

**S 9 P 16/10 ER**

Land  
Freistaat Bayern  
Sozialgericht  
SG Nürnberg (FSB)  
Sachgebiet  
Pflegerversicherung  
Abteilung  
9  
1. Instanz  
SG Nürnberg (FSB)  
Aktenzeichen  
S 9 P 16/10 ER  
Datum  
18.02.2010  
2. Instanz  
Bayerisches LSG  
Aktenzeichen  
L 2 P 19/10 B ER  
Datum  
30.07.2010  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
-  
Datum  
-  
Kategorie  
Beschluss  
Beschluss:

I. Die Antragsgegner werden verpflichtet, die Veröffentlichung der Prüfungsbewertung für die von der Antragstellerin betriebene stationäre Pflegeeinrichtung "I.-Pflegeklinik S.", bis zum 31.08.2010 zu unterlassen.

II. Die Anordnung zu I gilt vorläufig, bis über den zugrunde liegenden Unterlassungsanspruch bestands- oder rechtskräftig entschieden ist.

III. Im übrigen wird der Antrag abgelehnt.

IV. Die Antragstellerin trägt 1/3, die Antragsgegner tragen 2/3 der Kosten des Verfahrens als Gesamtschuldner.

V. Der Streitwert wird auf 5000 EUR festgesetzt.

Gründe:

Streitig ist einerseits die Frage, ob die Antragsgegner (AG) berechtigt sind, die (zunächst) für den 25.01.2010 angekündigte – derzeit ausgesetzte - Veröffentlichung einer Prüfungsbewertung gemäß [§ 115 Absatz 1a](#) des Elften Buches Sozialgesetzbuch (SGB XI) im Internet vorzunehmen; andererseits die Verpflichtung, die Ergebnisse des Transparenzberichts in der vollstationären Einrichtung auszuhängen.

I.

Die Antragstellerin (Ast) ist Trägerin der stationären Spezial-Pflegeeinrichtung "I.-Pflegeklinik ". Die AG sind die Landesverbände der Pflegekassen im Freistaat Bayern.

Am 18.08.2009 führte der Medizinische Dienst der Krankenversicherung (MDK) in Bayern eine Qualitätsprüfung durch, aufgrund derer der Prüfbericht vom 09.09.2009 erstellt wurde; der MDK erstellte ferner einen Transparenzbericht mit folgenden Noten:

2,4 gut (Pflege und medizinische Versorgung)

0,0 k.A. (Umgang mit demenzkranken Bewohnern)

1,3 sehr gut (soziale Betreuung und Alltagsgestaltung)

1,0 sehr gut (Wohnen, Verpflegung, Hauswirtschaft und Hygiene) Gesamtergebnis: 1,8 gut.

Mit Schreiben vom 18.09.2009 wurde der Ast im Rahmen eines schriftlichen Anhörungsverfahrens Gelegenheit gegeben, zu den in dem Prüfbericht gegebenen Feststellungen und Empfehlungen Stellung zu nehmen.

Mit E-Mail vom 21.12.2009 kündigte der AG zu 1 an, den aufgrund einer am 18.08.2009 durch den Medizinischen Dienst der Krankenversicherung durchgeführten Qualitätsprüfung erstellten Transparenzbericht einschließlich der aufgrund der Transparenzvereinbarung nach [§ 115 Abs. 1a](#) des Elften Buches Sozialgesetzbuch (SGB XI) gebildeten Noten spätestens innerhalb von 28 Tagen im Internet zu veröffentlichen. Die Ast wurde darauf hingewiesen, dass sie die Möglichkeit habe, einen Kommentar zu den Prüfergebnissen von maximal 3000 Zeichen inklusive Leerzeichen ins Internet einzustellen.

Mit E-Mail vom 11.01.2010 zeigten sich die Bevollmächtigten der Ast gegenüber den AG an und teilten mit, die Ast gebe die Veröffentlichung des Transparenzberichts nicht frei. Die AG reagierten mit E-Mail vom 11.01.2010 unter Hinweis auf den Beschluss des

Sozialgerichts Regensburg vom 04.01.2010 ([S 2 P 112/09 ER](#)); ein offensichtlicher Fehler im Prüfverfahren liege nicht vor.

Die Prozessbevollmächtigten der Ast nahmen mit Schreiben vom 13.01.2010 zu den Feststellungen in dem Transparenzbericht Stellung; die Benotung der Einrichtung der Ast sei grob fehlerhaft, da diese über angestellte ärztliche Kräfte verfüge. Der MDK habe es unterlassen, Besonderheiten der Einrichtung herauszustellen beziehungsweise ausreichend zu berücksichtigen. Weitere E-Mails der Ast und der AG erfolgten unter dem 19.01.2010. Am 21.01.2010 hat die Ast mit Telefax vom 21.01.2010 beim Sozialgericht Nürnberg einstweiligen Rechtsschutz beantragt. Die AG haben - nach einem Telefonat mit dem Vorsitzenden der 9. Kammer - mit Telefax vom 22.01.2010 mitgeteilt, dass der Transparenzbericht betreffend die Ast vorerst nicht veröffentlicht werde.

Die Ast beantragt,

die Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, bis zum rechtskräftigen Abschluss des Hauptsacheverfahrens, die Veröffentlichung - im Internet oder in sonstiger Weise - der Ergebnisse der Qualitätsprüfung (Transparenzbericht) vom 18.08.2009 über die vollstationäre Einrichtung der Ast und dessen Freigabe an Dritte zum Zwecke der Veröffentlichung zu unterlassen;

festzustellen, dass die Ast bis zum rechtskräftigen Abschluss des Hauptsacheverfahrens nicht verpflichtet ist, die Zusammenfassung der Ergebnisse der Qualitätsprüfung in der vollstationären Einrichtung der Ast vom 18.08.2009 in der Pflegeeinrichtung auszuhängen.

Die AG beantragen mit Schreiben vom 28.01.2010, den Antrag zurückzuweisen.

Zur Begründung haben sie ausgeführt, ein Unterlassungsanspruch könne erst dann zum Tragen kommen, wenn offensichtlich unwahre Tatsachenbehauptungen verbreitet würden; hierfür bestünden keine Anhaltspunkte. Selbst wenn man den Ausgang eines Hauptsacheverfahrens als offen ansehen wollte, führe die Interessenabwägung nicht dazu, dass eine einstweilige Anordnung zu erlassen wäre. Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird auf die Schriftsätze der Beteiligten mitsamt Anlagen Bezug genommen.

II.

Das Sozialgericht Nürnberg ist zur Entscheidung in dem Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes als das Gericht der Hauptsache sachlich und örtlich zuständig ([§ 86b](#) des Sozialgerichtsgesetzes - SGG - i.V.m. [§§ 8](#) und [57 SGG](#)), da die Ast ihren Sitz im Bezirk des Sozialgerichts Nürnberg hat.

Der Antrag der Ast, die AG zu verpflichten, es vorläufig zu unterlassen, die Prüfbewertung der Antragstellerin zu veröffentlichen, ist im Sinne des [§ 86b Abs. 2 Satz 2 SGG](#) zulässig und begründet. Der Antrag der Ast auf Feststellung, den Prüfbericht nicht in der vollstationären Pflegeeinrichtung veröffentlichen zu müssen, ist nicht zulässig.

Eine einstweilige Anordnung nach [§ 86b Abs. 2](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) darf nur ergehen, wenn dies zur Abwendung wesentlicher Nachteile nötig erscheint. Der Antragsteller hat demnach sowohl die Notwendigkeit einer vorläufigen Regelung, den sogenannten Anordnungsgrund, als auch das Bestehen des zu sichernden Rechts, den sogenannten Anordnungsanspruch, glaubhaft zu machen ([§ 86b Abs. 2 Satz 4 SGG](#) in Verbindung mit [§ 920 Abs. 2](#) der Zivilprozessordnung - ZPO -). Maßgebend sind die rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der Entscheidung des Gerichts.

Im vorliegenden Fall erscheint eine Verletzung der Ast in ihren Grundrechten möglich, die einen entsprechenden vorbeugenden Unterlassungsanspruch begründet. Betroffen ist insbesondere die Freiheit der Berufsausübung gemäß Art. 12 Abs. 1 Satz 2 des Grundgesetzes (GG), möglicherweise auch die Eigentumsgarantie des [Art. 14 Abs. 1 GG](#), sofern man das umstrittene Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb davon umfasst sieht, sowie die allgemeine Handlungsfreiheit gemäß [Art. 2 Abs. 1 GG](#). Die AG üben bei der Veröffentlichung der Prüfergebnisse hoheitliche Gewalt aus. Ihre Tätigkeit unterliegt deshalb gemäß [Art. 1 Abs. 3 GG](#) der Bindung an die Grundrechte. Es liegt auf der Hand, dass die Veröffentlichung der Prüfergebnisse das Verhalten von möglichen Kunden/Pflegebedürftigen bei der Auswahl einer zugelassenen vollstationären Einrichtung massiv beeinflussen kann. Der Transparenzbericht, dessen Veröffentlichung im vorliegenden Fall angekündigt ist, enthält Einzelnoten auf der Skala von eins (sehr gut) bis fünf (mangelhaft), die in der Lage sind, mögliche Kunden/Pflegebedürftige der vollstationären Pflegeeinrichtung abzuschrecken. So erhielt die Ast in dem wichtigen Bereich der Pflege und medizinischen Versorgung die Note 2,4 gut, die von den anderen der Ast erteilten Bewertungen nach unten abweicht und maßgeblich zu dem Gesamtergebnis (1,8 gut) beiträgt. Dass eine derartige Bewertung mögliche Kunden vom Abschluss eines Nutzungsvertrages abhalten kann, bedarf keiner weiteren Ausführungen.

Das Sozialgericht Nürnberg folgt in seiner Begründung den Ausführungen des Sozialgericht München in den Beschlüssen vom 13.01.2010 - [S 19 P 6/10 ER](#) - und 27.01.2010 - [S 29 P 24/10 ER](#) -; das SG München hat darauf abgestellt, das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) führe in seiner Glykol-Entscheidung (Beschluss vom 26.06.2002 - [1 BvR 558/91](#) -) aus, marktbezogene Informationen des Staates beeinträchtigten den grundrechtlichen Gewährleistungsbereich der betroffenen Wettbewerber aus [Art. 12 Abs. 1 GG](#) nicht, sofern der Einfluss auf wettbewerbserhebliche Faktoren ohne Verzerrung der Marktverhältnisse nach Maßgabe der rechtlichen Vorgaben für staatliches Informations-handeln erfolge (a. a. O., Ls. 1). Diese Entscheidung bezog sich jedoch auf die Veröffentlichung von wissenschaftlich erwiesenen Tatsachenfeststellungen zum Glykolgehalt von Weinen, die keinerlei Wertungscharakter aufwiesen. Dagegen beruhen - so das SG München weiter - die von den Prüfern im vorliegenden Fall vergebenen Noten in hohem Maße auf subjektiven Werturteilen der Prüfer, und auch das Verhältnis, in dem die Einzelnoten zueinander stehen bzw. welche Fragen überhaupt geprüft werden und damit die Gesamtnote beeinflussen, beruht auf Wertentscheidungen der Konzepteure des Prüfverfahrens. Wie das Bundesverfassungsgericht unter Rdnr. 62 der genannten Entscheidung ausgeführt hat, wird der Gewährleistungsbereich des Grundrechts aus [Art. 12 Abs. 1 GG](#) durch die staatliche Tätigkeit dann beeinträchtigt, wenn sie sich nicht darauf beschränkt, den Marktteilnehmern marktrelevante Informationen bereitzustellen, auf deren Grundlage diese eigenbestimmte, an ihren Interessen ausgerichtete Entscheidungen über ihr Marktverhalten treffen können. Insbesondere könne die staatliche Informationstätigkeit eine Beeinträchtigung im Gewährleistungsbereich des Grundrechts sein, wenn sie in der Zielsetzung und ihren Wirkungen Ersatz für eine staatliche Maßnahme sei, die als Grundrechtseingriff zu qualifizieren wäre. Durch Wahl eines solchen funktionalen Äquivalents eines Eingriffs könnten die besonderen Bindungen der Rechtsordnung nicht umgangen werden; vielmehr müssten die für Grundrechtseingriffe maßgebenden rechtlichen Anforderungen erfüllt sein.

Auch nach hiesiger Ansicht spricht viel dafür, dass die Veröffentlichung der Prüfergebnisse gemäß [§ 115 Abs. 1a SGB XI](#) als Eingriff in die grundrechtlich geschützte Wettbewerbsfreiheit oder zumindest als "funktionales Äquivalent eines Eingriffs" im Sinne der eben zitierten Glykol-Entscheidung anzusehen sind, da es sich bei der Erstellung des Transparenzberichts um nicht um reine Tatsachenfeststellungen, sondern um stark wertungsbezogene - und soweit die eigentliche Notengebung betroffen ist: plakative - Feststellungen handelt.

Wenn es sich bei der Veröffentlichung des Transparenzberichts im Internet um einen grundrechtsrelevanten Eingriff handelt, ist zu fragen, ob die Regelung in [§ 115 Absatz 1a SGB XI](#) den für Grundrechtseingriffe geltenden Vorbehalt des Gesetzes erfüllt. [Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG](#) verlangt für Eingriffe in die Berufsausübungsfreiheit, dass diese durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes erfolgen. Der Gesetzgeber ermächtigt in [§ 115 Abs. 1a](#) Sätze 1 bis [4 SGB XI](#) die Landesverbände der Pflegekassen zur Veröffentlichung von Prüfungsergebnissen nur in allgemeiner Form, ohne insbesondere für die Vergabe von Noten auch nur die Grundzüge zu regeln. Bezüglich der "Kriterien der Veröffentlichung einschließlich der Bewertungssystematik" beschränkt sich der Gesetzgeber in [§ 115 Absatz 1a Satz 6 SGB XI](#) darauf, den Spitzenverband der Pflegekassen, die Vereinigungen der Träger der Pflegeeinrichtungen auf Bundesebene, die Bundesarbeitsgemeinschaft der überörtlichen Träger der Sozialhilfe und die Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände unter Beteiligung des Medizinischen Dienstes des Spitzenverbandes Bund der Krankenkasse zur Schaffung einer Regelung im Wege einer Vereinbarung zwischen den genannten Körperschaften zu ermächtigen. Die Verfassungsmäßigkeit dieser Ermächtigung zur Normsetzung könnte verfassungsrechtlichen Bedenken insoweit begegnen, als [Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG](#) eine Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen seitens des Bundesgesetzgebers nur auf die Bundesregierung, die Bundesminister oder die Landesregierungen ermöglicht. Eine Delegation auf die in [§ 115 Abs. 1a Satz 6 SGB XI](#) genannten Körperschaften sieht das Grundgesetz nicht ausdrücklich vor. Zudem kennt [Art. 80 GG](#) nur die Delegation zum Erlass von Normen in der Form der Rechtsverordnung, nicht aber die Delegation zur Schaffung von in die Rechte von Bürgern eingreifenden hoheitlichen Regelungen im Wege der Vereinbarung zwischen Körperschaften des öffentlichen Rechts (vgl. aber: Vießmann, Die demokratische Legitimation des Gemeinsamen Bundesausschusses zu Entscheidungen nach [§ 135 Abs. 1 Satz 1 SGB V](#), Dissertation 2008).

Die in [§ 115 Abs. 1a SGB XI](#) getroffene Regelung begegnet auch Bedenken in Bezug auf die vom Bundesverfassungsgericht sowohl aus dem Demokratie- ([Art. 20 Abs. 1 und 2 GG](#)) als auch dem Rechtsstaatsprinzip ([Art. 20 Abs. 3 GG](#)) abgeleitete Wesentlichkeitstheorie, wonach der Gesetzgeber in grundlegenden normativen Bereichen, zumal im Bereich der Grundrechtsausübung, soweit diese staatlicher Regelung zugänglich ist, die wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen hat (z.B. BVerfG vom 18.07.1972, BVerfGE 33, 345 f.). Ob der Gesetzgeber daher die wesentlichen Fragen des Prüf- und Bewertungsverfahrens im Rahmen eines formellen Gesetzes selbst zu regeln hat, muss noch geklärt werden. Dazu gehören beispielsweise die Fragen, wie das Notensystem gestaltet wird, wie die Noten benannt werden, ob überhaupt Punktwerte oder nur Bewertungen in Textform vergeben werden, ob und wie Gesamtnoten und/oder Einzelnoten gebildet und veröffentlicht werden, aus welchen Einzelbeurteilungen sich die Gesamtnoten wie und mit welcher Gewichtung berechnen, für welche Einzelanforderungen Einzelnoten vergeben werden, ob und wie Stichproben gebildet werden und in welcher Größe (was von entscheidender Bedeutung für die Signifikanz der Stichprobe insbesondere bei kleinen Einrichtungen ist), ob und wie Befragungen der Bewohner über deren subjektive Befindlichkeit einzubeziehen sind und wie hierbei beispielsweise bei Demenzzkranken vorzugehen ist. Zu all diesen Fragen, die inzwischen durch eine am 17.12.2008 abgeschlossene Vereinbarung nach [§ 115 Abs. 1a Satz 6 SGB XI](#) (Pflege-Transparenzvereinbarung stationär - PTVS) geregelt sind, hätte der Bundesgesetzgeber ggf. die Eckpunkte gesetzlich vorgeben müssen.

Die im Rahmen des [§ 86b Abs. 2 Satz 2 SGG](#) vorzunehmende Interessenabwägung führt zu dem Ergebnis, die Veröffentlichung vorerst zu untersagen. Denn abgesehen davon, dass die Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit der Veröffentlichung gewichtig sind, stehen die von der Ast für den Fall der Veröffentlichung erwarteten Schäden in keinem Verhältnis zu möglichen - im konkreten Fall sehr geringen - Gefahren für die Allgemeinheit für den Fall, dass die Veröffentlichung vorerst unterbleibt, obwohl sie rechtmäßig ist.

Dies gilt insbesondere für den vorliegenden Fall der Ast. Die AG hat zwar mit Schreiben vom 28.01.2010 darauf hingewiesen, im Umkreis von 10 km um die Einrichtung der Ast gebe es 45 zugelassene Pflegeeinrichtungen für vollstationäre allgemeine Pflege, wovon für fünf Einrichtungen Transparenzberichte veröffentlicht seien. Die Benotung reiche in der Gesamtnote von 1,2 bis 3,3, die Note für Pflege von 1,2 bis 4,5, für soziale Betreuung von 1,0 bis 2,7 und für Wohnen und Ernährung von 1,0 bis 2,1. Da die Ast jedoch eine Spezialeinrichtung führe, sei der Vergleich eher ungeeignet. Für Spezialeinrichtungen für Wachkomapatienten seien von den 15 Einrichtungen im Umkreis von 100 km bereits drei Berichte veröffentlicht. Aus der Benotung sei ersichtlich, dass die Antragstellerin die Spanne der Mitbewerber nur in einem einzigen Bereich (Pflege) geringfügig unterschreite, aber in allen anderen Bereichen die Bestnote erhalte.

Die Kammer teilt die Auffassung der AG insoweit, dass - sofern der spezielle Einrichtungscharakter der Ast erkennbar ist - angesichts der vergleichsweise guten Bewertung der Ast im Vergleich zu den Mitbewerbern massive wirtschaftliche Einschränkungen möglicherweise nicht zu befürchten sind; in einem solchen Fall (der relativ guten Gesamtbewertung - teilweise mit Spitzenbewertungen) verlieren jedoch die öffentlich-rechtlichen Gesichtspunkte des Transparenzverfahrens (Gefahrenabwehr bzw. Schutz von Leib und Leben der Pflegebedürftigen/Kunden der vollstationären Einrichtungen, vgl. SG Regensburg vom 03.01.2010 - [S 2 P 112/09 ER](#) -) auch angesichts des Umstandes, dass bisher für nur weniger als 20% der vollstationären Einrichtungen Transparenzberichte vorliegen, fast völlig an Gewicht.

Die zeitliche Dauer der vorläufigen Untersagung war nach dem Ermessen des Gerichts gemäß [§ 86b Abs. 2 Satz 4 SGG](#) i. V. mit [§ 938 Abs. 1 ZPO](#) bis zum 31.08.2010 zu beschränken.

III.

Die gegenüber der AG verlangte Feststellung, die Ast sei zur Veröffentlichung bzw. Aushang der Prüfergebnisse innerhalb der Räume ihrer vollstationären Einrichtung - gem. [§ 115 Abs. 1a Satz 5 SGB XI](#) - nicht verpflichtet, musste ohne Erfolg bleiben. Ein konkretes Verlangen der AG gegenüber der Ast zur Veröffentlichung der Ergebnisse (Einordnung des Ergebnisses nach einer Bewertungssystematik sowie eine Zusammenfassung der Prüfergebnisse) wurde von der AG bisher nicht ausgesprochen; jedenfalls hat die AG bisher keine Schritte unternommen, eine diesbezügliche, sich aus [§ 115 Abs. 1a Satz 5 SGB XI](#) ergebende Verpflichtung gegenüber der Ast durchzusetzen. Damit ist die Klärung dieser rechtlichen Fragestellung derzeit nicht eilbedürftig. Die Voraussetzungen für eine einstweilige Anordnung sind nicht glaubhaft gemacht, der Antrag somit nicht zulässig.

IV.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197a Abs. 1 Satz 1 SGG](#) i. V. mit [§ 154 Abs. 1](#) der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO). Das wirtschaftlich weniger bedeutsame - teilweise Unterliegen der AST hinsichtlich eines Hauptantrages war bei der Kostenverteilung zu berücksichtigen. Da die Entscheidung gegenüber den AG nur einheitlich ergehen konnte, werden ihnen die Kosten gemäß [§ 159 Satz 2 VwGO](#) als Gesamtschuldner auferlegt.

V.

Die Festsetzung des Streitwerts beruht auf [§ 197a Abs. 1 Satz 1 SGG](#) i. V. m. [§ 63 Abs. 2 Satz 1](#) und [§ 52 Abs. 2](#) des Gerichtskostengesetzes (GKG).

Rechtskraft

Aus

Login

FSB

Saved

2010-10-12