

Sozialgericht Bayreuth

Beschluss vom 11.01.2010 (nicht rechtskräftig)

Sozialgericht Bayreuth S 1 P 147/09 ER

Beschluss:

I. Der Antrag wird abgelehnt.

II. Die Antragstellerin hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.

III. Der Streitwert wird auf 2.500,00 Euro festgesetzt.

Tatbestand:

A.

Die Antragstellerin wendet sich gegen die Veröffentlichung des sie betreffenden Transparentberichtes.

Die Einrichtung verfügt seit dem 01.01.2000 über einen Versorgungsvertrag für vollstationäre allgemeine Pflege und ist damit Vertragspartner der Landesverbände der Pflegekassen.

Sie ist Mitglied im bpa, der auch Vertragspartner der auf der Grundlage von § 115 Abs. 1a SGB XI geschlossenen sog. Transparenzvereinbarung ist.

Am 07.10.2009 erfolgte eine Qualitätsprüfung nach den §§ 114 ff SGB XI durch den medizinischen Dienst der Krankenversicherung (MDK). In diese Prüfung wurde die Erstattung eines Transparenzberichtes i. S. d. Transparenzvereinbarung einbezogen.

Der vorläufige Transparenzbericht für die Einrichtung wurde am 17.11.2009 elektronisch zur Verfügung gestellt. Darin waren folgende Bereichsnoten aufgeführt: Pflege und medizinische Versorgung 3,9, Umgang mit demenzkranken Bewohnern 3,9, Soziale Betreuung und Alltagsgestaltung 3,4, Wohnen, Verpflegung, Hauswirtschaft und Hygiene 1,0, Gesamtergebnis 3,3.

Die 28-Tage-Frist zur Beifügung von Kommentierungen lief am 15.12.2009 ab.

Die Einrichtung nahm umfangreiche Kommentierungen vor (vgl. vorläufiger Transparenzbericht).

Mit Schreiben vom 20.11.2009 nahm die Antragstellerin zur Qualitätsprüfung Stellung.

Die dort vorgetragenen Einwände wurden dem MDK zur erneuten Beurteilung vorgelegt.

Der MDK änderte den Transparenzbericht nicht (Stellungnahme vom 30.11.2009). Prinzipiell könnten die im Nachgang zu einer Prüfung eingereichten Argumente/zusätzlichen Informationen nur zu einer Änderung im Gutachten führen, wenn ein "offensichtlicher Fehler" nachvollziehbar

ist. Die im Prüfbericht festgehaltenen Ergebnisse bzw. Bewertungen entstünden im Rahmen eines Begutachtungsprozesses vor Ort. Nach Durchsicht und Beurteilung der Stellungnahme sei ein "offensichtlicher Fehler" nicht nachvollziehbar. Die nachgereichten Informationen bzw. abweichenden fachlichen Einschätzungen könnten nicht berücksichtigt werden

Die Antragsgegnerinnen haben dies per Telefax vom 09.12.2009 der Antragstellerin mitgeteilt. Eine Änderung des Transparenzberichtes werde nicht vorgenommen.

Mit Bevollmächtigtenschreiben vom 14.12.2009 – Eingang bei Gericht mittels Telefax am gleichen Tag - hat der Bevollmächtigte der Antragstellerin zur Verhinderung der Veröffentlichung des Transparenzberichtes vorläufigen Rechtsschutz beantragt. Der Bericht leide an evidenten Mängeln, die von der Antragstellerin dezidiert in ihrem Schreiben vom 20.11.2009 herausgearbeitet worden seien. Außerdem bestünden eklatante Fehler bei der Berechnung der Bereichsnoten. Auch inhaltlich sei der Bericht unzutreffend. Es sei in gebotener Kürze darauf verwiesen, dass die Noten für erbrachte Leistungen und deren Qualität insbesondere hinsichtlich der Ergebnis- und Lebensqualität eben nicht vergleichbar seien. Denn es gebe keine gesicherten Erkenntnisse über Indikatoren der Ergebnis- und Lebensqualität der pflegerischen Versorgung. Ob und inwieweit hier methodische Fragen bei der Vergleichbarkeit in der Frage der Stimmigkeit der Bewertung berücksichtigt wurden, lasse sich dem Bericht überhaupt nicht entnehmen. Eine Veröffentlichung im Internet oder in sonstigen Medien hätte für die Antragstellerin existenzbedrohende, gegebenenfalls vernichtende Folgen und stelle im Ergebnis einen Eingriff in die aus Artikel 12 Abs. 1 Grundgesetz resultierende Berufsausübungsfreiheit dar. Die unzutreffende negative Darstellung der Ergebnisqualität der Einrichtung sei mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit geeignet, jetzige oder zukünftiger Bewohner und Bewohnerinnen der Einrichtung bzw. Kunden des ambulanten Dienstes in ihrer Entscheidung gegen die Nutzung dieser Einrichtung zu beeinflussen. Insbesondere aufgrund der Konkurrenzsituation in Stadt und Landkreis müsse die Antragstellerin mit wirtschaftlichen Nachteilen rechnen. Zur Konkurrenzsituation hat die Antragstellerin eine eidesstattliche Versicherung der Prokuristin der Antragstellerin vorgelegt.

Die Antragstellerin beantragt sinngemäß,

den Antragsgegnerinnen zu untersagen, den Transparenzbericht vom 17.11.2009 im Internet oder auf anderem Wege zu veröffentlichen.

Die Antragsgegnerinnen beantragen,

den Antrag zurückzuweisen.

In ihrer Antragsabweisung vom 29.12.2009 tragen die Antragsgegnerinnen vor, der Antrag sei unbegründet, da weder Anordnungsanspruch noch Anordnungsgrund vorlägen und auch nicht substantiiert behauptet oder glaubhaft gemacht worden seien. Der MDK bestätige die Richtigkeit und Verwertbarkeit des Berichts. Es sei schon fraglich, mit welcher rechtlichen Grundlage der Anordnungsanspruch begründet werden solle. Die Antragstellerin selbst lasse keine Anspruchsgrundlage vortragen. Eine solche sei aus den spezialgesetzlichen Regelungen auch nicht ersichtlich. Allenfalls könne sich der Anspruch aus § 823 BGB in entsprechender Anwendung ergeben, wenn man die Veröffentlichung als Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ansieht. Dann wäre die Veröffentlichung jedoch ein Eingriff, der im

Rahmen der gesetzlichen und vertraglichen Regelungen erfolgt und durch diese gerechtfertigt und von der Antragstellerin zu dulden ist, selbst wenn die Inhalte des Berichts für die Einrichtung wegen ihrer Auswirkungen auf den Ruf belastend sein können. Die umfassende und schnelle Information der Öffentlichkeit entspricht der Intention des Gesetzgebers. Entsprechendes gelte für Art 12 GG.

Beigezogen und Gegenstand dieser Entscheidung sind die Akten der Antragsgegnerinnen. Hierauf und auf den sonstigen Inhalt der Akten – insbesondere auch auf die von der Antragstellerin vorgelegten Unterlagen - wird wegen der Einzelheiten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

B.

Dem gestellten Antrag bleibt der Erfolg versagt.

I.

1. Für den Antrag der Antragstellerin ist der Rechtsweg zu den Sozialgerichten gegeben. Es handelt sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nach § 51 Abs. 1 Nr. 2 SGG. Maßgeblich ist hierfür die Natur des Rechtsverhältnisses, aus dem der Klageanspruch hergeleitet wird. Im vorliegenden Fall werden die Antragsgegner im Rahmen der Aufgaben, die ihnen durch § 115 Abs. 1a) S. 1 SGB XI übertragen worden sind, tätig. Sie haben sicher zu stellen, 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. Es handelt sich um schlichthoheitliches Handeln.

Ein gegen einen bzw. mehrere öffentlich-rechtliche Rechtsträger - auf Unterlassung von unzulässigen Äußerungen im Rahmen der Erfüllung öffentlich-rechtlicher Aufgaben gerichtetes Rechtsmittel ist eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit (vgl. zur Veröffentlichung von Arzneimittel-Transparenzlisten BVerwG U. v. 18.04.1985 - 3 C 34/84; Hess VGH U. v. 03.02.1998 – 11 UE 3508/95) und betrifft nicht zivilrechtlichen Ehrenschatz (Abgrenzung zu OLG Hamburg, 14.01.1999 3 U 174/98; vgl. auch OLG Hamburg B. v. 24.07.1998 - 3 W 61/98). Eine sozialgerichtliche Zuständigkeit wäre vorliegend aufgrund der ausdrücklichen Rechtswegzuweisung des § 51 Abs. 2 S. 3 SGG aber auch im Falle eines bürgerlich-rechtlichen Streites gegeben (eine kartell- bzw. wettbewerbsrechtliche Streitigkeit – für die diese Sonderzuweisung nicht gilt - liegt nicht vor).

2. Der gestellte Antrag richtet sich gegen die im Rubrum genannten Verbände der Pflegeversicherung. Die falsche Bezeichnung in der Antragschrift als Arbeitsgemeinschaft ist unschädlich. Der Antrag richtet sich nach Auslegung durch das Gericht unmittelbar gegen die o. g. Verbände.

3. Die Antragsgegner sind passiv legitimiert, weil ihnen durch § 115 abs. 1a SGB XI die Aufgabe der Veröffentlichung übertragen ist. Die vorbereitenden Maßnahmen, insbesondere die Erstellung des Transparentberichtes durch den MDK sind ihnen zuzurechnen.

II.

Wird ein Unterlassen der Verwaltung angestrebt, dessen Durchsetzung im Klageverfahren mit einer echten Leistungsklage i. S. einer Unterlassungsklage zu erreichen wäre, kommt als vorläufiger Rechtsschutz eine einstweilige Anordnung in Form einer sog. Sicherungsanordnung in Betracht.

Die Antragstellerin begehrt die Verpflichtung des Antragsgegners, im Rahmen dieser Tätigkeit anders als geschehen tätig zu werden (vgl. BVerwG, Urteil vom 17.12.1991, Az. 1 C 5/88, zur Benennung wirtschaftlicher Berater für Existenzgründungsprogramme durch die IHK).

Die Antragstellerin hat auch die Antragsbefugnis nach § 86b Abs. 2 S. 1 SGG, da sie letztlich geltend macht, durch das schlichthoheitliche Handeln einen Wettbewerbsnachteil zu erleiden und damit in ihrem Grundrecht nach Art. 12 Abs. 1 GG verletzt zu sein (vgl. BVerwG, a.a.O.).

Nach § 86 b Abs. 2 Satz 1 und 2 SGG darf eine Sicherungsanordnung in Bezug auf den Streitgegenstand aber nur erlassen werden, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes – hier: Veröffentlichung des Transparenzberichtes - die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte.

Es müssen für eine stattgebende Eilentscheidung eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für einen Erfolg des Hauptsacheverfahrens (Anordnungsanspruch) und für die Eilbedürftigkeit (Anordnungsgrund) als jeweils eigenständige Voraussetzungen des Anordnungsbegehrens vorliegen und daneben eine zusätzliche Interessenabwägung zugunsten des Antragstellers ausfallen.

Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund müssen im Wege der Amtsermittlung bzw. sonst glaubhaft gemacht sein. Regelmäßig findet nur eine summarische Prüfung statt. Summarische Prüfung bedeutet, dass keine vollständige und erschöpfende Aufklärung der Sach- und Rechtslage vorzunehmen ist, wie dies in einem Hauptsacheverfahren der Fall ist. Es sind alle Beweismittel zulässig und unter Umständen auch notwendig; allerdings reicht aufgrund des Verweises auf § 920 Abs. 2 ZPO der gegenüber dem Vollbeweis geringere Wahrscheinlichkeitsgrad der Glaubhaftmachung. Sie wird in § 294 ZPO geregelt und lässt auch die Versicherung an Eides Statt zu; im Übrigen ist nach § 294 Abs. 2 ZPO nur die sofortige Beweisaufnahme statthaft. Das BSG definiert den Beweismaßstab der Glaubhaftmachung als "überwiegend wahrscheinlich". Dazu reicht die gute Möglichkeit aus, dass die entscheidungserheblichen Tatsachen so vorliegen, wie behauptet wird, wobei durchaus gewisse Zweifel bestehen bleiben können. Es genügt, wenn bei mehreren ernstlich in Betracht zu ziehenden Möglichkeiten das Vorliegen einer davon relativ am wahrscheinlichsten ist, weil nach Gesamtwürdigung aller Umstände im Vergleich mit den anderen ernsthaften Möglichkeiten mehr für diese als für die anderen Möglichkeiten spricht; die bloße Möglichkeit einer Tatsache reicht hingegen nicht aus.

1. Der Anordnungsanspruch

Die geltend gemachte überwiegende Wahrscheinlichkeit eines Erfolges in der Hauptsache besteht nicht.

a) Die in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes U. v. 07.12.1995 3- C 23/94 und 18.04.1985 - 3 C 34/84 (vgl. auch OVG Hamburg B. v. 01.03.1996 – Bs III 149/95) in Ansehung des Grundrechts auf Berufsfreiheit gem. Art 12 Abs. 1 GG von Art. 12 GG für Vergleichstests für erforderlich zu haltende Rechtsgrundlage liegt vor.

b) Der auf Unterlassung einer Störung des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes gerichtete Antrag ist nicht begründet. Der Antragstellerin steht kein Unterlassungsanspruch analog § 1004 Abs. 1 S. 2, 823 Abs. 1, 824 BGB zu. Die Antragsgegner haben mit der Veröffentlichung des betroffenen Testberichts nicht unzulässiger Weise in das Recht des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb eingegriffen.

aa) Schutzbereich des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs im Allgemeinen

Das geschützte Rechtsgut wurde von der Rechtsprechung entwickelt (vgl. BGH U. v. 22.12.1961 - I ZR 152/59; st. Rspr.).

Gegenstand des Schutzes des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ist das Unternehmen, geschütztes Rechtssubjekt der Unternehmer. Darunter fallen alle natürlichen und juristischen Personen, Handels- oder BGB-Gesellschaften, die unternehmerisch tätig sind.

Der gegenständliche Schutzbereich umfasst das existierende Unternehmen sowohl in seinem Bestand als auch in seiner Betätigung. Das Unternehmen genießt also Bestands- und Funktionsschutz.

Eine Einschränkung der Reichweite des Schutzes des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb liegt zum einen darin, dass nicht vor jeglichen Eingriffen, sondern nur vor unmittelbaren Eingriffen Schutz gewährt wird, die gegen den Betrieb als solchen gerichtet, also betriebsbezogen sind und nicht vom Unternehmen ablösbare Rechte oder Rechtsgüter betreffen. Zum anderen ist das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ein sog. Rahmenrecht bzw. ein offener Verletzungstatbestand, bei dem die Rechtswidrigkeit nicht bereits durch den deliktischen Eingriff indiziert ist, sondern vielmehr das Rechtswidrigkeitsurteil auf der Grundlage einer umfassenden Güter- und Interessenabwägung unter Einbeziehung der berührten Güter und Interessen des Verletzten, des Eingreifenden und der Öffentlichkeit gefällt werden muss (Lange/Schmidbauer in: JurisPK-BGB 4. Aufl. 1008 Stand 30.11.2009 Rdnrn. 35 ff, 75 ff zu § 823 BGB).

bb) Übertragung dieser Grundsätze auf die Veröffentlichung von Transparenzberichten unter Heranziehung der zivilrechtlichen Rechtsprechung zu Leistungs- und Warentests

Die in § 115 Abs. 1a) SGB XI vorgesehene Veröffentlichung von Prüfergebnissen stellt in Anwendung obiger Grundsätze für sich genommen keinen unzulässigen Eingriff in das Recht des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes dar.

Dies ergibt sich aus folgendem:

(1) Das Handeln der Antragsgegner entspricht einem vergleichenden Test, der im Verbraucherinteresse und nicht zu Wettbewerbszwecken der Antragsgegner erfolgt. Die von der

zivilrechtlichen Rechtsprechung zu Waren- und Leistungstests entwickelten Grundsätze sind damit entsprechend anwendbar.

(2) Mediale Veröffentlichungen bzgl. der Leistungserbringer und ihre Leistungen sind zwar grundsätzlich objektiv geeignet in deren Wettbewerb einzugreifen, dienen aber gleichwohl nicht den Zwecken des Wettbewerbs. Die wettbewerblichen Auswirkungen des Handelns der Antragsgegner sind vorliegend nur eine unvermeidbare Folge der Erfüllung der vom Gesetzgeber übertragenen Aufgabe der Schaffung von Transparenz und reichen nicht aus, die subjektive Wettbewerbsabsicht zu bejahren (zu vergleichbarer Problematik OLG Hamburg U. v. 27.01.2005 - 3 U 113/04). Insoweit liegen die Dinge grundlegend anders als z. B. bei einem Gewerbetreibenden, der nicht nur seine Produkte vertreibt, sondern über diese und die konkurrierenden Waren Kundeninformation erstellt (vgl. BGH WRP 2003, 1111 - Schachcomputerkatalog).

Vergleichende Tests, denen die Transparenzberichte ähneln, dienen als eine prognostische Einschätzung der Fähigkeiten eines Anbieters dazu, den Verbraucher über Eigenschaften und Preiswürdigkeit der ihm auf dem Markt angebotenen Waren bzw. Dienstleistungen sachkundig zu unterrichten. Dadurch unterscheidet sich der Test von der Werbung, die vornehmlich den absatzpolitischen Zielen des werbenden Gewerbetreibenden dient.

(3) Es ist deshalb unter Heranziehung der Grundsätze zur Beurteilung von Leistungs- und Warentests von einer aus der Gewährleistung der Meinungs- und Informationsfreiheit in Art. 5 GG abgeleiteten immanenten Beschränkung der unternehmerischen Betätigungsfreiheit auszugehen. Die Frage nach der Zulässigkeit von Eingriffen in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb kann dabei – wie bereits ausgeführt - nur aufgrund einer Güter- und Pflichtenabwägung beantwortet werden (vgl. jurisPK-BGB a. a. O. Rdnrn. 75 ff). Die Rechtmäßigkeit der Leistungs- und Warenkritik wird im Wesentlichen damit begründet, dass bei der erforderlichen Güterabwägung dem geschützten Rechtsgut Gewerbebetrieb die ebenso geschützte Freiheit einer Meinungsäußerung gegenüberstehe, die sich mit dessen Produkten befasst und die Befriedigung des Informationsinteresses der Öffentlichkeit daran für sich in Anspruch nehme (vgl. BGH st. Rspr., vgl. etwa BGH U. v. 17.06.1997 – VI ZR 114/96). Der Gewerbebetrieb muss sich also einer Kritik seiner Leistung stellen. Hierbei sind die schutzwürdigen wirtschaftlichen Belange des einzelnen Leistungsanbieters einerseits und die Befriedigung des Informationsbedürfnisses der Öffentlichkeit durch Verbraucheraufklärung und Gewinnung von Markttransparenz andererseits gegeneinander abzuwägen.

(4) Diese Erwägungen des Bundesgerichtshofs kommen auch im vorliegenden Zusammenhang zum Tragen:

(a) Verbraucheraufklärung, wie sie von den Antragsgegnern betrieben wird, ist zur Gewinnung von Markttransparenz unerlässlich, und zwar nicht nur im Interesse der Verbraucher, sondern schlechthin unter volkswirtschaftlichen Gesichtspunkten. Dem alleinigen Zweck der Veröffentlichungen, dass die Leistungen der Pflegeeinrichtungen sowie deren Qualität für Pflegebedürftige und ihre Angehörigen verständlich, übersichtlich und vergleichbar im Internet sowie in anderer geeigneter Form veröffentlicht werden, ist ein hoher Stellenwert zuzubilligen. Diese Form der Unterrichtung dient zudem den wohlverstandenen Interessen der Anbieter, um deren Leistungen es geht.

(b) Im Gegensatz zu einer Entscheidung des BVerwG v. 18.04.1985 – 3 C 34/84 zu Arzneimittel-Transparenzlisten geht es nicht um Verengung des Schutzbereichs anderer Grundrechte im Interesse einer bestimmten Wirtschaftspolitik, was bei den Arzneimittel-Transparenzlisten der Fall war, die vorrangig der Wirtschaftslenkung dienten, sondern es dient das vorliegende Instrumentarium - wie etwa die Testberichte der Stiftung Warentest - der Verbraucheraufklärung und -beratung um ihrer selbst willen.

(c) Zwar können sich die Antragsgegner - anders als etwa die Stiftung Warentest - nicht unmittelbar auf Art. 5 GG berufen. Doch sind die Antragsgegner insoweit nur die Institution, die eine vom Gesetzgeber für erforderlich gehaltene Information sicher zu stellen hat. Sie hat dabei die auf der Grundlage der sog. Transparenzvereinbarung vom MDK gewonnenen Ergebnisse zugrunde zu legen. An der genannten Transparenzvereinbarung sind alle an der Problematik interessierten Kreise beteiligt gewesen (vgl. § 115 Abs. 1a) S. 6, 7 SGB XI). Die Spitzenverbände der Pflegekassen haben mit den Spitzenverbänden der Leistungserbringer, so auch dem Bundesverband privater Anbieter sozialer Dienste e.V. bpa, und dem MDK die Transparenzvereinbarung nebst Anlagen abgeschlossen, worin das Verfahren und die Inhalte der Transparenzberichte festgelegt sind. Mit diesem Mechanismus soll nach dem Willen des Gesetzgebers der vielfach im Interesse des Bürgers erhobenen Forderung nach mehr Transparenz und Vergleichbarkeit von Pflegeeinrichtungen in weitest möglicher Form Rechnung getragen werden (BT-DS 16/7439, 89). Damit ist für die Berechtigung der Öffentlichmachung entsprechender Leistungsbewertungen wie bei sonstigen Leistungs- und Warentests der Schutzgedanken des Art. 5 GG zumindest entsprechend heranzuziehen und dem wirtschaftlichen Interesse. Im Gegensatz zu der genannten Entscheidung des BVerwG geht es auch nicht um Verengung des Schutzbereichs anderer Grundrechte im Interesse einer bestimmten Wirtschaftspolitik, was bei den Arzneimittel-Transparenzlisten der Fall war, die vorrangig der Wirtschaftslenkung dienten, sondern es dient das vorliegende Instrumentarium wie etwa die Testberichte der Stiftung "Warentest" der Verbraucheraufklärung und -beratung um ihrer selbst willen.

(d) Bei der Güterabwägung ist zu berücksichtigen, dass der Leistungsanbieter nicht bloßes Objekt der Bewertung ist, sondern

- i. d. R. eine Darlegung der Ergebnisse der Transparenzprüfung durch den MDK anlässlich der Schlussbesprechung erfolgt,

- die Pflegeeinrichtung der Veröffentlichung des Transparenzberichtes Kommentierungen anfügen kann, die je nach Plausibilität durchaus den Transparenzbericht zu relativieren vermögen,

- weitere Leistungsangebote und Strukturdaten angegeben werden können,

- gleichwertige Prüfergebnisse auch darzustellen sind und

- jährlich Überprüfungen stattfinden sowie

- daneben Wiederholungsprüfungen beantragt werden können (§ 114 Abs. 5 S. 3 SGB XI).

Dadurch wird auch dem Standpunkt des Leistungsanbieters Gehör verschafft.

(e) Auch darf nicht verkannt werden, dass die mit einer Veröffentlichung der Prüfergebnisse verbundenen Auswirkungen auf den Gewerbebetrieb nicht überschätzt werden dürfen. Der Anbieter ist mit seinen Leistungen nicht vom Wettbewerb ausgeschlossen. Mit seiner Zulassung als Pflegeeinrichtung nach den §§ 71, 72 SGB XI ist auch festgelegt, dass er "die Gewähr für eine leistungsfähige und wirtschaftliche pflegerische Versorgung" bietet. Nur oberhalb dieser Schwelle hat er sich dem Vergleich mit anderen Anbietern zu stellen, die gleichfalls diesen Anforderungen genügen. Hinzu kommt, dass so groß das Interesse an Information und Transparenz auch sein mag und so wünschenswert eine Erhöhung an Transparenz ist, in gleicher Weise auch das Bewusstsein für die Grenzen des Informationsgehaltes solcher Bewertungen besteht. Prüfaussagen sind, wie allgemein bekannt, Werturteile und es kann durchaus zu unterschiedlichen Testergebnissen bezüglich der gleichen Leistung kommen. In der Analyse enthaltene Tatsachenbehauptungen, die zu den Analyseergebnissen hinführen, sind grs. gemeinsam mit den Ergebnissen als wertende Meinungsäußerung anzusehen. Ein durchschnittlich informierter, aufmerksamer und verständiger Durchschnittsverbraucher (vgl. EuGH, WRP 2000, 289, 292 - Lifting Creme) fasst ebenso wie ein oberflächlicher Durchschnittsleser (vgl. BGH U. v. 22.10.1992 - I ZR 284/90 - Teilzahlungspreis II) die dargestellten Merkmale nicht als das entscheidende, sondern nur als ein wesentliches Kriterium zur Beurteilung von Leistungserbringern auf. Auch geht es bei der Wahl einer Pflegeeinrichtung um eine Entscheidung, bei der sich vernünftigerweise niemand nur mit einem Blick auf die Veröffentlichung begnügen und darauf seine Entscheidung stützen wird. Vielmehr wird er auch andere Kriterien, wie Preis, Nähe usw. mit in seine Überlegungen mit einbeziehen.

(f) Die relative Unsicherheit bzgl. valider Indikatoren der Ergebnis- und Lebensqualität ist auch kein Ausschlussgrund für Transparenzberichte. Diesen Gesichtspunkt haben Vertragsparteien in der Transparenz-Vereinbarung offengelegt und im Vorwort darauf hingewiesen, dass nach Durchführung des Beteiligungsverfahrens die Transparenzvereinbarung in dem Wissen geschlossen wurde, dass es derzeit keine pflegewissenschaftlich gesicherten Erkenntnisse über valide Indikatoren der Ergebnis- und Lebensqualität der pflegerischen Versorgung in Deutschland gibt. Die getroffene Vereinbarung sei deshalb als vorläufig zu betrachten und diene der vom Gesetzgeber gewollten schnellen Verbesserung der Transparenz für die Verbraucher über die Pflege, soziale Betreuung und Versorgung in Pflegeheimen. Unter den Vertragsparteien bestehe Einvernehmen, diese Vereinbarung anzupassen, sobald pflegewissenschaftlich gesicherte Erkenntnisse über Indikatoren der Ergebnis- und Lebensqualität vorliegen. Dabei werde insbesondere das vom BMG und vom BMFSFJ geplante "Modellprojekt Messung Ergebnisqualität in der stationären Altenpflege" zu berücksichtigen sein, dessen Ergebnisse Ende 2010 erwartet würden. Es ist nicht zu beanstanden, dass trotz dieser relativen Unsicherheit Transparenzberichte bereits jetzt erstellt werden. Denn die Beurteilung von Sachverhalten kann immer nur im Rahmen der gegenwärtigen Erkenntnisse erfolgen. Das Zur-Kennntnis-Nehmen und Offenlegen der Grenzen gegenwärtiger Erkenntnis, sowie der Wille zur Fortentwicklung sind dabei weitere Beiträge zur Stärkung der Qualität von Prüfverfahren. Vertretbare Ergebnisse lassen sich auf der Grundlage, der unter Zugrundelegung der aktuellen Wissensbasis abgeschlossenen Transparenzvereinbarung, jedenfalls erzielen.

cc) Freiraum bei der Bewertung

Dem Beurteilenden ist ein erheblicher Entscheidungsfreiraum in der Durchführung und der Darstellung der Untersuchungsergebnisse einzuräumen, denn dieser ihm im allgemeinen

Interesse übertragenen Aufgabe kann er nur gerecht werden, wenn für die Untersuchungsmethoden sowie die vorgenommenen Wertungen und die anschließende Veröffentlichung ein angemessener Spielraum zur Verfügung steht. Bei einem Transparenzbericht handelt es sich, wie bereits umfassend dargelegt, um eine Bewertung aufgrund verschiedener Gesichtspunkte, so dass die Entscheidung je nach Gewichtung auch unterschiedlich ausfallen kann und insoweit nicht durch eine Entscheidung eines Dritten ersetzt werden kann, geschweige denn gerichtlich überprüfbar ist.

Nach den von der zivilrechtlichen Rechtsprechung zu Waren- und Leistungstests entwickelten Grundsätzen ist die Veröffentlichung eines vergleichenden Tests zulässig, wenn die dem Bericht zugrunde liegenden Untersuchungen im Rahmen eines fairen Prüfungsverfahrens neutral, objektiv und sachkundig durchgeführt worden sind, und sowohl die Art des Vorgehens bei der Prüfung als auch die aus den Untersuchungen gezogenen Schlüsse vertretbar, d.h. diskutabel erscheinen. Für die Darstellung der Testergebnisse ist dem Prüfer also ein erheblicher Ermessensfreiraum einzuräumen. Zu den Grenzen, unten unter B II 1. b) cc).

Das ist grundsätzlich auch tragbar, weil das von der Pflege-Transparenzvereinbarung nebst ihren Anlagen vorgegebene Konzept auch in der praktischen Umsetzung eine weitgehende Gewähr dafür bietet, dass sie auf ordnungsmäßigem Wege zu jedenfalls vertretbaren Wertungen gelangt, was selbstverständlich im Einzelfall eine andere rechtliche Beurteilung eines von ihr durchgeführten und veröffentlichten Transparenzberichtes nicht ausschließt.

dd) Fälle der Überschreitung des Freiraums

Der nicht justiziable Freiraum wird nur dann im Einzelfall in unzulässiger Weise überschritten, wenn eine Bewertung den Boden der Neutralität, der Objektivität und der Sachkunde verlässt, insbesondere bei offensichtlichen oder sogar bewussten Fehltritten, bewussten Verzerrungen, der Behauptung unwahrer Tatsachen, willkürlichem Vorgehen (Art. 3 GG; vgl. hierzu BGH U. vom 17.6.1997 - VI ZR 114/96; LG Berlin, U. v. 14.4.2005 - 27 O 922/04; OLG Frankfurt, Urteil vom 1.8.2005 - 16 U 24/05) oder wenn Schmähkritik geübt würde (vgl. hierzu BGH U. v. 09.12.1975—VI ZR 157/73).

ee) Prüfung ob hier eine Überschreitung des Freiraums vorliegt

Die summarische Prüfung des Sachverhaltes ergibt vorliegend keine überwiegende Wahrscheinlichkeit für einen derart schwerwiegenden Verstoß.

Es wird von der Antragstellerin angeführt, der Transparenzbericht enthalte gravierende Mängel.

Diese Einschätzung teilt das Gericht nicht. Es besteht kein hinreichender Anhalt, dass die der Veröffentlichung zugrunde liegenden Untersuchungen nicht sachkundig durchgeführt worden sind.

Es fehlt an jeglichem Anhalt, dass die Antragsgegnerin die Vorgaben der Transparenzvereinbarung bzw. wissenschaftliche Standards nicht eingehalten hätte.

Die Antragstellerin bemängelt in diesem Zusammenhang, es sei aus dem Bericht nicht ersichtlich, ob und inwieweit hier methodische Fragen bei der Vergleichbarkeit in der Frage der

Stimmigkeit der Bewertung berücksichtigt wurden. Diesem Einwand kann nicht gefolgt werden. Aus der ersichtlich erfolgten vollständigen Prüfung der Einzelkriterien anhand der Vorgaben der Transparenzvereinbarung mit ihren Anlagen ist eine Vergleichbarkeit und Stimmigkeit in dem erforderlichen Umfang gewährleistet und auch dem Bericht zu entnehmen.

Entgegen den Ausführungen des Bevollmächtigten der Antragstellerin ist auch die Berechnung der Bereichsnoten und der Endnote nicht zu beanstanden. Die Berechnung der Transparenzergebnisse erfolgt auf der Basis von Skalenwerten (vgl. hierzu Anl. 2 und 4 der Transparenzvereinbarung). Jedes einzelne Kriterium wird mit Punkten auf einer Skala von 1-10 bewertet. Hieraus wird zum einen eine Note für das Einzelkriterium errechnet, zum anderen wird aus der Gesamtzahl der Punkte in einem Bereich ein Mittelwert gebildet, auf dessen Grundlage die Note für den jeweiligen Bereich errechnet wird. ("Die Bereichsnote ergibt sich aus den Mittelwerten der Punktebewertung der Einzelkriterien.") Entsprechend wird die Gesamtnote ermittelt. Der Bevollmächtigte der Antragstellerin hat demgegenüber den Mittelwert der Noten bei den einzelnen Kriterien errechnet und kommt daher zu abweichenden Ergebnissen bei den Bereichsnoten und bei der Gesamtnote. Es ist aber - wie bereits ausgeführt - nicht der Mittelwert aus den Noten der Einzelkriterien maßgeblich, sondern der Mittelwert aus den Punkten bei den Einzelkriterien. Diese Berechnungsmethode ist durch die Transparenzvereinbarung vorgegeben und nicht zu beanstanden. Eine Benachteiligung der Antragstellerin liegt nicht vor, denn diese Art der Berechnung wird bei allen Einrichtungen in gleicher Weise angewandt. Sie ist im Ergebnis auch genauer als eine Errechnung der Durchschnittsnote auf Basis der Einzelnoten. Im Transparenzbericht selbst wird auf diese Berechnungsweise durch eine Fußnote und die dem Bericht anliegenden "Erläuterungen zum Bewertungssystem" hingewiesen.

In der Antragsschrift wird auf die Stellungnahme der Antragstellerin vom 20.11.2009 hingewiesen. Die dortigen Ausführungen beziehen sich aber nicht unmittelbar auf den Transparenzbericht, sondern auf die Ergebnisse der Qualitätsprüfung. Insbesondere wird im Schreiben vom 20.11.2009 dargestellt, welche Hinweise nach der Qualitätsprüfung bereits umgesetzt worden seien und worauf künftig geachtet werde. Nachträgliche Änderungen können jedoch erst bei der nächsten Bewertung berücksichtigt werden. Der Transparenzbericht gibt immer den Stand bei der aktuellen Prüfung wieder. Soweit in dem Schreiben einzelne Ergebnisse der Prüfung kritisiert werden, berührt dies aber nicht den justiziablen Bereich. An der Vertretbarkeit der Bewertung durch den MDK werden keine Zweifel geweckt.

Anhaltspunkte dafür, dass der Boden der Neutralität, der Objektivität und der Sachkunde verlassen wurde, insbesondere offensichtliche oder bewusste Fehltritte, bewusste Verzerrungen erfolgten, unwahre Tatsachen behauptet würden, willkürlich vorgegangen worden sei liegen nicht vor. Ebenso wenig handelt es sich um Schmähkritik.

c) Begründung eines Unterlassungsanspruchs in direkter Anwendung des Art. 12 GG

Ein unzulässiger Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit (Art 12 Abs. 1 GG) ist gleichfalls nicht ersichtlich.

Das Grundrecht nach Art. 19 Abs. 3 GG ist auch auf juristische Personen anwendbar, soweit sie eine Erwerbszwecken dienende Tätigkeit ausüben, die ihrem Wesen und ihrer Art nach in gleicher Weise einer juristischen wie einer natürlichen Person offen steht. In der bestehenden Wirtschaftsordnung umschließt das Freiheitsrecht des Art. 12 Abs. 1 GG auch das

berufsbezogene Verhalten der Unternehmen am Markt nach den Grundsätzen des Wettbewerbs.

Die Reichweite des Freiheitsschutzes wird dabei durch die rechtlichen Regeln mitbestimmt, die den Wettbewerb ermöglichen und begrenzen. Insoweit sichert Art. 12 Abs. 1 GG die Teilhabe am Wettbewerb. Die Wettbewerber haben aber keinen grundrechtlichen Anspruch darauf, dass die Wettbewerbsbedingungen für sie gleich bleiben. Insbesondere gewährleistet das Grundrecht keinen Anspruch auf Erfolg im Wettbewerb oder auf Sicherung künftiger Erwerbsmöglichkeiten. Ein am Markt tätiges Unternehmen setzt sich der Kommunikation und damit auch der Kritik der Qualität seiner Produkte oder seines Verhaltens aus. Art 12 Abs. 1 GG vermittelt kein Recht des Unternehmens, nur so von anderen dargestellt zu werden, wie es gesehen werden möchte oder wie es sich und seine Produkte selber sieht (BVerfG B. v. 26.06.2002 – 1 BvR 558/91 und 1428/91). Die Auswirkungen der Veröffentlichung des Transparenzberichtes auf die Berufsausübung des einzelnen Anbieters sind auch bloßer Reflex der auf das System der gesetzlichen Pflegeversicherung bezogenen Regelung zur Markttransparenz.

Marktbezogene Informationen des Staates beeinträchtigen den grundrechtlichen Gewährleistungsbereich der betroffenen Wettbewerber aus Art 12 Abs. 1 GG nicht, sofern der Einfluss auf wettbewerbserhebliche Faktoren ohne Verzerrung der Marktverhältnisse nach Maßgabe der rechtlichen Vorgaben für staatliches Informationshandeln erfolgt. Verfassungsrechtlich von Bedeutung sind dabei das Vorliegen einer staatlichen Aufgabe und die Einhaltung der Zuständigkeitsordnung sowie die Beachtung der Anforderungen an die Richtigkeit und Sachlichkeit von Informationen (BVerfG B. v. 26.06.2002 – 1 BvR 558/91 und 1428/91).

In welcher Beziehung die durch § 115a SGB XI getroffene Regelung in den Schutzbereich des Art. 12 GG überhaupt eingreift, bedarf vorliegend keiner tieferen Erörterung. Denn der Gesetzgeber hat das Recht, die Freiheit der Berufsausübung einschränkende gesetzliche Regelungen zu treffen. Eingriffe in die Freiheit der Berufsausübung bedürfen gemäß Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG einer gesetzlichen Grundlage, die den Anforderungen der Verfassung an grundrechtsbeschränkende Gesetze genügt. Die gesetzlichen Grundlagen sind dann mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar, wenn sie durch ausreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt werden und wenn sie dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen, wenn also das gewählte Mittel zur Erreichung des verfolgten Zwecks geeignet und auch erforderlich ist und wenn bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit noch gewahrt ist (BVerfG B. v. 22.01.1997 - 2 BvR 1915/91 m. w. N.). Da gerade das Gebot der Markttransparenz einen gleichberechtigten Wettbewerb zwischen den Anbietern unter Beachtung des Grundrechts auf freie Berufsausübung und Gleichbehandlung fördert, begegnet die getroffene gesetzliche Regelung, die diesem Ziel dient und dieses auch nicht verfehlt, keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Die Regelungen sind auch verhältnismäßig.

Nur soweit die konkret getroffene Maßnahme – hier: der die Einrichtung betreffende Transparenzbericht - den durch die gesetzliche Grundlage (§ 115 a SGB XI) i. V. m. der Transparenzvereinbarung gezogenen Rahmen in rechtswidriger Weise verlässt, handelt es sich tatsächlich um eine Verletzung der Freiheit der Berufsausübung gem. Art. 12 GG. Ob eine solche vorliegt, richtet sich aber genau nach den Regeln, die für die Rechtswidrigkeit von Eingriffen in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb gelten. Denn erst dann liegt ein Eingriff in den geschützten Bereich vor, so dass sich an der vorliegend getroffenen Beurteilung nichts

ändert.

d) Begründung eines Unterlassungsanspruchs in Anwendung der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG

Eine Verletzung von Art 14 Abs. 1 GG scheidet schon deshalb aus, weil der Schutzbereich der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie durch die Veröffentlichung des Transparenzberichtes nicht berührt ist. Es werden keine Eigentumsverhältnisse angetastet.

2. Der Anordnungsgrund

Obwohl der Erlass einer Sicherungsanordnung bereits wegen des fehlenden Anordnungsanspruchs ausscheidet, soll noch kurz zum Anordnungsgrund Stellung genommen werden.

Der Anordnungsgrund (Eilbedürftigkeit) setzt voraus, dass dem Rechtsuchenden das Abwarten der Entscheidung in der Hauptsache nicht zugemutet werden kann, weil in der Zwischenzeit irreparable Rechtsnachteile eintreten können. Drohende Wettbewerbsnachteile begründen nur dann einen Anordnungsgrund, wenn ohne einstweiligen Rechtsschutz die Existenz der Betriebs gefährdet ist (vgl. zu einer Vertragsarztangelegenheit LSG Niedersachsen-Bremen B. v. 21.10.2003 - L 3 KA 447/03 ER, jurisPR Sozialrecht 11/2004, m. Anm. Wagner). Davon ist nicht mit der erforderlichen überwiegenden Wahrscheinlichkeit auszugehen. Die vorgelegte eidesstattliche Versicherung macht zwar glaubhaft, dass regionale Konkurrenz besteht, aber nicht dass sich der die Antragstellerin betreffende Transparenzbericht derart verheerend auswirken würde. Abgesehen davon, dass die Antragstellerin offenbar voraussetzt, dass die Konkurrenz erheblich besser bewertet ist, was bisher nicht belegt ist, widerspricht diese Annahme schon der allgemeinen Erfahrung mit Testberichten, Rankings und Ähnlichem, die in anderen Branchen seit langem gang und gäbe sind.

3. Zusätzliche Interessenabwägung

Eine Korrektur der vorstehenden Ergebnisse ergibt sich durch die noch vorzunehmende Interessenabwägung nicht.

Es ist zusätzlich zur Prüfung von Anordnungsanspruch und –grund noch eine Interessen- und Folgenabwägung im Sinne einer Doppelhypothese für die gedachten Fälle der stattgebenden Eilentscheidung und einem Unterliegen im Hauptsacheverfahren einerseits und der ablehnenden Eilentscheidung und einem Obsiegen im Hauptsacheverfahren andererseits durchzuführen. Diese Güter- und Folgenabwägung kann zu einer Modifikation der für Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund zu fordernden Wahrscheinlichkeitsgrade führen. In besonderen Fällen kann auch bei einer unterhalb der überwiegenden Wahrscheinlichkeit liegenden Erfolgsaussicht der Hauptsache Erfolg haben, wenn das Gewicht der sonstigen Abwägungsbelange, insbesondere das Gewicht der drohenden (Grund-)Rechtsverletzung, schwer genug wiegt (BVerfG vom 12.5.2005, 1 BvR 569/05, Rdnrn. 25, 29 und Rdnrn. 116a).

Ein solcher Fall liegt hier nicht vor. Es wurde oben bereits dargestellt, dass der mit einer Veröffentlichung des Transparenzberichtes verbundene Eingriff in den Gewerbebetrieb relativ gering ist. Selbst wenn sich in einem Hauptsacheverfahren nach den Kriterien von B. II. 1. b) cc)

zu korrigierende Fehler herausstellen würden, wären keine derart wesentlichen zwischenzeitlichen negativen Effekte zu erwarten, die unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten eine Modifikation der gesetzlichen Voraussetzungen für die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes rechtfertigen würden.

C.

Der Antrag war deshalb mit der Kostenfolge des § 197a SGG i. V. m. § 154 Abs. 1 VwGO abzulehnen.

Der Streitwert eines derartigen Verfahrens richtet sich grundsätzlich gemäß § 197 a SGG in Verbindung mit § 52 Abs.1 Gerichtskostengesetz (GKG) nach der sich aus dem Klageantrag für die klagende Partei ergebenden Bedeutung der Sache. Die Festsetzung erfolgt von Amts wegen (§ 63 Abs.2 GKG) nach Ermessen des Gerichts (§ 52 Abs.1 GKG).Im vorliegenden Fall wird die Höhe des Streitwerts geschätzt. In Ermangelung von konkreten Anhaltspunkten für die Bestimmung des wirtschaftlichen Interesses des Klägers an den begehrten Unterlassungen wird der Regelwert gem. § 52 Abs. 2 GKG in Höhe von 5000.- EUR zugrunde gelegt und im Verfahren wegen vorläufigen Rechtsschutzes davon die Hälfte angesetzt.