L 4 P 12/10 B ER

Land
Sachsen-Anhalt
Sozialgericht
LSG Sachsen-Anhalt
Sachgebiet
Pflegeversicherung
Abteilung
4
1. Instanz
SG Halle (Saale) (SAN)
Aktenzeichen
S 21 P 3/10 ER
Datum
24.02.2010
2. Instanz
LSG Sachsen-Anhalt
Aktenzeichen
L 4 P 12/10 B ER
Datum
05.10.2010
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-
Datum
-
Kategorie
Beschluss
Leitsätze
Einstweiliger Rechtsschutz gegen Veröffentlichung eines Transparentberichtes
Auf die Beschwerde der Antragsgegner wird der Beschluss des Sozialgerichts Halle vom 24. Februar 2010 abgeändert und der Antrag auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes auch insoweit abgelehnt, als er die Verpflichtung der Antragsgegnerin betrifft, die Veröffentlichung des vorläufigen Transparenzberichtes bis zum rechtskräftigen Abschluss des Hauptsacheverfahrens zu unterlassen.

Die Antragstellerin hat die Kosten des Verfahrens für beide Instanzen zu tragen.

Der Streitwert wird auf 5.000,- EUR festgesetzt.

Gründe:

I.

Die Antragsgegner wenden sich mit der Beschwerde gegen die einstweilige Anordnung des Sozialgerichts Halle, mit der ihnen bis zum rechtskräftigen Abschluss des Hauptsacheverfahrens die Veröffentlichung der Ergebnisse der Qualitätsprüfung (Transparenzbericht) vom 12. und 13. Oktober 2009 bezüglich der von der Antragstellerin betriebenen stationären Pflegeeinrichtung untersagt wird.

Die Antragstellerin betreibt ein nach § 72 Elftes Buch Sozialgesetzbuch – Soziale Pflegeversicherung – (SGB XI) durch Versorgungsvertrag zugelassenes vollstationäres Senioren- und Pflegeheim mit 140 Plätzen, in welchem die Antragsgegner am 12. und 13. Oktober 2009 durch den Medizinischen Dienst der Krankenversicherung Sachsen-Anhalt (MDK) eine Qualitätsprüfung nach den §§ 114 ff SGB XI durchführten.

Im Prüfbericht vom 22. Oktober 2009 wird angegeben, Anlass der Prüfung seien drei Beschwerden mit Hinweisen auf Personalmangel, häufig wechselndes und schlecht ausgebildetes Personal, eine unzureichende Versorgung und Körperpflege der Bewohner, unvollständige Kontrolle der Medikamenteneinnahme, fehlende Kommunikation zwischen Personal und Angehörigen sowie eine begrenzte Sauberkeit im Zimmer gewesen. Die Beschwerden hätten nach Auswertung der Unterlagen nicht entkräftet werden können. Am ersten Prüfungstag seien Angehörige auf die Prüfer zugekommen, um sich über die mangelnde Versorgung ihrer Angehörigen zu beschweren. Die Pflegebedürftige 14 sei daher zusätzlich in die Prüfung einbezogen worden. Es seien zunächst 14 Bewohner nach dem Zufallsprinzip ausgesucht worden. Ihr Zustand sei beurteilt und ihre Pflegedokumentationen seien ausgewertet worden. Soweit möglich seien sie zu ihrer Zufriedenheit befragt worden. Da eine Pflegebedürftige nicht zu Auskünften nicht in der Lage gewesen sei, habe man an ihrer Stelle jemand anderen befragt. Eine konsequente Anwendung der Expertenstandards sei nicht in jedem Fall erkennbar gewesen. Risiken seien nur bedingt erfasst und die erforderlichen Prophylaxen seien nicht immer folgerichtig geplant und durchgeführt worden. Mit Wunden sei nicht in jedem Fall sachgerecht umgegangen worden. Ein Bewohner habe angegeben, es würden Medikamente auch von Nichtfachkräften verabreicht, sodass er schon mehrfach falsche Medikamente bekommen habe. Des Weiteren seien verordnete Bedarfsmedikamente nicht vorrätig und Trink- und Ernährungspläne seien lückenhaft bzw. nicht vorhanden. Die Abstände zwischen den Mahlzeiten hätten nicht den Qualitätsrichtlinien entsprochen und bei Gewichtsabnahmen seien nicht in jedem Fall alle erforderlichen Maßnahmen eingeleitet worden. Insbesondere für immobile und demenzkranke Bewohner seien individuelle Beschäftigungsangebote nicht konkret geplant und ausreichend dokumentiert worden. Im Oktober 2009 seien bei mehreren Bewohnern keine Beschäftigungsmaßnahmen dokumentiert worden. Die Bewohner hätten ihren Unmut über den häufigen Wechsel des Pflegepersonals geäußert. Nach Stichproben ausgewertete Durchführungsnachweise hätten für mehrere Bewohner teilweise fast täglich einen Wechsel ergeben. Ferner seien hygienische Auffälligkeiten festgestellt worden.

Mit Schreiben vom 2. November 2009 teilte die Antragstellerin den Antragsgegnern mit, auf welche Weise beabsichtigt sei, den festgestellten Qualitätsdefiziten zu begegnen bzw. welche Maßnahmen diesbezüglich bereits veranlasst worden seien.

Per E-Mail vom 7. Januar 2010 erhielt die Antragstellerin die Möglichkeit, Einsicht in den vorläufigen Transparenzbericht zu nehmen und innerhalb von 28 Tagen einen Kommentar von maximal 3.000 Zeichen zu dem Prüfungsergebnis abzugeben.

Der vorläufige Transparenzbericht enthält auf der ersten Seite folgende Prüfergebnisse: Pflege und medizinische Versorgung: 2,7 (befriedigend) Umgang mit demenzkranken Bewohnern: 2,0 (gut) soziale Betreuung und Alltagsgestaltung: 3,4 (befriedigend) Wohnen, Verpflegung, Hauswirtschaft und Hygiene: 1,4 (sehr gut) rechnerisches Gesamtergebnis: 2,5 (befriedigend) Befragung der Bewohner: 1,3 (sehr gut)

Es folgt eine Auflistung der einzelnen Noten der vier Qualitätsbereiche sowie der Befragung der Bewohner und eine Erläuterung zum Bewertungssystem.

Am 25. Januar 2010 hat die Antragstellerin beim Sozialgericht Halle den Erlass einer einstweiligen Anordnung beantragt, um die Veröffentlichung des vorläufigen Transparenzberichtes zu verhindern. Zur Begründung hat sie vorgetragen, eine einstweilige Anordnung sei nach § 86 b Abs. 2 Satz 1 Sozialgerichtsgesetz (SGG) statthaft, da in der Veröffentlichung des vorläufigen Transparenzberichtes kein Verwaltungsakt, sondern ein unmittelbar auf der Grundlage des Gesetzes ergehender Realakt liege. Die Voraussetzungen der Sicherungsanordnung lägen vor. Ein Anordnungsanspruch sei gegeben, weil eine Veröffentlichung von Berichten über Qualitätsprüfungen unter Beachtung der Maßstäbe des Bundesverfassungsgerichts im Hinblick auf das Grundrecht der Berufsfreiheit aus Artikel 12 Abs. 1 Grundgesetz (GG) grundsätzlich nur auf der Grundlage zutreffender Tatsachenfeststellungen erfolgen dürfe und der vorläufige Transparenzbericht diesen Anforderungen nicht genüge. Für Außenstehende ergebe sich durch den Prüfbericht ein falsches Bild von der Einrichtung, insbesondere wegen mehrerer Einzelbewertungen mit der Note 5. Die Bewertung der nicht praktizierten Bezugspflege mit der Note 5 sei nicht gerechtfertigt, da die Antragstellerin zur Anwendung dieses erst im August 2009 eingeführten Pflegemodells, zu dem es bisher keine Standards gebe, nicht verpflichtet sei. Die praktische Umsetzung dieses Modells sei daher noch schwierig. Vom MDK habe sie auf ihre Fragen keine Auskünfte erhalten. Zudem sei dieses Pflegemodell in den verschiedenen Expertenstandards nicht als das ausschließliche Modell festgelegt worden. Bei zahlreichen im Prüfbericht aufgeführten Mängeln handele es sich lediglich um Dokumentationsfehler, während die Pflegeleistungen als solche nicht bemängelt worden seien. Bei der zu beurteilenden Ergebnis- und Lebensqualität komme es aber auf die der sogenannten Prozessqualität zuzurechnende Dokumentation nicht an. Die Schmerzdokumentation sei nach den Expertenstandards für Patienten mit Tumor- und Gelenkserkrankungen geführt worden. Der MDK sei dagegen der Ansicht, die Schmerzdokumentation sei für alle Patienten zu führen, die Schmerzmittel einnehmen. Die Wunddokumentation erfolge einmal wöchentlich, während der MDK sie bei jedem Verbandswechsel erwarte. Der MDK verlange auch eine differenziertere Dokumentation des Wohlbefindens, obwohl dies regelmäßig in die Pflegeberichte eingetragen werden werde. Die Dekubitusrisiken seien für jeden Pflegebedürftigen eingeschätzt und auch dokumentiert worden, so dass Punkt 13.8 auf Seite 17 des Prüfberichtes falsch sei. Das nach Angaben der Prüfer für die Patientin 14 nicht zutreffend ermittelte Dekubitusrisiko beruhe auf einer subjektiven Fehleinschätzung der Pflegefachkraft. Die Punkte P 12.1 bis 12.14 des Prüfberichtes träfen ebenfalls nicht zu. Lediglich um Dokumentationsfehler handele es sich auch bei den mit der Einzelnote 5 bewerteten Positionen zum Qualitätsbereich 2 "Umgang mit demenzkranken Bewohnern". Beanstandet worden sei eine nicht erkennbare nachweisbare Bewertung des Wohlbefindens und ggf. eine darauf hin vorgenommene Anpassung der Maßnahmen. Es deute aber nichts darauf hin, dass die Ermittlung des Wohlbefindens oder notwendige Verbesserungsmaßnahmen tatsächlich gefehlt hätten. Die hierfür vergebene Einzelnote 5 vermittle den Eindruck, es würden Bewohnern keine geeigneten Angebote zur Bewegung, Kommunikation oder zur Wahrnehmung unterbreitet, obwohl schon den Erhebungsbögen der geprüften Bewohner verschiedene Angebote entnommen werden könnten. Zudem sei im Anhörungsschreiben vom 2. November 2009 mitgeteilt worden, dass auf Grund von urlaubs- bzw. krankheitsbedingter Abwesenheit der angestellten Ergotherapeuten eine Einsicht in die ergotherapeutische Dokumentation während des Besuchs des MDK nicht habe erfolgen können. Die Dokumentation sei aber nachgereicht worden. Daraus seien auch Einzeltherapien sowie Gruppenbeschäftigungen ersichtlich. Schließlich beruhten auch die drei im Qualitätsbereich 3 "Soziale Betreuung und Alltagsgestaltung" mit der Einzelnote 5 bewerteten Positionen lediglich auf einer fehlenden bzw. nicht ausreichenden Dokumentation, da die Sozialarbeiterin und die Ergotherapeutinnen eine systematische Hilfe zur Eingewöhnung gegeben hätten, auch wenn dies nicht als Konzept bzw. Standard schriftlich erfasst worden sei. Die im Qualitätsbereich 4 "Wohnen, Verpflegung, Hauswirtschaft und Hygiene" vergebene Einzelnote 5 für den Gesamteindruck der Einrichtung im Hinblick auf Sauberkeit und Hygiene sei willkürlich. Die Prüfer hätten sich alle Zimmer der zu prüfenden 15 Heimbewohner angeschaut. Nur bei einem habe es die unter Punkt 8.1 geschilderten Probleme gegeben, woraus der MDK den Gesamteindruck abgeleitet habe. Das Reinigungspersonal habe das betreffende Bewohnerzimmer nicht regelmäßig betreten können, da es vom Bewohner verschlossen worden sei. Im Übrigen sei die Einrichtung positiv beurteilt worden. Mit der Einzelnote 5 werde der unzutreffende Eindruck erweckt, es handele es sich insgesamt um ein unsauberes und unhygienisches Haus. Es seien auch die einzelnen Bereichsnoten rechnerisch nicht nachvollziehbar.

Der Anordnungsgrund sei in der im Falle der Veröffentlichung zu befürchtenden Rufschädigung und den damit verbundenen Wettbewerbsnachteilen zu sehen. Ein Rückgang der Belegungszahlen und damit ein gravierender wirtschaftlicher Schaden sei nicht nur auf Grund des Gesamtergebnisses und bestimmter Einzelnoten zu erwarten, sondern auch, weil nach einem Vergleich der von den Pflegeeinrichtungen in H. erzielten Prüfergebnisse ca. zwei Drittel der Einrichtungen zum Teil weitaus besser abgeschnitten hätten als das Pflegeheim der Antragstellerin. Eine Existenzgefährdung sei für die Annahme eines Anordnungsgrundes nicht notwendig. Durch eine mögliche Kommentierung von 3000 Zeichen könne den unzutreffenden Bewertungen nicht adäquat begegnet werden, da sich der durchschnittliche Leser hauptsächlich auf den Transparenzbericht konzentriere. Auch zum Wohlergehen der Bewohner sei eine Veröffentlichung nicht erforderlich, da hierzu die Maßnahmen nach § 115 Abs. 2 Satz 1 und 2 sowie Abs. 4 SGB XI ausreichten. Die Veröffentlichungen dienten nach § 115 Abs. 1 a Satz 1 SGB XI nicht dem allgemeinen Verbraucherkreis, sondern nur den Pflegebedürftigen und deren Angehörigen, so dass eine Veröffentlichung auf diesen Personenkreis zu beschränken sei. Hierauf weise auch das Sozialgericht München explizit hin. Nach den Ausführungen des Sozialgerichts Münster im Beschluss vom 18. Januar 2010 (Az. S 6 P 202/09 ER) müsse die Veröffentlichung des vorläufigen Transparenzberichtes jedenfalls so lange unterbleiben, bis der Sachverhalt sorgfältig aufgeklärt sei. Auch die immer noch fehlenden validen Indikatoren der Ergebnis- und Lebensqualität ständen einer Veröffentlichung entgegen.

Die Antragstellerin hat den Versorgungsvertrag vom 11. Juni 2004, den Rahmenvertrag nach § 75 Abs. 1 SGB XI, die Pflegesatzvereinbarung vom 19. Januar 2009 sowie ihre Pflegekonzeption mit Stand 1. August 2009 vorgelegt. Nach Klageerhebung am 8. Februar 2010 in der

Hauptsache hat sie im einstweiligen Rechtsschutzverfahren beantragt,

1. die Antragsgegner zu verpflichten, die Veröffentlichung des vorläufigen Transparenzberichtes über die Qualitätsprüfung ihres Senioren- und Pflegeheims, Glauchaer Straße 68, 06110 H. (Saale) vom 12. und 13. Oktober 2009 - im Internet oder in sonstiger Weise - bis zum rechtskräftigen Abschluss des Hauptsacheverfahrens zu unterlassen und

2. festzustellen, dass die Antragstellerin bis zum rechtskräftigen Abschluss des Hauptsacheverfahrens nicht verpflichtet ist, die Einordnung des Prüfergebnisses und die Zusammenfassung der Ergebnisse der Qualitätsprüfung vom 12. und 13. Oktober 2009 in der unter Ziffer 1. genannten Pflegeeinrichtung auszuhängen.

Die Antragsgegner haben die Ablehnung des Antrages beantragt, sich jedoch bereit erklärt, die Veröffentlichung des Transparenzberichtes zunächst zu unterlassen, um den Ausgang des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens nicht vorweg zu nehmen. Sie haben vorgetragen, sie seien verpflichtet, den gesetzlichen Auftrag zur Veröffentlichung entsprechend den gesetzlichen Vorschriften zu erfüllen. Die Informationen für die Verbraucher, die sich über die Pflegequalität informieren wollten, seien bedeutsamer als das Interesse des Trägers der Pflegeeinrichtung an einer Unterlassung der Veröffentlichung. Die zur Veröffentlichung vorgesehenen Benotungen beruhten auf einer rechtmäßigen Bewertungsgrundlage und seien rechtsfehlerfrei ermittelt worden. Die Antragstellerin habe keine unzutreffenden Tatsachenfeststellungen durch den MDK glaubhaft gemacht. Die Antragsgegner hätten keinen Einfluss auf die gesetzliche Verpflichtung nach § 115 Abs. 1 a Satz 5 SGB XI, die Zusammenfassung der Prüfergebnisse in der Einrichtung auszuhängen. Es fehle auch an einem Anordnungsgrund, da durch die Veröffentlichung des Transparenzberichtes keine Existenzgefährdung der Antragstellerin zu erwarten sei. Da eine kurzfristige Wiederholungsprüfung möglich sei, würden mit der Veröffentlichung des Transparenzberichtes auch keine irreversiblen Tatsachen geschaffen. Jede Pflegeeinrichtung könne ihre Qualität verbessern und so zu einem günstigeren Transparenzbericht mit besseren Prüfnoten gelangen. Schließlich könne der Transparenzbericht durch einen Kommentar des Trägers der Pflegeeinrichtung im Internet ergänzt werden. Ein wesentlicher Wettbewerbsnachteil oder eine Rufschädigung seien daher nicht zu befürchten. Aus den gesetzlichen Vorschriften ergebe sich nicht, dass vor der Veröffentlichung alle Unstimmigkeiten geklärt sein müssten. Der Zweck des Gesetzes gebiete vielmehr eine baldige Veröffentlichung. Zu dem Prüfungspunkt "Gesamteindruck Hygiene" gebe es nur entweder die Note 1 oder die Note 5. Der Vermerk des Prüfers "Die Anforderung wurde nicht erfüllt" habe zu der Note 5 geführt. Weitere Einzelheiten seien nicht berücksichtigt worden. Es sei auch nicht möglich, die Hygiene erneut zu überprüfen, da nur die vorher festgelegten Zimmer überprüft werden könnten. Die Noten würden anhand eines Skalenwertes, nicht aus dem Mittelwert der Einzelnoten berechnet. Auch bei der Veröffentlichung werde die Art der Berechnung der Einzelnoten nicht beschrieben.

Mit Beschluss vom 24. Februar 2010 hat das Sozialgericht Halle die Antragsgegner verpflichtet, die Veröffentlichung des Transparenzberichtes vorläufig bis zu einer Entscheidung im Hauptsachverfahren zu unterlassen. Im Übrigen hat es den Antrag abgelehnt. Zur Begründung hat das Gericht angegeben, durch die Veröffentlichung des Transparenzberichtes werde rechtswidrig in die Rechte der Antragstellerin eingegriffen, da auf Grund einiger nicht nachvollziehbarer, aber für die Gesamtnote grundlegender Einzelnoten der Transparenzbericht insgesamt die Ergebnisse der Qualitätsprüfung und die Art und Qualität der Leistungserbringung nicht transparent darstelle. Nicht nachvollziehbar sei die Note für den Gesamteindruck der Einrichtung im Hinblick auf Sauberkeit und Hygiene. Die von den Prüfern getroffenen Feststellungen (ein Zimmer von 15 Zimmern sei nicht ordnungsgemäß gesäubert gewesen, in einem Kleiderschrank sei verschmutzte Wäsche gefunden worden und ein Bewohner habe auf einem mit Urin verunreinigten Sitzkissen gesessen) seien nicht zum Anlass genommen worden, weitere Zimmer auf Sauberkeit und Hygiene zu prüfen. Deshalb handele es sich um Einzelfälle, die keinesfalls die Bewertung mit der Note 5 unter dem Prüfungspunkt "Gesamteindruck der Einrichtung im Hinblick auf Sauberkeit und Hygiene" rechtfertigten. Diese Bewertung müsse bei Verbrauchern zu dem völlig falschen Eindruck führen, die Einrichtung sei nicht in der Lage, Hygiene und Sauberkeit sicher zu stellen. Des Weiteren seien die Bewertungen für die Einzelangebote im Rahmen der sozialen Betreuung und die Ausrichtung der Angebote der sozialen Betreuung auf die Struktur und Bedürfnisse der Bewohner jeweils mit der Note 5 nicht nachvollziehbar, denn die Prüfer hätten diesbezüglich lediglich ein unzureichendes Angebot und keine ausreichende Dokumentation festgestellt. Auch hier hätten nur die Noten 1 oder 5 vergeben werden können. Zudem hätten die Prüfer die am Prüfungstag nicht vorliegende Dokumentation der Ergotherapeuten nachträglich mit ihrem Einreichen berücksichtigen müssen. Die nachgereichte Dokumentation weise detaillierte und umfangreiche Gruppen- und Einzeltherapien nach. Durch die teilweise sehr schlechte Einzelbenotung drohten der Antragstellerin im Falle der Veröffentlichung erhebliche Nachteile, sodass auch ein Anordnungsgrund vorliege. Die Verpflichtung, die Ergebnisse der Qualitätsprüfung in der Pflegeeinrichtung gut sichtbar auszuhängen, sei zunächst über die Landesverbände gegenüber den Pflegeeinrichtungen anzuordnen. Da die Antragstellerin hierzu bisher nicht aufgefordert worden sei, bestehe hinsichtlich des Antrages zu 2. kein Anordnungsgrund.

Gegen den ihnen am 25. Februar 2010 per Fax zugestellten Beschluss haben die Antragsgegner am 25. März 2010 Beschwerde eingelegt. Sie haben ausgeführt, der Transparenzbericht entspreche den Vorgaben der auch für die Antragstellerin verbindlichen Pflegetransparenzvereinbarung stationär (PTVS), in der die Bewertungssystematik der Qualitätsprüfungen in der stationären Pflege vereinbart worden sei. Die Note 5 für den Gesamteindruck der Einrichtung im Hinblick auf Sauberkeit und Hygiene entspreche den Vorgaben der PTVS und den tatsächlichen Feststellungen des MDK am Prüftag. Nach der PTVS (Anlage 2.2.1) könne dieser Punkt nur mit erfüllt oder nicht erfüllt bewertet werden, was jeweils der Note 1 bzw. der Note 5 entspreche. Die Anlage 3 zur PTVS enthalte Ausfüllanleitungen für die Prüfer. Nach Punkt 8.1 der Anlage 3 sei die Frage mit ja zu beantworten, wenn die in der Frage genannten Aspekte in allen Bereichen vollständig erfüllt seien. Im Rahmen der Prüfung sei neben dem Besuch der Bewohnerzimmer im Rahmen der Zufallsstichprobe auch eine stichprobenartige Begehung der Räume (Wohnbereiche, Diensträume, Sanitärräume) durchzuführen. Der Transparenzbericht sei sowohl rechtlich als auch tatsächlich nachvollziehbar und transparent. Nach § 2 der PTVS müsse sich die Prüfung auf zufällig ausgewählte Bewohner erstrecken und dürfe nicht beliebig ausgeweitet werden. Die vom Gericht für angemessen gehaltene Benotung sei nach der PTVS nicht möglich. Die Antragsgegner seien auch nicht verpflichtet, die nachträgliche Stellungnahme der Antragstellerin im Rahmen der Bewertung der Einzelangebote der sozialen Betreuung und der Ausrichtung der Angebote der sozialen Betreuung auf die Bedürfnisse der Bewohner zu berücksichtigen, da nach den gesetzlichen Regelungen lediglich gleichwertige Prüfergebnisse oder in anderen Prüfverfahren gewonnene Informationen herangezogen werden könnten. Entsprechende Prüfberichte seien jedoch von der Antragstellerin nicht vorgelegt worden. Die Prüfungen hätten grundsätzlich unangemeldet zu erfolgen. Auch fehlende Unterlagen könnten nicht nachträglich eingereicht werden. Zudem habe die Antragstellerin die fehlenden Angaben erst vier Wochen nach der Prüfung nachgereicht. Die Antragstellerin habe nur die Möglichkeit, eine Wiederholungsprüfung zu beantragen. Die öffentlichen Interessen an der alsbaldigen Veröffentlichung des Transparenzberichtes seien gerade bei negativen Ergebnissen höher zu bewerten als ein möglicher wirtschaftlicher Schaden der

Antragstellerin.

Die Antragsgegner beantragen,

den Beschluss des Sozialgerichts Halle vom 24. Februar 2010 aufzuheben und die Anträge der Antragstellerin auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes zurück zu weisen.

Die Antragstellerin beantragt,

die Beschwerde zurück zu weisen.

Sie meint, es komme nicht darauf an, ob der Transparenzbericht unter Beachtung der Vorgaben der PTVS erstellt worden sei, sondern ob er sich mit den gesetzlichen Regelungen in Einklang bringe lasse. Wenn die PTVS für das Kriterium Sauberkeit und Hygiene nur die Noten 1 oder 5, aber keine Zwischenstufen vorsehe, könne es zu keiner sachgerechten Bewertung kommen. Auf Grund der bei der Antragstellerin festgestellten Einzelfälle sei die Bewertung der Gesamteinrichtung mit der Note 5 nicht gerechtfertigt. Der Gesetzgeber dürfe die Ausgestaltung der Bewertungssystematik nicht den in § 115 Abs. 1 a Satz 6 SGB XI genannten Vereinbarungsparteien übertragen, sondern müsse dies selbst regeln. Die Antragsgegnerinnen verhielten sich widersprüchlich, wenn sie sich einerseits darauf beriefen, die Prüfung erstrecke sich lediglich auf die zufällig ausgewählten Bewohner, sodass eine Ausdehnung der Prüfung über diese hinaus nicht möglich sei, andererseits aber die Pflegebedürftige mit der Ziffer 14 auf Grund der Angaben einer Angehörigen in die Prüfung zusätzlich mit aufnehme. Das Gesetz hindere die Antragsgegner nicht, die nachgereichten Unterlagen im Prüfungsergebnis zu berücksichtigen. Die Unterlagen hätten bereits am Prüfungstag vorgelegen, die Antragstellerin habe nur auf Grund krankheits- und urlaubsbedingter Abwesenheit der Ergotherapeuten hierauf nicht zugreifen können. Zudem handele es sich hier lediglich um eine vermeintlich fehlende Dokumentation. Eine Wiederholungsprüfung schaffe den streitgegenständlichen Transparenzbericht nicht aus der Welt und diene nur der Überprüfung, ob festgestellte Mängel beseitigt worden seien. Vorliegend führten die Beteiligten jedoch eine Auseinandersetzung darüber, ob die Mängel vorlägen. Die Fehlerhaftigkeit des Transparenzberichtes lasse sich nicht mit einer vermeintlich schutzwürdigen Situation der Bewohner und potentieller Verbraucher rechtfertigen. Für eine Begrenzung des Kommentars der Einrichtungsträger auf 3000 Zeichen gebe es keine rechtliche Grundlage. Auf die im anhängigen Hauptsacheverfahren erhobenen Einwendungen gegen die Feststellungen des MDK werde Bezug genommen. Die darin enthaltenen Tatsachenbehauptungen seien durch die beigefügte eidesstattliche Versicherung der Pflegedienstleiterin glaubhaft gemacht.

Die Verwaltungsakte der Antragsgegner sowie die genannten Beiakten der Antragstellerin einschließlich ihres Klageschriftsatzes vom 21. Juni 2010 haben vorgelegen und sind Gegenstand der Entscheidungsfindung gewesen. Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Sachvortrages der Beteiligten wird auf den Inhalt dieser Akten und der Gerichtsakte Bezug genommen.

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 Halle erlassene einstweilige Anordnung zur Unterlassung der Veröffentlichung bis zum rechtskräftigen Abschluss des Hauptsacheverfahrens ist aufzuheben, weil die Voraussetzungen für eine solche einstweilige Anordnung nicht gegeben sind.

Da weder in der Ankündigung der Veröffentlichung eines Transparenzberichtes noch in dem Transparenzbericht oder der Veröffentlichung selbst ein Verwaltungsakt liegt, kann vorläufiger Rechtsschutz zur Abwehr drohenden Verwaltungshandelns nur über den Erlass einer Sicherungsanordnung nach § 86b Abs. 2 Satz 1 SGG erreicht werden. Sowohl dem Transparenzbericht selbst als auch seiner Veröffentlichung und der Ankündigung dieses Vorhabens fehlt es für eine Qualifizierung als Verwaltungsakt an einer verbindlichen Regelung der Rechtslage gegenüber der Antragstellerin (vgl. § 31 Zehntes Buch Sozialgesetzbuch – Sozialverwaltungsverfahren und Sozialdatenschutz (SGB X). Hierdurch werden keine Rechte oder Pflichten begründet. Die Pflicht zum Handeln nach bestimmten Vorgaben ergibt sich für den Träger der Pflegeeinrichtung nur aus einem Maßnahmebescheid nach § 115 Abs. 2 SGB XI. Die Pflicht der Pflegeeinrichtung, die Veröffentlichung zu dulden, ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetz, nicht aus der Ankündigung der Veröffentlichung oder dieser selbst (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, jeweils zitiert nach juris).

Die Voraussetzungen einer Sicherungsanordnung nach § 86b Abs. 2 Satz 1 SGG liegen aber nicht vor, denn die Antragstellerin kann sich 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 i. V. 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 Rechtsvereitelung oder Erschwerung der Rechtsverwirklichung durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes. Wenn die Klage in der Hauptsache 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, höchstrichterlich nicht geklärten Rechtsfrage, für die jeweils gute Gründe sprechen, so ist die Klage in der Regel nicht offensichtlich begründet (vgl. hierzu Keller in Meyer-Ladewig a.a.O., § 86b Rd-Nr. 29 m. w. N.). 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 (vgl. zum Ganzen Keller in Meyer-Ladewig a.a.O., § 86b Rd-Nr. 29a). 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 (BVerfG, Beschl. v. 25. Oktober 1999 – 2 BvR 745/88 – BVerfGE 79, 69, 74; Urt. v. 14. Mai 1996 – 2 BvR 1516/93 – BVerfGE 94, 166, 216; sowie BVerfG, Kammerbeschl. v. 25. Februar 2009 – 1 BvR 120/09 – NZS 2009, 674, 675).

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 höchstrichterlich 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 1.) und die Antragsgegner beabsichtigen auch keine rechtswidrige Anwendung der Vorschrift (hierzu 2.). Der Senat sieht daher im Hauptsacheverfahren keine Erfolgsaussichten und hält es unter Berücksichtigung einer umfassenden Interessenabwägung für die Antragstellerin für zumutbar, die Entscheidung in der Hauptsache abzuwarten (hierzu 3.).

1. 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.

a) § 115 Abs. 1a Satz 6 SGB XI enthält keine verfassungswidrige Delegation von Rechtssetzungsbefugnissen (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, jeweils zitiert nach juris). Wie das Sächsische Landessozialgericht zutreffend ausgeführt hat, wird aus 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 vereinbar (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, jeweils zitiert nach juris), denn das Grundgesetz enthält keinen Numerus Clausus von Normsetzungsformen. Das Bundesverfassungsgericht hat die Rechtsetzung im Rahmen der funktionellen Selbstverwaltung stets anerkannt (BVerfG, Beschl. v. 5. Dezember 2002 – 2 BvL 5/98, 2 BvL 6/98 – BVerfGE 107, 59, 91), 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 (vgl. Maunz in Maunz/Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, Stand Oktober 1996, Art. 80 Rd-Nr. 51).

b) 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 (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). 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 Berufsausübung 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 Organisationen 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 Sachverstand 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 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 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 vorhanden. So war bereits seit 1. Januar 1995 in § 80 Abs. 1 Satz 1 SGB XI (in der Fassung vom 26.05.1994) geregelt, dass die Spitzenverbände der Pflegekassen, die Bundesarbeitsgemeinschaft der überörtlichen Träger der Sozialhilfe, die Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände und die Vereinigungen der Träger der Pflegeeinrichtungen auf Bundesebene gemeinsam und einheitlich Grundsätze und Maßstäbe für die Qualität und die Qualitätssicherung der ambulanten und stationären Pflege sowie für das Verfahren zur Durchführung von Qualitätsprüfungen vereinbaren. Diese Vereinbarungen, bei denen mit dem Medizinischen Dienst der Spitzenverbände der Krankenkassen, den Verbänden der Pflegeberufe und den Verbänden der Behinderten eng zusammenzuarbeiten war, waren für alle Pflegekassen und deren Verbände sowie für die zugelassenen Pflegeinrichtungen unmittelbar verbindlich (§ 80 Abs. 1 Satz 3, 2. Halbsatz in der oben genannten Fassung). Diese Regelung hat im Laufe der Zeit geringfügige Veränderungen erfahren bis die gesetzlichen Regelungen zur Qualitätssicherung in der Pflege zum Schutz der Pflegebedürftigen in den §§ 112 ff. SGB XI zum 1. Juli 2008 grundsätzlich neu gestaltet wurden. Dabei hat sich der Gesetzgeber in Bezug auf die nunmehr nach § 113 Abs. 1 Satz 1 SGB XI zu vereinbarenden Maßstäbe und Grundsätze für die Qualität und die Qualitätssicherung in der ambulanten und stationären Pflege sowie für die Entwicklung eines einrichtungsinternen Managements insbesondere um eine stärkere pflegewissenschaftliche Fundierung bemüht. Hierzu hat er die Vereinbarungsparteien nach § 113a SGB XI ausdrücklich zur Entwicklung und Aktualisierung wissenschaftlich fundierter und fachlich abgestimmter Expertenstandards beauftragt. Daraus kann aber nicht geschlossen werden, dass die bisherigen Kriterien für die Qualität und die Qualitätssicherung in der ambulanten und stationären Pflege jeder fachlichen Grundlage entbehrten. Der "allgemein anerkannte Stand medizinisch-pflegerischer Erkenntnisse" setzt sich nicht nur aus wissenschaftlichen Erkenntnissen, sondern auch aus praktischer Erfahrung und professioneller Akzeptanz zusammen. Das entspricht den Grundsätzen der evidenzbasierten Medizin. Das verfügbare Erfahrungswissen von Fachkräften stellt auch eine anerkannte Form der Evidenz dar. Gerade in der noch relativ jungen Pflegewissenschaft ist das Erfahrungswissen von besonderer Bedeutung. Wenn aufgrund neuer wissenschaftlicher Erkenntnisse dann eine Anpassung vorzunehmen ist, steht dem nichts im Wege. Medizinische Leistungen sind ständig an neue Erkenntnisse anzupassen. Im Hinblick auf pflegerische Leistungen kann nichts anderes gelten.

Der Gesetzgeber hat nicht nur die Vereinbarung der Kriterien der Veröffentlichung einschließlich der Bewertungssystematik auf die in § 115 Abs. 1a Satz 6 SGB XI genannten Vereinbarungsparteien übertragen, sondern nach § 113 Abs. 1 Satz 1 SGB XI auch die Festlegung von Maßstäben und Grundsätzen für die Qualität und die Qualitätssicherung der Pflege, wobei die Vereinbarungsparteien jeweils die gleichen sind (der Spitzenverband Bund der Pflegekassen, die Vereinigungen der Träger der Pflegeeinrichtungen auf Bundesebene, die Bundesarbeitsgemeinschaft der überörtlichen Träger der Sozialhilfe und die Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände). Auch die zu beteiligenden weiteren Organisationen und Interessenverbände sind weitgehend gleich. Bei der Vereinbarung der Maßstäbe und Grundsätze der Pflege werden zusätzlich unabhängige Sachverständige beteiligt, während bei der Vereinbarung der Veröffentlichungskriterien zusätzlich unabhängige Verbraucherorganisationen auf Bundesebene zu beteiligen sind. Mit diesen Delegationen von Rechtsetzungsbefugnissen verfolgt der Gesetzgeber einerseits das Ziel der bestmöglichen Einbeziehung eines möglichst breit angelegten Expertenwissens, andererseits der Rechtsetzung durch eigene konsensuale Entscheidungsfindung der maßgeblich von den Reglungen betroffenen Personen und Organisationen durch Beteiligung aller betroffenen Organisationen und maßgeblichen Interessenverbände (vgl. hierzu auch Hoffer, PflR 2010, S. 223, 227 f.). Zur umfassenden Nutzung des Erfahrungswissens der Beteiligten war es erforderlich, den Vereinbarungsparteien einen möglichst weitgehenden Entscheidungsspielraum einzuräumen. Dies scheint im Hinblick auf die ausgewogene Zusammensetzung der Vereinbarungsparteien, ihre Fachkunde sowie die ausdrückliche Beteiligung weiterer Experten gerechtfertigt.

c) 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 (BVerfG, Urt. v. 22.11.1983 – 2 BvL 25/81 – BVerfGE 65, 283/291). 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. In den nach der PTVS zu erstellenden Transparenzberichten sind die von den Pflegeeinrichtungen erbrachten Leistungen und deren Qualität verständlich, übersichtlich und vergleichbar dargestellt. Hierzu trägt insbesondere die Notengebung bei. Zu beachten ist dabei, dass der Transparenzbericht für die Pflegebedürftigen und ihre Angehörigen verständlich und übersichtlich sein muss. Das gebietet eine möglichst kurze Darstellung der Ergebnisse. Eine Erklärung, wie die Bewertung im Einzelnen erfolgt ist und worauf sie beruht, kann deshalb nicht gefordert werden. Verständlichkeit, Übersichtlichkeit und Vergleichbarkeit für die Pflegebedürftigen und ihre Angehörigen wird auch nur für die Transparenzberichte gefordert, nicht für die zugrunde liegenden Prüfberichte des MDK.

Aufgrund der bereits dargelegten Fachkunde und der ausgewogenen Zusammensetzung der Vereinbarungsparteien unter umfassender Beteiligung der maßgeblichen Organisation entzieht sich die PTVS mit ihrer normsetzenden Wirkung jeglicher inhaltlichen Überprüfung durch die Gerichte, soweit sie sich im Rahmen der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage hält. Deshalb kann insbesondere die zugrunde gelegte Bewertungssystematik nicht auf ihren "Gerechtigkeitsgehalt" im Einzelnen überprüft werden, solange das gesetzgeberische Ziel erreicht wird. So kann beispielsweise nicht kritisiert werden, dass viele Einzelpunkte nur mit der Note 1 oder 5 bewertet werden können. Dadurch wird weder die Verständlichkeit noch die Übersichtlichkeit oder die Vergleichbarkeit der Transparenzberichte beeinträchtigt. Der

Gesetzgeber hat die Art und Weise der Bewertung ausdrücklich – und vor dem Hintergrund ihrer Fachkunde sachgerecht – den Vereinbarungsparteien überlassen und es ist nicht ersichtlich, dass dieses Bewertungssystem völlig ungeeignet ist oder zu willkürlichen Ergebnissen führt. Schließlich ist ein Bewertungssystem, das auf nur mit "richtig" oder "falsch" zu bewertenden Einzelleistungen basiert, auch aus anderen Zusammenhängen bekannt und allgemein anerkannt.

Schließlich wird der gesetzliche Ermächtigungsrahmen auch nicht dadurch überschritten, dass den Prüf- und den darauf basierenden Transparenzberichten häufig eine Dokumentationslastigkeit vorgeworfen wird, die der gesetzlichen Anforderung nach Veröffentlichung insbesondere der Ergebnis- und Lebensqualität nicht gerecht werde. Die Qualität von pflegerischen Leistungen kann in weiten Bereichen nicht anders als durch Auswertung von Dokumentationen überprüft werden. 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. Auch im Rahmen der Präsentation der Zwischenergebnisse des nach § 113a SGB XI angestoßenen Forschungsprojektes wurde mehrfach angemerkt, dass sich insbesondere die Ergebnisqualität methodisch teilweise am sinnvollsten auf der Ebene von Struktur und/oder Prozesskriterien messen lasse (vgl. hierzu Hoffer, PflR 2010, S. 223, 229).

d) 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 Inhalte auf einzelne Wettbewerbspositionen nachteilig auswirken (vgl. BVerfG, Beschl. v. 26. Juni 2002 – 1 BvR 558/91, 1 BvR 1428/91 – zitiert nach juris). 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 besonderer 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. Aus 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, dass mangelnde Qualität der Leistungen von Pflegeeinrichtungen für die Betroffenen bzw. Angehörigen nicht erkennbar ist (nicht transparent wird), steht seit langem in der öffentlichen Diskussion. 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 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.

Dem kann nicht mit Erfolg entgegengehalten werden, aufgrund der bestehenden Ungewissheit über die Validität der Transparenzkriterien seien mit Sicherheit inhaltlich zutreffende Informationen gar nicht möglich (so aber Bachem, Sozialrecht aktuell, 2010, S. 123, 125 m.w.N.). Dagegen spricht aber, dass es – wie bereits ausgeführt –seit langem anerkannte Maßstäbe für die Qualität der Pflege gibt. Durch die Veröffentlichung der Transparenzberichte 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, jedoch beruhen diese 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.

e) 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 (vgl. BVerfG, Beschl. v. 26. Juni 2002 – 1 BvR 558/91; 1 BvR 1428/91 – BVerfGE 105, 252, 277 ff. m. w. N., zitiert nach juris).

f) Schließlich verstößt die Rechtsgrundlage für die Veröffentlichung des Transparenzberichtes in ihrer konkreten Ausgestaltung auch nicht gegen das Gebot der Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 GG. Dieses garantiert einen effektiven Rechtschutz, d. h. eine tatsächlich wirksame Kontrolle durch die Gerichte (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). 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 Rechtschutz gewährt, wenn jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt sein kann. Garantiert wird aber nicht ein bestimmtes Verwaltungsverfahren, wenngleich 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 Rechtschutzes 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 Rechtschutzmöglichkeiten 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 Rechtschutzmöglichkeiten. 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 unmittelbar 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 veröffentlichende 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 Rechtschutzmöglichkeiten der Pflegeheime ausgewogene Regelung dar. Schließlich wird den betroffenen Pflegeheimen nicht der gerichtliche Rechtschutz entzogen. Eine hinreichende gerichtliche Kontrolle wird durch die Möglichkeit der Erwirkung einer einstweiligen Anordnung im vorläufigen Rechtschutzverfahren 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 Rechtschutzes solche Beurteilungsspielräume zulässt (vgl. Jarass in Jarass/Pieroth, a.a.O., Art. 19 Rd-Nr. 64 m. w. N.). Die Bewertung wird von fachkundigen Gutachtern auf Grund detaillierter Vorgaben vorgenommen, die soweit wie möglich zur Sachlichkeit, Objektivität und Vergleichbarkeit der Wertungen beitragen.

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

2. 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 (vgl. BVerfG, Beschl. v. 26. Juni 2002, a.a.O.). 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 Rechtschutzverfahren 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.

a) Der Transparenzbericht ist in Bezug auf die Auswahl und die Anzahl der in die Anlassprüfung einbezogenen Bewohner nicht fehlerhaft. Nach § 2 der PTVS 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% der Bewohner, jedoch mindestens 5 und höchstens 15 Bewohner in die Prüfung einbezogen. Bei den 137 zur Zeit der Prüfung belegten Plätzen im Pflegeheim der Antragstellerin sind nach dieser Regelung – wie geschehen – 14 zufällig ausgewählte Bewohner (= 10%) in die Prüfung einzubeziehen. Es verstößt nicht gegen die PTVS oder die gesetzlichen Vorschriften, dass anlassbezogen zusätzlich ein weiterer Heimbewohner in die Prüfung einbezogen worden ist. Die Qualitätsprüfungen erfolgen nach § 114 Abs. 1 Satz 3 SGB XI als Regelprüfung, Anlassprüfung oder Wiederholungsprüfung. Auch eine Anlassprüfung ist daher eine Qualitätsprüfung im Sinne des § 115 Abs. 1 a Satz 2 SGB XI, die dem Transparenzbericht zugrunde zu legen ist. Gerade Anlassprüfungen tragen wesentlich zu einem sachgerechten Bild der Qualität des Pflegeheimes bei. Da die Regelung des § 2 PTVS jedoch nicht zwischen der Regel-, Wiederholungs- und Anlassprüfung unterscheidet und anlassbezogen im Einzelfall entschieden werden muss, welche Bewohner einzubeziehen sind, wird eine zufällige Auswahl von 10% der Bewohner einer Anlassprüfung nicht in jedem Fall gerecht. Solange in der PTVS für die Anlassprüfung hinsichtlich der einzubeziehenden Bewohner keine anderen Vorgaben gemacht werden, ist die Vorgehensweise der Antragsgegnerinnen, anlassbezogen ggf. weitere Bewohner in die Prüfung einzubeziehen, nicht zu beanstanden. Schließlich können Regel- und Anlassüberprüfungen auch nebeneinander in einer Prüfung durchgeführt werden, denn nach §

115 Abs. 1a Satz 2, zweiter Halbsatz SGB XI können die Ergebnisse der Qualitätsprüfungen des MDK auch durch in anderen Verfahren gewonnene Informationen ergänzt werden, die die von den Pflegeeinrichtungen erbrachten Leistungen und deren Qualität, insbesondere hinsichtlich der Ergebnis- und Lebensqualität, darstellen. Auch die PQR 2009 sieht vor, die Ergebnisse von Anlass- und Regelprüfungen in den Transparenzbericht einzubeziehen.

b) Die in Bezug auf die nicht erfolgte Bezugspflege in den Transparenzbericht eingegangene Bewertung mit der Note 5 ist ebenfalls nicht zu beanstanden. Lediglich die Frage 33: "Wird die Pflege im Regelfall von denselben Pflegekräften durchgeführt?" basiert auf dem Bezugspflegemodell. Diesbezüglich ist schon zweifelhaft, ob die Veröffentlichung eines Transparenzberichtes im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes gestoppt werden könnte, wenn tatsächlich eine einzelne der insgesamt 82 Fragen des Transparenzberichtes falsch bewertet worden wäre. Denn die Bewertung einer einzelnen Frage beeinflusst das Gesamtergebnis des Transparenzberichtes nur unwesentlich. Selbst für die Endnote des Qualitätsbereichs 1 "Pflege und medizinische Versorgung" ist die Bewertung einer von insgesamt 35 diesen Bereich betreffende Fragen von lediglich untergeordneter Bedeutung. Die Bewertung der Frage mit der Note 5 lässt auch weder eine mangelnde Neutralität oder Objektivität der Prüfer noch fehlende Sachkunde erkennen und beruht auch nicht auf einem bewussten Fehlurteil, bewussten Verzerrungen oder unwahren Tatsachen, willkürlichem Vorgehen oder ähnlichem. Die Bewertung ist nicht zu beanstanden. Nach der Anlage 3 "Ausfüllanleitungen für Prüfer" der PTVS ist die Frage 33 mit ja zu beantworten, wenn der Bewohner während des Dienstes (Frühdienst, Spätdienst, Nachtdienst) von einem überschaubaren Pflegeteam über einen längeren Zeitraum (mehrere Tage) versorgt wird. Nach dem Prüfbericht wurde die Frage für 13 der insgesamt 15 in die Prüfung einbezogenen Pflegebedürftigen unter Angabe einer kurzen Begründung mit nein beantwortet, für 2 Pflegebedürftige mit ja. So wurde beispielsweise bei dem Pflegebedürftigen 14 festgehalten, dass dieser an 12 Tagen im Frühdienst von 6 Pflegepersonen, im Spätdienst von 9 Pflegepersonen und im Nachtdienst von 5 Pflegepersonen mit zum Teil täglichen Personalwechseln gepflegt worden sei. Außerdem hatten verschiedene Pflegebedürftige oder ihre Angehörigen den ständigen Personalwechsel bemängelt. Die Antragstellerin hat auch selbst nicht behauptet, der häufige Personalwechsel habe nicht stattgefunden. Es handelt sich mithin um eine sachgerechte Bewertung.

Dem kann nicht – wie die Antragstellerin meint – entgegengehalten werden, sie sei zur Durchführung der Bezugspflege nicht verpflichtet, weil es bisher noch keine Standards hierfür gebe. Unerheblich ist insbesondere, ob das Pflegemodell der Bezugspflege in verschiedenen Expertenstandards nicht als ausschließliches Pflegemodell festgelegt worden ist. Die Antragstellerin hat sich für dieses Pflegemodell selbst entschieden. Dies ergibt sich aus ihrer eigenen Pflegekonzeption vom 1. August 2009, nach der die Antragstellerin ihr Pflegesystem weitestgehend an der Bezugspflege orientiert. Darin hat sie selbst ausgeführt, eine Bezugspflegefachkraft betreue durchschnittlich 10 Heimbewohner, bei denen sie weitgehend die Grund- und Behandlungspflege durchführe und für die gesamte Dokumentation verantwortlich sei. Deren weitere Aufgabe sei auch die Kommunikation mit den Angehörigen und allen an der Pflege und Versorgung beteiligten Berufsgruppen. Sie sei demzufolge erster Ansprechpartner. Dies entspreche ihrem Leitbild. Es ist nicht nachvollziehbar, wie die Antragstellerin seit August 2009 mit einer solchen Pflegekonzeption und einem solchen Pflegeleitbild werben kann, wenn sie bis zum Prüfungszeitpunkt am 12. und 13. Oktober 2009 jedenfalls zur Umsetzung der Bezugspflege nach eigenen Angaben noch nicht in der Lage gewesen ist. Hier wird das Bedürfnis der Öffentlichkeit nach staatlichen Informationen durch den Transparenzbericht besonders deutlich. Darüber hinaus zeigen die Ausführungen in der Pflegekonzeption der Antragstellerin, dass ihr die Grundlagen der Bezugspflege durchaus vertraut waren. Auf das Vorhandensein ausreichender Expertenstandards für die Einzelheiten bei der Durchführung und Organisation der Bezugspflege kommt es daher nicht an. Denn der Antragstellerin musste schon nach ihrer eigenen Pflegekonzeption zumindest bekannt sein, dass für die Durchführung der Bezugspflege eine Organisation des Pflegekräfteeinsatzes erforderlich ist, die im Regelfall eine Pflege durch ein überschaubares Pflegeteam pro Heimbewohner erlaubt. Nichts anderes wird der Bewertung der Frage 33 zu Grunde gelegt. Jedenfalls insoweit hätte eine Umsetzung dieses Bezugspflegemodells bis zum Prüfungszeitpunkt erfolgen können.

c) Hinsichtlich des Einwandes der Antragstellerin, bei zahlreichen Mängeln handele es sich lediglich um Dokumentationsfehler, während die Pflegeleistungen als solche nicht bemängelt worden seien, wird zunächst auf die Ausführungen unter 1. c) verwiesen. In Übereinstimmung damit verdeutlichen auch die von ihr als reine Dokumentationsfehler bemängelten Punkte, dass die Qualität von pflegerischen Leistungen in weiten Bereichen nicht anders als durch Auswertung von Dokumentationen überprüft werden kann. Die Frage 39 des Transparenzberichtes: "Wird das Wohlbefinden von Bewohnern mit Demenz im Pflegealltag ermittelt und dokumentiert und werden daraus Verbesserungsmaßnahmen abgeleitet?" zielt schon von der Fragestellung her in erster Linie auf die Dokumentation. Gerade bei Bewohnern mit Demenz ist eine Dokumentation des Wohlbefindens besonders wichtig, da diese hierzu nicht befragt werden können, schon gar nicht für einen zurückliegenden Zeitraum. Es reicht nicht aus, lediglich das Wohlbefinden zu ermitteln und daraus ggf. Verbesserungsmaßnahmen abzuleiten. Die über 24 Stunden täglich abzusichernde Pflege kann nicht nur aus einer Hand gewährleistet werden. Ohne Dokumentation wird aber das ermittelte Wissen um das Wohlbefinden der Bewohner einschließlich der daraus folgenden Verbesserungsmaßnahmen nicht mit der erforderlichen Stringenz und Nachhaltigkeit an andere Pflegekräfte weiter gegeben. Es handelt sich hierbei um einen bereits aus sich selbst heraus verständlichen Qualitätsaspekt der Pflege. Ein wissenschaftlich fundierter und fachlich abgestimmter Expertenstandard ist hierfür nicht erforderlich. Zudem kann ohne entsprechende Dokumentation nachträglich nicht mehr festgestellt werden, ob das Wohlbefinden von Bewohnern mit Demenz im Pflegealltag ermittelt worden ist und daraus Verbesserungsmaßnahmen abgeleitet wurden. Allein eine entsprechende Behauptung der Antragstellerin reicht bei fehlender Dokumentation zur Glaubhaftmachung auch dann nicht aus, wenn dies von der Antragstellerin eidesstattlich versichert wird. Es kann im einstweiligen Rechtschutzverfahren ohne weitere Beweiserhebung nicht vorweggenommen werden, ob letztlich den Angaben der Antragstellerin oder den in der Dokumentation festgehaltenen (bzw. fehlenden) Eintragungen ein größerer Beweiswert zuzumessen ist. Die der Dokumentation bisher entgegenstehenden Angaben der Antragstellerin sind daher bisher noch nicht hinreichend glaubhaft gemacht.

Hinsichtlich der Frage 44 des Transparenzberichtes: "Werden dem Bewohner geeignete Angebote gemacht, z. B. zur Bewegung, Kommunikation oder zur Wahrnehmung?" enthält die Anlage 3 "Ausfüllanleitungen für die Prüfer" der PTVS die Vorgabe, diese Frage mit ja zu beantworten, wenn bei demenzkranken Bewohnern deren Bedürfnissen entsprechende Angebote wie z. B. Spaziergänge, Ausflüge, Bewegungsübungen, Singen, Vorlesen oder auch Besuche von Veranstaltungen außerhalb des Pflegeheims gemacht werden. Nach dem dem Transparenzbericht zugrunde liegenden Prüfbericht konnte diese Frage bei 8 Pflegebedürftigen geprüft werden. Für den gesamten Oktober konnten die Prüfer keinerlei Angebote für die Pflegebedürftigen feststellen, mit Ausnahme des Pflegebedürftigen 15. Für die Pflegebedürftigen 6, 7, 8 und 12 waren auch im August und September lediglich ein bis zwei Angebote festgehalten. Aufgrund der an den beiden Prüfungstagen erkennbaren Gegebenheiten war daher auch diese Bewertung nicht unangemessen.

Die nachträglich von der Antragstellerin eingereichten Unterlagen waren im Transparenzbericht nicht mehr zu berücksichtigen. Der

Prüfbericht ist ihr spätestens mit dem entsprechenden Anhörungsschreiben am 23. Oktober 2009 zugegangen. Mit dem Anhörungsschreiben haben die Antragsgegnerinnen der Antragstellerin Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme bis zum 5. November 2009 gegeben. Die Unterlagen, auf die sich die Antragstellerin nunmehr zum Nachweis weiterer Angebote für die Heimbewohner stützen möchte, sind jedoch erst nach Ablauf der Frist am 9. November 2009 bei den Antragsgegnerinnen eingegangen. Die Antragstellerin hatte eine Fristverlängerung weder beantragt noch dargelegt, aus welchem Grund die Frist nicht eingehalten werden konnte. Anhaltspunkte dafür, dass die Frist von zwei Wochen zu kurz bemessen gewesen sein könnte, liegen nicht vor. Schließlich hat die Prüfung bereits am 12. und 13. Oktober 2009 stattgefunden, so dass mit der zeitnahen Übersendung des Prüfberichtes zu rechnen war. Die Antragsgegnerinnen waren daher nicht verpflichtet, die nach Ablauf der Frist eingegangenen Unterlagen nachträglich noch im Prüfbericht zu berücksichtigen. Sie konnten diesen unverändert zur Grundlage des Transparenzberichtes machen.

Im Hinblick auf den zur Veröffentlichung vorgesehenen Transparenzbericht war die Antragstellerin nach Anlage 4 "Darstellung der Prüfergebnisse" der PTVS zwar noch innerhalb von 28 Tagen nach dessen Übersendung berechtigt, Unterlagen an die Antragsgegnerinnen zu übersenden. Dieses Recht führt aber nicht dazu, dass der vorläufige Transparenzbericht nochmals geändert oder überarbeitet werden müsste. Solche Unterlagen sind – wenn sie Angaben enthalten, die nicht in den Qualitätsprüfungen erhoben werden – (zusätzlich) in die Veröffentlichung aufzunehmen. Da die Angebote an die Heimbewohner bereits in den Qualitätsprüfungen erhoben werden, waren die nachträglich eingereichten Unterlagen auch nicht in die Veröffentlichung aufzunehmen.

d) Das Vorbringen der Antragstellerin zu ihrer Ansicht nach unzutreffenden Feststellungen im Prüfbericht ist in diesem Verfahren nur von Belang, soweit diese Feststellungen in die Bewertungen des Transparenzberichtes eingeflossen sind. Dies betrifft nicht alle Einwände der Antragstellerin. Wenn die Antragstellerin einwendet, das Dekubitusrisiko sei bei dem Pflegebedürftigen P 14 wegen einer subjektiven Fehleinschätzung der Pflegefachkraft nicht zutreffend ermittelt worden, muss dem entgegengehalten werden, dass Fehler von Mitarbeitern durchaus in die Bewertung des Transparenzberichtes einfließen sollen.

e) Die Antragstellerin geht des Weiteren davon aus, der MDK halte eine Schmerzdokumentation für alle Patienten, die Schmerzmittel einnehmen, für erforderlich, sie führe aber nur für Patienten mit Tumor- und Gelenkserkrankungen eine Schmerzdokumentation. Mit Schmerzen befasst sich der Transparenzbericht in den Fragen 12, 20 und 21, die nur für vier pflegebedürftige Bewohner mit chronischen Schmerzen geprüft und beantwortet wurden. Lediglich bei dem Pflegebedürftigen 1 handelt es sich um einen Bewohner, der nach der Einschätzung der Einrichtung selbst keine chronischen Schmerzen hatte. Zu diesem Bewohner war die Frage, ob eine systematische Schmerzeinschätzung erfolgt ist, mit ja beantwortet worden. Bei den übrigen drei Bewohnern, bei denen dieses Kriterium mit nein beantwortet worden ist (P 6, P 7 und P 9), handelt es sich jeweils um Pflegebedürftige, bei denen die Einrichtung selbst angegeben hatte, dass der Bewohner chronische Schmerzen habe. Soweit die Antragstellerin selbst vom Vorliegen chronischer Schmerzen ausgeht, kann der Senat keinen Fehler darin erkennen, dass der MDK für solche Fälle eine systematische Schmerzeinschätzung erwartet. Jedenfalls solange diesbezüglich keine gegenteilige pflegewissenschaftliche Stellungnahme vorliegt, sieht der Senat keinen Grund an der nachvollziehbaren Einschätzung des MDK zu zweifeln.

f) Auch die Bewertung des Gesamteindrucks der Einrichtung im Hinblick auf Sauberkeit und Hygiene mit der Note 5 erscheint weder willkürlich noch verzerrend. Im Prüfbericht ist hierzu unter Punkt 8.1 festgehalten, dass in einem Bewohnerzimmer der Fußboden nicht ordentlich gesäubert worden sei ("runde Ecken"), an der Decke hätten Spinnweben gehangen. Seitens der Antragstellerin sei hierzu erklärt worden, der Bewohner schließe sein Zimmer ab, so dass die Mitarbeiter der Reinigungsfirma die Reinigung oft nicht durchführen könnten. Eine Lösung des Problems sei am Prüfungstag gefunden worden. Zudem seien Angehörige einer Pflegebedürftigen auf die Prüfer zu gekommen, um sich über verschmutzte Wäsche im Kleiderschrank zwischen der sauberen Wäsche zu beschweren. Dies sei den Prüfern vor Ort gezeigt worden. Zudem sei festgestellt worden, dass die Pflegebedürftige auf einem mit Urin benetzten Sitzkissen im Rollstuhl gesessen habe.

Bei diesen Feststellungen kann nicht mehr von einem Einzelfall gesprochen werden. Es handelt sich immerhin um drei verschiedene Bezugspunkte der Sauberkeit, die sich an nur zwei Prüfungstagen gezeigt haben. Da die Frage nach der Bewertungssystematik (Anlage 2 zur PTVS) lediglich mit "erfüllt" oder "nicht erfüllt" bewertet werden kann, sieht der Senat in der Bewertung mit der Note 5 keine Willkür oder Unsachlichkeit. Der Rückschluss von den unterschiedlichen Kritikpunkten auf den Gesamteindruck der Einrichtung ist gerechtfertigt. Solche Rückschlüsse sind bei den nach der PTVS vorgesehenen Stichproben-Prüfungen von 10 % der Bewohner ausdrücklich vorgesehen. Es handelt sich offensichtlich nicht um einen Ausnahmefehler, sondern um drei recht gravierende Vorfälle in Bezug auf die Sauberkeit, die alle zeitgleich festzustellen waren. Wenn es möglich war, noch am Prüfungstag eine Lösung für das der Reinigungsfirma häufig nicht zugängliche Zimmer zu finden, drängt sich die Frage auf, warum die Antragstellerin nicht schon früher eine Lösung des Problems herbeigeführt hat.

g) Das Argument der Antragstellerin, die einzelnen Bereichsnoten seien rechnerisch nicht nachvollziehbar, greift schon deshalb nicht, weil sich die Bereichsnoten nach der PTVS nicht aus dem Durchschnitt der Einzelnoten errechnen, sondern anhand von Skalenwerten nach dem Tabellenanhang 2 der Anlage 2 der PTVS. Aus den für die einzelnen Bewohner erzielten Ergebnissen einer Frage (bei "erfüllt" gibt es 10 Punkte, bei "nicht erfüllt" 0 Punkte) wird der Durchschnittswert ermittelt, der in dem Tabellenanhang der PTVS als Skalenwert bezeichnet wird. Anhand dieses Skalenwertes ist dann die entsprechende Note ablesbar. Fehler sind hier nicht ersichtlich.

g) Mit den weiteren von der Antragstellerin in der Klageschrift gegen den Prüfbericht vorgebrachten Einwänden macht sie im Wesentlichen geltend, die im Prüfbericht bemängelten Einzelpunkte ihrer Leistungserbringung seien nach den allgemein anerkannten Pflegestandards nicht zu beanstanden. Die Art und Weise ihrer Leistungserbringung entspreche den Leistungs- und Qualitätsanforderungen. Diesbezüglich sind die Erfolgsaussichten des Hauptsacheverfahrens derzeit nicht absehbar. Zur Beantwortung der zugrunde liegenden Einzelfragen, beispielsweise wie die Medikamentengabe, das Schmerzmanagement, der Umgang mit chronischen Wunden u.ä. im Einzelfall zu erfolgen hat, bedarf es eines Sachverständigengutachtens, da das Gericht selbst nicht über die erforderliche Sachkunde verfügt. Dennoch sind die Erfolgsaussichten eines gegen die endgültige Veröffentlichung gerichteten Hauptsacheverfahrens gering. Denn hierbei ist außerdem zu berücksichtigen, dass die in der Klageschrift vorgebrachten Einwände sich jeweils auf die Kritikpunkte beziehen, die im Prüfbericht bezüglich der einzelnen Heimbewohner aufgeführt worden sind. Jeder einzelne Kritikpunkt trägt daher bei den insgesamt 15 überprüften Heimbewohnern nur zu einem geringen Teil zur Bewertung einer Einzelfrage bei. Es ist bereits ausgeführt worden, dass zweifelhaft ist, ob aufgrund der Falschbewertung einer einzelnen von insgesamt 82 Fragen die Veröffentlichung des Transparenzberichtes insgesamt zu

untersagen wäre. Jedenfalls müssten sich durch das Sachverständigengutachten schon zumindest so viele unberechtigte Kritikpunkte im Prüfbericht nachweisen lassen, die in ihrer Gesamtheit zu einer deutliche Verschlechterung der zur Veröffentlichung vorgesehenen Gesamtnote führen. Bei der Bewertung im einstweiligen Rechtschutzverfahren spricht – trotz der zahlreichen streitigen Kritikpunkte – nicht nur die geringe Relevanz eines einzelnen Kritikpunktes für die Beantwortung einer einzigen Frage des Transparenzberichtes und die weiterhin geringe Relevanz der Einzelfrage für das Gesamtergebnis gegen die Erfolgsaussichten des Hauptsacheverfahrens sondern darüber hinaus auch die standardisierte Vorgehensweise der sachkundigen Prüfer des MDK.

3. 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 (vgl. nur LSG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 29. März 2010 – L 27 P 14/10 B ER – m. w. N., zitiert nach juris), ist im Rahmen des Anordnungsgrundes eine Interessenabwägung durchzuführen. Der Senat sieht jedoch keine schweren, unzumutbaren und ohne vorläufigen Rechtschutz nicht abwendbaren Nachteile für die Antragstellerin, die bei einer anderen Entscheidung in der Hauptsache nicht nachträglich beseitigt werden könnten. Die Gefahr einer Rechtsvereitelung 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 Gegendarstellung 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.

Das im Vergleich zu anderen Pflegeeinrichtungen in H. relativ schlechte Ergebnis der Antragstellerin vermag den vorläufigen Unterlassungsanspruch im Hinblick auf die Veröffentlichung des Transparenzberichtes schon deshalb nicht zu begründen, weil das Ergebnis nach der bisherigen Sach- und Rechtlage nicht unangemessen erscheint.

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).
Rechtskraft
Aus
Login
SAN
Saved
2012-10-01