72 u. 78 ff.). Für vier solche Bereiche (Intensivmedizin, Geriatrie, Kardiologie, Unfallchirurgie) hat das Bundesministerium für Gesundheit Personaluntergrenzen im Wege der Ersatzvornahme durch Rechtsverordnung mit Wirkung zum 1.1.2019 festgelegt (vgl. Pflegepersonaluntergrenzen-Verordnung – PpUGV – v. 5.10.2018, BGBl. I, S. 1632). Hält ein Krankenhaus diese Untergrenzen nicht ein, müssen die örtlichen Vereinbarungspartner Sanktionen in Form von Vergütungsabschlägen oder einer Verringerung der Fallzahl vereinbaren; Vergütungsabschläge sind in einer Höhe zu vereinbaren, die in einem angemessenen Verhältnis zum Grad der Nichteinhaltung der jeweiligen Pflegepersonaluntergrenze steht (§ 137i Abs. 5 S. 1 u. 3 SGB V). Die Abschläge werden von den jeweiligen Fallpauschalen abgezogen (§ 8 Abs. 4 S. 1 KHEntgG).

ten oder deren Kostenträgern für erbrachte Behandlungsleistungen in Rechnung stellen können. Dementsprechend werden Qualitätsabschläge vorab für die jeweils bevorstehende Abrechnungsperiode, also mit Blick auf künftige Behandlungsfälle vereinbart. Sie werden vereinbart, weil das Krankenhaus im vorangegangenen Abrechnungszeitraum den Qualitätsanforderungen nicht gerecht geworden ist. Die für Krankenhausleistungen nach Maßgabe des KHEntgG festgelegten Entgelte und damit auch die vereinbarten Qualitätsabschläge lassen sich aus Sicht des BGB am ehesten mit dem Begriff der „Taxe“ im Sinne des § 612 Abs. 2 BGB deuten, denn die nach dem KHEntgG festgelegten Abrechnungspositionen sind normativ vorab festgelegte Vergütungssätze, Vergütungsordnungen²⁸, auf die zur Abrechnung künftiger Behandlungsfälle zurückgegriffen wird. Im Ergebnis kann nach dieser „Taxe“ also ein „schlechtes“ Krankenhaus nur niedrigere Vergütungssätze abrechnen als ein Krankenhaus, das den Qualitätserwartungen entspricht. Wie es um die Qualität der Behandlung im konkreten Einzelfall bestellt ist, spielt demgegenüber für die dem Krankenhaus zustehende Vergütung keine Rolle. Der Abschlag wegen unzureichender Qualität von Krankenhausleistungen ist demnach etwas ganz anderes als eine Minderung, denn eine Minderung zielt darauf ab, die Vergütung für eine konkrete Leistung zu kürzen, wenn eben diese Leistung nicht in der geschuldeten Qualität erbracht worden ist; auf diese Weise sorgt die Minderung dafür, dass das Gegenseitigkeitsverhältnis von Leistung und Gegenleistung, gestört durch das Qualitätsdefizit, wieder ins Lot gebracht wird. Der Qualitätsabschlag hingegen sanktioniert das Krankenhaus bei künftigen Behandlungsfällen für zurückliegende Qualitätsdefizite, er soll als Anreiz zur Beseitigung der Defizite dienen oder er erweist sich, falls sich nichts ändert, als Vorstufe zum Ausscheiden des Krankenhauses aus dem öffentlichen Finanzierungssystem.

IV. Vergütungskürzungen bei Pflegeleistungen

Im Recht der Pflege, insbesondere in Bezug auf die stationäre Versorgung, wurden bereits deutlich früher, im Jahr 2001, Instrumente eingeführt, die die Kürzung der Vergütung für Pflegeleistungen ermöglichen.

1. Regeln über Kürzungen der Pflegevergütung

Regelungen über die Kürzung der Vergütung für Pflegeleistungen finden sich heute einerseits im Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz (WBVG) aus dem Jahr 2009 und andererseits in den Vorschriften des SGB XI über die Qualitätssicherung.

Nach § 10 Abs. 1 WBVG kann ein Verbraucher, der in einer Einrichtung der stationären Pflege lebt, bis zu sechs Monate rückwirkend eine angemessenen Kürzung des mit dem Träger der Einrichtung vereinbarten Entgelts verlangen, wenn der Träger die vertraglichen Leistungen ganz oder teilweise nicht erbringt oder wenn die Leistungen nicht unerhebliche Mängel aufweisen²⁹. Zuvor gab es bereits eine entsprechende Regelung im Heimgesetz (§ 5 Abs. 11 HeimG), die im Rahmen einer Novelle des Heimgesetzes im Jahr 2001 in dieses Gesetz eingefügt worden war³⁰.

²⁸ Vgl. zum Begriff der Taxe Palandt/Weidenkaff, BGB, 78. Aufl., 2019, § 612, Rdnr. 8.

²⁹ Eingeführt durch Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung der zivilrechtlichen Vorschriften des Heimgesetzes nach der Föderalismusreform v. 29.7. 2009, BGBl. I, S. 2319; dazu BT-Drs. 16/ 12409, S. 12.

³⁰ Durch Art. 1 Nr. 4 des Dritten Gesetzes zur Änderung des Heimgesetzes v. 9.11.2001, BGBl. I, S. 2960; dazu BT-Drs. 14/5399, S. 16 u. 23.

Eine ebenfalls 2001 beschlossene Novelle des SGB XI³¹ – die beiden Novellen sollten sich nach der Vorstellung des Gesetzgebers gegenseitig ergänzen³² – führte eine weitere Möglichkeit ein, die Vergütung für Pflegeleistungen zu kürzen. Seitdem müssen die in Pflegesatzvereinbarungen vereinbarten Pflegevergütungen gekürzt werden, wenn eine Pflegeeinrichtung ihre Verpflichtungen zu einer qualitätsgerechten Leistungserbringung ganz oder teilweise nicht einhält (§ 115 Abs. 3 S. 1 SGB XI). Man hatte damals vor allem den Fall vor Augen, dass die Pflicht zur Vorhaltung des vereinbarten Personals nicht eingehalten wird³³. In der Gesetzesbegründung heißt es dazu: „Dabei wird bewusst keine Absenkung der Vergütung in der nächstfolgenden Vergütungsperiode vorgesehen, sondern ein Rückzahlungsanspruch gegenüber den Kostenträgern begründet“³⁴. Über die Höhe des Kürzungsbetrages soll sich eine davon betroffene Pflegeeinrichtung mit ihren Kostenträgern einigen; andernfalls entscheidet die Schiedsstelle durch ihre drei unparteiischen Mitglieder (§ 115 Abs. 3 S. 2 u. 3 SGB XI)³⁵.

Die beiden beschriebenen Kürzungsmechanismen – nach § 10 Abs. 1 WBG und nach § 115 Abs. 3 SGB XI – stehen nicht beziehungslos nebeneinander, sondern sind eng miteinander verzahnt. Wird ein Kürzungsbetrag nach § 115 Abs. 3 SGB XI vereinbart oder festgesetzt, können die betroffenen Pflegebedürftigen wegen desselben Sachverhalts keine Kürzung nach § 10 Abs. 1 WBG verlangen (§ 10 Abs. 4 WBG³⁶). Bis zur Höhe ihres Eigenanteils muss ihnen die Pflegeeinrichtung dann allerdings den Kürzungsbetrag nach § 115 Abs. 3 SGB XI zurückzahlen; im Weiteren erfolgt die Rückzahlung an die Pflegekassen und ggf. auch an weitere Kostenträger (§ 115 Abs. 2 S. 5 SGB XI).

§ 115 Abs. 3 SGB XI hat bald forensische Bedeutung erlangt. Ein Urteil des BSG aus dem Jahr 2012 hat den Gesetzgeber inzwischen zu einer Weiterentwicklung der gesetzlichen Regel veranlasst. Im Fall des BSG³⁷ war die Pflegevergütung für eine Einrichtung mit dem Argument gekürzt worden, die Einrichtung habe weniger Personal eingesetzt als vereinbart. Das BSG hat die Kürzung als rechtswidrig beanstandet, weil die behauptete Pflichtverletzung in Form einer Personalunterdeckung als solche für eine Vergütungskürzung nicht ausreiche; vielmehr müssten aus einer Pflichtverletzung der Einrichtung „Qualitätsmängel resultieren“; es müsse „einem Heimträger also konkret der Vorwurf der Beeinträchtigung der Qualität der Versorgung“ gemacht werden können³⁸. Das BSG benennt als Beispiele für „wirkliche Qualitätsmängel“: „z.B. das Auftreten von Dekubituswunden, unzureichende Nahrungs- und Flüssigkeitsversorgung, Sondenernährung allein zur Arbeitserleichterung, rechtswidrige Fixierungen, Unterlassen der im Einzelfall gebotenen Hinzuziehung eines Arztes usw.“³⁹. Vom Grundsatz der Notwendigkeit der Feststellung eines (konkreten) Qualitätsmangels sah das BSG allerdings Ausnahmen vor. Ein Qualitätsmangel soll unwiderleglich zu vermuten sein, wenn in einem Pflegeheim über Monate hinweg so wenig Personal vorhanden war, „dass Qualitätsmängel praktisch unvermeidbar waren“; dies sei anzunehmen, wenn die vereinbarte

³¹ Gesetz zur Qualitätssicherung und zur Stärkung des Verbraucherschutzes in der Pflege (Pflege-Qualitätssicherungsgesetz – PQSG) v. 9.9.2001, BGBl. I, S. 2320; dazu BT-Drs. 14/5395 und 14/6308.

³² Vgl. BT-Drs. 14/5395, S. 43 f. u. BT-Drs. 14/5399, S. 16, I.Sp.

³³ So ausdrücklich der Regierungsentwurf BT-Drs. 14/5395, S. 43 r.Sp.

³⁴ BT-Drs. 14/5395, S. 43 r.Sp.

³⁵ Eine ähnliche Regelung findet sich seit dem 1.1.2020 in § 79 SGB XII, eingeführt durch Art. 13 Nr. 25 des Bundesteilhabegesetzes v. 23.12.2016 (dazu BT-Drs. 18/9522, S. 343 f.). Diese Regelung kann hier nicht näher behandelt werden.

³⁶ Gleichlautend bereits § 5 Abs. XI S. 2 HeimG.

³⁷ BSG, Urf. v. 12.9.2012 – B 3 P 5/11 R, BSGE 112, 1 ff.

³⁸ BSG, ebd., sub II 4 b, BSGE 112, 1 (9).

³⁹ BSG, ebd. sub II 5 d., BSGE 112, 1 (15).

Personalausstattung über mehrere Monate hinweg um jeweils mindestens 8 % unterschritten worden sei oder wenn der Träger die vereinbarte Personalausstattung „planmäßig und zielgerichtet“ nicht bereitstelle⁴⁰. Im Fall waren weder konkrete Qualitätsmängel festgestellt worden noch die Voraussetzungen eines Ausnahmefalles.

Fünf Jahre später hat der Gesetzgeber durch Einfügung eines neuen Absatzes in § 115 SGB XI die Aussagen des BSG teilweise unverändert, teilweise in modifizierter Form kodifiziert und um einen weiteren Aspekt ergänzt⁴¹. Seitdem wird, wie vom BSG entschieden, bei einem planmäßigen und zielgerichteten Verstoß gegen die Verpflichtung zur Einhaltung der vereinbarten Personalausstattung eine Verletzung der Verpflichtungen zu einer qualitätsgerechten Leistungserbringung unwiderlegbar vermutet (§ 115 Abs. 3a S. 1 Nr. 1 SGB XI). Eine solche Pflichtverletzung wird des Weiteren unwiderlegbar vermutet, wenn die vereinbarte Personalausstattung nicht nur vorübergehend unterschritten wird (§ 115 Abs. 3a S. 1 Nr. 2 SGB XI); dieser Vermutungsfall entspricht dem zweiten vom BSG angenommenen Ausnahmefall mit der Abweichung, dass das Mindestmaß der relevanten Unterschreitung nicht als Prozentsatz beziffert wird. Schließlich wird nun, und das ist neu, die Verletzung der Verpflichtung zu einer qualitätsgerechten Leistungserbringung auch dann unwiderleglich vermutet, wenn eine Einrichtung ihrem Personal nicht die kollektivvertraglich vereinbarten Gehälter bezahlt, obwohl dies in den Pflegesatzverhandlungen so vereinbart worden war (§ 115 Abs. 3a S. 2 SGB XI).

Ob die Regeln über die Verkürzung der Pflegevergütung allein in der stationären Pflege gelten oder auch für die ambulante Pflege, ist umstritten⁴². Nach der Reform des Jahres 2017 hat die Auffassung, die Kürzungsregeln des § 115 SGB XI seien auch auf die ambulante Pflege anzuwenden, weiter an Überzeugungskraft gewonnen, denn die Sanktionierung bei untertariflicher Bezahlung soll nach dem ganz eindeutigen Gesetzeswortlaut – Hinweis auf § 89 Abs. 1 S. 4 SGB XI – auch im ambulanten Bereich zum Zuge kommen.

2. Einordnung der Kürzung der Pflegevergütung nach § 10 WBVG

Das Recht eines pflegebedürftigen Verbrauchers, eine Kürzung des vereinbarten Entgelts nach § 10 Abs. 1 WBVG zu verlangen, wurde in der Gesetzesbegründung ausdrücklich als Minderungsrecht bezeichnet⁴³. Für die dogmatische Einordnung des Kürzungsrechts ist allerdings eine differenzierte Betrachtung erforderlich, denn die Vorschrift spricht drei unterschiedliche Fälle an. Angesprochen ist zunächst der Fall, dass der Unternehmer seine Leistung überhaupt nicht erbringt. In diesem Fall kann der Verbraucher der Gesetzesbegründung zufolge die Befreiung von seiner Zahlungspflicht in vollständiger Höhe verlangen. Ein solcher Fall wäre ohne § 10 WBVG nach § 326 Abs. 1 Hs. 1 BGB zu lösen: Da die Hauptleistung nicht erbracht wurde und auch nicht mehr nachgeholt werden kann, würde ohne Weiteres der Anspruch auf die Gegenleistung entfallen. Werden die vertraglichen Pflichten teilweise, beispielsweise für einen bestimmten Zeitraum, nicht erbracht – so der zweite Fall des § 10 Abs. 1 WBVG –, würde dies nach den allgemeinen Regeln eine „Minderung“ wegen eines

⁴⁰ BSG, ebd sub II 4 b cc und dd sowie Ls. 2, BSGE 112, 1 (10).

⁴¹ Art. 9 Nr. 3d des Gesetzes zur Fortschreibung der Vorschriften für Blut- und Gewebezubereitungen und zur Änderung anderer Vorschriften v. 18.7.2017, BGBl. I, S. 2757; dazu BT-Drs. 18/12587, S. 59 f.

⁴² Einerseits (Relevanz nur für die stationäre Pflege): Bachem in: Kraher/Plantholz (Hrsg.), LPK-SGB XI, 5. Aufl., 2018, § 115, Rdnr. 64; KassKomm/Leitherer, § 115 SGB XI, Rdn. 28 (Stand: EL 97/ Dezember 2017); andererseits (Relevanz auch für ambulante Pflege) Hänlein, aaO. (Fn. 3), S. 68 f. (Rdnr. 255) unter Hinweis auf BT-Drs. 14/5395, S. 43.

⁴³ BT-Drs. 16/12409, S. 25; vgl. auch BT-Drs. 14/5399, S. 16 und 23 zur Vorgängerregelung des HeimG.

quantitativen Defizits nach sich ziehen (§ 326 Abs. 1 S.1 Hs. 2 mit § 441 Abs. 3 BGB). Schließlich bezieht sich das Kürzungsrecht auf den Fall „nicht unerheblicher Mängel“; in der Terminologie der Gesetzesüberschrift wäre das eine „Schlechtleistung“. In diesem Fall wäre nach dem BGB eine Minderung nicht vorgesehen, denn in qualitativer Hinsicht defizitäre Pflege wäre eine „nicht vertragsgemäße Leistung“ im Sinne von § 326 Abs. 1 S. 2 BGB. Insofern ist es also, wenn man so will, ein echtes Minderungsrecht, das § 10 Abs. 1 WBGV eingeführt hat⁴⁴. Allerdings ist es ein Recht, das dem Verbraucher in der Praxis wenig nutzt, da es binnen kürzester Frist geltend zu machen ist⁴⁵. Daran scheitert die Durchsetzung häufig⁴⁶.

3. Einordnung der Kürzung der Pflegevergütung nach § 115 Abs. 3 SGB XI

Bieback hat das Kürzungsrecht nach § 115 Abs. 3 SGB XI als „Anspruch auf Minderung des Entgelts“ charakterisiert und darauf hingewiesen, dass in den Gesetzesmaterialien zum Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz auch in Bezug auf § 115 Abs. 3 SGB X von einem „Minderungsanspruch“⁴⁷ die Rede ist; wenn die Festlegung eines Kürzungsbetrages nach § 115 Abs. 3 SGB XI den individuellen Minderungsanspruch der betroffenen Pflegebedürftigen verdrängen könne (so § 10 Abs. 4 WBGV), sei dies „nur schlüssig, wenn in dem Anspruch nach § 115 Abs. 3 SGB XI der individualrechtliche Anspruch des Pflegebedürftigen enthalten ist“⁴⁸. § 115 Abs. 3 SGB XI bewirkt nach Bieback eine verbraucherrechtlich motivierte Kollektivierung des individuellen Minderungsrechts, „weil die individuelle Durchsetzung nicht greift und/oder dem kollektiven Charakter des Verhaltens der Einrichtung nicht gerecht wird“⁴⁹.

Der Deutungsansatz Biebacks überzeugt ohne Weiteres, soweit es um „wirkliche“ Qualitätsmängel im Einzelfall geht, um Defizite in Bezug auf die Ergebnisqualität im Sinne „wesentliche(r) Aspekte des Pflegezustandes und (der) Wirksamkeit der Pflege- und Betreuungsmaßnahmen“ (vgl. § 114 Abs. 2 S. 6 SGB XI). Er hat allerdings auch den Fall vor Augen, dass es zu einer vereinbarungswidrigen Personalunterdeckung gekommen ist, dass also ein Problem in Bezug auf die Strukturqualität im Sinne der unmittelbaren Rahmenbedingungen der Pflege aufgetreten ist (vgl. dazu § 114 Abs. 2 S. 7 SGB XI). Darin kann nach Bieback eine teilweise Nichterfüllung der vertraglichen Pflichten der Einrichtung zu sehen sein, ein Fall, der ebenfalls unter § 10 Abs. 1 WBGV (zweite Variante) und zwanglos auch unter § 115 Abs. 3 S. 1 und Abs. 3a S. 1 Nr. 2 SGB XI subsumiert werden kann. Aus zivilrechtlich-dogmatischer Sicht handelt es sich hier nicht um eine Minderung wegen eines „qualitativen Defizits“, sondern um einen Fall eines „quantitativen Defizits“, wie er allgemein in § 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BGB angesprochen ist und der nach dieser Regel „wie die Minderung im Kauf“ zu behandeln wäre.

⁴⁴ Im Ergebnis ähnlich wie hier Palandt/Weidenkaff, BGB, 78. Aufl., 2019, § 10 WBGV, Rdnr. 1: „Der Verbr hat bei Nicht- oder Schlechtleistung ein MinderungsR“.

⁴⁵ Die Rigidität der Regelung weckt Assoziationen an die Verjährungsregel des alten § 477 Abs. 1 BGB aus der Zeit vor der Schuldrechtsreform. Kritisch Bieback, Probleme des Qualitätssicherungskonzepts des SGB XI, SGB 2009, S. 511 (516).

⁴⁶ Vgl. OLG Frankfurt, Urt. v. 30.10.2013 – 1 U 153/12, NJW-RR 2014, S. 688 (689, Rdnrn. 18 ff.); OLG Hamm, Urt. v. 25.6.2013 – I-26 U 90/09, 26 U 90/09 (juris); OLG Düsseldorf, Beschl. v. 4.4.2011 – I-24 U 130/10, 24 U 130/10, NJW-RR 2011, 1683 (1684, Rdnrn. 10 ff).

⁴⁷ Vgl. BT-Drs. 16/12409, S. 25 zu § 10 Abs. 4 WBGV sowie BT-Drs. 14/5399, S. 23 zum zuvor maßgeblichen § 5 Abs. 11 HeimG.

⁴⁸ Bieback, SGB 2009, S. 511 (514).

⁴⁹ Bieback, SGB 2009, S. 511 (515).

Die Einsicht, dass es unterschiedliche Vertragsverletzungen sind, die eine Minderung der Vergütung auslösen können, lenkt den Blick auf die Frage nach der Reichweite der in § 10 Abs. 4 WBVG angeordneten Verdrängungswirkung einer Vergütungskürzung nach § 115 Abs. 3 SGB XI. Fraglich ist vor allem, ob die Festlegung einer Vergütungskürzung wegen Personalunterdeckung, also wegen eines „quantitativen Defizits“, auch den Minderungsanspruch eines Heimbewohners ausschließt, gegenüber dem es zu einem „qualitativen Defizit“ gekommen ist. Nach § 10 Abs. 4 WBVG kommt es darauf an, ob es sich um „de(n)selben Sachverhalt“ handelt. Immerhin hält es die Begründung zu dieser Regelung für „möglich, dass eine Vertragsverletzung des Trägers gegenüber dem Kostenträger nicht auf den individuellen Heimvertrag durchschlägt“⁵⁰. M.E. sind jedoch quantitative und qualitative Defizite bei Pflegeleistungen so eng miteinander verzahnt, dass man von „demselben Sachverhalt“ ausgehen sollte, denn für eine Vergütungskürzung ist es nach der oben referierten Entscheidung des BSG erforderlich, dass eine Pflichtverletzung auch tatsächlich zu einem Pflegemangel geführt hat. Ein anderer Sachverhalt, den die Verdrängungswirkung nicht erfasst, bei dem also der individuelle Minderungsanspruch erhalten bleibt, liegt m.E. nur dann vor, wenn auch Mängel bei anderen geschuldeten Teilleistungen auftreten: Eine Vergütungskürzung nach § 115 Abs. 3 SGB XI wegen eines Pflegedefizits hindert einen Heimbewohner also nicht, wegen Mängeln hinsichtlich Unterkunft und Verpflegung Minderung zu verlangen.

V. Ertrag

Das Dienstvertragsrecht des BGB sieht keine Minderung für den Fall qualitativer Defizite der geschuldeten Dienste vor. Diese Regelung ist insbesondere bei personenbezogenen Dienstleistungen sinnvoll. Für quantitative Leistungsdefizite hingegen verweist die einschlägige Regelung des allgemeinen Schuldrechts auf die Minderungsvorschrift des Kaufrechts.

Der Qualitätsabschlag des Krankenhausfinanzierungsrechts hat nicht die Funktion einer Minderung. Es handelt sich dabei vielmehr um ein Element der für Krankenhausleistungen maßgeblichen Vergütungstaxe.

Im Recht der Pflegeleistungen sieht das WBVG für qualitative Pflegedefizite ein individuelles Minderungsrecht der Heimbewohner vor und weicht insoweit vom Dienstvertragsrecht des BGB ab. Das außerdem im WBVG für quantitative Defizite vorgesehene Minderungsrecht entspricht hingegen dem Modell des allgemeinen Schuldrechts.

Das SGB XI sieht eine Kollektivierung des Minderungsrechts bei Pflegedefiziten vor. Die Durchsetzung der Minderung auf diesem Weg schließt individuelle Minderungsansprüche aus, soweit diese aus Pflegemängeln resultieren.

Vermutlich spielt das individuelle Minderungsrecht des WBVG in der Praxis nur eine sehr geringe Rolle: wegen Beweisschwierigkeiten, wegen der Notwendigkeit, die Minderung binnen kurzer Frist geltend zu machen, und wohl auch wegen der Verdrängungswirkung der Kollektivminderung des SGB XI. Umgekehrt spricht viel dafür, dass das Instrument der Kollektivminderung praktisch bedeutsam sein wird, vor allem, wenn es genutzt wird, um auf vergleichsweise leicht nachzuweisende und der Pflegeeinrichtung problemlos zuzuschreibende quantitative Pflegedefizite (Personalunterdeckung) zu reagieren.

⁵⁰ BT-Drs. 16/12409, S. 25 zu § 10 Abs. 4 WBVG und BT-Drs. 14/5399, S. 23 zu § 5 Abs. 11 HeimG.