

L 10 P 76/10 B ER

Land
Nordrhein-Westfalen
Sozialgericht
LSG Nordrhein-Westfalen
Sachgebiet
Pflegeversicherung
Abteilung
10
1. Instanz
SG Münster (NRW)
Aktenzeichen
S 6 P 35/10 ER
Datum
26.05.2010
2. Instanz
LSG Nordrhein-Westfalen
Aktenzeichen
L 10 P 76/10 B ER
Datum
15.11.2010
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Beschluss

Auf die Beschwerde der Antragsgegner wird der Beschluss des Sozialgerichts Münster vom 26.05.2010 aufgehoben und der Antrag der Antragstellerin auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes abgelehnt. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens für beide Rechtszüge. Der Streitwert wird für jeden Rechtszug auf 5000 Euro festgesetzt.

Gründe:

I.

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

Die Antragstellerin ist Trägerin des Altenwohn- und Pflegeheimes H, einer zugelassenen vollstationären Pflegeeinrichtung. Am 19.10.2009 führte der Medizinische Dienst der Krankenversicherung Westfalen-Lippe (MDK) im Auftrag der AG bei der ASt eine Qualitätsprüfung nach §§ 114 ff des 11. Buches Sozialgesetzbuch (SGB XI) durch. Mit Schreiben vom 02.11.2009 übersandten die AG der ASt den Prüfbericht und gaben ihr Gelegenheit, zu den festgestellten Mängeln bis zum 04.12.2009 Stellung zu nehmen. Die entsprechende Stellungnahme erfolgte mit Schreiben der ASt vom 02.12.2009.

Mit Bescheid vom 10.02.2010 ordneten die AG Maßnahmen zur Beseitigung der Qualitätsdefizite sowie zur Sicherung der Qualität der Pflegeeinrichtung an, die sofort, spätestens aber bis zum 31.03.2010 umzusetzen seien. Hiergegen erhob die ASt am 19.02.2010 beim Sozialgericht (SG) Münster Klage (S [6 B 33/10](#)). Dem Antrag, die aufschiebende Wirkung der Klage anzuordnen, gab das SG mit Beschluss vom 08.06.2010 (S [6 P 35/10 ER](#)) statt. Die von den AG des dortigen Verfahrens erhobene Beschwerde wird beim erkennenden Senat unter dem Az L 10 P 79/10 B ER geführt.

Der auf Grundlage des Prüfberichts erstellte und der ASt zur Kenntnis gebrachte Transparenzbericht weist als rechnerisches Gesamtergebnis aus dem Mittelwert der Punktebewertung der 64 Einzelkriterien die Note "ausreichend" (4,3) aus. Der Qualitätsbereich "Pflege" und "Medizinische Versorgung" erhielt danach die Note "ausreichend" (4,4), der Bereich "Umgang mit demenzkranken Bewohnern" die Note "mangelhaft" (5,0), der Bereich "soziale Betreuung und Alltagsgestaltung" die Note "ausreichend" (4,1) und der Qualitätsbereich "Wohnen, Verpflegung, Hauswirtschaft und Hygiene" die Note "gut" (2,1). Als Ergebnis der Befragung der Bewohner der Pflegeeinrichtung erhielt die ASt die nicht in das Gesamtergebnis einfließende Note "sehr gut" (1,3).

Am 19.02.2010 hat die ASt beim SG Münster den Erlass einer einstweiligen Anordnung beantragt, mit der sie sich gegen die Veröffentlichung des Transparenzberichts wendet. Der Bericht sei formell und inhaltlich mangelbehaftet. Er genüge nicht den gesetzlichen Anforderungen. Seiner Veröffentlichung verletze die ASt in ihrem Grundrecht der Berufsfreiheit. Die Verbreitung marktbezogener Informationen des Staates beeinträchtigt den grundrechtlichen Gewährleistungsanspruch von betroffenen Wettbewerbern aus [Art. 12 Grundgesetz \(GG\)](#) nur dann nicht, wenn bei Vorliegen einer staatlichen Aufgabe insbesondere die Anforderungen an die Richtigkeit und Sachlichkeit der Informationen beachtet würden. Eine verfassungskonforme Auslegung des [§ 115 Abs 1a SGB XI](#) führe zu dem Ergebnis, dass die vom Gesetz vorgesehene Veröffentlichung von Berichten über Qualitätsprüfungen grundsätzlich nur auf der Grundlage zutreffender Tatsachenfeststellungen erfolgen dürfe. Aufgrund des substantiellen Vorbringens der ASt seien aber erhebliche Zweifel an der Richtigkeit des Prüfergebnisses gerechtfertigt. Sofern der Sachverhalt im Rahmen des Möglichen noch nicht sorgsam aufgeklärt sei, müsse die Veröffentlichung unterbleiben. Dem Verbraucherinteresse und dem Ziel der Qualitätsentwicklung in der Pflege könnten nur verlässliche Informationen dienen. Der Prüfbericht vom 19.10.2009 und damit der Transparenzbericht sei jedoch offensichtlich unrichtig. Dies ergebe

sich bereits aus der Stellungnahme der ASt vom 02.12.2009 zum Prüfbericht des MDK vom 19.10.2009. Besonders eklatant seien die Unrichtigkeiten hinsichtlich der Feststellungen zu Ziffer 2.3 (strukturelle Anforderungen an die Versorgung von Bewohnern mit gerontopsychiatrischen Beeinträchtigungen), Ziffer 8.1 (Gesamtein-druck der Einrichtung im Hinblick auf Sauberkeit und Hygiene), Ziffer 10.9 (Angebot zur Sterbebegleitung auf der Basis eines Konzepts) sowie zur Medikamentengabe. Die Unrichtigkeit ergebe sich schon aus einem Bericht über eine unangemeldete Heimbegehung nach § 18 des Wohn- und Teilhabegesetzes NRW vom 10.09.2009, in welchem gravierende Mängel nicht festgestellt worden seien. Es stelle sich die Frage, wie es zu derart unterschiedlichen Bewertungen innerhalb sehr kurzer Zeit kommen könne. Darüber hinaus genüge die Transparenzvereinbarung vom 17.12.2008 und ihre Anlage 3 (Ausfüllanleitung für die Prüfer) nicht den Erfordernissen des [§ 115 Abs 1a Satz 1 SGB XI](#), wonach die von Pflegeeinrichtungen erbrachten Leistungen und deren Qualität "insbesondere hinsichtlich der Ergebnis- und Lebensqualität" zu veröffentlichen seien. Valide Indikatoren der Ergebnis- und Lebensqualität lägen aber überhaupt nicht vor. Vielmehr stelle der MDK primär Dokumentationsdefizite fest. Insofern werde die Dokumentationsqualität unzulässigerweise höher gewichtet als die tatsächliche Pflegequalität. Darüber hinaus verstoße die Ermächtigung in [§ 115 Abs 1a Satz 6 SGB XI](#) gegen [Art 80 Abs 1 Satz 1 GG](#). [Art 80 GG](#) ermögliche eine Delegation von Rechts-setzungsbefugnissen seitens des Bundesgesetzgebers nur auf die Bundesregierung, die Bundesminister oder die Landesregierung. Die in [§ 115 Abs 1a Satz 6 SGB XI](#) genannten Körperschaften sehe das Grundgesetz als Delegationsadressaten gerade nicht vor. Die in [§ 115 Abs 1a SGB XI](#) getroffene Regelung verstoße auch gegen die aus Demokratie ([Art 20 Abs 1 GG](#)) und dem Rechtsstaatsprinzip ([Art 20 Abs 3 GG](#)) abgeleitete Wesentlichkeitstheorie, wonach der Gesetzgeber in grundlegenden normativen Bereichen die wesentlichen Entscheidungen selber zu treffen habe. Ein Anordnungsgrund liege aufgrund des bei Veröffentlichung des Transparenzberichts zu befürchtenden Reputationschadens und der Wettbewerbsnachteile vor. Es sei zu befürchten, dass die Belegungszahl stark zurückgehe und ein gravierender wirtschaftlicher Schaden eintrete. Darüber hinaus habe der federführende AG zu 6) am 16.12.2009 telefonisch mitgeteilt, dass man erwäge, den Versorgungsvertrag mit solchen Häusern zu kündigen, die mit der Note 4 oder schlechter benotet wären. Auch insofern liege eine drohende Existenz-gefährdung vor.

Die AG sind der Ansicht, dass ein Anordnungsanspruch nicht besteht. Mit der Veröffentlichung des Transparenzberichts würden die Landesverbände der Pflegekassen in Westfalen-Lippe ihren gesetzlichen Auftrag aus [§ 115 Abs 1a SGB XI](#) in Verbindung mit der Pflege - Transparenzvereinbarung stationär (PTVS) vom 17.12.2008 erfüllen. Die Verfassungswidrigkeit des [§ 115 Abs 1a SGB XI](#) sei bisher höchstrichterlich nicht festgestellt worden, so dass die dem Wohl der Versicherten der gesetzlichen Pflegeversicherung dienenden gesetzlichen Bestimmungen zu befolgen seien. Ein Anordnungsgrund liege ebenfalls nicht vor. So sei insbesondere nicht zu erwarten, dass wegen der Veröffentlichung des Transparenzberichts eine Existenzgefährdung der ASt eintrete. Da die Darstellung des Transparenzberichts im Internet durch Kommentare des Trägers der Pflegeeinrichtung ergänzt werden könne, stehe auch eine Rufschädigung oder ein wesentlicher Wettbewerbsnachteil nicht zu befürchten.

Am 21.05.2010 hat die ASt auch Klage auf Unterlassung der Veröffentlichung des Transparenzberichts vor dem SG Münster erhoben ([S 6 P 111/10](#)).

Durch Beschluss vom 26.05.2010 hat das SG die AG bis zum rechtskräftigen Abschluss des Klageverfahrens verpflichtet, die Veröffentlichung des Transparenzberichts über die Internetportale der AG oder in sonstiger Weise zu unterlassen und festgestellt, dass die ASt vorläufig nicht verpflichtet sei, den Transparenzbericht in ihrer Einrichtung auszuhängen. Ein Anordnungsanspruch sei gegeben. Der ASt stehe ein aus der Abwehrfunktion der Grundrechte abzuleitender öffentlich-rechtlicher Unterlassungsanspruch zu. Eine Veröffentlichung des Transparenzberichts verletze das Grundrecht der ASt auf Berufsfreiheit aus [Art. 12 GG](#). Ausweislich der Glykol-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 26.06.2002 (1 BvR 558/912) beeinträchtige die Verbreitung marktbezogener Informationen des Staates den grundrechtlichen Gewährleistungsanspruch von betroffenen Wettbewerbern nur dann nicht, wenn bei Vorliegen einer staatlichen Aufgabe insbesondere die Anforderungen an die Richtigkeit und Sachlichkeit der Informationen beachtet würden. Da der Sachverhalt noch nicht sorgsam aufgeklärt sei, müsse die Veröffentlichung so lange unterbleiben. Die auf der Grundlage der PTVS erstellten Transparenzberichte entsprächen den gesetzlichen Anforderungen auch deshalb nicht, weil in [§ 115 Abs 1a Satz 1 SGB XI](#) ausdrücklich betont sei, dass die von Pflegeeinrichtungen erbrachten Leistungen und deren Qualität "insbesondere hinsichtlich der Ergebnis- und Lebensqualität" veröffentlicht werden sollten. Demgegenüber würden nach den Prüfkriterien überwiegend lediglich Dokumentationsdefizite festgestellt, kaum aber die tatsächlich erreichte Ergebnis- und Lebensqualität gemessen. Solange "valide Indikatoren der Ergebnis- und Lebensqualität" überhaupt nicht vorlägen, könne es keine Prüfberichte geben, die den gesetzlichen Anforderungen des [§ 115 Abs 1a Satz 1 SGB XI](#) genügen.

Darüber hinaus bestünden verfassungsrechtliche Bedenken gegen die in [§ 115 Abs 1a Satz 6 SGB XI](#) vorgesehene Übertragung von Rechtssetzungsbefugnissen auf die Vertragspartner der PTVS, welche aus dem Bestimmtheitsgrundsatz des [Art 80 Abs 1 GG](#), dem Vorbehalt des Gesetzes und dem aus dem Demokratie- ([Art 20 Abs 1 und 2 GG](#)) als auch dem Rechtsstaatsprinzip ([Art 20 Abs 3 GG](#)) abgeleiteten Wesentlichkeitsgrundsatz herrührten. Die Beantwortung dieser verfassungsrechtlichen Fragen könne allerdings dahinstehen, da die Entscheidung der Kammer nicht von der Verfassungsmäßigkeit des [§ 115 Abs 1a SGB XI](#) abhängen.

Der Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz habe auch aus anderen Gründen Erfolg, so dass eine Vorlage gemäß [Art 100 GG](#) an das Bundesverfassungsgericht im Ergebnis nicht in Betracht komme. Unabhängig von der Frage, ob die Vorschrift des [§ 115 Abs 1a SGB XI](#) selbst verfassungsmäßig sei, sei nämlich festzustellen, dass die Veröffentlichung eines Transparenzberichts auf der Grundlage der PTVS zu einer Grundrechtsverletzung des Einrichtungsträgers führe. Die Veröffentlichung des Transparenzberichts stelle einen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit des Trägers der Pflegeeinrichtung dar. Sie sei als grundrechtsspezifische Einwirkung auf die von [Art. 12 Abs 1 GG](#) geschützte unternehmerische Betätigungsfreiheit zu qualifizieren, die zumindest die Marktchancen der Einrichtungsträger beeinflusse. Zwar handele es sich auch nach Ansicht der Kammer von der Eingriffsintensität her um einen Eingriff auf der untersten Intensitätsstufe, bei dem die Anforderungen an die Rechtfertigung grundsätzlich geringer seien. Allerdings seien Eingriffe in die Berufsausübungsfreiheit mit [Art 12 Abs 1 GG](#) nur vereinbar, wenn sie durch vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls getragen würden und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprächen, wenn also das gewählte Mittel zur Erreichung des verfolgten Zwecks geeignet und auch erforderlich sei und bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit noch gewahrt sei. Nach Auffassung der Kammer sei die Veröffentlichung von Transparenzberichten auf der Grundlage der PTVS zur Erreichung der Normzwecke weder geeignet noch verhältnismäßig. Auch sei den Anforderungen an eine sorgsame Sachverhaltsaufklärung nicht Genüge getan. Eine Information der Marktteilnehmer über verbliebene Unsicherheiten erfolge nicht. Das Benotungssystem der Transparenzberichte sei bereits deshalb nicht geeignet, die Qualität der Pflege zuverlässig abzubilden, weil wichtige,

die Pflege unmittelbar betreffende Kriterien ebenso gewichtet würden wie unwichtige. Die Bewertungssystematik der PTVS könne durchaus dazu führen, dass sehr gute Pflegeleistungen bei gewissen Dokumentationsdefiziten sehr schlecht benotet würden, mangelhafte Pflege beim "Pflege-TÜV" aber hervorragend abschneide. In der Pflegewissenschaft seien - soweit ersichtlich - keine Stellungnahmen geäußert worden, die das gegenwärtige Bewertungssystem stützten. Vielmehr erfahre dieses in diversen Veröffentlichungen Kritik. Die Ungeeignetheit der Prüfberichte zur Erreichung der gesetzlichen Zweck folge im Übrigen bereits daraus, dass in dem Vorwort der PTVS festgehalten worden ist, dass pflegewissenschaftlich gesicherte Erkenntnisse über Indikatoren der Ergebnis- und Lebensqualität "bislang nicht vorlägen. Die Transparenzberichte mit ihrem Notensystem seien auch unverhältnismäßig. Der Zweck der Markttransparenz und der Verbesserung der Pflegequalität könne mit mildereren Mitteln, wie etwa einer beschreibenden Bewertung, besser verfolgt werden. Demgegenüber stelle die auf Dauer angelegte regelmäßige, bis ins einzelne gehende hoheitliche Bewertung der Noten - unabhängig von dem Grad der Gewähr für ihre Richtigkeit - eine massive Beeinträchtigung der Einrichtungsträger dar. Mittelbar seien auch dessen Beschäftigte betroffen, deren Arbeitsleistung - in der Regel wohl zu Unrecht - öffentlich herabgewürdigt werde. Auch könne im Hinblick auf den Schutz der Gesundheit der Pflegebedürftigen ein das wirtschaftliche Interesse der Pflegeeinrichtung überwiegendes öffentliches Interesse an der Kenntnis von Pflegefällen nicht angenommen werden. Denn Pflegedefizite könne mit den rechtlichen Mitteln der Heimaufsicht, mit einem Maßnahmenbescheid oder mit einer Kündigung des Versorgungsvertrages zielgenau und wirkungsvoll entgegengewirkt werden. Der Transparenzbericht entspreche auch deshalb nicht der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, weil die Marktteilnehmer nicht in geeigneter Weise auf die verbliebenen Unsicherheiten über die Richtigkeit der Informationen hingewiesen worden seien. Der Hinweis auf fehlende valide Indikatoren der Ergebnis- und Lebensqualität der pflegerischen Versorgung der förmlich nicht veröffentlichten PTVS stelle keine Information der Marktteilnehmer dar. Diese sei nur bei einem entsprechenden Hinweis in dem Transparenzbericht selber gegeben. Die ASt könne die Unterlassung der Veröffentlichung des von ihr angegriffenen Transparenzberichts auch deshalb verlangen, weil das angegebene Gesamtergebnis und die vier Noten für die verschiedenen Qualitätsbereiche schon rechnerisch entweder falsch oder zumindest - je nach Auslegung der PTVS - für Leser nicht nachvollziehbar seien. Fraglich sei bereits, ob die Gesamtnote aus dem Mittelwert der den Noten zugrunde liegenden Skalenwerte oder dem arithmetischen Mittel der diesen Werten zugeordneten Noten zu bilden sei. Selbst wenn die Berechnung der Noten für die vier Qualitätsbereiche und die Gesamtnote auf der Basis der Skalenwerte zu Recht erfolgt sei, seien die mitgeteilten rechnerischen Ergebnisse intransparent. Denn die Punktebewertung für die einzelnen Kriterien werde in dem Transparenzbericht nicht mitgeteilt. Auch das Gericht und die AG seien nicht in der Lage, die rechnerische Richtigkeit der Benotung zu kontrollieren, weil die Skalenwerte selbst in dem dem Transparenzbericht zugrunde liegenden Prüfbericht nicht festgehalten seien. Die den Transparenzberichten beigefügten "Erläuterungen zum Bewertungssystem" seien nicht geeignet, eine für den Verbraucher ausreichende Klarheit zu schaffen. Ein Anordnungsgrund liege vor, da die drohende Veröffentlichung des Transparenzberichts mit der Gesamtnote "ausreichend" zu einem Reputationsschaden der Einrichtung der ASt führen und sie in ihrem Grundrecht der Berufsfreiheit irreversibel verletzen würde.

Gegen den am 27.05.2010 zugestellten Beschluss hat die AG zu 1) bereits am 23.06.2010 Beschwerde eingelegt, der sich die AG zu 2) bis 6) angeschlossen haben. Fraglich sei bereits das Vorliegen eines Anordnungsgrundes. Die ASt habe keine bei Veröffentlichung des Transparenzberichts zu erwartende irreparablen Rechtsnachteile dargelegt. Das Heim weise eine Auslastung von 114 der 120 bestehenden Plätze aus. Die Beurteilung durch die Bewohner sei mit der Note 1,3 äußerst positiv und gebe keinen Anlass zu Befürchtungen. Eine konkrete Existenzgefährdung sei weder dargelegt noch angesichts der Möglichkeit einer kurzfristigen Wiederholungsprüfung bzw. der Möglichkeit der Ergänzung des Transparenzberichts durch eigene Kommentierungen durch die ASt im Internet zu unterstellen. Bedenken hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit des [§ 115 SGB XI](#) wie auch der PTVS bestünden nicht. Insofern werde auf die Beschlüsse des erkennenden Senats vom 10.05.2010 und 22.06.2010 ([L 10 P 10/10 B ER](#) und [L 10 P 59/10 B ER](#) RG) Bezug genommen. Der Prüfbericht sei auch nicht offensichtlich unrichtig oder besonders schwerwiegend formell und inhaltlich mangelbehaftet. Die durch die ASt geltend gemachten Mängel des Prüfberichts seien durch die Stellungnahme des MDK vom 04.02.2010 widerlegt. Auch sei die Prüfbewertung nicht offensichtlich unzutreffend. Den Prüfern komme bei prüfungsspezifischen Bewertungen ein Beurteilungsspielraum zu.

Die Antragsteller beantragen,

den Beschluss des Sozialgerichts Münster vom 26.05.2010 aufzuheben und den Antrag der Antragstellerin auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes abzulehnen.

Die Antragstellerin beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie hält die angefochtene Entscheidung für zutreffend und wiederholt zur Begründung im Wesentlichen ihr bisheriges Vorbringen.

Im Hauptsacheverfahren [S 6 P 111/10](#) hat das Sozialgericht die Beklagten des Verfahrens mit Urteil vom 20.08.2010 verurteilt, die Veröffentlichung des Transparenzberichts über die Internetportale der AG oder in sonstiger Weise zu unterlassen. Die hiergegen eingelegte Berufung wird beim erkennenden Senat unter dem Az [L 10 P 118/10](#) geführt.

Wegen der Einzelheiten des Sachverhalts wird auf den Inhalt der Gerichtsakten, der beigezogenen Prozessakten [S 6 P 33/10](#), [S 6 P 111/10](#) = [L 10 P 118/10](#), [S 6 P 35/10 ER](#) = [L 10 P 76/10 B ER](#) sowie der Verwaltungsakten der AG Bezug genommen. Diese waren Gegenstand der Beratung.

II.

Die zulässige Beschwerde der AG ist begründet. Die vom Sozialgericht Münster erlassene einstweilige Anordnung zur Unterlassung der Veröffentlichung des Transparenzberichts bis zum rechtskräftigen Abschluss des Hauptsacheverfahrens sowie die Feststellung, dass die ASt bis zu diesem Zeitpunkt nicht verpflichtet ist, den Transparenzbericht in ihrer Einrichtung auszuhängen, sind aufzuheben, weil die Voraussetzungen für eine einstweilige Anordnung insoweit nicht vorliegen.

Gemäß [§ 86b Abs 2 Satz 2](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) kann das Gericht der Hauptsache auf Antrag eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch die Veränderungen des bestehenden Zustands die Verwirklichung eines

Rechts des Ast vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte (Sicherungsanordnung). Einstweilige Anordnungen sind auch zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, wenn eine solche Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile nötig erscheint (Regelungs-anordnung).

Eine stattgebende Eilentscheidung setzt eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für einen Erfolg des Hauptsacheverfahrens (Anordnungsanspruch) und für die Eilbedürftigkeit (Anordnungsgrund) als jeweils eigenständige Voraussetzungen des Anordnungsbegehrens voraus. Sowohl Anordnungsanspruch als auch Anordnungsgrund sind gemäß [§ 920 Abs 2](#) der Zivilprozessordnung (ZPO) iVm [§ 86b Abs 2 Satz 4 SGG](#) glaubhaft zu machen. Im Rahmen des Verfahrens des vorläufigen Rechtsschutzes findet grundsätzlich eine summarische Prüfung der Sach- und Rechtslage statt. Dies bedeutet, dass im Unterschied zum Hauptsacheverfahren keine vollständige und erschöpfende Aufklärung der Sach- und Rechtslage vorzunehmen ist. Grundsätzlich sind alle Beweismittel zulässig; allerdings reicht wegen des Verweises auf [§ 920 Abs 2 ZPO](#) der gegenüber dem Vollbeweis geringere Wahrscheinlichkeitsgrad der Glaubhaftmachung.

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

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

Voraussetzung für einen derartigen Anspruch ist ein rechtswidriger hoheitlicher Eingriff in ein subjektives Recht der Ast. Diese Voraussetzung liegt nicht vor.

a) Für die Veröffentlichung des Transparenzberichts besteht mit [§ 115 Abs 1a SGB XI](#) eine Rechtsgrundlage, die nicht verfassungswidrig ist und deren rechtliche Grenzen entgegen der vom Sozialgericht vertretenen Auffassung nicht überschritten wurden (vgl im Ergebnis auch Sächsisches Landessozialgericht, Beschluss vom 24.02.2010, [L 1 P 1/10 B ER](#); Bayerisches Landessozialgericht, Beschluss vom 30.03.2010, [L 2 P 7/10 B ER](#); LSG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 14.06.2010, [L 4 P 3/10 B ER](#) und vom 05.10.2010, [L 4 P 12/10 B ER](#) und Hessisches Landessozialgericht, Beschluss vom 28.10.2010, [L 8 P 29/10 B ER](#); aA LSG Berlin-Brandenburg, Beschlüsse vom 29.03.2010 und 11.05.2010, [L 27 P 14/10 B ER](#) und [L 27 P 18/10 B ER](#)). Zur Vermeidung von Wiederholungen wird insoweit auf den Beschluss des erkennenden Senats vom 10.05.2010, [L 10 P 10/10 B ER](#) und insbesondere auf den auf Anhörungsrüge ergangenen Beschluss vom 22.06.2010, [L 10 P 59/10 B](#) Bezug genommen. Die im vorliegenden Fall angefochtene Entscheidung des Sozialgerichts Münster vom 26.05.2010 war dem Senat bei der Entscheidung über die Anhörungsrüge inhaltlich bekannt. Der Senat sieht sich auch nicht aufgrund der Begründung des unter dem 20.08.2010 zwischenzeitlich in der Hauptsache ergangenen Urteils veranlasst, von seiner Rechtsauffassung abzuweichen. Das SG wiederholt und vertieft in seinen Entscheidungsgründen lediglich die bereits bekannten und im Rahmen der vorbezeichneten Beschlüsse des Senats berücksichtigten Gesichtspunkte, ohne substantiell Neues hinzuzufügen. Auch der Verweis auf das "Fazit" der im Auftrag der Vereinbarungspartner erstellten Abhandlung: "Wissenschaftliche Evaluation zur Beurteilung der Pflege - Transparenzvereinbarungen durch den ambulanten (PTVA) und stationären (PTVS) Bereich" der Professorinnen Hasseler und Wolf-Ostermann vom 21.07.2010 führt zu keiner abweichenden Beurteilung. Soweit dort ausgeführt ist, dass Aussagen, ob das Verfahren tatsächlich die Pflegequalität misst, nicht möglich seien, spiegelt dieses Fazit lediglich die bereits im Vorwort der Transparenzvereinbarung vom 17.12.2008 niedergelegte Tatsache wieder, wonach die Vertragsparteien die Vereinbarung in dem Wissen geschlossen haben, dass es "derzeit keine pflegewissenschaftlich gesicherten Erkenntnisse über valide Indikatoren der Ergebnis- und Lebensqualität der pflegerischen Versorgung in Deutschland gibt". Auch diesen Gesichtspunkt hatte der Senat im Rahmen og Beschlüsse bereits berücksichtigt. Darüber hinaus lässt das Evaluationsgutachten die Schlussfolgerung des SG, die auf der PTVS beruhenden Transparenzberichte seien generell untauglich und könnten daher die vom Gesetzgeber vorgegebene verständliche, übersichtliche und vergleichbare Darstellung der von den Pflegeeinrichtungen erbrachten Leistungen und deren Qualität nicht ermöglichen, gerade nicht zu. Dem steht der ausdrückliche Hinweis in dem Gutachten entgegen, dass die Feststellung, es könne derzeit nicht gesagt werden, ob das Pflege - Transparenzverfahren tatsächlich Pflegequalität messe, nicht bedeute, dass die Güteeigenschaften dieses Verfahrens prinzipiell nicht gegeben seien (vgl mit weitergehenden Ausführungen Hessisches LSG, aaO, Juris Rn21 ff, mwN). Schließlich hat auch die Bundesregierung in der Antwort auf die kleine Anfrage mehrerer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE vom 06.10.2010 (BT - Drucks 17/3242) ausgeführt, dass die Weiterentwicklung der Transparenzvereinbarung anhand praktischer Erfahrungen und deren Auswertung durch die Pflegekassen und Leistungserbringer erfolgen solle. Da national und international übertragbare wissenschaftliche Grundlagen fehlen, sei ein langfristiger Entwicklungsprozess erforderlich (BT - Drucks 17/3372). Auch insofern wird deutlich, dass der Gesetzgeber den schnellen Einsatz des von ihm neu geschaffenen Instruments zur Transparenzherstellung trotz der bestehenden Unsicherheiten gewollt, diese bewusst in Kauf genommen und das Informationsbedürfnis der Pflegebedürftigen in den Vordergrund gestellt hat (vgl auch Hessisches LSG, aaO, Juris Rn 25 f mwN).

b) Die Ast hat auch keine Umstände vorgetragen und glaubhaft gemacht, die darauf schließen lassen, dass die AG 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 offensichtlich oder sogar bewussten Fehlurteilen, bewussten Verzerrungen, der Behauptung unwahrer Tatsachen, willkürlichem Vorgehen oder Schmähkritik (vgl BVerfG, Beschluss vom 26.06.2002, [1 BvR 558/91](#); vgl auch LSG Sachsen-Anhalt, Beschlüsse vom 14.06.2010 und 05.10.2010, [aaO](#)). Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass der Transparenzbericht nicht sachlich abgefasst wäre oder nicht auf einer neutralen, objektiven und sachkundig durchgeführten Prüfung basiert. Inhaltliche Fehler des Prüfergebnisses sind zumindest im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens 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 Transparenzberichts bis zu deren endgültigen Klärung zu verschieben.

Hinsichtlich der Kriterien 41 (gesicherte Aufenthaltsmöglichkeiten im Freien) und 43 (individuelle Orientierungshilfen) hat die Ast ausgeführt, diese seien vorhanden. Ausweislich der unwidersprochenen Einlassung des MDK vom 06.10.2010 war dies zum Zeitpunkt der Prüfung jedoch noch nicht der Fall. Maßgebend ist aber der Zeitpunkt der Prüfung durch den MDK. Der Transparenzbericht stellt insofern eine "Momentaufnahme" dar. Hinsichtlich des Kriteriums Nr. 42 (identifikationserleichternde Milieugestaltung in Zimmern und Aufenthaltsräumen) räumt die Ast (mittelbar) ein, dass ein schriftliches Konzept insoweit nicht vorliegt. Der Senat folgt insofern der Interpretation der PTVS (Anlage 3, Ziffer 57 eb) durch den MDK, wonach zur Erfüllung dieses Kriteriums ein entsprechendes Konzept der

Pflegeeinrichtung erforderlich ist. Hinsichtlich des Kriteriums 58 (Gesamteindruck der Einrichtung im Hinblick auf Sauberkeit und Hygiene) wird seitens der ASt nicht einmal behauptet, dass die festgestellte Verschmutzung des Rollstuhls nicht vorgelegen habe. Es wird lediglich rechtfertigend ausgeführt, die Feststellung sei unmittelbar nach dem Mittagessen erfolgt. Dies ändert aber nichts an ihrer Richtigkeit. Darüber hinaus hat der MDK am 06.10.2010 unwidersprochen ausgeführt, dass ein angemessenes Hygienemanagement nicht sichergestellt sei. Innerbetriebliche Verfahrensweisen zur Desinfektion und zum Umgang mit Sterilgut lägen nicht vor, die Reinigung und Ver- und Entsorgung kontagiöser und kontaminierter Gegenstände sei nicht geregelt. Innerbetriebliche Verfahrensanweisungen würden nicht regelmäßig überprüft und diese seien den Mitarbeitern nicht bekannt. Erforderliche Desinfektionsmittel waren nicht vorhanden. Die vorgelegten Hygienepläne widersprachen sich teilweise. Soweit der Inhalt des Abschlussgespräches zwischen den Beteiligten streitig ist, ist nicht ersichtlich, inwieweit dies entscheidungserheblich sein soll. Maßgebend sind die durch die Prüfer tatsächlich angetroffenen Verhältnisse. Zudem ist eine Glaubhaftmachung durch die Ast insoweit nicht erfolgt. Auch hinsichtlich des Kriteriums 54 (Angebot zur Sterbebegleitung auf der Basis eines Konzepts) kann die Behauptung unwahrer Tatsachen nicht festgestellt werden. Der MDK hat hierzu in seiner Stellungnahme vom 06.10.2010 ausgeführt, dass zwar ein Palliativkonzept für die Hospizplätze in der Einrichtung vorliege. Ein Konzept über Angebote zur Sterbebegleitung für die Bewohner der Senioreneinrichtung habe aber nicht vorgelegen. Soweit die Antragstellerin vorträgt, Konzepte zur Sterbebegleitung lägen seit ca. 20 Jahren vor, ist dies nicht einmal durch deren Vorlage glaubhaft gemacht worden. Der Senat legt daher die Feststellungen des MDK zugrunde. Die Beanstandungen des MDK zum Kriterium 3 (Medikamentenversorgung) werden durch die Antragstellerin nicht bestritten. Sofern sie darauf hinweist, dass im Rahmen der Heimbegehung gemäß § 18 WTG am 08.07.2009 keine Beanstandungen erfolgt sind, ergibt sich ebenfalls kein zwingender Hinweis auf die Unrichtigkeit der Feststellungen des MDK. Zwischen beiden Prüfungen lag ein Zeitraum von mehr als drei Monaten, so dass sich die Verhältnisse geändert haben können. Maßgebend ist aber der Prüfzeitpunkt. Darüber hinaus ist fraglich, ob Prüfungsschwerpunkte und -kriterien im Rahmen der Heimbegehung denen des MDK im Rahmen des Prüfberichts entsprechen. Die weitergehenden Einwände der Antragstellerin gegen den Prüfbericht sind im vorliegenden Verfahren nicht weiter vertieft und glaubhaft gemacht worden. Insbesondere ergeben sich nach Aktenlage keine Hinweise auf offensichtliche oder bewusste Fehler, bewusste Verzerrungen, die Behauptung unwahrer Tatsachen, willkürliches Vorgehen oder Schmähkritik. Hinsichtlich der Ziffern 4.1, 4.3, 6.3, 6.6, 6.8, 6.13, 6.14, 9.2, 10.5, 10.8, 12.13-15.4, 16.2-16.6, 17.2-17.4 und 18.1 ist teilweise lediglich dargelegt worden, dass insoweit nachgebessert worden oder die Nachbesserung geplant sei. Hinsichtlich der Ziffer 4.1 wird u.a. auch darauf hingewiesen, dass die Beanstandungen durch aktuelle Baumaßnahmen verursacht und damit vorübergehend sind. Maßgebend sind aber die tatsächlichen Umstände zum Prüfzeitpunkt. Soweit vorgetragen wird, dass die festgestellten Mängel lediglich Mängel der Dokumentation, nicht aber der Pflege widerspiegeln, ist dies im vorliegenden Verfahren auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes nicht zu überprüfen (vgl. Beschluss des erkennenden Senats vom 10.05.2010, [aaO](#), Juris, Rn 45).

2. Darüber hinaus fehlt es auch an einem Anordnungsgrund. Um einen Anordnungsgrund im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes glaubhaft zu machen, hat die ASt darzulegen, welche Nachteile zu erwarten sind, wenn sie auf den Ausgang des Hauptsacheverfahrens verwiesen wird. Ein wesentlicher Nachteil liegt nur vor, wenn die ASt konkret in ihrer wirtschaftlichen Existenz bedroht ist oder ihr sogar die Vernichtung der Lebensgrundlage droht. Auch erhebliche wirtschaftliche Nachteile, die entstehen, wenn das Ergebnis eines langwierigen Verfahrens abgewartet werden müsste, können ausreichen (vgl. Beschluss des erkennenden Senats vom 10.05.2010, [aaO](#), Juris Rn 46). Derartige Nachteile sind weder dargelegt noch glaubhaft gemacht worden. Die Befürchtung eines nachhaltigen Reputationsschadens im Falle der Veröffentlichung des Transparenzberichts, hält der Senat für überzogen ([aaO](#), Juris, Rn 47). Die ASt hat auch keinen wirtschaftlichen Nachteil hinsichtlich aktuell offener oder künftig neu zu besetzender Pflegeheimplätze glaubhaft dargestellt. Inwieweit sie gegenüber den anderen im Umkreis liegenden Pflegeheimen nunmehr benachteiligt ist, ist spekulativ. Das Bestehen regionaler Konkurrenz wird nicht in Abrede gestellt. Die ASt hat aber nicht dargelegt oder belegt, dass die benachbarten Konkurrenzunternehmen erheblich besser bewertet worden sind (vgl. [aaO](#), Juris Rn 48).

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197a SGG](#) iVm [§ 154 Abs. 1](#) Verwaltungsgerichtsordnung.

Die Festsetzung des Streitwerts folgt aus [§ 197a SGG](#) iVm [§§ 63 Abs 3 Satz 1](#), [53 Abs 2 Ziffer 4](#), [52 Abs 2](#) und 1 Gerichtskostengesetz (vgl. Beschluss des erkennenden Senats vom 05.07.2010, [L 10 P 10/10 B ER](#)).

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

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2010-11-23