

LSG Sachsen-Anhalt: Zur Veröffentlichung der Transparenzberichte (hier: Zulässigkeit der Veröffentlichung)

LSG Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 14.06.10 (rechtskräftig)

(...)

1. Auf die Beschwerde der Antragsgegner wird der Beschluss des Sozialgerichts Dessau-Roßlau vom 4. Januar 2010 aufgehoben und die Anträge der Antragstellerin auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes werden abgelehnt.
2. Die Antragstellerin hat die Kosten des Verfahrens für beide Instanzen zu tragen.
3. Der Streitwert wird auf 5.000 EUR festgesetzt.

Aus dem Sachverhalt:

I.

Die Antragsgegner wenden sich gegen die einstweilige Anordnung des Sozialgerichts Dessau-Roßlau, mit der ihnen bis zum rechtskräftigen Abschluss des Hauptsacheverfahrens die Veröffentlichung der Ergebnisse der Qualitätsprüfung (Transparenzbericht) vom 7./8. September 2009 über die Einrichtung der vollstationären Dauerpflege der Antragstellerin und deren Freigabe an Dritte zum Zwecke der Veröffentlichung untersagt wird, und mit der die Antragstellerin für diesen Zeitraum von der Verpflichtung enthoben wird, die Zusammenfassung der Ergebnisse dieser Qualitätsprüfung in der Pflegeeinrichtung auszuhängen.

Die Antragstellerin betreibt das nach § 72 Elftes Buch Sozialgesetzbuch – Soziale Pflegeversicherung – (SGB XI) durch Versorgungsvertrag zugelassene Alten- und Pflegeheim "Pflegen & Wohnen am Park – Palais Bose", in dem die Antragsgegner am 7. und 8. September 2009 durch den Medizinischen Dienst der Krankenversicherung Sachsen-Anhalt (MDK) eine Qualitätsprüfung nach den §§ 114 ff. SGB XI durchführten. Zu dieser Zeit waren 102 der insgesamt 110 vollstationären Pflegeplätze belegt.

Im Prüfbericht vom 15. September 2009 ist angegeben, es handele sich um eine Anlassprüfung auf Grund einer Beschwerde. Der Allgemein-, Ernährungs- und Pflegezustand von zehn nach dem Zufallsprinzip ausgewählten Bewohnern sei beurteilt, die entsprechenden Pflegedokumentationen seien ausgewertet und die Betroffenen seien nach Möglichkeit hinsichtlich ihrer Zufriedenheit befragt worden. Zur Auswertung von Beschwerden seien zwei weitere Pflegebedürftige zusätzlich in die Prüfung einbezogen worden. Anlass einer anonymen Beschwerde sei ein Hinweis auf die Entstehung von zwei Dekubitalucerationen in der Einrichtung, Anlass der weiteren Beschwerde sei ein Hinweis auf einen unsachgemäßen Transfer mit Sturzfolge gewesen. Die in beiden Beschwerdeschreiben aufgeführten Defizite hätten im Rahmen der Prüfung nicht entkräftet werden können. Die eingesehenen Pflegedokumentationen hätten die Individualität der Pflegebedürftigen mit deren Risiken, Ressourcen und Maßnahmen nicht in vollem Umfang widerspiegelt. Auffälligkeiten seien in der konsequenten Planung, Durch-

führung und Dokumentation von Präventionen ersichtlich gewesen. Die in der Einrichtung vorgehaltenen Standards seien nicht in jedem Fall zur Anwendung gekommen und anhand der Auswertungen von Pflegedokumentationen nicht vollständig erkennbar gewesen. Im Bereich der Behandlungspflege seien in einem Fall Auffälligkeiten bezüglich ärztlicher Verordnungen festgestellt worden und den Medikationsplänen sei nicht in jedem Fall die Applikationsform zu entnehmen gewesen. Für die soziale Betreuung seien insbesondere für Pflegebedürftige mit vollständiger Immobilität und gerontopsychiatrischen Beeinträchtigungen nur bedingt nachvollziehbare Planungen eingesehen worden. Positiv sei aber, dass sich die auskunftsfähigen Bewohner zufrieden über die Pflege/Betreuung geäußert hätten. Hervorzuheben sei auch die offene Gesprächsführung sowie die Kooperation der Mitarbeiter. Der Bericht enthält zahlreiche Empfehlungen zur Beseitigung von Qualitätsdefiziten.

Die Antragstellerin führte mit ihrer Stellungnahme vom 5. Oktober 2009 neben ihrer Antwort auf einzelne Empfehlungen zur Beseitigung von Qualitätsdefiziten aus, auf Grund des Berichtes entstehe der Eindruck, die Einrichtung sei von erheblichen Defiziten in allen Bereichen der Struktur, Prozess- und Ergebnisqualität geprägt, welche die Versorgungssituation der Heimbewohner als nur "mangelhaft" erscheinen lasse. Diesen Eindruck weise sie mit Blick auf die enormen Bemühungen zur kontinuierlichen Qualitätsentwicklung sowie den bisherigen Ergebnissen von Qualitätsprüfungen des MDK und der Heimaufsichtsbehörde zurück. Die Einschätzungen des Prüfteams und insbesondere die in Auslegung der neuen Richtlinien zustande gekommenen Bewertungen seien nicht nachvollziehbar. So sei beispielsweise der offen eingeräumte sachgemäße Transfer mit Sturzfolge nicht durch Organisationsverschulden oder unzureichen-

des Qualitätsmanagement, sondern durch individuelles Fehlverhalten einer Mitarbeiterin entstanden.

Mit weiterem Schreiben vom 19. Oktober 2009 führte die Antragstellerin aus, nach § 2 der Pflege-Transparenzvereinbarung stationär (PTVS) seien die in die Prüfung einbezogenen Bewohner entsprechend dem Pflegestufenprofil der Einrichtung dabei aber zufällig auszuwählen. Bei einer Anlassprüfung würden demgegenüber gezielt gerade solche Bewohner ausgewählt, bei denen Defizite zu vermuten seien. Die auf diese Bewohner bezogenen Prüfergebnisse dürften daher bei der Veröffentlichung nicht berücksichtigt werden. Auch sei den ärztlichen Anordnungen ausnahmslos entsprochen worden. Die auf den ärztlichen Anordnungen fehlende Applikationsform falle in den ärztlichen Verantwortungsbereich. Maßnahmen seien nicht beeinträchtigt gewesen, ein Mangel der Ergebnisqualität habe nicht vorgelegen. Auch andere Kritikpunkte seien klärungsbedürftig.

Mit Schreiben vom 27. Oktober 2009 teilten die Antragsgegner mit, ergänzend zu der PTVS lege die Qualitätsprüfungsrichtlinie in der Fassung vom 30. Juni 2009 (QPR 2009) fest, dass bei konkreten und begründeten Anhaltspunkten (z.B. Beschwerden, Hinweisen) für eine nicht fachgerechte Pflege die Prüfung insgesamt als Anlassprüfung erfolge und die Stichprobe um die betroffenen Pflegebedürftigen zu erweitern sei. Die Ergebnisse dieser Prüfungen seien nach § 115 Abs. 1a SGB XI zu veröffentlichen (Transparenzbericht). Daher seien auch die Prüfergebnisse der auf Grund der Beschwerde zusätzlich geprüften Bewohner Gegenstand der Veröffentlichung. Der Transparenzbericht gebe eine Momentaufnahme vom Tag der Prüfung wieder und werde nicht auf Grund bereits ergriffener Maßnahmen geändert oder angepasst. Sobald der Einrichtung der Transpa-

renzbericht vorliege, habe sie 28 Tage Zeit zur Stellungnahme in einem Umfang von 3000 Zeichen, die dann zusammen mit dem Prüfbericht veröffentlicht werde.

Dagegen wendete die Antragstellerin mit Schreiben vom 16. November 2009 ein, die QPR 2009 seien keine Rechtsnormen mit Außenwirkung, die Einfluss auf die in der PTVS getroffene Definition der Stichprobe haben könnten, sondern rein intern wirkende Verwaltungsvorschriften. Die PTVS sei ein öffentlich-rechtlicher Vertrag nach § 53 Abs. 1 SGB XI, der nicht einseitig geändert werden könne. Dem entsprechend werde nach der Präambel der QPR 2009 die PTVS in diese eingearbeitet und nicht von der QPR geändert. Bundesweit seien bereits mehrere Klagen gegen die unzureichende Beteiligung der Verbände der Einrichtungsträger nach § 114a Abs. 7 Satz 2 SGB XI anhängig, weshalb die QPR 2009 mit Wirkung ex-tunc aufgehoben werden könne. Vorsorglich werde gegen den Bescheid vom 27. Oktober 2009 Widerspruch eingelegt.

Nachdem die Antragsgegner hierzu ausgeführt hatten, der Aufforderung mangels Rechtsgrundlagen nicht nachkommen zu können, teilte die Antragstellerin am 26. November 2009 mit, die Datenclearingstelle habe ihr nunmehr Zugang zu dem zur Veröffentlichung bestimmten Transparenzbericht ermöglicht. Erwartungsgemäß zeichne die rechtswidrige Einbeziehung der Bewohner P8 und P11 nicht nur falsche Einzelergebnisse, sondern beeinträchtige auch die Gesamtnote. Darüber hinaus führten auch die weiteren Fehler des MDK, etwa die Beanstandung der von den Vertragsärzten nicht angegebenen Applikationsformen und die Beanstandung des in der Vergangenheit vom MDK als mangelfrei akzeptierten Standards zur Dekubitusprophylaxe zu ungerechtfertigt negativen Bewertungen. Vorsorglich werde

gegen die Veröffentlichung des nun bekannten Berichts Widerspruch eingelegt.

Mit Schreiben vom gleichen Tag hat die Antragstellerin beim Sozialgericht Dessau-Roßlau den Erlass einer einstweiligen Anordnung mit folgenden sinngemäßen Anträgen begehrt:

1. die aufschiebende Wirkung ihres Widerspruchs vom 16. November 2009 gegen den Bescheid der Antragsgegner vom 27. Oktober 2009 zur Veröffentlichung der Ergebnisse der Qualitätsprüfung vom 7./8. September 2009 festzustellen,

hilfsweise den Antragsgegnern aufzugeben, es bis zum rechtskräftigen Abschluss des Hauptsacheverfahrens zu unterlassen, die Ergebnisse der Qualitätsprüfung im Internet und/oder in sonstiger Weise zu veröffentlichen, sowie

2. festzustellen, dass die Antragstellerin nicht verpflichtet ist, die Zusammenfassung der Ergebnisse der Qualitätsprüfung in der Pflegeeinrichtung auszuhängen und

3. den Antragsgegnern durch Hängebeschluss aufzugeben, bis zur abschließenden Entscheidung im einstweiligen Rechtsschutz keine Vollziehungsmaßnahmen durchzuführen.

Ergänzend hat sie vorgetragen, es sei nicht nachvollziehbar, wie die zehn Bewohner für die Stichprobe ausgewählt worden seien. Soweit erkennbar, sei keine zufällige Auswahl erfolgt. Es lasse sich auch nicht aufklären, welche Bewohner an der Stichprobe teilgenommen hätten. Trotz der anlassbezogenen Erweiterung der Prüfung um zwei Bewohner fänden sich insgesamt nur 11 geprüfte Bewohner. Bezüglich des Bewohners P 8 sei unklar, ob dieser anlassbezogen oder

als Stichprobe einbezogen worden sei und bezüglich des Bewohners P 12 habe zur Medikamentenabgabe keine Angabe vorgelegen. Anlassprüfungen seien nicht mit Regelprüfungen vergleichbar, nur letztere seien zu veröffentlichen. Da ein Abgleich zwischen dem vorläufigen Transparenzbericht und den einzelnen bewohnerbezogenen Prüfungsergebnissen nicht möglich sei, werde ihr Anhörungsrecht verletzt. Die Reihenfolge der PTVS-Kriterien sei nicht eingehalten. Außerdem sei dem Bericht nicht die Grundlage der tatsächlichen Feststellungen (Einnahme des Augenscheins, Auswertung der Pflegedokumentation, Gespräch mit den Pflegebedürftigen, Angehörigen oder Bezugspflegefachkraft) zu entnehmen. Bei zahlreichen Fragen beruhe die Note ausschließlich auf einer einzigen Stichprobe, der Anlassprobe, sodass die Aussage zu diesen Fragen nicht repräsentativ sei. Zudem gebe der Transparenzbericht aufgrund seiner Dokumentationslastigkeit nicht die Ergebnisqualität, also den tatsächlichen Pflegezustand und das Wohlbefinden der Bewohner wieder, sondern eine verzerrte Abbildung der wirklichen Qualität der erbrachten Leistung. Eine umfassende Aufklärung des Sachverhaltes finde bei den auf Formalien fokussierten Qualitätsprüfungen nicht statt. Beispielsweise habe die Prüfung bei einem in der Pflegedokumentation vergessenen Eintrag zur Durchführung der Umlagerung ergeben, die Pflegeeinrichtung habe ein Druckgeschwür verursacht, obwohl tatsächlich aber die gebotene pflegerische Sorgfalt angewendet worden sei. Auch bei der stets ordnungsgemäßen Nahrungsversorgung erwecke der Transparenzbericht wegen der Dokumentationslastigkeit den unzutreffenden Eindruck, der in Wahrheit übergewichtige Bewohner P1 sei gefährdet, an Mangelernährung zu leiden. In Rheinland-Pfalz habe die Sozialministerin die Landesverbände der Pflegekassen aufgefordert, die Transparenzberichte wegen der zu schlechten Darstellung der Qualität vor-

läufig nicht zu veröffentlichen und das Prüfverfahren zu überprüfen. Zudem seien die Rechtsgrundlagen der Veröffentlichung von Qualitätsergebnissen mangels hinreichender Bestimmtheit der Befugnis zur Veröffentlichung von Qualitätsprüfungsergebnissen verfassungswidrig. Für einen Eingriff in das Grundrecht der Berufsausübungsfreiheit durch die Veröffentlichung gezielter Informationen und qualitativer Bewertungen bedürfe es einer Ermächtigungsgrundlage und die Ausübung dieses Eingriffs dürfe nur durch einen Verwaltungsakt mit den hierfür vorgesehenen Rechtsschutzmöglichkeiten erfolgen. Die Antragsgegner hätten bewusst keine Überprüfung der wertenden Feststellungen des MDK vorgenommen und daher nicht sichergestellt, dass die rechtsstaatlichen Anforderungen an die hoheitliche Maßnahme gewahrt werden. So würden auch belegbare bzw. logisch nachvollziehbare Einwände der betroffenen Pflegeeinrichtung nicht angemessen berücksichtigt. Ein ernsthaftes Anhörungsverfahren sei aber wegen Artikel 20 Abs. 3 Grundgesetz (GG) geboten und in der PTVS ausdrücklich vorgesehen. Schon der bundesweit einheitlich organisierte Ablauf verhindere aber eine Anhörung im Vorfeld, da der MDK den Transparenzbericht autonom erstelle und elektronisch einem Server bei der Datenclearingstelle übermittle. Von dort erhielten die Pflegeeinrichtung und die Landesverbände der Pflegekassen gleichzeitig Zugang zu dem Datensatz und die Frist von 28 Tagen zur Stellungnahme beginne. Die nach § 115 Abs. 1a Satz 6 SGB XI schon bis zum 31. September 2008 zu vereinbarende PTVS sei auf Grund fehlender Qualitätsmaßstäbe rechtswidrig, da diese nach § 113 Abs. 1 SGB XI erst bis zum 31. März 2009 von den Spitzenverbänden der Kosten- und Einrichtungsträger zu vereinbaren seien. Dadurch seien die Qualitätskriterien der Transparenzberichte schon vereinbart worden, obwohl deren Grundlage, die Definition, was eigentlich Qualität in der

Pflegeversicherung ausmachen solle, noch nicht bestimmt sei. Die Vorschrift des § 115 Abs. 1a SGB XI sei auch aus datenschutzrechtlichen Gründen höchst problematisch, da gesetzlich nicht bestimmt sei, wer die Transparenzberichte wo und unter welchen Vorkehrungen elektronisch zu speichern habe, öffentlich im Internet zugänglich mache, wann sie zu löschen seien und ähnliches. Die Entscheidung der Antragsgegner, die Ergebnisse zu veröffentlichen, sei als feststellender Verwaltungsakt nichtig. Daneben habe der form- und fristgerecht eingelegte Widerspruch nach § 86a Abs. 1 SGG aufschiebende Wirkung. Der Antragstellerin könne aufgrund der erheblichen Wettbewerbsnachteile durch die schlechten Noten eine Existenzgefährdung drohen. Eine einmal erfolgte Veröffentlichung könne nicht rückgängig gemacht werden und ein eingetretener Rufschaden sei irreparabel. Dem berechtigten Informationsinteresse der Pflegebedürftigen könne jedenfalls nicht durch Informationen, welche die wirklichen Verhältnisse verzerren und mit anderen Angeboten nicht vergleichbar seien, Rechnung getragen werden.

Die Antragsgegner haben demgegenüber vorgetragen, dem gesetzlichen Auftrag zur Veröffentlichung in vollem Umfang verpflichtet zu sein. Die Veröffentlichung des Transparenzberichtes sei durch überragende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt. Eine Verfassungswidrigkeit der Normen sei nicht erkennbar. Außerdem seien sie verbindlich, solange ihre Verfassungswidrigkeit nicht höchstrichterlich festgestellt worden sei. Die Veröffentlichung sei nicht durch Verwaltungsakt zu regeln, da hierfür eine Ermächtigungsgrundlage fehle. Ein Widerspruch gegen die Veröffentlichung sei daher unzulässig und habe keine aufschiebende Wirkung. Aus diesem Grunde bestehe auch keine gesetzliche Anhörungsverpflichtung. Ergebnisse anlassbezogener Prüfungen seien

in gleicher Weise in den Transparenzbericht aufzunehmen, wie die der Stichprobenprüfung. Die Auswahl der in die Prüfung einbezogenen Bewohner entspreche in vollem Umfang den Kriterien nach § 2 PTVS. Auch die von der Antragstellerin behaupteten Fehler des MDK bei der Prüfung selbst seien nicht nachvollziehbar. Durch die Veröffentlichung des Transparenzberichtes sei auch keine Existenzgefährdung der Antragstellerin zu befürchten, sodass es auch an einem Anordnungsgrund fehle.

Das Sozialgericht Dessau-Roßlau hat mit Beschluss vom 4. Januar 2010 die Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, bis zum rechtskräftigen Abschluss des Hauptsacheverfahrens die Veröffentlichung der Ergebnisse der Qualitätsprüfung und deren Freigabe an Dritte zum Zwecke der Veröffentlichung zu unterlassen. Es hat ferner festgestellt, dass die Antragstellerin bis zum rechtskräftigen Abschluss des Hauptsacheverfahrens nicht verpflichtet ist, die Zusammenfassung der Ergebnisse der Qualitätsprüfung in der Pflegeeinrichtung auszuhängen.

Zur Begründung hat es ausgeführt, der Antragstellerin drohe bei einem Erfolg in der Hauptsache eine nicht oder nur schwer reversible Rechtsbeeinträchtigung, wenn die streitigen Prüfergebnisse bereits vor dem rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens veröffentlicht würden. Die wettbewerbliche Beeinträchtigung wiege schwerer als das Informationsinteresse der Öffentlichkeit, solange die Rechtmäßigkeit der Prüfergebnisse nicht gerichtlich überprüft worden sei. Eine Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Prüfergebnisse erst nach der erfolgten Veröffentlichung widerspräche dem Gebot effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 GG.

Gegen diesen Beschluss haben die Antrags-

gegner rechtzeitig am 4. Februar 2010 Beschwerde eingelegt. Sie sind der Ansicht, die Rechtsgrundlage für die Veröffentlichung des Transparenzberichtes begegne keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Die Veröffentlichung sei eine geeignete Maßnahme, sehr schnell mehr Transparenz im Bereich der Pflege herzustellen. Dies sei angesichts in der Vergangenheit immer wieder aufgetretener Missstände in einzelnen Pflegeheimen erforderlich. Das öffentliche Interesse an der alsbaldigen Veröffentlichung des Transparenzberichtes zur Einrichtung der Antragstellerin überwiege aufgrund der schutzwürdigen Situation der Bewohner des Pflegeheims und anderer potentieller Verbraucher das Interesse der Antragstellerin an der Abwendung der Veröffentlichung wegen möglicher wirtschaftlicher Schäden. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) sei die Verbreitung marktbezogener Informationen zulässig, wenn dies im öffentlichen Interesse liege und die Marktteilnehmer auf verbleibende Unsicherheiten hingewiesen würden. Die Möglichkeit der abweichenden Kommentierung des Transparenzberichtes im Internet und beim Aushang in der Einrichtung stelle eine ausgleichende Information der Verbraucher dar. Die PTVS sei nicht rechtswidrig oder gar unwirksam. Auch die Prüfbewertung sei nicht offensichtlich unzutreffend, da bei prüfungsspezifischen Bewertungen den Prüfern ein Beurteilungsspielraum zukomme. Eventuelle Mängel im Bewertungssystem könnten jedenfalls in der Anfangsphase nicht dazu führen, pauschal das Interesse des Trägers der Einrichtung als Wettbewerber über das der Öffentlichkeit und der betroffenen Nutzer zu stellen. Auch und gerade die negativen Ergebnisse von Transparenzberichten dienten dem vom Gesetzgeber beabsichtigten Zweck der Kontrolle und Verbesserung der Pflegequalität. Ein Anordnungsgrund sei angesichts der Möglichkeit einer kurzfristigen Wiederholungsprüfung oder der

Ergänzung des Transparenzberichtes durch Kommentierungen nicht gegeben. Durch die Veröffentlichung sei deshalb eine konkrete Existenzgefährdung ebenso wenig zu befürchten wie die Schaffung irreversibler Tatsachen, da jede Pflegeeinrichtung ihre Qualität verbessern und dadurch zu verbesserten Prüfnoten gelangen könne.

Die Antragsgegner beantragen nach ihrem schriftlichen Vorbringen,

den Beschluss des Sozialgerichts Dessau-Roßlau vom 4. Januar 2010 aufzuheben und die Anträge der Antragstellerin auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes abzulehnen.

Die Antragstellerin beantragt nach ihrem schriftliche Vorbringen,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie trägt vor, der Anordnungsgrund setze keine Existenzgefährdung voraus, da es um die Abwehr belastender hoheitlicher Maßnahmen und nicht um Leistungsverwaltung gehe. Der Gesetzgeber habe mit den Regelungen zur Veröffentlichung der Ergebnisse von Qualitätsprüfungen gerade einen Qualitätswettbewerb und damit einen Wettbewerbsnachteil bei schlechter Bewertung angestrebt. Ein Bestreiten von Wettbewerbsnachteilen im Falle der Veröffentlichung spreche dafür, dass die Regelung des § 115 Abs. 1a SGB XI für ihre Zielsetzung nicht geeignet und daher verfassungswidrig sei. Eine Gegendarstellung sei in der Regel wirkungslos und verstärke eher den negativen Eindruck der Bewertung. Innerhalb des vorgegebenen Umfangs von 3000 Zeichen könnten die Mängel der Prüfungsergebnisse nicht für Laien verständlich dargestellt und anhand pflegefachlicher und rechtlicher Vorgaben erläutert werden. Zudem werde ein solcher Kommentar erst auf Seite 13 des

Transparenzberichtes veröffentlicht, wenn das Interesse der meisten Leser bereits erlahmt sei. Bis zur Veröffentlichung eines erneuten Transparenzberichtes auf Grund einer Wiederholungsprüfung dauere es von der Antragstellung an mindestens 15 bis 16 Wochen. Während dieser Zeit sei der erste Transparenzbericht weiterhin im Internet frei zugänglich. Rufschäden seien ohnehin fast nicht reversibel, das gelte erst recht für Veröffentlichungen im Internet, deren spätere Berichtigung keinen nennenswerten Einfluss auf die öffentliche Wahrnehmung mehr habe. Weiterhin sei bei der gebotenen Interessenabwägung zu beachten, dass es nicht um Gefahrenabwehr gehe, da der Schutz der Bewohner bzw. der zukünftigen Bewohner durch die Heimaufsichts- bzw. die Ordnungs- und Polizeibehörden wahrzunehmen sei. Daneben könne auf Mängel der Versorgungsqualität mit sanktionierenden Maßnahmen im Wege des sofort vollziehbaren Mängelbescheides oder durch die Vermittlung eines anderen Heimplatzes und ähnliches reagiert werden.

Die Antragstellerin ist außerdem mit ausführlicher Begründung der Meinung, § 115 Abs. 1a SGB XI sei verfassungswidrig. Insbesondere sieht sie einen Verstoß gegen das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung, da datenschutzrechtliche Aspekte nicht hinreichend geregelt seien und eine ausdrückliche Regelung durch den Gesetzgeber fehle. Darüber hinaus dürfe der Bundesgesetzgeber nach Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG Rechtssetzungsbefugnisse nur auf die Bundesregierung, die Bundesminister oder die Landesregierungen, nicht aber auf die in § 115 Abs. 1a Satz 6 SGB XI genannten Körperschaften delegieren. Die Veröffentlichung von Informationen über Pflegeeinrichtungen, die erst durch das Eindringen in die interne Betriebsphäre der Pflegeeinrichtung mit hoheitlichen Mitteln erlangt würden, stelle einen Eingriff in die Freiheit der Be-

rufsausübung dar, für die es einer verfassungsmäßigen Eingriffsgrundlage bedürfe. Es fehle im Gegensatz zu den in § 75 Abs. 1 Satz 4 SGB XI und § 113 Abs. 1 Satz 3 SGB XI enthaltenen Regelungen die Anordnung der Verbindlichkeit, so dass der öffentlich-rechtliche Vertrag nur die Vertragsparteien selbst binde, ihm aber keine Rechtsnormqualität zukomme. Auch das Publizitätsgebot sei verletzt, da die PTVS nicht allgemein zugänglich veröffentlicht sei. Schließlich fehlten Vorgaben des Gesetzgebers für die Kriterien und die Bewertungssystematik. Mangels valider Indikatoren könne ein an der Lebens- und Ergebnisqualität orientierter Qualitätswettbewerb nicht erreicht werden. Die gemeinsamen Qualitätsmaßstäbe nach § 80 SGB XI der alten Gesetzesfassung würden seit der Neuregelung nicht mehr gelten und die PTVS orientierten sich auch an zahlreichen anderen Kriterien und Indikatoren. Es sei nicht hinnehmbar, eine Einrichtung öffentlich mit schlechten Noten für die Nichterfüllung von Qualitätsvorgaben zu belegen, zu deren Einhaltung sie nicht verpflichtet sei. Die gesetzlich vorgegebene Vergleichbarkeit der Prüfergebnisse könne wegen ganz erheblicher Interpretations- und Wertungsspielräume nicht erreicht werden. Mangels eindeutiger Definitionen seien viele Indikatoren der PTVS durch eigene Einschätzungen der Prüfer auszufüllen. Insgesamt habe dies zu Differenzen der Durchschnittsnoten der einzelnen Bundesländer von fast zwei vollen Noten geführt. Vergleichbarkeit könne auch aufgrund der Bestimmung der Stichprobe nicht gewährleistet werden. Es werde auch von anderer Seite gefordert, die Zusammensetzung der Stichprobe nicht nach dem Bewohnerprofil, sondern nach einem festen Verhältnis der Pflegestufen zueinander festzusetzen, da es mit steigendem Hilfebedarf der Bewohner schwieriger werde, eine gute pflegerische Versorgung mit entsprechendem Ergebnis zu leisten. Nach der derzeitigen Regelung wür-

© 2009

den daher Pflegeheime mit überdurchschnittlich vielen Schwerstpflegebedürftigen benachteiligt. Außerdem seien die Stichproben für zuverlässige Qualitätsaussagen zu klein.

Die Verwaltungsakte der Antragsgegner hat vorgelegen und ist Gegenstand der Entscheidungsfindung gewesen. Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhaltes und des Sachvortrages der Beteiligten wird auf den Inhalt der Gerichtsakte und der Verwaltungsakte ergänzend Bezug genommen.

Aus den Entscheidungsgründen:

II.

Die nach §§ 172 Abs. 1 und 3 Ziff. 1, 173 Sozialgerichtsgesetz (SGG) zulässige sowie form- und fristgerecht eingelegte Beschwerde ist begründet. Die vom Sozialgericht Dessau-Roßlau erlassene einstweilige Anordnung zur Unterlassung der Veröffentlichung bis zum rechtskräftigen Abschluss des Hauptsacheverfahrens sowie die Feststellung, dass die Antragstellerin bis zu diesem Zeitpunkt nicht verpflichtet ist, die Zusammenfassung der Ergebnisse der Qualitätsprüfung in der Pflegeeinrichtung auszuhängen, sind aufzuheben, weil die Voraussetzungen für eine solche einstweilige Anordnung nicht gegeben sind.

1. Die Antragstellerin hat keinen Anspruch auf Feststellung der aufschiebenden Wirkung ihres Widerspruchs vom 16. November 2009 gegen die im Schreiben der Antragsgegner vom 27. Oktober 2009 angekündigte Veröffentlichung der Ergebnisse der Qualitätsprüfung vom 7./8. September 2009, denn weder in der Veröffentlichung selbst noch in ihrer Ankündigung liegt ein Verwaltungsakt.

Nach § 86a Abs. 1 Satz 1 SGG haben Widerspruch und Anfechtungsklage aufschie-

bende Wirkung. Dies gilt nach Satz 2 dieser Vorschrift auch bei rechtsgestaltenden und feststellenden Verwaltungsakten sowie bei Verwaltungsakten mit Drittwirkung. Voraussetzung für die aufschiebende Wirkung ist daher, dass ein Verwaltungsakt ergangen ist.¹

Verwaltungsakt ist nach § 31 Zehntes Buch Sozialgesetzbuch – Sozialverwaltungsverfahren und Sozialdatenschutz (SGB X) jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft, und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist. Dies setzt eine Handlung voraus, die auf eine gezielte Rechtswirkung nach außen gerichtet ist und damit auf eine verbindliche Regelung der Rechtslage im Verhältnis zum Betroffenen abzielt.²

Der "Widerspruch" der Antragstellerin vom 16. November 2009 richtet sich gegen die geplante und im Schreiben der Antragsgegner vom 27. Oktober 2009 angekündigte Veröffentlichung. Bei der Ankündigung der nach § 115 Abs. 1a SGB XI vorzunehmenden Veröffentlichung der Ergebnisse der Qualitätsprüfung des MDK handelt es sich – ähnlich wie bei Warnungen oder Hinweisen der Behörde³ – um schlichtes Verwaltungshandeln und nicht um einen Verwaltungsakt. Das Schreiben enthält keine Regelung von Rechten oder Pflichten der Antragstellerin in Bezug auf festgestellte Mängel oder andere Sachverhalte. Dem Schreiben kann auch nicht die Regelung einer Duldungspflicht der Antragstellerin in Bezug auf die vorgesehene Veröffentlichung entnommen werden. **Die**

¹ vgl. Keller in Meyer-Ladewig SGG, 9. Auflage 2008, § 86a Rd-Nr. 6

² vgl. Engelmann in von Wulffen, SGB X, 5. Auflage, § 31 Rd-Nr. 34

³ vgl. hierzu Keller in Meyer-Ladewig, a.a.O., Anhang § 54 Rd-Nr. 7

Ankündigung der Veröffentlichung eines Transparenzberichtes gegenüber dem Pflegeheim ist vom Gesetz nicht vorgesehen. Es handelt sich deshalb nur um schlichtes Verwaltungshandeln in der Form einer schriftlichen Information über das geplante Vorgehen und die dafür geltenden rechtlichen Regelungen. Eine Duldungspflicht der Antragstellerin wird damit nicht begründet, da sich diese unmittelbar aus dem Gesetz ergibt. Das Gesetz räumt den Pflegeheimen keine Möglichkeit ein, die Veröffentlichung zu verhindern. Die Antragsgegner waren deshalb auch nicht verpflichtet, sie schriftlich anzukündigen. Dass sie es gleichwohl getan haben, qualifiziert das Schreiben, wie ausgeführt, lediglich als schlichtes Verwaltungshandeln, gegen das Rechtsbehelfe nicht gegeben sind.

Auch der Transparenzbericht ist nicht als Verwaltungsakt zu qualifizieren. Er gibt nur das Ergebnis einer Qualitätsprüfung nach §§ 114 ff. SGB XI anhand der nach § 115 Abs. 1a Satz 6 SGB XI für die Veröffentlichung vereinbarten Kriterien einschließlich der Bewertungssystematik wieder. Die Veröffentlichung von Tatsachen oder Wertungen über den Zustand einer Pflegeeinrichtung entfaltet ebenfalls keine unmittelbaren Rechtswirkungen nach außen. Es wird mit dem Bericht keine verbindliche Regelung der Rechtslage im Verhältnis zu dem betroffenen Pflegeheim erzielt, da er keine Rechte oder Pflichten begründet, insbesondere nicht im Hinblick auf die Beseitigung festgestellter Mängel. Die Pflicht zum Handeln nach bestimmten Vorgaben ergibt sich für den Träger der Pflegeeinrichtung nicht aus dem Transparenzbericht, sondern erst aus einem Verwaltungsakt nach § 115 Abs. 2 SGB XI. Danach entscheiden die Landesverbände der Pflegekassen bei Qualitätsmängeln nach Anhörung des Trägers der Pflegeeinrichtung und der beteiligten Trägervereinigung unter Beteiligung des zu-

ständigen Trägers der Sozialhilfe, welche Maßnahmen zu treffen sind und erteilen dem Träger der Einrichtung hierüber einen Bescheid, in welchem ihm zugleich eine angemessene Frist zur Beseitigung der festgestellten Mängel gesetzt wird. Eine solche Regelung wird durch den Transparenzbericht nicht getroffen.⁴

Für die Qualifizierung einer hoheitlichen Maßnahmen als Verwaltungsakt ist es auch nicht entscheidend, ob dadurch in Rechte des Betroffenen eingegriffen wird, denn dies kann auch durch Realakte geschehen. Auch der Gesetzgeber hat in der Regelung des § 115 Abs. 1a SGB XI deutlich gemacht, dass er in der Veröffentlichung keinen Verwaltungsakt gegenüber dem Pflegeheim sieht. Er hat deshalb lediglich die Pflicht der Landesverbände der Pflegekassen zur Veröffentlichung geregelt. Eine Bekanntgabe der Veröffentlichung an das betroffene Pflegeheim, die § 37 Abs. 1 Satz 1 SGB X für Verwaltungsakte voraussetzt, ist ebenso wenig vorgesehen wie eine Begründung nach § 35 SGB X oder eine vor Erlass eines belastenden Verwaltungsaktes erforderliche Anhörung der Beteiligten nach § 24 SGB X. Allerdings regelt die PTVS, dass die Veröffentlichung erst erfolgt, wenn das Pflegeheim 28 Tage Zeit zur Klärung strittiger Fragen mit den Landesverbänden der Pflegekassen und zur Erstellung einer mit zu veröffentlichenden Stellungnahme im Umfang von 3000 Zeichen hatte (vgl. Anlage 4 der PTVS Verfahren der Veröffentlichung). Für eine Qualifizierung des Transparenzberichtes als Verwaltungsakt reicht dies aber aus den vorgenannten Gründen nicht aus. Dies gilt erst recht für die damit untrennbar im Zusammenhang stehende Veröffentli-

⁴ so im Ergebnis auch Sächsisches LSG, Beschl. v. 24. Februar 2010 – L 1 P 1/10 B ER, Rd-Nr. 19, 20; Bayrisches LSG, Beschl. v. 30. März 2010 – L 2 P 7/10 B ER, Rd-Nr. 35

chung.

2. Da die Voraussetzungen des § 86a Abs. 1 Satz 1 SGG mangels Verwaltungsakt nicht gegeben sind, kann vorläufiger Rechtsschutz zur Abwehr drohenden Verwaltungshandelns nur über den Erlass einer Sicherungsanordnung nach § 86b Abs. 2 Satz 1 SGG erreicht werden. Aber auch hierfür liegen die Voraussetzungen nicht vor, denn die Antragstellerin kann sich für den Erlass einer Sicherungsanordnung weder auf einen Anordnungsanspruch berufen, noch hat sie einen Anordnungsgrund hinreichend glaubhaft gemacht. Nach § 86b Abs. 2 Satz 1 SGG kann das Gericht der Hauptsache auf Antrag eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung eines Rechts des Antragsstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Die sogenannte Sicherungsanordnung dient der Bewahrung des Status quo. Die Veränderung eines bestehenden Zustandes soll wenigstens vorläufig verhindert werden, indem der Antragsgegner zur Unterlassung der Veränderung verpflichtet wird.

Eine Sicherungsanordnung kann nur ergehen, wenn ein Anordnungsanspruch und ein Anordnungsgrund glaubhaft gemacht sind (§ 86b Abs. 2 Satz 4 in Verbindung mit § 920 Abs. 2 Zivilprozessordnung (ZPO)). Der Anordnungsanspruch bezieht sich auf das materielle Recht des Antragstellers, für das vorläufiger Rechtsschutz beantragt wird. Der Anordnungsgrund liegt bei der Sicherungsanordnung in der Gefahr einer Rechtsverletzung oder Erschwerung der Rechtsverwirklichung durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes. Wenn die Klage offensichtlich unzulässig oder unbegründet ist, ist ein Recht, das geschützt werden muss, nicht vorhanden, so dass der Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz abzulehnen ist. Ist die

Klage offensichtlich zulässig und begründet, vermindern sich die Anforderungen an den Anordnungsgrund. Bestehen unterschiedliche Auffassungen zu der maßgebenden, höchst richterlich nicht geklärten Rechtsfrage, für die jeweils gute Gründe sprechen, so ist die Klage in der Regel nicht offensichtlich begründet.⁵ Bei offenem Ausgang ist eine umfassende Interessenabwägung erforderlich. Abzuwägen sind die Folgen, die eintreten würden, wenn die begehrte Anordnung nicht erginge, der Rechtsschutzsuchende im Hauptsacheverfahren aber obsiegen würde, gegenüber den Nachteilen, die entstünden, wenn die Anordnung erlassen würde, der Rechtsschutzsuchende im Hauptsacheverfahren indes keinen Erfolg hätte. Bei der Interessenabwägung ist insbesondere eine drohende Verletzung von Grundrechten und deren Intensität zu berücksichtigen, aber auch sonstige Kriterien wie beispielsweise die wirtschaftlichen Verhältnisse.⁶

Daher stehen Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund nicht beziehungslos nebeneinander, sondern bilden auf Grund ihres funktionalen Zusammenhangs ein bewegliches System. Je schwerer die Belastungen des Betroffenen wiegen, die mit der Versagung des begehrten Rechtsschutzes verbunden sind, umso weniger darf das Interesse an einer vorläufigen Regelung oder Sicherung der geltend gemachten Rechtsposition zurückgestellt werden. Die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG verlangt jedenfalls vorläufigen Rechtsschutz, wenn ohne ihn schwere und unzumutbare, anders nicht abwendbare Nachteile entstünden, zu deren nachträglicher Beseitigung die Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr in der Lage wäre.⁷

⁵ vgl. hierzu Keller in Meyer-Ladewig a.a.O., § 86b Rd-Nr. 29 m. w. N.

⁶ vgl. zum Ganzen Keller in Meyer-Ladewig a.a.O., § 86b Rd-Nr. 29a

⁷ BVerfG, Beschl. v. 25. Oktober 1999 – 2 BvR 745/88 – BVerfGE 79, 69, 74; Urt. v. 14. Mai 1996 –

Die für die Frage der Rechtmäßigkeit der beabsichtigten Veröffentlichung zu klärende Rechtsfrage der Verfassungsmäßigkeit von § 115 Abs. 1a SGB XI und der Rechtmäßigkeit der PTVS ist höchst richterlich nicht geklärt, sodass eine Klage in der Hauptsache jedenfalls nicht offensichtlich begründet wäre. Nach Auffassung des Senats steht die Regelung des § 115 Abs. 1a SGB XI in Verbindung mit der PTVS mit höherrangigem Recht in Einklang (hierzu a) und die Antragsgegner beabsichtigen auch keine rechtswidrige Anwendung der Vorschrift (hierzu b). Der Senat sieht daher im Hauptverfahren keine Erfolgsaussichten und hält es unter Berücksichtigung einer umfassenden Interessenabwägung für die Antragstellerin für zumutbar, die Entscheidung in der Hauptsache abzuwarten (hierzu c).

a) Nach § 115 Abs. 1a SGB XI stellen die Verbände 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 nach Satz 2 dieser Vorschrift die Ergebnisse der Qualitätsprüfungen des MDK sowie gleichwertige Prüfergebnisse nach § 114 Abs. 3 und 4 zugrunde zu legen; sie können durch in anderen Prüfverfahren gewonnene Informationen, die die von Pflegeeinrichtungen erbrachten Leistungen und deren Qualität darstellen, ergänzt werden. Während in den Sätzen 3 bis 5 das Gesetz selbst noch einige Vorgaben zur Veröffentlichung macht, sind nach Satz 6 der Vorschrift die Kriterien der Veröffentlichung

einschließlich der Bewertungssystematik durch den Spitzenverband Bund der Pflegekassen, die Vereinigung der Träger der Pflegeeinrichtungen auf Bundesebene, die Bundesarbeitsgemeinschaft der überörtlichen Träger der Sozialhilfe und die Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände bis zum 30. September 2008 unter Beteiligung des Medizinischen Dienstes des Spitzenverbandes Bund der Krankenkassen zu vereinbaren.

(1) § 115 Abs. 1a Satz 6 SGB XI enthält keine verfassungswidrige Delegation von Rechtssetzungsbefugnissen.⁸

Wie das Sächsische Landessozialgericht zutreffend ausgeführt hat, wird an den Regelungen der Sätze 6 bis 9 des § 115 Abs. 1a SGB XI deutlich, dass der Gesetzgeber den Weg des Normenvertrages gewählt hat. Die zu vereinbarenden Kriterien der Veröffentlichung einschließlich der Bewertungssystematik regeln nicht nur Rechte und Pflichten der Vertragsparteien, sondern entfalten normative Wirkung insbesondere für die an der Veröffentlichung beteiligten Landesverbände der Pflegekassen und für die von der Veröffentlichung betroffenen Träger von Pflegeeinrichtungen. Auch wenn Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG ausdrücklich nur die Bundesregierung, die Bundesminister oder die Landesregierungen zum Erlass von Rechtsverordnungen ermächtigt, sind solche Normsetzungsverträge grundsätzlich mit der Verfassung vereinbar⁹, denn das Grundgesetz enthält keinen Numerus Clausus von Normset-

2 BvR 1516/93 – BVerfGE 94, 166, 216; sowie BVerfG, Kammerbeschl. v. 25. Februar 2009 – 1 BvR 120/09 – NZS 2009, 674, 675

⁸ wie hier Sächsisches LSG, Beschl. v. 24. Februar 2010, a.a.O., Rd-Nr. 31 ff.; LSG-NRW, Beschl. v. 10. Mai 2010 – L 10 P 10/10 B ER, Rd-Nr. 27 ff. sowie Bayrisches LSG, Beschl. v. 30. März 2010, a.a.O., Rd-Nr. 36

⁹ vgl. BSG, Urt. v. 15. Mai 2002 – B 6 KA 33/01 R, SozR3-2500 § 87 Nr. 34 S. 191; BSG, Urt. v. 9. Dezember 2004, SozR 4-2500 § 72 Nr. 2, Rd-Nr. 64 ff. – B 6 KA 44/04 R

zungsformen. Das Bundesverfassungsgericht hat die Rechtsetzung im Rahmen der funktionalen Selbstverwaltung stets anerkannt¹⁰, und auch nach der Kommentarliteratur kann der Gesetzgeber einer Körperschaft des öffentlichen Rechts zusätzliche Ermächtigungen zur Regelung bestimmter Angelegenheiten erteilen, ohne dass sich die Ermächtigung nach Artikel 80 Abs. 1 GG richtet.¹¹

(2) Durch die gesetzliche Ermächtigung zur Vereinbarung der Kriterien der Veröffentlichung einschließlich der Bewertungssystematik durch die Vertragsparteien nach § 115 Abs. 1a Satz 6 SGB XI wird auch weder gegen den in Art. 80 Abs. 1 GG liegenden Parlamentsvorbehalt, noch gegen den Bestimmtheitsgrundsatz des Artikel 80 Abs. 1 Satz 2 GG verstoßen.

Nach dem Parlamentsvorbehalt muss staatliches Handeln in grundlegenden Bereichen durch Parlamentsgesetz legitimiert sein. In grundlegenden normativen Bereichen ist der Gesetzgeber verpflichtet, die wesentlichen Entscheidungen im Rahmen eines formellen Gesetzes selbst zu treffen.¹²

Das Bundessozialgericht hat hierzu in seiner Entscheidung vom 9. Dezember 2004 (B 6 KA 44/03 R) ausgeführt, nur mit Blick auf den jeweiligen Sachbereich und auf die Eigenart des betroffenen Regelungsgegenstandes lasse sich beurteilen, wann es einer Regelung durch Parlamentsgesetz bedürfe und wie weit die parlamentsgesetzlichen Vorgaben ins Einzelne gehen müssten. Bestimmungen, die grundlegend für die Berufsaus-

übung seien, müssten erkennen lassen, mit welcher Tendenz und nach welchen Grundsätzen die nähere Ausgestaltung zu erfolgen habe.

Die gesetzliche Ermächtigung zur Rechtsetzungsbefugnis durch die genannten Verbände und die Träger der Pflegeeinrichtungen entspricht diesen Vorgaben. Ziel der Veröffentlichung ist eine verständliche, übersichtliche und hinsichtlich verschiedener Pflegeeinrichtungen vergleichbare Information über dort erbrachte Leistungen und deren Qualität für die Pflegebedürftigen und ihre Angehörigen. Inhalt und Ausmaß der Veröffentlichung orientieren sich nach § 115 Abs. 1a Satz 2 SGB XI an den Ergebnissen der Qualitätsprüfungen des MDK sowie an gleichwertigen Prüfergebnissen nach § 114 Abs. 3 und 4 SGB XI und den in anderen Prüfverfahren gewonnenen Informationen. Damit sind Inhalt, Zweck und Ausmaß der eingeräumten Rechtsetzungsbefugnis insbesondere auch unter Berücksichtigung der §§ 11, 112 ff. SGB XI im Gesetz hinreichend festgelegt. Die Regelung weiterer Einzelheiten der Kriterien der Veröffentlichung einschließlich der Bewertungssystematik kann kaum abstrakt in einem Gesetz formuliert werden, sodass es – insbesondere im Hinblick auf den Sachverständigen der Vereinbarungsparteien und der umfassenden Beteiligung der maßgeblichen Organisationen der verschiedenen Interessen – sachgerecht erscheint, den Beteiligten die Vereinbarung zu überlassen.

Die Vorschrift verstößt auch nicht gegen das Bestimmtheitsgebot. Die Ermächtigung durfte insbesondere bereits ergehen, bevor Maßstäbe und Grundsätze für die Qualität und die Qualitätssicherung in der ambulanten und stationären Pflege sowie für die Entwicklung eines einrichtungsinternen Managements, das auf eine stetige Sicherung und Weiterentwicklung der Pflegequalität

¹⁰ BVerfG, Beschl. v. 5. Dezember 2002 – 2 BvL 5/98, 2 BvL 6/98 – BVerfGE 107, 59, 91

¹¹ vgl. Maunz in Maunz/Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, Stand Oktober 1996, Art. 80 Rd-Nr. 51

¹² vgl. Jarass in Jarass/Pieroth, Kommentar zum Grundgesetz, 10. Auflage 2009, Art. 20 Rd-Nr. 47 m. w. N. und BVerfG, Urt. v. 18. Juli 1972 – 1 BvL 32/70, 1 BvL 25/71 – BVerfGE 33, 303, 345 ff

ausgerichtet ist, nach § 113 Abs. 1 Satz 1 SGB XI vereinbart waren. Die Vereinbarungsparteien der PTVS waren sich nach der ausdrücklichen Formulierung im Vorwort zur PTVS darüber bewusst, dass es derzeit noch keine pflegewissenschaftlich gesicherten Erkenntnisse über valide Indikatoren der Ergebnis- und Lebensqualität der pflegerischen Versorgung in Deutschland gibt. Sie haben daher die Vereinbarung selbst ausdrücklich als eine vorläufige betrachtet, die der vom Gesetzgeber gewollten schnellen Verbesserung der Transparenz für die Verbraucher diene, die Pflegeleistungen in Anspruch nehmen wollen. Die Beteiligten haben damit der Schaffung von Transparenz den Vorrang eingeräumt und mit der PTVS in sehr detaillierter Art und Weise die Kriterien der Veröffentlichung sowie die Bewertungssystematik der Qualitätsprüfungen geregelt.

Inhaltliche Maßstäbe und Grundsätze für die Qualität der Pflege sind seit langem vorhanden¹³ und eine Anpassung an aktuellere Qualitätsstandards ist jederzeit möglich. Qualität und Wirksamkeit der Leistungen haben auch in der gesetzlichen Krankenversicherung dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse zu entsprechen und den medizinischen Fortschritt zu berücksichtigen (vgl. § 2 Abs. 1 Satz 3 SGB V) und müssen daher ständig an neue Erkenntnisse angepasst werden. Eine solche Anpassung aufgrund neuer Erkenntnisse kann immer erst erfolgen, wenn sie wissenschaftlich so hinreichend evaluiert wurden, dass von einem allgemein anerkannten Wissensstand auszugehen ist. Im Bereich der Pflege kann im Hinblick auf neue pflegewissenschaftlich

gesicherte Erkenntnisse nichts anderes gelten.

(3) Auch an der Rechtmäßigkeit der PTVS hat der Senat keine Zweifel, insbesondere verstößt diese Vereinbarung nicht gegen das Publizitätsgebot. Das Rechtsstaatsprinzip verlangt, dass "Rechtsnormen" der Öffentlichkeit in einer Weise förmlich zugänglich gemacht werden, die es den Betroffenen erlaubt, sich verlässlich Kenntnis von ihrem Inhalt zu verschaffen. Diese Möglichkeit darf auch nicht in unzumutbarer Weise erschwert sein.¹⁴

Für Bundesgesetze und Bundesrechtsverordnungen folgt dies aus Art. 82 GG. Die an der Vereinbarung unmittelbar beteiligten Verbände bzw. Vereinigungen und Arbeitsgemeinschaften sowie deren Mitglieder müssen schon aufgrund ihrer unmittelbaren Beteiligung über den Inhalt der PTVS nicht erst in Kenntnis gesetzt werden. Eine Veröffentlichung im Bundesanzeiger ist daher nicht erforderlich, da die Betroffenen sich jedenfalls unproblematisch bei den beteiligten Organisationen jederzeit verlässlich Kenntnis vom Inhalt der PTVS verschaffen können. Zudem ist die PTVS im Internet veröffentlicht.

Anhaltspunkte dafür, dass die PTVS rechtswidrig zustande gekommen sein könnte, sieht der Senat nicht. Die PTVS hält sich im Rahmen der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage, auch wenn sie möglicherweise verbesserungswürdig ist. Es führt nicht zur Rechtswidrigkeit der PTVS, dass beispielsweise aktuelle Qualitätsmaßstäbe für die Pflege einzuarbeiten sind oder dem Bericht die Grundlage der tatsächlichen Feststellung (Einnahme des Augenscheins, Auswertung der Pflegedokumentation, Gespräch mit dem Pflegebedürftigen, Angehörigen oder Be-

¹³ vgl. nur § 80 SGB XI in der Fassung vom 9. September 2001, gültig vom 1. Januar 2002 bis 30. Juli 2008 und die aufgrund dieser Norm zustande gekommenen Vereinbarungen und Verwaltungsvorschriften

¹⁴ BVerfG, Urt. v. 22.11.1983 – 2 BvL 25/81 – BVerfGE 65, 283/291

zugspflegefachkräften) nicht zu entnehmen ist, da es den fachkundigen Beteiligten freisteht, die PTVS jeder Zeit entsprechend abzuändern. Der erhebliche Entscheidungsspielraum der am Zustandekommen der Vereinbarung der Kriterien der Veröffentlichung nach § 115 Abs. 1a Satz 6 SGB XI Beteiligten erscheint angesichts ihrer Fachkunde und ihrer ausgewogenen Zusammensetzung sachgerecht.

(4) Offen bleiben kann, ob der QPR 2009 Rechtsnormqualität zukommt, mit der Folge, dass sie dann auch unmittelbare Geltung für die Antragstellerin entfalten würde oder ob es sich – wie die Antragstellerin meint – lediglich um rein intern wirkende Verwaltungsvorschriften handelt. Sollte sie keine Außenwirkung entfalten, würde sich die von der Antragstellerin geltend gemachte unzureichende Beteiligung der Verbände der Einrichtungsträger beim Zustandekommen der QPR 2009 jedenfalls auch nicht unmittelbar auf die Rechtsposition der Antragstellerin auswirken können. Sollte der QPR 2009 aber die Qualität einer Rechtsvorschrift mit Außenwirkung für die Antragstellerin zukommen, müsste die Klärung der grundsätzlichen und komplexen Frage der Verletzung von Beteiligungsrechten ohnehin dem Hauptsacheverfahren vorbehalten bleiben.

(5) In den Regelungen zur Veröffentlichung liegt auch kein Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 GG. Das Grundrecht der Berufsfreiheit schützt zwar die Teilhabe am Wettbewerb zu Erwerbszwecken als Teil der freien Berufsausübung. Allerdings schützt das Grundrecht nicht vor der Verbreitung zutreffender und sachlich gehaltener Informationen am Markt, die für das wettbewerbliche Verhalten der Marktteilnehmer von Bedeutung sein könnten, selbst wenn sich die In-

halte auf einzelne Wettbewerbspositionen nachteilig auswirken.¹⁵

In dieser Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht ausgeführt, dass marktbezogene Informationen des Staates den grundrechtlichen Gewährleistungsbereich der betroffenen Wettbewerber aus Art. 12 Abs. 1 GG nicht beeinträchtigen, sofern der Einfluss auf wettbewerbsrechtliche Faktoren ohne Verzerrung der Marktverhältnisse nach Maßgabe der rechtlichen Vorgaben für staatliches Informationshandeln erfolgt. Die Rechtsordnung ist gerade auf Markttransparenz angelegt. Grundlage der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs ist ein möglichst hohes Maß an Informationen der Marktteilnehmer über marktrelevante Faktoren. Die überlegene Informationsmacht einzelner Marktteilnehmer kann gerade durch staatliche Informationen ausgeglichen werden. Ausdrücklich wird in dieser Entscheidung ausgeführt "in einer auf ein hohes Maß an Selbstverantwortung der Bürger bei der Lösung gesellschaftlicher Probleme ausgerichteten politischen Ordnung ist von der Regierungsaufgabe auch die Verbreitung von Informationen erfasst, welche die Bürger zur eigenverantwortlichen Mitwirkung an der Problembewältigung befähigen. Dementsprechend erwarten die Bürger für ihre persönliche Meinungsbildung und Orientierung von der Regierung Informationen, wenn diese anderenfalls nicht verfügbar wären. Dies kann insbesondere Bereiche betreffen, in denen die Informationsversorgung der Bevölkerung auf interessengeleiteten, mit dem Risiko der Einseitigkeit verbundenen Informationen beruht und die gesellschaftlichen Kräfte nicht ausreichen, um ein hinreichendes Informationsgleichgewicht herzustellen." Entsprechend sieht das Bundesverfassungsgericht in der Information der Bevölkerung eine wichtige staatliche Aufgabe von beson-

¹⁵ vgl. BVerfG, Beschl. v. 26. Juni 2002 – 1 BvR 558/91, 1 BvR 1428/91

derer Bedeutung. Daher schützt Art. 12 Abs. 1 GG nicht vor der Verbreitung von inhaltlich zutreffenden und unter Beachtung des Gebots der Sachlichkeit sowie mit angemessener Zurückhaltung formulierten Informationen durch einen Träger von Staatsgewalt. Dabei unterliegen die Informationen – wie jedes Staatshandeln – dem Sachlichkeitsgebot; Wertungen dürfen nicht auf sachfremden Erwägungen beruhen.

An der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts wird deutlich, dass die Information der Öffentlichkeit eine Aufgabe des Staates von besonderem öffentlichem Interesse ist. Dabei kommt der staatlichen Informationsarbeit insbesondere in solchen Bereichen eine hohe Bedeutung zu, in denen den Bürgern objektive Informationen als Grundlage für eine persönliche Meinungsbildung oder Orientierung anderenfalls nicht in hinreichender Weise verfügbar wären. Das Problem für die Betroffenen nicht erkennbarer mangelnder Qualität der Leistungen von Pflegeeinrichtungen stand lange im Focus der Öffentlichkeit. Es muss daher als besonders dringliche öffentliche Aufgabe angesehen werden, die Pflegebedürftigen und ihre Angehörigen bei der von ihnen eigenverantwortlich zu treffenden Entscheidung der für sie in Betracht kommenden Pflegeeinrichtung durch eine entsprechende Informationsversorgung zu unterstützen bzw. sie hierzu überhaupt zu befähigen. Ohne die Veröffentlichung der Transparenzberichte sind die Leistungen der einzelnen Pflegeeinrichtungen und deren Qualität für die Betroffenen in weiten Bereichen schon nicht erkennbar, jedenfalls aber nicht hinreichend vergleichbar und eine persönliche Meinungsbildung oder Orientierung in Bezug auf angebotene Leistungen und deren Qualität ist in diesem Bereich kaum möglich.

Durch die Veröffentlichung der Transpa-

renzberichte wird der Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG nicht beeinträchtigt. Die Transparenzberichte entsprechen dem Gebot der Sachlichkeit und Neutralität. Sie sind offensichtlich vom Bemühen um Objektivität getragen. Zwar enthält der Transparenzbericht nicht nur Informationen, sondern sogar überwiegend Wertungen, diese beruhen jedoch nicht auf sachfremden Erwägungen und sind auf das zur Informationsgewährung Erforderliche beschränkt. Denn ohne diese Wertungen könnte das gesetzliche Ziel, die Qualität der Leistungen verschiedener Pflegeheime vergleichbar und für die Pflegebedürftigen und ihre Angehörigen verständlich darzustellen, nicht erreicht werden.

(6) **Die Rechtsgrundlage der Veröffentlichung des Transparenzberichtes nach § 115 Abs. 1a SGB XI in Verbindung mit der PTVS verletzt auch nicht Art. 14 GG, weil der Schutzbereich der verfassungsrechtlich geschützten Eigentumsgarantie durch die Veröffentlichung des Transparenzberichtes nicht berührt ist.** In der Zukunft liegende Chancen und Verdienst- oder Absatzmöglichkeiten stellen keine schützenswerten Rechtspositionen im Sinne von Art. 14 Abs. 1 GG dar. Das gleiche gilt für den Unternehmensruf, der durch die Leistungen und die Selbstdarstellung eines Unternehmens sowie die Bewertung der Marktteilnehmer ständiger Veränderung unterworfen ist. Art. 14 GG schützt nur normativ zugeordnete Rechtspositionen, nicht das Ergebnis situativer Einschätzungen der Marktbeteiligten, auch wenn dieses wirtschaftlich folgenreich ist.¹⁶

(7) **Schließlich verstößt die Rechtsgrundlage für die Veröffentlichung des Trans-**

¹⁶ vgl. BVerfG, Beschl. v. 26. Juni 2002 – 1 BvR 558/91; 1 BvR 1428/91 – BVerfGE 105, 252, 277 ff. m. w. N.

parenzberichtes in ihrer konkreten Ausgestaltung auch nicht gegen das Gebot der Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 GG. Dieses garantiert einen effektiven Rechtsschutz, d. h. eine tatsächlich wirksame Kontrolle durch die Gerichte.¹⁷

Der Zugang zu den Gerichten und die wirksame Kontrolle durch die Gerichte unterliegen der Ausgestaltung durch den Gesetzgeber. Dabei ist zu berücksichtigen, dass Art. 19 Abs. 4 GG primär ein Leistungsgrundrecht ist, das effektiven gerichtlichen Rechtsschutz gewährt, wenn jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt sein kann. Garantiert wird aber nicht ein bestimmtes Verwaltungsverfahren, wengleich durch dieses der gerichtliche Schutz nicht unzumutbar erschwert werden darf.

Das Anlegen dieses Maßstabes ergibt, dass durch die rechtliche Ausgestaltung des Verfahrens zur Veröffentlichung des Transparenzberichtes nicht gegen das Gebot effektiven Rechtsschutzes verstoßen wird. Der Erlass eines Verwaltungsaktes ist in diesem Zusammenhang, wie ausgeführt, gesetzlich nicht vorgesehen. Die Veröffentlichung erfolgt durch einen Realakt, dessen Umsetzung nicht durch die Erhebung eines Widerspruchs mit aufschiebender Wirkung aufgehalten werden kann. Allerdings schreibt das Gebot effektiven Rechtsschutzes nicht zwingend ein alleiniges Handeln der Verwaltung durch Verwaltungsakt und die dagegen vorgesehenen Rechtsschutzmöglichkeiten vor. Könnte jeder Widerspruch und jede Anfechtungsklage eines Pflegeheims die Veröffentlichung bis zur abschließenden Klärung der Sach- und Rechtslage aufschieben, liefe die Regelung des § 115 Abs. 1a

SGB XI faktisch leer. Die ab dem Jahre 2011 jährlich vorgesehene Regelprüfung (vgl. § 114 Abs. 2 Satz 1 SGB XI) mit dem darauf basierenden Transparenzbericht würde aufgrund der damit verbundenen Aktualität den im Streit stehenden (alten) Bericht praktisch hinfällig machen. Die Veröffentlichung eines aktuellen, dem Pflegeheim nicht genehmen Transparenzberichtes wäre damit nicht mehr möglich.

Ferner bietet das in der Ermächtigungsgrundlage (§ 115 Abs. 1a SGB XI i. V. m. der PTVS) vorgesehene Verfahren den Pflegeheimen unter Berücksichtigung des hohen Stellenwertes des Informationsbedürfnisses der Pflegebedürftigen und ihrer Angehörigen weitgehende Rechtsschutzmöglichkeiten. Zunächst können die betroffenen Pflegeheime innerhalb einer Frist von 28 Kalendertagen Hinweise zu der Veröffentlichung geben und strittige Fragen mit den Landesverbänden der Pflegekassen klären (vgl. Anlage 4 der PTVS - Verfahren der Veröffentlichung). Die Veröffentlichung erfolgt erst nach Ablauf dieser Frist. Dem nach Art. 103 Abs. 1 GG nur für das gerichtliche Verfahren mit Verfassungsrang ausgestatteten Anspruch auf rechtliches Gehör ist damit Genüge getan, obwohl die Veröffentlichung nach Ablauf der Frist auch dann erfolgt, wenn die strittigen Fragen bis dahin nicht geklärt worden sind. Denn das Pflegeheim hat zusätzlich die Möglichkeit, eine eigene Stellungnahme im Umfang von 3000 Zeichen abzugeben, die mit zu veröffentlichen ist (vgl. Anlage 4 der PTVS - Verfahren der Veröffentlichung). Das Pflegeheim kann also die Leser der Transparenzberichte auf die aus seiner Sicht bestehenden Unrichtigkeiten hinweisen und die Aussagen des Transparenzberichtes relativieren. Schließlich können die Träger der Pflegeeinrichtungen innerhalb von acht Wochen eine Wiederholungsprüfung beantragen. Der daraufhin zu erstellende und ebenfalls zu veröffentlichen-

¹⁷ BVerfG, Beschl. v. 24. April 1974 – 2 BvR 236/74, 2 BvR 245/74, 2 BvR 308/74 – BVerfGE 37, 150, 153; BVerfG, Besch. v. 17. April 1991 – 1 BvR 419/81, 1 BvR 213/83 – BVerfGE 84, 34, 49

de erneute Transparenzbericht hebt auf Grund seiner Aktualität die Wirkungen des alten Transparenzberichtes faktisch weitgehend auf. Insgesamt stellt dieses Normengefüge eine im Hinblick auf die unterschiedlichen Interessen der Öffentlichkeit an Informationen und der Rechtsschutzmöglichkeiten der Pflegeheime ausgewogene Regelung dar. Schließlich wird den betroffenen Pflegeheimen nicht der gerichtliche Rechtsschutz entzogen. Eine hinreichende gerichtliche Kontrolle wird durch die Möglichkeit der Erwirkung einer einstweiligen Anordnung im vorläufigen Rechtsschutzverfahren garantiert. Dadurch kann eine Veröffentlichung verhindert werden, wenn hinreichende Anhaltspunkte für die Rechtswidrigkeit des Transparenzberichtes vorliegen.

Die gerichtlich nicht überprüfbaren gutachtlichen Bewertungen, auf denen der Transparenzbericht überwiegend beruht, verstoßen nicht gegen Art. 19 Abs. 4 GG, da das Gebot effektiven Rechtsschutzes solche Beurteilungsspielräume zulässt.¹⁸ Die Bewertung wird von fachkundigen Gutachtern auf Grund detaillierter Vorgaben vorgenommen, die soweit wie möglich zur Sachlichkeit, Objektivität und Vergleichbarkeit der Wertungen beitragen.

Die Rechtsschutzmöglichkeiten der Antragstellerin sind auch nicht dadurch verkürzt, dass sie den Transparenzbericht nicht mit den auf die einzelnen Bewohner bezogenen Prüfungsergebnissen abgleichen kann. Zur Wahrung des Datenschutzes ist es unumgänglich, dass der Pflegeeinrichtung nicht bekannt gegeben wird, welche Bewohner im Einzelnen welche Angaben gemacht haben. Aus diesem Grund hat der Gesetzgeber in § 115 Abs. 1a Satz 3 SGB XI ausdrücklich geregelt, dass personenbezogene und perso-

nenbeziehbare Daten zu anonymisieren sind. Dieses wichtige Kriterium hat er zu Recht nicht der Vereinbarung der entsprechenden Verbände überlassen.

b) Die Antragsgegner beabsichtigen die Veröffentlichung eines Transparenzberichtes auf der Basis und im Rahmen dieser rechtmäßigen Rechtsgrundlage. Die Antragstellerin hat keine Umstände vorgetragen und glaubhaft gemacht, die darauf schließen lassen, dass die Antragsgegner ihre Entscheidungsbefugnisse unzulässig überschritten haben. Dies wäre 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 oder Schmähkritik.¹⁹

Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass der Transparenzbericht nicht sachlich abgefasst wäre oder nicht auf einer neutralen, objektiven und sachkundig durchgeführten Prüfung basierte. Inhaltliche Fehler des Prüfergebnisses sind zumindest im einstweiligen Rechtsschutzverfahren nicht mit hinreichender Sicherheit festzustellen, so dass es im Hinblick auf den hohen Stellenwert, der einer aktuellen Information der Pflegebedürftigen und ihrer Angehörigen zukommt, nicht sachgerecht erscheint, die Veröffentlichung des Transparenzberichtes bis zu deren endgültigen Klärung zu verschieben.

(1) Insbesondere war es nicht rechtsfehlerhaft, die Ergebnisse der Anlassprüfung in dem zu veröffentlichenden Transparenzbericht ebenso zu berücksichtigen, wie die Ergebnisse der Regelprüfung. Hierzu bestimmt § 115 Abs. 1a Satz 2 SGB XI, dass die Ergebnisse der Qualitätsprüfung des MDK

¹⁸ vgl. Jarass in Jarass/Pieroth, a.a.O., Art. 19 Rd-Nr. 64 m. w. N.

¹⁹ vgl. BVerfG, Beschl. v. 26. Juni 2002, a.a.O.

zugrunde zu legen sind. Die Qualitätsprüfungen erfolgen nach § 114 Abs.1 Satz 3 SGB XI als Regelprüfung, Anlassprüfung oder Wiederholungsprüfung. Damit steht fest, dass der Veröffentlichung nicht nur die Ergebnisse der Regelprüfung, sondern auch die der Anlassprüfung zugrunde zu legen sind. Es ist nicht ersichtlich, dass dadurch die Vergleichbarkeit der Ergebnis- und Lebensqualität verschiedener Einrichtungen gefährdet werden könnte, da gerade die Anlassprüfungen wesentlich zu einem sachgerechten Bild der Qualität des Pflegeheimes beitragen können. Die Vergleichbarkeit mit anderen Pflegeheimen wird dadurch sogar verbessert, weil die Ergebnisse der Anlassprüfung immer in den Transparenzbericht einbezogen werden, wenn eine Anlassprüfung durchgeführt worden ist. Nur wenn keine Anlassprüfung vorzunehmen war, weil in dem betreffenden Pflegeheim kein Grund dafür vorlag, wird die Qualität der Leistungen schon durch die Regelprüfung hinreichend beurteilbar. Nicht nachvollzogen werden kann, dass die Antragstellerin zwar einwendet, die Stichprobe von 10 v. H. der Bewohner sei zu klein, um repräsentative Ergebnisse zu erzielen, sich andererseits aber gegen die Einbeziehung weiterer Bewohner im Rahmen der Anlassprüfung wendet. Gerade bei solchen kleinen Fallzahlen wird durch die Einbeziehung weiterer Bewohner in die Prüfung diese auf eine breitere Basis gestellt und daher weiter objektiviert.

Dem steht auch § 2 der PTVS nicht entgegen. Danach werden die in die Prüfung einbezogenen Bewohner der stationären Einrichtung entsprechend der Verteilung der Pflegestufen in der Einrichtung und innerhalb der Pflegestufen zufällig ausgewählt. Es werden 10 v. H. der Bewohner, jedoch mindestens 5 und höchstens 15 Bewohner in die Prüfung einbezogen. Aus dieser Vorschrift wird deutlich, dass hiermit nur die Regelprüfung und die Wiederholungsprüfung gemeint

sind. Für die Anlassprüfung ist eine solche Festlegung nicht erforderlich, da anlassbezogen im Einzelfall entschieden werden muss, welche Bewohner einzubeziehen sind. Eine zufällige Auswahl von 10 v. H. der Bewohner wird einer Anlassprüfung offensichtlich nicht gerecht. Solange in der PTVS für die Anlassprüfung hinsichtlich der einzubeziehenden Bewohner keine anderen Vorgaben gemacht werden, ist das Vorgehen der Antragsgegnerinnen insofern nicht zu beanstanden. Denn nach der gesetzlichen Regelung des § 115 Abs. 1a Satz 2 SGB XI sind Anlassprüfungen in die Veröffentlichung mit einzubeziehen, auch wenn die PTVS keine Vorgaben für die in die Anlassprüfung einzubeziehenden Bewohner macht. Das fügt sich auch in die Regelung des § 115 Abs. 1a Satz 2 zweiter Halbsatz SGB XI ein, wonach die Ergebnisse der Qualitätsprüfungen des MDK auch durch in anderen Verfahren gewonnene Informationen ergänzt werden können, die die von den Pflegeeinrichtungen erbrachten Leistungen und deren Qualität, insbesondere hinsichtlich der Ergebnis- und Lebensqualität, darstellen. Nach dem gesetzgeberischen Willen soll der Transparenzbericht zu den Leistungen der Pflegeeinrichtungen und deren Qualität auf einer möglichst breit angelegten Grundlage basieren.

Aus diesem Grund ist auch die PQR 2009 gesetzeskonform und ändert nicht die PTVS ab, soweit danach ebenfalls vorgesehen ist, die Ergebnisse von Anlass- und Regelprüfung in den Transparenzbericht einzubeziehen.

(2) Der Einwand der Antragstellerin, die Prüfung sei zu dokumentationslastig und verzerre die Abbildung der wirklichen Qualität der erbrachten Leistungen, führt ebenfalls nicht zu einer Fehlerhaftigkeit des Transparenzberichtes oder dessen Veröffentlichung. Zunächst ist hierzu fest-

zuhalten, dass die Qualität von pflegerischen Leistungen in weiten Bereichen nicht anders als durch Auswertung von Dokumentationen überprüft werden kann. Die Bewohner können die Qualität der Pflege regelmäßig nicht in allen Bereichen mit hinreichender Sachkunde beurteilen. Heimbewohner mit Einschränkungen der geistigen Leistungsfähigkeit können häufig nicht einmal eigene Bedürfnisse hinreichend äußern. Kontrollen sind hier nur durch die Auswertung der Dokumentation der Pflegeleistungen möglich. Das Argument der Antragstellerin, dadurch komme es zu einer verzerrten Abbildung der Qualität der erbrachten Leistungen, stimmt nur dann, wenn die Dokumentationsunterlagen nicht mit hinreichender Sorgfalt geführt worden sind. Es erscheint nicht sachwidrig, wenn dies negativ in die Bewertung einfließt. So zeigt auch das von der Antragstellerin angeführte Beispiel des (angeblich) vergessenen Eintrags zur Umlagerung eines Bewohners, dass nachträglich in der Regel nicht mehr festgestellt werden kann, ob tatsächlich nur die Dokumentation der erbrachten Leistung vergessen wurde oder ob das aufgetretene Druckgeschwür nicht doch auf mangelnder pflegerischer Sorgfalt beruht. Auch ist die Tatsache der Übergewichtigkeit eines Bewohners allein noch kein ausreichender Nachweis für eine stets ordnungsgemäße Nahrungsversorgung, bei der es nicht nur auf die Kalorienzufuhr, sondern auch auf die Zusammenstellung der Nahrungsmittel ankommt. Dies haben offensichtlich auch die für die Vereinbarung der PTVS zuständigen Vertreter der Verbände, Vereinigungen und Arbeitsgemeinschaften so gesehen, bei denen nicht nur von einer besonderen Sachkunde auszugehen ist, sondern die auch die am Verfahren beteiligten verschiedenen Interessen repräsentieren.

(3) Die Applikationsform von Medikamenten kann auch dann dokumentiert werden, wenn sie von den Vertragsärzten

in der Verordnung nicht angegeben wurde. Die Pflegekräfte haben dann entweder beim Vertragsarzt die Applikationsform zu erfragen oder selbst anhand der Packungsbeilage des Medikamentes zu ermitteln. Dies dürfte für eine ausgebildete Pflegefachkraft eine zumutbare Leistung darstellen. Die ordnungsgemäße Dokumentation der richtigen Applikation von Medikamenten ist im Pflegebereich von überragender Bedeutung. Es liegt auf der Hand, dass z. B. Fehldosierungen verhindert werden müssen, die Wechselwirkung von Medikamenten und Nahrungsaufnahme beachtet werden muss usw. Schließlich kann auch die korrekte Dokumentation einer fehlerhaften Applikation bei einer ärztlichen Behandlung entscheidende Hinweise geben. Daher kann es hier offen bleiben, ob die Applikation ordnungsgemäß erfolgte, da jedenfalls die Dokumentation lückenhaft war, wie auch die Antragstellerin einräumt.

(4) Eine Fehlerhaftigkeit des Transparenzberichtes ist auch hinsichtlich der Feststellung des MDK, die Defizite beim Transfer mit Sturzfolge seien nicht entkräftet worden, nicht festzustellen. Die Antragstellerin hat hierzu ausgeführt, der Sturz beim Transfer sei nicht auf ein Organisationsverschulden oder ein unzureichendes Qualitätsmanagement, sondern auf das individuelle Fehlverhalten einer Mitarbeiterin zurückzuführen. Allerdings hat sie diesen Einwand nicht mit Tatsachen untermauert oder in anderer Weise glaubhaft gemacht. Das reicht im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes für die Annahme von Fehlern des Transparenzberichtes nicht aus. (5) Gleiches gilt für die von der Antragstellerin vorgebrachte Behauptung, die Beanstandung des in der Vergangenheit vom MDK als mangelfrei akzeptierten Standards zur Dekubitusprophylaxe habe zu ungerechtfertigten negativen Bewertungen geführt. Auch hier fehlen jegliche Tatsachenangaben hinsicht-

lich der bisher im Einzelnen als mangelfrei akzeptierten Standards.

Bezüglich der Punkte (4) und (5) ist außerdem festzuhalten, dass die Bewertungen nicht auf einem falschen Sachverhalt basieren. Der Transfer mit Sturzfolge hat sich tatsächlich ereignet und die tatsächlich durchgeführte Dekubitusprophylaxe wurde ohne Beanstandung vom MDK erfasst. Gestritten wird hier lediglich um die rechtliche Bewertung dieser Tatsachen, nämlich ob die Sturzfolge der Antragstellerin zugerechnet werden kann und ob die Dekubitusprophylaxe in ihrer konkreten Form zu beanstanden war. Eine Beanstandung erscheint grundsätzlich gerechtfertigt, wenn die Vorgehensweise nicht den aktuellen Standards entsprach, die der Antragstellerin regelmäßig auch ohne vorherige Mängelhinweise des MDK bekannt sein mussten. Im Hinblick auf den hohen Stellenwert, der einer aktuellen Information der Pflegebedürftigen und ihrer Angehörigen zukommt, erscheint es nicht sachgerecht, die Veröffentlichung des gesamten Transparenzberichtes solange zu verschieben, bis solche Rechtsfragen, die lediglich einzelne Punkte des Transparenzberichtes betreffen und damit die Gesamtbewertung nur geringfügig beeinflussen, endgültig geklärt sind.

c) Da sich somit insgesamt derzeit kein hinreichender Anlass ergibt, an der Rechtmäßigkeit der Veröffentlichung des Transparenzberichtes ernsthaft zu zweifeln, sieht der Senat im Rahmen des Anordnungsanspruchs zumindest bei der derzeitigen Sachlage kein Recht der Antragstellerin, das ggf. durch den Erlass einer einstweiligen Anordnung vorläufig geschützt werden müsste. Da aber die Sach- und Rechtslage noch nicht endgültig geklärt ist und insbesondere im Hinblick auf die Rechtmäßigkeit der Eingriffsgrundlage

unterschiedliche Auffassungen vertreten werden.²⁰, ist im Rahmen des Anordnungsgrundes eine Interessenabwägung durchzuführen. Der Senat sieht jedoch keine schweren, unzumutbaren und ohne vorläufigen Rechtsschutz nicht abwendbaren Nachteile für die Antragstellerin, die bei einer anderen Entscheidung in der Hauptsache nicht nachträglich beseitigt werden könnten. Die Gefahr einer Rechtsverletzung oder Erschwerung der Rechtsverwirklichung durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes als Anordnungsgrund bei der Sicherungsanordnung liegt nicht vor. Wie bereits dargelegt, ist das Regelungssystem der Veröffentlichung – einschließlich des Rechts zur gleichzeitigen Veröffentlichung der Gegen Darstellung des Pflegeheims im Umfang von 3000 Zeichen und einer möglichen Wiederholungsprüfung – auf eine weitgehende Wahrung der Interessen der Pflegeheime angelegt, ohne die aktuelle Veröffentlichung des Transparenzberichtes auszuschließen. Angesichts dieser Möglichkeiten ist nicht mit erheblichen wirtschaftlichen Nachteilen der Antragstellerin zu rechnen, da sie die Möglichkeit hat, innerhalb kurzer Zeit zu verbesserten Bewertungen zu gelangen, wenn sie ihre Pflegeleistungen entsprechend erbringt und dokumentiert.

Hinsichtlich der von der Antragstellerin vorgebrachten erheblichen Abweichungen der Durchschnittsbewertungen in den verschiedenen Bundesländern ist darauf hinzuweisen, dass sich der Wettbewerb zwischen verschiedenen Pflegeeinrichtungen auf die regionalen Anbieter beschränkt und daher zwischen verschiedenen Bundesländern allenfalls in den Randbereichen stattfindet. Unge rechtfertigte erhebliche Schwankungen der Bewertungen auf regionaler Ebene hat die Antragstellerin nicht dargelegt.

²⁰ vgl. nur LSG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 29. März 2010 – L 27 P 14/10 B ER – m. w. N.

3. Mit der gleichen Begründung war der erstinstanzliche Beschluss in Bezug auf den Feststellungsantrag aufzuheben. Die Verpflichtung der Antragstellerin, die Zusammenfassung der Ergebnisse der Qualitätsprüfung vom 7./8. September 2009 in der Pflegeeinrichtung auszuhängen, ergibt sich unmittelbar aus § 115 Abs. 1a Satz 5 SGB XI. Im Hinblick auf die obigen Ausführungen bestehen derzeit keine hinreichenden Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit dieser gesetzlichen Vorschrift und an der Rechtmäßigkeit des Transparenzberichtes, so dass die Antragstellerin zum Aushang verpflichtet ist.

4. Die Kostenentscheidung beruht auf § 197a SGG in Verbindung mit § 154 Abs. 1 Verwaltungsgerichtsordnung (VWGO).

Die Festsetzung des Streitwertes folgt aus § 197a SGG in Verbindung mit § 47 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1, § 53 Abs. 2 Nr. 4 und 52 Abs. 2 GKG. Unter Berücksichtigung des ausdrücklichen gesetzlichen Verweises für das einstweilige Rechtsschutzverfahren nach § 86b SGG auf den Regelstreitwert nach § 52 Abs. 2 SGG ist keine Reduzierung vorzunehmen.

Der Beschluss ist unanfechtbar (§ 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