

LSG Nordrhein-Westfalen: Veröffentlichung von Transparenzberichten über die Leistungen und die Qualität von Pflegeheimen ist nicht verfassungswidrig

LSG Nordrhein-Westfalen; Beschl. v. 10.05.10 (Az. L 10 P 10/10 B ER)

(...)

Aus den Gründen:

I.

Die Antragstellerin (Ast) wendet sich im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes gegen die Veröffentlichung eines Transparenzberichts durch die Antragsgegner (AG).

Die Ast ist Trägerin des Katholischen Alten- und Pflegeheimes St. N-stift in C, einer zugelassenen vollstationären Pflegeeinrichtung. Am 17.08.2009 führte der Medizinische Dienst der Krankenversicherung Westfalen-Lippe (MDK), N, im Auftrag der AG bei dieser eine Qualitätsprüfung nach §§ 114 ff SGB XI durch. Mit Schreiben vom 01.09.2009 übersandten die AG der Ast den entsprechenden Prüfbericht und gaben ihr Gelegenheit, zu den festgestellten Mängeln bis zum 30.09.2009 Stellung zu nehmen. Dem kam die Ast mit Schreiben vom 07.10.2009 nach.

Mit Bescheid vom 15.10.2009 ordneten die AG Maßnahmen zur Beseitigung der Qualitätsdefizite sowie zur Sicherung der Qualität der Pflegeeinrichtung an, die sofort, spätestens aber bis zum 31.03.2010 umzusetzen seien. Hiergegen erhob die Ast am 13.11.2009 beim Sozialgericht (SG) Dortmund Klage (S 12 P 200/09). Dem Antrag, die aufschiebende Wirkung der Klage anzuordnen, gab das SG mit Beschluss vom 25.01.2010 (S 12 P 217/09 ER) statt. Die von den AG des dortigen Verfahrens erhobene Beschwerde wird beim erkennenden Senat unter dem Az.: L 10 B 33/10 P ER geführt.

Der von der Ast am 10.12.2009 zur Kenntnis genommene Transparenzbericht weist als rechnerisches Gesamtergebnis aus dem

Mittelwert der Punktebewertung der 64 Einzelkriterien die Note "Befriedigend" (2,9) aus. Der Qualitätsbereich "Pflege und medizinische Versorgung" erhielt danach die Note "Befriedigend" (2,9), der Bereich "Umgang mit demenzkranken Bewohnern" die Note "Mangelhaft" (4,6), der Bereich "Soziale Betreuung und Alltagsgestaltung" die Note "Befriedigend" (3,4) und der Qualitätsbereich "Wohnen, Verpflegung, Hauswirtschaft und Hygiene" die Note "Sehr Gut" (1,0). Als Ergebnis der Befragung der Bewohner der Pflegeeinrichtung erhielt die Ast die nicht in das Gesamtergebnis einfließende Note "Sehr Gut" (1,3). Am 23.12.2009 hat die Ast beim SG Dortmund den Erlass einer einstweiligen Anordnung beantragt, mit der sie sich gegen die Veröffentlichung des Transparenzberichts wendet. Der Bericht sei formell und materiell rechtswidrig. Er basiere auf einem Qualitätsprüfbericht des MDK, der seinerseits auf nicht ordnungsgemäß in Kraft gesetzten Richtlinien beruhe. Schon das gesetzlich vorgesehene Verfahren sei nicht eingehalten worden, weil man nicht alle maßgeblichen Verbände zu den Richtlinien angehört habe. Insofern werde auch ein Verfahren vor dem hiesigen Landessozialgericht geführt. Zudem sei die Ermächtigungsgrundlage zur Veröffentlichung des Transparenzberichts - § 115 Abs 1a SGB XI - verfassungswidrig. Es fehle bereits an gesicherten pflegewissenschaftlichen Erkenntnissen über realistische Indikatoren der Ergebnis- und Lebensqualität der pflegerischen Versorgung als Grundlage der Richtlinien. Auch sei die vom Gesetzgeber mit der Norm verfolgte Intention, die Pflegequalität für den Verbraucher transparent zu machen, faktisch nicht durchführbar, da nicht für alle Pflegeeinrichtungen zugleich Benotungen veröffentlicht würden. Es

hänge daher vom Zufallsprinzip ab, welche Einrichtung als erste benotet werde. Darüber hinaus sei der Transparenzbericht auch materiell rechtswidrig, weil die Benotung in den Qualitätsbereichen 1 bis 3 auf unzutreffenden Feststellungen des MDK beruhe. Dieser habe seine Tätigkeit im Wesentlichen auf die Prüfung der Dokumentation der Pflege beschränkt. Die Dokumentation gebe aber nicht die tatsächlich erbrachte Pflegeleistung wieder. Diese sei sehr gut. Die bürokratische Dokumentation der Pflege erfordere Zeit, die bei der Pflege fehle. Die Dokumentation diene daher kaum dem Wohle der Versicherten. Im Vordergrund stehe vielmehr eher die Gewinnung von Erkenntnissen, die bei Pflegegesetzverhandlungen zu Lasten des Heimes verwendet werden könnten. Sofern der vorläufige Transparenzbericht veröffentlicht werde, könne die ASt ihren guten Ruf selbst dann nicht mehr retten, wenn es aufgrund einer Nachüberprüfung zu einer Änderung komme.

Die AG sind der Ansicht, dass ein Anordnungsanspruch nicht bestehe. Mit der Veröffentlichung des Transparenzberichts, der auf der bei der ASt durchgeführten Qualitätsprüfung vom 17.08.2009 basiert, würden die Landesverbände der Pflegekassen in Westfalen-Lippe ihren gesetzlichen Auftrag aus § 115 Abs 1a SGB XI in Verbindung mit der Pflege-Transparenzvereinbarung stationär (PTVS) vom 17.12.2008 erfüllen. Die Verfassungswidrigkeit des § 115 Abs 1a SGB XI sei bisher höchstrichterlich nicht festgestellt worden, so dass sie die dem Wohl der Versicherten der gesetzlichen Pflegeversicherung dienenden gesetzlichen Bestimmungen zu befolgen hätten. Auch sei die von der ASt behauptete Fehlerhaftigkeit des Prüfberichts nicht nachvollziehbar. Der MDK habe alle am Prüftag vorgelegten Unterlagen unter Einhaltung der vereinbarten Prüfkriterien einbezogen. Auch seien die Dokumentationspflichten nicht zu hoch. Nur anhand der Dokumentation lasse

sich gesichert und für alle Pflegeheime im gleichen Maße überprüfen, ob sie die Qualitätskriterien erfüllen. Ein Anordnungsgrund liege ebenfalls nicht vor. So sei insbesondere nicht zu erwarten, dass wegen der Veröffentlichung des Transparenzberichts eine Existenzgefährdung der ASt eintrete oder nicht mehr rückgängig zu machende Tatsachen geschaffen würden. Vielmehr könne die ASt durch eine Qualitätsverbesserung zu verbesserten Prüfnoten gelangen.

Das SG hat den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung mit Beschluss vom 25.01.2010 abgelehnt.

Die ASt habe einen Anordnungsanspruch nicht glaubhaft gemacht. Es sei nicht überwiegend wahrscheinlich, dass ein Unterlassungsanspruch analog §§ 1004 Abs 1 S 2, 823 Abs 1, 824 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) bestehe. Rechtsgrundlage für die Veröffentlichung des Transparenzberichts sei § 115 Abs 1a SGB XI, an dessen Verfassungsmäßigkeit keine Bedenken bestünden. Eine Rechtswidrigkeit der Veröffentlichung resultiere nicht bereits aus der von der ASt gerügten unzureichenden Beteiligung von Träger- und Berufsverbänden bei der Verabschiedung der der Qualitätsprüfung zugrunde liegenden Richtlinien. Es liege auch kein unmittelbarer, betriebsbezogener Eingriff in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb vor. Vielmehr erfolge die Veröffentlichung im Verbraucherinteresse, die wettbewerblichen Auswirkungen seien nur unvermeidbare Folge der Schaffung von Transparenz. Die Veröffentlichung bewege sich innerhalb der aus dem Grundrecht der Meinungs- und Informationsfreiheit abzuleitenden immanenten Beschränkung der unternehmerischen Betätigungsfreiheit. Verbraucheraufklärung durch Veröffentlichung von Transparenzberichten sei zur Gewinnung von Markttransparenz nicht nur im Interesse der Verbraucher, sondern auch volkswirtschaftlich notwendig. Die ASt habe nicht glaubhaft gemacht, dass

das bei ihr durchgeführte Prüfverfahren und die Bewertung den Boden der Neutralität, Objektivität und Sachkunde verlassen hätten. Vielmehr basiere der Prüfbericht auf an einem Tag von 9:00 bis 16:00 Uhr in der Pflegeeinrichtung durchgeführten Ermittlungen, an denen drei Prüfer beteiligt worden sind. Der Bericht weise keine bei summarischer Prüfung erkennbaren Defizite auf. Der ausführliche Bericht enthalte in 20 Kapiteln sowohl die Beurteilungskriterien als auch eine Subsumtion der vorgefundenen Umstände unter die Kriterien. Auch die relative Unsicherheit hinsichtlich valider Indikatoren der Ergebnis- und Lebensqualität führe nicht zum Überschreiten des Entscheidungsfreiraums des Beurteilenden, da eine Beurteilung immer nur auf der Grundlage gegenwärtiger Erkenntnisse erfolgen könne. Ebenso führe die gerügte Verschärfung der Dokumentationspflichten nicht zur Überschreitung des Entscheidungsfreiraums, weil die Dokumentation Rückschlüsse auf die Qualität der Pflege zulasse. Zudem sei weder ein unzulässiger Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit (Art 12 Abs 1 Grundgesetz - GG -) noch eine Verletzung der Eigentumsfreiheit (Art 14 Abs 1 GG) gegeben. Neben dem Anordnungsanspruch habe die ASt auch keinen Anordnungsgrund glaubhaft gemacht. Es sei nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass sich der Transparenzbericht derart verheerend auswirken werde, dass von einer Existenzgefährdung auszugehen sei.

Gegen den am 29.01.2010 zugestellten Beschluss hat die ASt am 03.02.2010 Beschwerde eingelegt und zur Begründung ihr bisheriges Vorbringen wiederholt. Sie trägt weiter vor, dass das SG Dortmund das Recht der AG zur Veröffentlichung eines Transparenzberichts zu Unrecht aus dem Grundrecht der Meinungs- und Informationsfreiheit hergeleitet habe. Insoweit werde verkannt, dass die AG nicht als eine juristische Person des Privatrechts, sondern der Staat durch die Landesverbände der

Pflegekassen öffentlich-rechtlich tätig werden. Eine Berufung auf Art 5 GG sei daher nicht möglich. Vielmehr werde in die Grundrechte der ASt aus Art 12 GG iVm Art 14 GG eingegriffen. Dieser Eingriff könne allenfalls unter Beachtung des Grundsatzes des Vorbehaltes des Gesetzes gerechtfertigt werden. § 115 Abs 1a SGB XI könne den Eingriff in Art 12 GG aber bereits deshalb nicht rechtfertigen, weil diese Norm verfassungswidrig zustande gekommen sei. Unter Heranziehung der Grundsätze der "Glykol-Entscheidung" des Bundesverfassungsgerichts (Beschluss vom 26.06.2002, Az.: 1 BvR 558/91) seien marktbezogene Informationen des Staates nur dann verfassungsgemäß, wenn sie auf wissenschaftlich erwiesenen und veröffentlichten Tatsachenfeststellungen basieren. Wenn Feststellungen indessen lediglich auf einem Wertungscharakter basierten, sei eine marktbezogene Information nicht geeignet, dem Wohl der Versicherten zu dienen. Es läge dann ein nicht zu rechtfertigender Eingriff in Art 12 GG vor. Es stehe aber fest, dass die Benotungen und Bewertungen, die nach dem Vorwort zur Anlage 3 der PTVS nicht auf pflegewissenschaftlich gesicherten Erkenntnissen über die Lebensqualität der Versicherten beruhen, nicht geeignet seien, marktorientierte Informationen an die Verbraucher weiterzugeben.

§ 115 Abs 1a SGB XI begegne zudem Bedenken hinsichtlich des Bestimmtheitsgebotes des Art 80 GG und der aus dem Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip abgeleiteten Wesentlichkeitstheorie. Die Veröffentlichung des Transparenzberichts sei auch deshalb zu unterlassen, weil das SG in der Parallelentscheidung vom 25.01.2010 (S 12 P 217/09 ER) die aufschiebende Wirkung der Anfechtungsklage mit der Begründung angeordnet habe, der Maßnahmenbescheid sei zu unbestimmt und aus dem angefochtenen Bescheid gehe nicht hervor, inwiefern die AG ihren Beurteilungsspielraum ausgeübt hätten. Liege

aber ein offensichtlich rechtswidriger Maßnahmenbescheid vor, so dürfe im Umkehrschluss auch ein darauf basierender Transparenzbericht nicht veröffentlicht werden. Schließlich sei der Transparenzbericht auch deshalb rechtswidrig, weil bei Vornahme der Notenbildung schwerwiegende formelle Mängel aufgetreten seien. So seien die Gesamtnoten der einzelnen Qualitätsbereiche nicht aus dem arithmetischen Mittel der Einzelnoten der Prüfkriterien ermittelt worden. § 2 PTVS sei nicht eingehalten worden.

Die Antragstellerin und Beschwerdeführerin beantragt nach ihrem in erster Instanz gestellten und im Beschwerdeverfahren ergänzten Antrag sinngemäß, den Beschluss des Sozialgerichts Dortmund vom 25.01.2010 aufzuheben und die Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, die Veröffentlichung des Transparenzberichts für das Katholische Pflege- und Altenheim St. N-stift in C zu unterlassen, sowie festzustellen, dass sie nicht verpflichtet sei, das Ergebnis der Bewertung im vorläufigen Transparenzbericht in der Einrichtung St. N-stift durch Veröffentlichung bekannt zu machen. hilfsweise, das Verfahren auszusetzen und dem Bundesverfassungsgericht die Frage zu Entscheidung vorzulegen, ob § 115 Abs 1 a SGB XI verfassungsgemäß sei.

Die Antragsgegner beantragen, die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie halten die angefochtene Entscheidung für zutreffend. Die ASt habe keinen Anspruch auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 86 Abs 2 SGG. Zum einen habe sie keinen Anordnungsgrund glaubhaft gemacht, sondern nur Behauptungen und Befürchtungen vorgetragen. Das Vorliegen von unmittelbaren, schwerwiegenden wirtschaftlichen Nachteilen durch die Veröffentlichung sei nicht nachzuvollziehen. Die Möglichkeit einer kurzfristigen

Wiederholungsprüfung bzw Ergänzung des Transparenzberichts durch eigene Kommentierungen verringere den ohnehin nur geringfügigen wirtschaftlichen Nachteil. Zum anderen liege aber auch kein Anordnungsanspruch vor. Die Veröffentlichung des Prüfberichts sei nicht rechtswidrig, vielmehr existiere mit § 115 Abs 1a S 1 SGB XI eine Ermächtigungsgrundlage. Die Prüfkriterien seien auch nicht ungeeignet oder sachwidrig und die vorgenommene Bewertung nicht offensichtlich falsch. Diese Bewertungskriterien hätten ihre Grundlage in den PTVS. Dass diese rechtswidrig oder unwirksam sind, sei nicht ersichtlich. Ebenso führe die Tatsache, dass es derzeit keine pflegewissenschaftlich gesicherten Erkenntnisse über valide Indikatoren zu der Ergebnis- oder Lebensqualität gebe, nicht zur Rechtswidrigkeit der PTVS. Die Prüfbewertung sei zudem nicht offensichtlich unzutreffend, da den Prüfern bei prüfungsspezifischen Bewertungen ein Beurteilungsspielraum zukomme.

Wegen der Einzelheiten des Sachverhalts wird auf den Inhalt der Gerichtsakten, der beigezogenen Prozessakten S 12 P 200/09, S 12 P 217/09 ER = L 10 P 33/10 B ER, sowie der Verwaltungsakten der AG Bezug genommen. Diese waren Gegenstand der Beratung.

II.

Der Senat hat vom Amts wegen das Rubrum geändert und die von der ASt als "Landesverbände der Pflegekassen NRW" bezeichneten AG gesondert als AG zu 1 bis 6 ins Rubrum aufgenommen. Der Senat hielt es schon aus prozessökonomischen Gründen nicht für erforderlich, das SG zu ersuchen, den AG zu 1 bis 5 die Antragschrift vom 23.12.2009 und den Beschluss vom 25.01.2010 förmlich zustellen zu lassen. Der AG zu 6 war im Übrigen bereits im Verwaltungs- und Klageverfahren für die AG zu 1 bis 5 federführend aufgetreten und hatte insoweit auch seine Adresse als Korrespondenzadresse angegeben. Der Senat geht davon aus, dass der AG zu 6 die

jeweilige Korrespondenz an die AG zu 1 bis 5 weitergeleitet und diese auch über den Verfahrensstand informiert sind. Eine Verzögerung des Anordnungsverfahrens durch formelle Zustellung des Beschlusses hielt der Senat auch deshalb für entbehrlich, weil die AG durch die Entscheidung nicht beschwert werden und eine weitere Verzögerung nicht in ihrem Interesse liegen kann.

Die zulässige Beschwerde der ASt ist unbegründet. Das SG hat den Antrag zu Recht abgelehnt, weil die Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Anordnung nicht gegeben sind.

Gemäß § 86b Abs 2 S 2 Sozialgerichtsgesetz (SGG) kann das Gericht der Hauptsache auf Antrag eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch die Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte (Sicherungsanordnung). Einstweilige Anordnungen sind auch zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, wenn eine solche Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile nötig erscheint (Regelungsanordnung).

Eine stattgebende Eilentscheidung setzt eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für einen Erfolg des Hauptsacheverfahrens (Anordnungsanspruch) und für die Eilbedürftigkeit (Anordnungsgrund) als jeweils eigenständige Voraussetzungen des Anordnungsbegehrens voraus. Sowohl Anordnungsanspruch als auch Anordnungsgrund sind gem § 920 Abs 2 der Zivilprozessordnung (ZPO) iVm § 86b Abs 2 S 4 SGG glaubhaft zu machen. Im Rahmen des Verfahrens des vorläufigen Rechtsschutzes findet grundsätzlich eine summarische Prüfung der Sach- und Rechtslage statt. Dies bedeutet, dass im Unterschied zum Hauptsacheverfahren keine vollständige

und erschöpfende Aufklärung der Sach- und Rechtslage vorzunehmen ist. Grundsätzlich sind alle Beweismittel zulässig, allerdings reicht wegen des Verweises auf § 920 Abs 2 ZPO der gegenüber dem Vollbeweis geringere Wahrscheinlichkeitsgrad der Glaubhaftmachung.

Der Senat kommt hier nach der gebotenen summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage zu dem Ergebnis, dass weder ein Anordnungsanspruch (1) noch ein Anordnungsgrund (2) gegeben ist.

1. Ein Anordnungsanspruch liegt nicht vor. Eine Klage hätte mit überwiegender Wahrscheinlichkeit in der Hauptsache keinen Erfolg. **Die ASt hat keinen aus der Abwehrfunktion der Grundrechte bzw aus einer analogen Anwendung von § 1004 Abs 1 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) abzuleitenden öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruch.**

Voraussetzung für einen derartigen Anspruch ist ein rechtswidriger, hoheitlicher Eingriff in ein subjektives Recht der ASt. Diese Voraussetzung liegt nicht vor. Vielmehr besteht für die Veröffentlichung des Transparenzberichts mit § 115 Abs 1a SGB XI eine Rechtsgrundlage, die nicht verfassungswidrig ist und deren rechtliche Grenzen nicht überschritten wurden.

Nach § 115 Abs 1a S 1 SGB XI stellen die Landesverbände der Pflegekassen sicher, dass die von Pflegeeinrichtungen erbrachten Leistungen und deren Qualität, insbesondere hinsichtlich der Ergebnis- und Lebensqualität, für die Pflegebedürftigen und ihre Angehörigen verständlich, übersichtlich und vergleichbar sowohl im Internet als auch in anderer geeigneter Form kostenfrei veröffentlicht werden. Hierbei sind die Ergebnisse der Qualitätsprüfungen des MDK zu Grunde zu legen (§ 115 Abs 1a S 2 SGB XI). Nach § 115 Abs 1a S 4 SGB XI sind Wiederholungsprüfungen

zeitnah zu berücksichtigen. Konkretisiert wird § 115 Abs 1a SGB XI durch die auf der Grundlage des § 115 Abs 1a S 6 SGB XI vom Spitzenverband Bund der Pflegekassen, der Vereinigungen der Träger der Pflegeeinrichtungen auf Bundesebene, der Bundesarbeitsgemeinschaft der überörtlichen Träger der Sozialhilfe und der Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände erlassene Pflege-Transparenzvereinbarung stationär (PTVS) vom 17.12.2008. Diese beinhaltet die Kriterien der Veröffentlichung sowie die Bewertungssystematik der Qualitätsprüfungen. Die Qualitätsprüfung bildet die Grundlage der Transparenzberichte. Nähere Regelungen zu den Qualitätsprüfungen enthalten §§ 114 f SGB XI und die auf der Grundlage von § 114 Abs 7 SGB XI erlassenen Qualitätsprüfungsrichtlinien des GKV-Spitzenverbandes vom 11.06.2009.

Der Senat hat keine verfassungsrechtlichen Bedenken. § 115 Abs 1a SGB XI verstößt nicht gegen höherrangiges Recht.

a) **Insbesondere verstößt Satz 6 dieser Vorschrift nicht gegen Art 80 Abs 1 S 1 GG, denn sie enthält keine verfassungswidrige Delegation von Rechtssetzungsbefugnissen**¹, der ausdrücklich nur die Bundesregierung, die Bundesminister oder die Landesregierungen zum Erlass von Rechtsverordnungen ermächtigt, wird nicht verletzt, weil die Vereinbarung der Kriterien zur Veröffentlichung in § 115 Abs 1a S 6 SGB XI auf dem Regelungskonzept der Normsetzung durch vertragliche Vereinbarung² beruht. Die Normsetzung durch Vertrag ergibt sich hier unmittelbar aus der Regelung des § 115 Abs 1a SGB

XI. Satz 6 dieser Vorschrift spricht von "Vereinbarung", Satz 9 dieser Vorschrift von "Vereinbarungspartnern". Die in § 115 Abs 1a S 6 SGB XI zu "vereinbarenden" Kriterien der Veröffentlichung einschließlich der Bewertungskriterien sollen die Rechte und Pflichten der an der Veröffentlichung beteiligten Landesverbände der Pflegekassen und der Träger der Pflegeeinrichtungen regeln, hingegen nicht die Vertragspflichten der in der Vorschrift genannten Vereinbarungsparteien. Die in den PTVS enthaltenen Festlegungen entfalten insoweit normative Wirkung.

Derartige Normsetzungsverträge sind grundsätzlich mit der Verfassung vereinbar.³ Das Grundgesetz enthält insbesondere keinen Numerus Clausus von Normsetzungsformen. Ansonsten wäre auch die Rechtssetzung im Rahmen der funktionalen Selbstverwaltung verfassungswidrig. Die Verfassungswidrigkeit derartiger Rechtssetzung ist bereits durch das Bundesverfassungsgericht geprüft und ausdrücklich verneint worden.⁴ Der Gesetzgeber kann einer Körperschaft des öffentlichen Rechts zudem zusätzliche Ermächtigungen zur Regelung bestimmter Angelegenheiten erteilen, ohne dass sich die Ermächtigung nach Art 80 Abs 1 GG richtet.⁵

Der Bestimmtheitsgrundsatz des Art 80 Abs 1 GG wird durch die Normsetzung durch Vertrag nicht umgangen. Sofern rechtsstaatliche Grundsätze tangiert sind, kann der Kernbestand des Art 80 Abs 1 GG als Maßstab herangezogen werden.⁶ Bedenken bestehen unter diesem Gesichtspunkt nicht. Vielmehr sind vorliegend Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung entsprechend der Vorgaben

¹ Sächsisches LSG, Beschluss vom 24.02.2010, L 1 P 1/10 B ER; aA SG München, Beschluss vom 13.01.2010, S 19 P 6/10 ER, juris Rn 20, Beschluss vom 27.01.2010, S 29 P 24/10 ER, juris Rn 34f; SG Nürnberg, Beschluss vom 18.02.2010, S 9 P 16/10 ER

² Sächsisches LSG, aaO.

³ vgl. BSG, Urteil vom 15.05.2002, B 6 KA 33/01 R, SozR 3-2500 § 87 Nr 34, S 191, BSG, Urteil vom 09.12.2004, SozR 4-2500 § 72 Nr 2, Rn 64 f

⁴ BVerfG, Beschluss vom 05.12.2002, BVerfGE 107, 59, 91; so auch Sächsisches LSG aaO.

⁵ vgl. Maunz in: Maunz/Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, Stand Oktober 1996, Art 80 Rn 51

⁶ Maunz in: Maunz/Dürig, aaO., Art 80 Rn 51

des Art 80 Abs 1 S 2 GG in hinreichendem Umfang durch Gesetz, insbesondere durch §§ 11, 112 ff SGB XI bestimmt.⁷

Anhaltspunkte dahingehend, dass die PTVS rechtswidrig zustande gekommen sind, sieht der Senat nicht. Die PTVS regeln in sehr detaillierter Art und Weise die Kriterien der Veröffentlichung sowie die Bewertungssystematik der Qualitätsprüfungen. Dies trägt im Grundsatz zur Gewährleistung eines neutralen, objektiven und für alle Pflegeheime gleichen Verfahrens bei.⁸ An der Vereinbarung vom 17.12.2008 waren im Übrigen die maßgeblichen Organisationen für die Wahrnehmung der Interessen der pflegebedürftigen Menschen beteiligt, auch der Verband, dem die ASt angehört. Die Interessen der Pflegeheime wurden danach in ausreichendem Maße berücksichtigt. Soweit durch die ASt vorgetragen wird, dass zwei Verbände im Klagewege ihre Beteiligungsrechte nach § 115 Abs 1a S 6 SGB X geltend machen, weil sie nicht (vollständig) angehört worden seien, ist dies nicht im Anordnungsverfahren zu berücksichtigen. Die Klärung der grundsätzlichen und komplexen Frage, ob möglicherweise ein Anhörungsrecht eines übergangenen Verbandes verletzt wurde und sich dies auf die Wirksamkeit der Richtlinien auswirkt, muss den jeweiligen Hauptsacheverfahren vorbehalten bleiben.

b) Die in § 115 Abs 1a S 6 SGB XI getroffene Regelung verstößt - entgegen der Rechtsauffassung der ASt - auch nicht gegen die von dem Bundesverfassungsgericht sowohl aus dem Demokratie- (Art 20 Abs 1 und 2 GG) als auch dem Rechtsstaatsprinzip (Art 20 Abs 3 GG) abgeleitete Wesentlichkeitstheorie.⁹

Danach ist der Gesetzgeber verpflichtet, in grundlegenden normativen Bereichen die wesentlichen Entscheidungen im Rahmen eines formellen Gesetzes selbst zu treffen.¹⁰ Darin, dass der Gesetzgeber gemäß § 115 Abs 1a SGB XI die Regelung hinsichtlich der Kriterien der Veröffentlichung einschließlich der Bewertungssystematik den in dieser Norm genannten Verbänden sowie den Trägern der Pflegeeinrichtungen überlassen hat, liegt kein Verstoß gegen die Wesentlichkeitstheorie. Der Gesetzgeber darf die Berufsausübungsregelungen im Unterschied zu sogenannten "statusbildenden" Bestimmungen der Berufswahl an Berufsverbände delegieren.¹¹ Er hat die Kriterien der Veröffentlichung sowie der Bewertungssystematik bewusst dem Sachverstand der Vereinbarungsparteien überlassen. An der Ausarbeitung der PTVS waren die wesentlichen für die Wahrnehmung der Interessen der pflegebedürftigen Menschen maßgeblichen Organisationen beteiligt. Diesen ist eine hohe Kompetenz hinsichtlich der entscheidenden Bewertungskriterien für die Pflegequalität zuzusprechen. Die Entscheidung des Gesetzgebers ist insofern gerechtfertigt und auch sachgerecht.

c) Es liegt auch kein unzulässiger Eingriff in den persönlichen und sachlichen Schutzbereich des Art 12 Abs 1 GG vor, auf den sich die ASt mit dem Betrieb der Pflegeeinrichtung grundsätzlich berufen kann. Das Grundrecht des Art 12 Abs 1 GG ist nach Art 19 Abs 3 GG auch auf juristische Personen anwendbar, soweit sie eine Erwerbszwecken dienende Tätigkeit ausüben, die ihrem Wesen und ihrer Art nach in gleicher Weise einer juristischen

⁷ Sächsisches LSG, aaO.; aA SG München, Beschluss vom 13.01.2010, aaO., juris Rn 35

⁸ vgl. SG Augsburg, Beschluss vom 29.01.2010, S 10 P 105/09 ER

⁹ so aber SG München, Beschluss vom 13.01.2010, aaO., juris Rn 22 f; Beschluss vom 27.01.2010, aaO., juris Rn 37; SG Nürnberg, Beschluss vom 18.02.2010, S 9 P 16/10 ER

¹⁰ Jarass in: Jarass/Pieroth, Kommentar zum Grundgesetz, 9. Aufl, Art 80 Rn 46 mwN; vgl. auch BVerfG, Urteil vom 18.07.1972, BVerfGE 33, 345 f

¹¹ siehe SG Augsburg, aaO., mit Verweis auf BVerfGE 33, 125, 163

wie einer natürlichen Person offen steht.¹² Dies trifft auf die ASt ohne Weiteres zu. Darüber hinaus umschließt das Freiheitsrecht des Art 12 Abs 1 GG nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in der bestehenden Wirtschaftsordnung auch das berufsbezogene Verhalten der Unternehmer am Markt nach den Grundsätzen des Wettbewerbs.¹³ Durch Art 12 Abs 1 GG wird damit die Teilhabe am Wettbewerb zu Erwerbszwecken geschützt. Allerdings haben die Wettbewerber keinen Anspruch darauf, dass die Wettbewerbsbedingungen gleich bleiben und sie nur so von anderen dargestellt werden, wie sie gesehen werden möchten. Insbesondere umfasst Art 12 Abs 1 GG keinen Anspruch auf Erfolg im Wettbewerb und auf Sicherung künftiger Erwerbsmöglichkeiten. Der Umsatz und die Erträge unterliegen vielmehr dem Risiko laufender Veränderung je nach den Marktverhältnissen und den Funktionsbedingungen des Marktes.¹⁴

Die Veröffentlichung eines Transparenzberichts stellt - ungeachtet seiner sachlichen Richtigkeit - einen unmittelbaren Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit des Trägers der Pflegeeinrichtung dar. Die Veröffentlichung eines Transparenzberichts ist als grundrechtsspezifische Einwirkung auf die von Art 12 Abs 1 GG geschützte unternehmerische Betätigungsfreiheit zu qualifizieren, die zumindest die Marktchancen der Einrichtungsträger beeinflusst.¹⁵ Es handelt sich von der Eingriffsintensität her um eine Berufsausübungsregelung und damit nach der Drei-Stufen-Theorie des

Bundesverfassungsgerichts¹⁶ um einen Eingriff auf der untersten Intensitätsstufe, so dass die Anforderung an die Rechtfertigung geringer sind. Nach dieser sind die gesetzlichen Grundlagen bei einem Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit dann mit Art 12 Abs 1 GG vereinbar, wenn sie durch vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls getragen werden und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen, wenn also das gewählte Mittel zur Erreichung des verfolgten Zwecks geeignet und auch erforderlich ist und bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit noch gewahrt ist.¹⁷

§ 115 Abs 1a SGB XI entspricht diesen Anforderungen. Normzweck ist die Gewährleistung einer für die Pflegebedürftigen und ihre Angehörigen verständlichen, umfassenden, übersichtlichen, nachprüfbaren und zuverlässigen Form der Darstellung von Angaben zur Pflegequalität der Einrichtungen (BT-Drucksache 16/7439). Die Vorschrift dient einerseits der Markttransparenz im Interesse der Verbraucher und andererseits der Verbesserung der Pflegequalität. Dadurch wird nicht nur dem Selbstbestimmungsrecht und dem Schutzbedürfnis der Betroffenen Rechnung getragen, sondern auch ein Qualitätswettbewerb angestoßen, der dazu geeignet ist, durch erhöhte Anstrengungen der Pflegeeinrichtungen die Lebensqualität der Pflegebedürftigen zu erhöhen und ungeeignete Leistungserbringer vom Markt zu verdrängen.

Die nach § 115 Abs 1a SGB XI erforderliche Veröffentlichung von Transparenzberichten durch die Landesverbände der Pflegekassen ist zur Erreichung og Normzwecke geeignet und erforderlich. Ein milderer, gleich geeignetes Mittel zur Erreichung der Zwecke ist nicht erkennbar. Ungeeignet wäre eine Veröffentlichung von

¹² st Rspr, vgl. nur BVerfGE 50, 290, 363; 106, 275, 298

¹³ BVerfGE 32, 311, 317

¹⁴ BVerfG, Beschluss vom 26.06.2002, 1 BvR 558/91 BVerfGE 105, 252, 265, juris Rn 43; BVerfG, Urteil vom 17.12.2002, 1 BvL 28/95 BVerfGE 106, 275, 298

¹⁵ so auch Sächsisches LSG, aaO.; offen gelassen SG Bayreuth, Beschluss vom 11.01.2010, S 1 P 147/09 ER, juris Rn 81

¹⁶ BVerfGE 7, 377

¹⁷ siehe nur BVerfG, Beschluss vom 22.01.1997, 2 BvR 1915/91, BVerfGE 95, 173, 183, juris Rn 51

durchgeführten Qualitätsprüfungen durch den Einrichtungsträger selbst, da dies nicht zur Gewährleistung einer unabhängigen Kontrolle beitragen könnte.¹⁸

Die Veröffentlichung von Prüfungsergebnissen in Transparenzberichten ist im Rahmen der Abwägung des Interesses der Öffentlichkeit an Markttransparenz und des Interesses der Pflegeeinrichtungen an Beibehaltung der Konkurrenzsituation auch verhältnismäßig im engeren Sinne. Eine abweichende Beurteilung ergibt sich insbesondere nicht bereits daraus, dass es ausweislich des Hinweises in dem Vorwort zur PTVS derzeit an pflegewissenschaftlichen Erkenntnissen über valide Indikatoren der Ergebnis- und Lebensqualität in Deutschland fehlt und Werturteile der Prüfer in den Transparenzbericht einfließen. Die Verbreitung marktbezogener Informationen des Staates beeinträchtigen den grundrechtlichen Gewährleistungsbereich dann nicht, wenn der Einfluss auf wettbewerbs-erhebliche Faktoren ohne Verzerrung der Marktverhältnisse nach Maßgabe der rechtlichen Vorgaben für staatliches Informationshandeln erfolgt. Das Grundrecht schützt nicht vor der Verbreitung zutreffender und sachlich gehaltener Informationen am Markt, die für das wettbewerbliche Verhalten der Marktteilnehmer von Bedeutung sein können. Zur Förderung der Markttransparenz und der Funktionsfähigkeit des Marktes ist die inhaltliche Richtigkeit als grundsätzliche Voraussetzung unerlässlich. Der Träger der Staatsgewalt kann aber unter besonderen Voraussetzungen auch zur Verbreitung von Informationen berechtigt sein, wenn ihre Richtigkeit noch nicht abschließend geklärt ist. Die Rechtmäßigkeit der staatlichen Informationsstätigkeit hängt in einem solchen Fall davon ab, ob der Sachverhalt vor dessen Verbreitung im Rahmen des Möglichen sorgsam und unter Nutzung verfügbarer Informationsquellen aufgeklärt worden ist.

Bei verbleibenden Unsicherheiten in tatsächlicher Hinsicht ist der Staat an der Verbreitung der Informationen jedenfalls dann nicht gehindert, wenn diese im öffentlichen Interesse liegen und die Marktteilnehmer auf die verbleibenden Unsicherheiten hingewiesen werden.¹⁹

Der Gesetzgeber hat sich hinsichtlich der Veröffentlichung von Transparenzberichten an diese Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts gehalten. Ein das wirtschaftliche Interesse der Pflegeeinrichtungen überwiegendes öffentliches Interesse an der Kenntnis der konkreten Bewertungen besteht sowohl im Hinblick auf den Schutz der Gesundheit der Pflegebedürftigen als auch auf potentielle Interessenten an stationärer Pflege. Die Vertragsparteien haben die Marktteilnehmer in dem Vorwort der PTVS ausdrücklich auf das Fehlen pflegewissenschaftlich gesicherter Erkenntnisse über valide Indikatoren der Ergebnis- und Lebensqualität der pflegerischen Versorgung hingewiesen. Diese Vereinbarung sei daher als vorläufig zu betrachten und diene der gesetzgeberischen Intention der Verbesserung der Transparenz für die Verbraucher. Es besteht zudem Einvernehmen darüber, dass die PTVS anzupassen sind, sobald pflegewissenschaftliche Erkenntnisse vorliegen. Die Veröffentlichung von Transparenzberichten ist trotz der gegebenen relativen Unsicherheit nicht zu beanstanden.²⁰ Die Beurteilung von Sachverhalten kann immer nur im Rahmen gegenwärtiger Erkenntnisse erfolgen und Prüfungen können naturgemäß nur einen Ist-Zustand wiedergeben. Unter Berücksichtigung des Ist-

¹⁸ vgl. Bachem, PflR 2009, 214, 217

¹⁹ vgl. BVerfG, Beschluss vom 26.06.2002, 1 BvR 558/91, BVerfGE 105, 252, 272, juris Rn 59 ff

²⁰ so auch SG Köln, Beschluss vom 01.02.2010, S 23 P 224/09 ER; SG Bayreuth, aaO.; SG Hamburg, Beschluss vom 10.02.2010, S 35 P 128/09 ER; SG Augsburg, aaO.; aA SG Münster, Beschluss vom 18.01.2010, S 6 P 202/09 ER, juris Rn 35, SG Münster, Beschluss vom 05.02.2010 [nicht rechtskräftig], S 6 P 233/09 ER; SG München, Beschluss vom 27.01.2010, aaO., juris Rn 21

Zustandes der pflegewissenschaftlichen Erkenntnisse über die Ergebnis- und Lebensqualität lassen sich jedenfalls vertretbare Ergebnisse erzielen.²¹ Die Richtlinien sind trotz methodischer Bedenken weiterhin anzuwenden, solange keine besseren Erkenntnisse verfügbar sind und daher noch keine Anpassung erfolgen kann.²²

Der Senat sieht durchaus, dass Prüfaussagen immer (auch) Werturteile darstellen, weil sie von subjektiven Eindrücken jedes einzelnen Prüfers geprägt sind. Es kann insoweit durchaus zu unterschiedlichen Prüfergebnissen bezüglich der gleichen Leistungen kommen. Derartige Unwägbarkeiten sind jeder Überprüfung immanent und bedeuten nicht, dass Prüfergebnisse zwangsläufig auf fehlerhafter Tatsachengrundlage beruhen. Dem Prüfer von Pflegeeinrichtungen steht bei der Bewertung und der Darstellung der Ergebnisse ein erheblicher Beurteilungsspielraum zu.²³ Einem Transparenzbericht über Pflegeleistungen liegt eine Bewertung auf Grund verschiedener Gesichtspunkte zu Grunde. Die Entscheidung kann je nach Gewichtung unterschiedlich ausfallen. Es ist einerseits insoweit nicht möglich, eine getroffene Entscheidung durch einen Dritten ersetzen zu lassen, andererseits ist sie nicht voll gerichtlich nachprüfbar. Eine gerichtliche Überprüfung hat sich daher auch unter dem Gesichtspunkt der gesetzgeberischen Ziele der Schaffung von Markttransparenz und Verbesserung der Pflegequalität darauf zu beschränken, ob ein faires, neutrales, objektives und sachkundiges Prüfverfahren angewandt wurde, der MDK einen unrichtigen Sachverhalt zu Grunde gelegt, allgemeine Wertmaßstäbe

nicht beachtet oder sachfremde Erwägungen angestellt hat.²⁴ Die Pflegeeinrichtungen sind dadurch nicht schutzlos gestellt, sondern können bei offensichtlichen und besonders schwerwiegenden formellen oder inhaltlichen Mängeln gegen die Veröffentlichung von Prüfergebnissen vorgehen. Zudem können die Pflegeeinrichtungen der Veröffentlichung des Transparenzberichts unter anderem abweichende Kommentierungen im Umfang von 3000 Zeichen anfügen und zeitnahe Wiederholungsprüfungen innerhalb von acht Wochen nach der Veröffentlichung des Transparenzberichts nach § 114 Abs 5 S 3 SGB XI beantragen. Dadurch wird der Pflegeeinrichtung einerseits rechtliches Gehör verschafft und andererseits verdeutlicht, dass ein Transparenzbericht lediglich eine abänderbare Momentaufnahme einer aktuell vorgenommenen Qualitätsüberprüfung darstellen soll.²⁵ Die Marktteilnehmer werden darüber hinaus informiert, dass eine Pflegeeinrichtung mit einer Bewertung nicht einverstanden ist. Die Auswirkungen der Veröffentlichung der Prüfergebnisse dürfen auch nicht überschätzt werden. Denn die Pflegeeinrichtung wird durch eine negative Bewertung nicht vom Wettbewerb ausgeschlossen, sondern sie verfügt weiterhin über ihre Zulassung als Pflegeeinrichtung nach §§ 71, 72 SGB XI. Die Bewertung stellt im Übrigen nur ein Kriterium bei der Wahl einer Pflegeeinrichtung dar. Eine Entscheidung zugunsten einer bestimmten Einrichtung wird sicherlich auch auf andere Kriterien, wie beispielsweise die Heimkosten, die Lage, Ortsnähe und Anbindung, gestützt werden.²⁶ Insgesamt betrachtet hat der Gesetzgeber mit den Bestimmungen der §§ 114 ff SGB XI ein sowohl die Interessen der Pflegeeinrichtungen als auch der Pflegebedürftigen und ihrer Angehörigen wahrendes Regelinstrumentarium geschaffen.

²¹ SG Augsburg, aaO.; SG Hamburg, aaO.; SG Bayreuth, aaO., juris Rn 60

²² vgl. SG Köln, aaO. unter Bezugnahme auf BSG, Urteil vom 29.04.1999, SozR3 - 1300 § 14 Nr 10; Urteil vom 13.05.2004, B 3 P 7/03 R zur Begutachtung von Kindern in der Pflegeversicherung nach den einschlägigen Begutachtungsrichtlinien

²³ SG Hamburg, aaO.; SG Bayreuth, aaO., juris Rn 62

²⁴ so auch SG Hamburg, aaO.; SG Bayreuth, aaO.

²⁵ SG Hamburg, aaO.

²⁶ vgl. SG Bayreuth, aaO., juris Rn 59

d) **Hinsichtlich der Frage einer Verletzung von Art 14 GG schließt sich der Senat den Ausführungen des erstinstanzlichen Gerichts an.** Zutreffend hat das SG festgestellt, dass der Schutzbereich der durch Art 14 Abs 1 GG verfassungsrechtlich geschützten Eigentumsgarantie durch die Veröffentlichung des Transparenzberichts nicht berührt ist.²⁷ Denn in der Zukunft liegende Chancen und Verdienst- bzw Absatzmöglichkeiten - hier: Aufnahme neuer Pflegebedürftiger - stellen keine schützenswerten Rechtspositionen iSv Art 14 Abs 1 GG dar.

e) Die Veröffentlichung des Transparenzberichts hat nach alledem ihre rechtliche und verfassungsgemäße Grundlage in § 115 Abs 1a SGB XI. Insoweit kann es dahingestellt bleiben, ob die öffentlich-rechtlich handelnden Antragsgegner sich ihrerseits auf Art 5 GG berufen können.

f) **Unter Berücksichtigung der dargestellten Maßstäbe für die gerichtliche Überprüfung ergibt sich entgegen den Ausführungen der ASt bei summarischer Prüfung auch keine offensichtliche Unrichtigkeit des Transparenzberichts.** Die ASt hat nicht glaubhaft gemacht, dass die AG ihre Entscheidungsbefugnis unzulässig überschritten haben. Dies wäre nur dann der Fall, wenn die Bewertung den Boden der Neutralität, der Objektivität und der Sachkunde verlassen hätte, insbesondere bei offensichtlichen oder sogar bewussten Fehlurteilen, bewussten Verzerrungen, der Behauptung unwahrer Tatsachen, willkürlichem Vorgehen und Schmähkritik.²⁸ Zutreffend hat das erstinstanzliche Gericht festgestellt, dass keine Anhaltspunkte dahingehend bestehen, dass die der Veröffentlichung des Transparenzberichts zu Grunde liegende Prüfung nicht neutral, objektiv und sachkundig durchgeführt worden ist. Offensichtliche inhaltliche Feh-

ler des vom MDK festgestellten Prüfungsergebnisses sind nicht ersichtlich. Insbesondere ist nicht nachzuvollziehen, dass die Benotung in den Qualitätsbereichen 1 bis 3 auf unzutreffenden Feststellungen des MDK basiert. Der Senat nimmt auf die Entscheidungsgründe des SG Bezug.

Die Beschwerdebegründung führt zu keiner anderen Beurteilung. Insbesondere sind keine Umstände vorgetragen worden, die darauf schließen lassen, dass die AG ihre Entscheidungsbefugnisse im og Sinne überschritten und die Vorgaben der PTVS hinsichtlich der Notenbildung missachtet hätten. Es ist im Übrigen nicht zu beanstanden, dass die Gesamtnote nicht aus dem arithmetischen Mittel der jeweils nach den Skalenwerten errechneten Noten, sondern aus dem Mittel der Skalenwerte und anschließender Notenbildung gemäß Ziff 3 Anlage 2 PTVS gebildet wurde.²⁹ Die Ziffern 2.2 und 2.3 der Anlage 2 PTVS stellen jeweils auf das arithmetische Mittel der Bewertungen (nicht Noten) der maßgeblichen Kriterien ab. Der Begriff der Bewertungen wird in Ziffer 2.1 Anlage 2 PTVS eindeutig in Bezug auf die Skalenwerte und nicht auf die gemäß Ziffer 3 zu ermittelnden Noten verwandt.

Die Rechtswidrigkeit der Veröffentlichung des Transparenzberichts kann die ASt nicht damit begründen, dass das SG im Klageverfahren gegen den Maßnahmenbescheid die aufschiebende Wirkung angeordnet hat. Soweit der Maßnahmenbescheid nach der Begründung des SG unbestimmt und ermessensfehlerhaft sei, besagt dies noch nichts über das Vorliegen der festgestellten Qualitätsmängel und die Richtigkeit des Transparenzberichts. Fehl geht auch der Hinweis auf die Entscheidung des SG Dortmund vom 23.02.2010 in dem Anordnungsverfahren S 12 P 235/09 ER. Die Sachverhalte sind nicht vergleichbar, weil es dort bereits an der Anhörung zu dem Transparenzbericht bzw dem Maßnahmenbescheid fehlte.

²⁷ so auch Sächsisches LSG, aaO.; SG Bayreuth, aaO., juris Rn 84

²⁸ SG Würzburg, aaO.; SG Bayreuth, aaO.

²⁹ aA LSG Berlin- Brandenburg, Beschluss vom 29.03.2010, L 27 P 14/10 B ER

Soweit die ASt anführt, dass im Rahmen der Prüfung Mängel in der Dokumentation mehr gewichtet würden als die (gute) Pflege, führt auch dieser Gesichtspunkt nicht zur offensichtlichen Unrichtigkeit des Transparenzberichts. Jedenfalls können die für die Beurteilung der Pflegequalität aussagekräftigen Pflegeleistungen nur nachvollziehbar beurteilt werden, soweit sie auch dokumentiert sind. Der Dokumentation kommt insofern eine große Bedeutung zu. Die Dokumentation (siehe § 11 Abs 1 Nr 7 Heimgesetz) lässt Rückschlüsse auf die Qualität der Pflege zu. Um hinreichend sicherere Tatsachenfeststellungen als Grundlage für eine Bewertung einer Pflegeeinrichtung treffen zu können, ist es nicht nur hilfreich, sondern auch notwendig, auf die Überprüfung des dokumentierten Pflege- und Versorgungsablaufs zurückzugreifen, auch wenn dies für Pflegeeinrichtungen lästig und kostenintensiv sein mag. Im Anordnungsverfahren ist jedenfalls nicht zu klären, ob die ASt entgegen ihrer eigenen Dokumentation in Wirklichkeit einen umfassenderen Pflege- und Versorgungsaufwand erbracht hat. Das gilt umso mehr, als sie eine Verletzung der ihr gesetzlich auferlegten Dokumentationspflicht selbst eingeräumt hat.

2. Darüber hinaus fehlt es auch an einem Anordnungsgrund. Um einen Anordnungsgrund im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes glaubhaft zu machen, hat die ASt darzulegen, welche Nachteile zu erwarten sind, wenn sie auf den Ausgang des Hauptsacheverfahrens verwiesen wird. Ein wesentlicher Nachteil liegt nur vor, wenn die ASt konkret in ihrer wirtschaftlichen Existenz bedroht ist oder ihr sogar die Vernichtung der Lebensgrundlage droht. Auch erhebliche wirtschaftliche Nachteile, die entstehen, wenn das Ergebnis eines langwierigen Verfahrens abgewartet werden müsste, können ausreichen.³⁰

³⁰ vgl. LSG NRW, Beschluss vom 08.10.2007, L 9 B 150/07 AS ER

Wesentliche Nachteile im diesem Sinne hat die ASt weder dargelegt noch glaubhaft gemacht. **Die Befürchtung, dass der gute Ruf des Pflegeheims im Falle der Veröffentlichung des Transparenzberichts nicht mehr zu retten sei, hält der Senat für überzogen. Es ist nicht ersichtlich und wird von ihr auch nicht angeführt, dass sie als Folge der Veröffentlichung des Transparenzberichts konkret in ihrer wirtschaftlichen Existenz bedroht wäre.** Gegen eine Existenzgefährdung der ASt spricht bereits die Tatsache, dass sie weder eine Wiederholungsprüfung beantragt noch den Transparenzbericht kommentiert hat, um so die behauptete Fehlerhaftigkeit des MDK-Prüfberichts nach außen hin für ihren Kundenkreis zu dokumentieren. Augenscheinlich geht sie selbst nicht davon aus, dass die Veröffentlichung des Transparenzberichts nachhaltige, ihre Existenz bedrohenden Auswirkungen haben würden. Soweit sie das Absehen von einer Kommentierung des Berichts damit erklärt, es sei für sie zu erwarten gewesen, dass der inhaltlich unrichtige Bericht geändert werde, ist dies wenig nachvollziehbar. Vielmehr muss die ASt sich entgegen halten lassen, dass sie die gesetzlich eingeräumten Möglichkeiten, ihren Standpunkt darzustellen und auf einen aktualisierten Transparenzbericht hinzuwirken, gerade nicht wahrgenommen hat. Wenn die Pflegeleistungen wirklich so gut sind, wie sie dies darstellt, wird die Veröffentlichung in einem Aushang in der Pflegeeinrichtung oder im Internet kaum verheerende Auswirkungen haben können. Schließlich hat die Befragung der Bewohner zu einer Bewertung mit "Sehr gut" (1,3) geführt und Kündigungen der zufriedenen Pflegeheimbewohner als Folge eines negativen Transparenzberichts sind nicht zu erwarten.

Die ASt hat auch keinen wirtschaftlichen Nachteil hinsichtlich aktuell offener oder künftig neu zu besetzender Pflegeheimplätze glaubhaft dargestellt. Nach den Ausführungen der ASt war seit

dem 01.01.2009 in der Regel lediglich ein Heimplatz monatlich nicht belegbar. Die geringe Prozentzahl aktuell nicht belegter Plätze wirkt sich wirtschaftlich nicht gravierend aus. Die Sorge um "verheerender Auswirkungen" ist nicht glaubhaft begründet. Inwieweit die ASt gegenüber den anderen im Umkreis liegenden Pflegeheimen nunmehr benachteiligt ist, ist spekulativ. Das Bestehen regionaler Konkurrenz wird nicht in Abrede gestellt. Die ASt hat jedoch weder dargelegt noch belegt, dass die benachbarten Konkurrenzunternehmen erheblich besser bewertet worden sind. Sie selbst ist davon überzeugt, eine sehr gute Pflege zu leisten und sie hat daher nach ihrem eigenen Vorbringen keine Konkurrenz zu befürchten. Im Übrigen werden mögliche Wettbewerbsnachteile für die ASt auch dadurch relativiert, dass die interessierten Verbraucher über die einschlägigen Links immer zu den aktuellen Transparenzberichten der Pflegeeinrichtungen geleitet werden. Die Gefahr eines nicht mehr aktuellen, im Internet jedoch noch auffindbaren Berichts ist daher zu vernachlässigen.³¹

Für potentielle Interessenten wird der Transparenzbericht der ASt daher nur für einen kurzen Zeitraum eine Entscheidungsgrundlage bilden können. Dies natürlich nur dann, wenn das Pflegeheim, anders als die ASt, sich auch um die Wiederholungsbegutachtung bemüht hat.

Sind die Voraussetzungen für den Erlass der beantragten einstweiligen Anordnung im Hinblick auf die Veröffentlichung des Transparenzberichts nicht gegeben, so gilt dies gleichermaßen auch für den weiteren Feststellungsantrag bzgl der Verpflichtung, das Ergebnis der Bewertung im Transparenzbericht in ihrer Einrichtung bekannt zu machen.

Für eine Vorlage an das BVerfG, die ausnahmsweise im Anordnungsverfahren dann

in Betracht kommen kann, wenn die Eilentscheidung die Hauptsache weitgehend vorweg nimmt³², besteht mangels verfassungsrechtlicher Bedenken keine Veranlassung.

Die Kostenentscheidung beruht auf einer entsprechenden Anwendung des § 193 Abs 1 S 1 SGG.

Dieser Beschluss ist nicht mit der Beschwerde an das Bundessozialgericht anfechtbar (§ 177 SGG).

(...)

© IQB – Lutz Barth 2010
>>> Impressum/Haftungsausschluss <<<
Für Anregungen und Kritik ist der Verfasser verbunden.
Web: <http://www.iqb-info.de>
E-mail: webmaster@iqb-info.de

³¹ vgl. SG Hamburg, aaO.

³² BVerfGE 46, 53, 51; Keller in: Meyer - Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 9. Aufl, § 86b Rn 13, SG Hamburg aaO.

