

LSG Sachsen: Veröffentlichung von Transparenzberichten

Beschl. v. 24.2.2010 – L 1 P 1/10 B ER

Die Veröffentlichung von sog. Transparenzberichten im Internet i.S.d. § 115 Abs. 1a SGB XI ist regelmäßig zulässig.

(SG Dresden – S 16 P 173/09 ER)

Aus den Gründen:

I. Die Beschwerdeführerin wendet sich im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes gegen die Veröffentlichung von Transparenzberichten für von ihr getragene Pflegeheime.

Die Beschwerdeführerin betreibt die Pflegeheime „Haus A...“ und „Haus L.....“ in D. . Mit Schreiben vom 11.08.2009 übermittelte ihr der Medizinische Dienst der Krankenversicherung für den Freistaat Sachsen e. V. (MDK) aufgrund der am 02.07.2009 durchgeführten Qualitätsprüfung den Bericht nach §§ 115 Abs. 1 Elftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB XI) über die stationäre Einrichtung „Haus A. .“, in dem seinerzeit 21 Pflegebedürftige versorgt wurden. Tags darauf, am 12.08.2009, wurde der Beschwerdeführerin der Prüfbericht für das „Haus L.....“ (seinerzeit 25 versorgte Pflegebedürftige) über die Qualitätsprüfung vom 09.07.2009 übersandt. Mit zwei Schreiben vom 18.08.2009 hörten die Beschwerdegegner die Beschwerdeführerin zu den in den Prüfberichten aufgezeigten Mängeln an. Dazu äußerte sich die Beschwerdeführerin in ihren Stellungnahmen vom 14.09.2009 und 24.09.2009. Mit zwei Bescheiden vom 17.11.2009 forderten die Beschwerdegegner die Beschwerdeführerin auf, die bei der Qualitätsprüfung beider Häuser festgestellten Mängel zu beseitigen, und führten die aus ihrer Sicht zu treffenden Maßnahmen unter Setzung von Fristen auf. Da die Beschwerdeführerin als Trägerin des „Hauses A.....“ ihrer gesetzlichen Ver-

antwortung, die Qualität der Pflege sicherzustellen, nicht ausreichend gerecht geworden sei, sprachen die Beschwerdegegner der Beschwerdeführerin zusätzlich eine Verwarnung aus.

Am 02.12.2009 erhielt die Beschwerdeführerin von der DCS Pflege (Datenclearing-Stelle Pflege) eine Mitteilung per E-Mail, wonach die Prüfergebnisse des MDK zur Qualität der beiden genannten Pflegeeinrichtungen im Internet als Transparenzbericht veröffentlicht werden sollten. Der Bericht werde spätestens 28 Tage nach dem ersten Entwurf veröffentlicht. Die Beschwerdeführerin habe Gelegenheit, die Ergebnisse der Prüfung auf der (nicht öffentlich zugänglichen) Internetseite www.transparenzberichte-pflege.de einzusehen und könne Angaben zu weiteren Leistungsangeboten und Strukturdaten sowie Prüfergebnissen machen. Darüber hinaus könne sie das Prüfergebnis kommentieren. Die Beschwerdeführerin wandte sich daraufhin mit Schreiben vom 03.12.2009 an die Beschwerdegegner und beantragte eine erneute Qualitätsprüfung für beide Pflegeheime. Grund für diesen Antrag sei vor allem, dass die in den Prüfberichten bzw. in den Bescheiden aufgeführten Mängel nicht oder nicht mehr bestünden. Die Prüfergebnisse seien daher bereits im Zeitpunkt der beabsichtigten Veröffentlichung falsch und wahrheitswidrig. Eine erneute Qualitätsprüfung könne einen eventuellen Rechtsstreit über die Rechtmäßigkeit der Bescheide vom 17.11.2009 bzw. über die Befugnis zur Veröffentlichung der Prüfergebnisse verkürzen oder vermeiden. Die Beschwerdeführerin bat darum, die beantragte Qualitätsprüfung nicht vor dem 04.01.2010 durchzuführen, da über die Weihnachtsfeiertage und den Jahreswechsel in den Pflegeheimen zahlreiche Aktivitäten veranstaltet würden und das Pflegepersonal besonders intensiv in die Pflege und die Betreuung der Bewohner eingebunden sei.

Am 11.12.2009 forderte die Beschwerdeführerin die Beschwerdegegner auf, die beabsichtigte Veröffentlichung der beiden Transparenzberichte zu unterlassen, da diese grobe Fehler enthielten. Die Beschwerdegegner erwiderten daraufhin am 16.12.2009, es sei der Beschwerdeführerin innerhalb von 28 Tagen möglich, den vorläufigen Bericht durch Ergänzungen und Kommentierungen mitzugestalten.

Mängel, die nach der Qualitätsprüfung behoben worden seien, könnten nicht berücksichtigt werden und führten nicht zur Änderung der Transparenznoten. Über behobene Mängel könne die Beschwerdeführerin im Rahmen ihrer Möglichkeit zur Kommentierung berichten. Die Beschwerdegegner empfahlen der Beschwerdeführerin, sich über das Verfahren der Veröffentlichung der Qualitätsergebnisse von ihrem Trägerverband beraten zu lassen, da dieser der Pflege-Transparenzvereinbarung zugestimmt habe.

Die Beschwerdeführerin hat daraufhin am 18.12.2009 beim Sozialgericht Dresden (SG) den Erlass einer einstweiligen Anordnung beantragt und zugleich die unter dem Aktenzeichen S 16 P 174/09 anhängige Klage erhoben, mit der sie die Aufhebung der Bescheide vom 17.11.2009 begehrt. Sie habe einen Anspruch darauf, dass die Veröffentlichung der Transparenzberichte unterbleibe. Denn diese dokumentierten nicht die aktuelle Situation der Pflege in den Einrichtungen. So bleibe die zwischenzeitliche Beseitigung der in den Prüfberichten erwähnten Beanstandungen unberücksichtigt. Die Berichte seien daher unrichtig. Bei der Erstellung der Transparenzberichte müssten auch andere Erkenntnisse einbezogen werden, die nach Erstellung und außerhalb der Prüfberichte gewonnen würden. Schließlich dienten die Transparenzberichte dazu, dem Bürger aktuelle Informationen zur Qualität der jeweiligen Pflegeeinrichtung zur Verfügung zu stellen. Dazu seien die rund sechs Monate zuvor erstellten Qualitätsberichte nicht geeignet; zumal sie, die Beschwerdeführerin, innerhalb der darin vorgesehenen Frist sämtliche Mängel beseitigt habe. Nach § 115 Abs. 1 a SGB XI und § 115 Abs. 2 SGB XI müssten die Prüfberichte und die Transparenzberichte zeitnah und zeitlich parallel nach der Qualitätsprüfung erstellt und veröffentlicht werden. Diese Maßgabe hätten die Beschwerdegegner nicht beachtet. Ihre – der Beschwerdeführerin – wirtschaftliche Existenz sei bedroht. Dieser Umstand werde auch durch die Möglichkeit der Kommentierung nicht ausgeräumt. Vor der Veröffentlichung der Transparenzberichte sei sie nicht angehört worden. Die E-Mails vom 02.12.2009 hätten keinen identifizierbaren Absender erkennen lassen. Die Beschwerdegegner missachteten die Vorgaben in der Vereinbarung nach § 115 Abs. 1 a Satz 6 SGB XI über die Kriterien der Veröffentlichung sowie die Bewertungssystematik der

Qualitätsprüfungen der Medizinischen Dienste der Krankenversicherung sowie gleichwertiger Prüfergebnisse in der stationären Pflege (Pflege-Transparenzvereinbarung stationär – PTVS) vom 17.12.2008. Danach seien strittige Fragen zwischen der Pflegeeinrichtung und den Landesverbänden zu klären. Die Prüfberichte seien mangelhaft, da dabei nicht – wie in § 2 PTVS vorgesehen – mindestens fünf Bewohner einbezogen worden seien. Die Beschwerdegegner seien verpflichtet, die beantragte Wiederholungsprüfung zeitnah durchzuführen, um unzumutbare Nachteile abzuwenden. Das Bewertungsverfahren („Noten“) in den Transparenzberichten sei darüber hinaus nicht nachvollziehbar. Der Anordnungsgrund ergebe sich schon daraus, dass ein einmal veröffentlichter Transparenzbericht sich nicht zuverlässig und ohne Schaden aus dem Internet entfernen lasse. Das negative Erscheinungsbild beider Pflegeeinrichtungen würde fortwirken. Der Transparenzbericht für das „Haus A.....“ sei existenzbedrohend, obwohl die Befragung der Bewohner gute Ergebnisse erbracht habe. Der MDK habe vor allem die Dokumentation der Pflege bemängelt, während § 114 Abs. 2 Satz 3 SGB XI als vorrangiges Ziel der Regelprüfung anordne, den Pflegezustand und die Ergebnisqualität (Wirksamkeit der Pflege und Betreuungsmaßnahmen) festzustellen.

Die Beschwerdegegner haben am 22.12.2009 erwidert, ein Anordnungsanspruch bestehe nicht. Sie hätten das gesetzlich vorgesehene bzw. vertraglich vereinbarte Verfahren eingehalten, so dass die Veröffentlichung zum 31.12.2009 erfolgen könne. Aus ihrer Sicht wende sich die Beschwerdeführerin nicht gegen die im Prüfbericht ausgewiesenen Qualitätsmängel. Vielmehr gehe es ihr allein darum, den Umstand berücksichtigt zu wissen, dass die festgestellten Mängel inzwischen beseitigt worden seien. Eine tagesaktuelle Veröffentlichung der Qualitätsstandards in geprüften Pflegeheimen sei rein tatsächlich nicht möglich. Dies hätten der Gesetzgeber sowie die Vertragsparteien der PTVS gewusst und auch deshalb in Kauf genommen, da die regulären Prüfungen der Einrichtungen in sehr kurzen Abständen von einem Jahr erfolgten und damit eine zeitnahe Aktualisierung gewährleistet sei. Eine Veränderung der Veröffentlichung zwischen den Regelprüfungen sei aber nach einer Wiederholungsprüfung vorgesehen. Satz 1 und 2 des §

115 Abs. 1 a SGB XI ermöglichen nur die Berücksichtigung von in einem Prüfverfahren gewonnenen Informationen. Informationen, die die Landesverbände von einer Einrichtung erhielten, dürften hingegen nicht verwertet werden. Ob eine Mängelbeseitigung tatsächlich erfolgt sei, müsse daher vom MDK im Rahmen einer Prüfung festgestellt werden. Dies geschehe im Rahmen einer Wiederholungsprüfung nach § 114 Abs. 5 Satz 2 SGB XI. Das Ergebnis einer solchen Prüfung sei bei der Veröffentlichung zu berücksichtigen. Entsprechende Anträge habe die Beschwerdeführerin gestellt. Die Prüfung müsse innerhalb von acht Wochen nach Antragseingang erfolgen. Unabhängig davon bleibe die Möglichkeit einer Gegen Darstellung oder Kommentierung im Internetportal der DCS Pflege, die als Teil des Transparenzberichts zu veröffentlichen sei. Zwar hätten die Transparenzberichte den jeweiligen Einrichtungen aufgrund datentechnischer Anlaufschwierigkeiten erst im November 2009 zur Verfügung gestellt werden können. Doch sei der Beschwerdeführerin dadurch kein Nachteil entstanden. Denn wären die Berichte bereits Anfang September 2009 veröffentlicht worden, hätten die Änderungen über die von der Beschwerdeführerin vorgetragene Mängelbeseitigung ebenso wenig berücksichtigt werden können. Zudem sei auch eine Anhörung erfolgt. Dies sei mittels der E-Mails vom 02.12.2009 geschehen, die den Hinweis enthalten hätten, dass die Beschwerdeführerin die Transparenzberichte einsehen und ggf. mit einer Kommentierung versehen könne. Sofern eine Einrichtung berechnete Einwände gegen die Feststellungen der Qualitätsprüfung und damit gegen den Transparenzbericht erhebe, erfolge die Veröffentlichung erst nach deren Klärung.

Das SG hat den Antrag abgelehnt (Beschluss vom 22.12.2009). § 115 Abs. 1 a Satz 1 SGB XI sehe die Veröffentlichung von Transparenzberichten ausdrücklich vor. Nach Satz 2 dieser Vorschrift müssten die Ergebnisse der Qualitätsprüfungen des MDK oder gleichwertige Prüfergebnisse dem Transparenzbereich zwingend zugrunde gelegt werden. Hier sei zu berücksichtigen, dass die Beschwerdeführerin gegen die Bescheide der Beschwerdegegner vom 17.11.2009 keine Klage erhoben habe; diese seien auch nicht Gegenstand des Verfahrens S 16 P 174/09 geworden. Die Beschwerdeführerin habe auch keine Tatsachen glaubhaft gemacht, die auf die Unrichtigkeit der Ergebnisse der Qualitätsprüfungen schließen

ließen. Vielmehr deuteten ihre Behauptungen zur erfolgten Mängelbeseitigung darauf hin, dass es tatsächlich solche Mängel gegeben habe. Wegen § 115 Abs. 1 a Satz 2 SGB XI könne es für die Frage der Veröffentlichung nicht darauf ankommen, ob festgestellte Mängel zwischenzeitlich beseitigt worden seien. Die Beschwerdeführerin sei durch die E-Mails vom 02.12.2009 auch angehört worden. Der Absender sei identifizierbar gewesen, da die E-Mails erkennen ließen, dass diese den Beschwerdegegnern zuzurechnen seien. Ferner sei kein Anordnungsgrund glaubhaft gemacht; zumal davon auszugehen sei, dass die Beschwerdegegner die beantragten Wiederholungsprüfungen innerhalb der Acht-Wochen-Frist des § 114 Abs. 5 SGB XI ansetzen würden. Ebenso wenig bestünden Zweifel daran, dass die Ergebnisse dieser Wiederholungsprüfungen entsprechend § 115 Abs. 1 a Satz 4 SGB XI zeitnah veröffentlicht würden. Schließlich sei darauf hinzuweisen, dass die Beschwerdeführerin unabhängig von der Wiederholungsprüfung die Möglichkeit verbleibe, eine Gegendarstellung bzw. Kommentierung zu verfassen.

Gegen den ihr am 22.12.2009 per Telefax übermittelten Beschluss richtet sich die Beschwerdeführerin mit ihrer am 30.12.2009 eingelegten Beschwerde. Die Beschwerdeführerin meint, der Unterlassungsanspruch bestehe schon deswegen, weil sie mit Schreiben vom 14. und 24.09.2009 den Beschwerdegegnern mitgeteilt habe, dass die Mängel, soweit sie denn bestanden hätten, bis 31.10.2009 beseitigt worden seien und die Beschwerdegegner selbst eine Frist zur Beseitigung der Mängel bis 31.12.2009 gesetzt hätten. Daher dürfe ein Transparenzbericht, der auf einer Qualitätsprüfung im Juli 2009 beruhe, nicht im Jahre 2010 veröffentlicht werden. § 115 Abs. 1 a SGB XI sei dahingehend auszulegen, dass Transparenzberichte nur aufgrund aktueller Prüfberichte und parallel zu deren Erstellung veröffentlicht werden dürften. Nach dem gesetzgeberischen Willen solle eine Veröffentlichung nicht zu einem Zeitpunkt stattfinden, in dem die Pflegeeinrichtung die in der Qualitätsprüfung festgestellten Mängel schon beseitigt habe bzw. beseitigt haben müsse. Außerdem seien die Transparenzberichte fehlerhaft erstellt worden. Die Beschwerdegegner hätten die Anlage 3 der PTVS („Ausfüllanleitungen für die Prüfer“) nicht verwendet, sondern ohne jede weitere Prüfung die

Angaben des MDK übernommen, der lediglich jeweils mitgeteilt habe, ob die Anforderung erfüllt worden sei oder nicht. Dies sei grob fehlerhaft, weil es sich bei der Erstellung des Prüfberichts des MDK und der Erstellung des Transparenzberichts um getrennte Verfahren mit unterschiedlichen Zielen handle. Die Unterscheidung nach „erfüllt/nicht erfüllt“ in den Prüfberichten diene allein dazu, die Erstellung der Transparenzberichte möglichst einfach zu gestalten. Diese Bewertungen hätten in den Prüfbericht nicht aufgenommen werden dürfen. Weil dies gegen die Richtlinien des GKV-Spitzenverbandes über die Prüfung der in Pflegeeinrichtungen erbrachten Leistungen und deren Qualität nach § 114 SGB XI (Qualitätsprüfungs-Richtlinien – QPR) verstoße. Hierzu werde beispielhaft auf das Kriterium 24 (Erfassung des individuellen Sturzrisikos) verwiesen, bei dem der MDK davon ausgegangen sei, dass die vorgenommene Analyse nicht nach dem Standard des Deutschen Netzwerks für Qualitätsentwicklung in der Pflege (DNQP) durchgeführt worden sei und deswegen in allen Fällen das Kriterium als „nicht erfüllt“ begutachtet worden sei. Außerdem dürften die Transparenzberichte nicht veröffentlicht werden, weil ihre Einzelwerte, Bereichswerte und die Gesamtergebnisse nicht ansatzweise nachvollziehbar seien. Schließlich stehe der Veröffentlichung entgegen, dass die Erläuterungen für die Bürger in den Transparenzberichten schlichtweg falsch seien. Es werde nicht – wie behauptet – jedes Kriterium mit Punkten auf einer Skala von 1 bis 10 bewertet und der Mittelwert daraus gebildet. Vielmehr werde bei jeder Bewertung nur eine 0 oder eine 10 angesetzt. Der Anordnungsgrund ergebe sich weiterhin daraus, dass sich ein einmal im Internet veröffentlichter negativer Bericht mit existenzbedrohenden Benotungen nicht mehr ohne dauerhaften Schaden zurücknehmen lasse.

Die Beschwerdeführerin beantragt,

die Beschwerdegegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, die Veröffentlichung des Transparenzberichtes vom 02. Dezember 2009 für das -Pflegeheim „Haus A.....“,straße ..., D., und des Transparenzberichtes vom 02. Dezember 2009 für das-Pflegeheim „Haus L.....“,Straße 123, D. , zu unterlassen.

hilfsweise,

die Beschwerdegegner zu verpflichten, die Veröffentlichung des Transparenzberichtes vom 02. Dezember 2009 für das-Pflegeheim „Haus A.....“,straße, D. , und des Transparenzberichtes vom 02. Dezember 2009 für das-Pflegeheim „Haus L.....“, Straße, ... D. , zu unterlassen, bis die von der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 03. Dezember 2009 für diese Einrichtungen beantragten Wiederholungsprüfungen durchgeführt und deren Ergebnisse in den Transparenzberichten berücksichtigt sind.

Die Beschwerdegegner beantragen,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Es bestehe bereits kein Unterlassungsanspruch. Als Anspruchsgrundlage kämen allein die §§ 1004 Abs. 1, 823 Abs. 1, 824 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) in analoger Anwendung in Betracht. Geschütztes Rechtsgut sei das Recht am ausgeübten und eingerichteten Gewerbebetrieb. Die Veröffentlichung der Transparenzberichte sei als vergleichende Veröffentlichung anzusehen, deren wettbewerbliche Auswirkung nur eine unvermeidbare Folge der Erfüllung der vom Gesetzgeber übertragenen Aufgabe sei (Bezugnahme auf SG Bayreuth, Beschluss vom 11.01.2010 – S 1 P 147/09 ER; SG Würzburg, Beschluss vom 20.01.2010 – S 14 P 7/10). Insofern sei die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) zur Veröffentlichung von Testberichten über Leistungen oder Waren anzuwenden (Bezug auf BGH, Urteil vom 17.06.1997 – VI ZR 114/96 – NJW 1997, 2593). Die Veröffentlichung der Transparenzberichte sei zulässig, weil bei der Güterabwägung die geschützte Freiheit der Meinungsäußerung und das Informationsinteresse der Öffentlichkeit gegenüber dem Interesse des Betreibers der Einrichtung auf die ungehinderte Ausübung des Gewerbebetriebs überwiegen. Der Gesetzgeber habe durch die Einführung des §§ 115 Abs. 1 a SGB XI ausdrücklich eine Regelung zur Verbraucheraufklärung schaffen wollen. Ein unzuläs-

siger Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit sei darin nicht zu erkennen. Das Grundrecht aus Art. 12 Grundgesetz (GG) vermittle kein Recht des Unternehmers, nur so von anderen dargestellt zu werden, wie er gesehen werden wolle oder wie er seine Produkte selbst sehe (Bezugnahme auf Bundesverfassungsgericht [BVerfG], Beschluss vom 26.06.2002 – 1 BvR 558/91 und 1428/91 – BVerfGE 105, 252). Bei der Veröffentlichung der Transparenzberichte seien zwischenzeitlich erfolgte Mängelbeseitigungen nicht zu berücksichtigen. Dies könne jedoch im Rahmen der zu beantragenden – und von der Beschwerdeführerin bereits beantragten – Wiederholungsprüfung bzw. der jährlich durchzuführenden Regelprüfung geschehen. Die Verwendung der Pflegestandards des DNQP lasse keine evidenten Prüffehler erkennen. Die Darstellung des Transparenzberichts sei in der Anlage 4 („Darstellung der Prüfergebnisse“) der PTVS geregelt. Die einzelnen in der Anlage 1 („Kriterien der Veröffentlichung“) der PTVS aufgeführten Fragen würden vom MDK elektronisch bearbeitet. Die sich daran anschließende automatische Datenverarbeitung gebe nur die errechneten Noten wieder. Die einzelnen Punktwerte je Kriterium würden nicht gesondert ausgewiesen. Ein Ausdruck der Punktwerte liege auch den Beschwerdegegnern nicht vor. Ferner bestehe kein Anordnungsgrund. Da der veröffentlichte Transparenzbericht im Internet mit Kommentaren der Beschwerdeführerin versehen werden könne, sei keine Rufschädigung oder ein wesentlicher Wettbewerbsnachteil zu befürchten (Bezugnahme auf SG Gotha, Beschluss vom 12.01.2010 – S 16 P 7352/09 ER).

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Gerichtsakten beider Rechtszüge und die vorgelegten Prüfberichte verwiesen, die Gegenstand der Entscheidung gewesen sind.

II. Die Beschwerde ist unbegründet. Zu Recht hat das SG den Antrag abgelehnt, da die gesetzlichen Voraussetzungen zum Erlass einer einstweiligen Anordnung nicht vorliegen.

A. Die Beantragung der einstweiligen Anordnung ist statthaft, da es sich nicht um eine Anfechtungssache, sondern um eine Vornahmesache handelt; der Rechtsbehelf ist auch im Übrigen zulässig.

Der Transparenzbericht nach § 115 Abs. 1 a SGB XI stellt keinen Verwaltungsakt dar. Nach § 31 Satz 1 Zehntes Buch Sozialgesetzbuch (SGB X) ist ein Verwaltungsakt jede Verfügung, Entscheidung oder sonstige hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist. Beim Transparenzbericht fehlt es jedenfalls schon an einer Regelung mit unmittelbarer Außenwirkung. Der Transparenzbericht selbst gibt nur das Ergebnis einer Qualitätsprüfung nach §§ 114 f. SGB XI aufgrund des nach den Sätzen 6 ff. des § 115 Abs. 1 a SGB XI i.V.m. der PTVS vorgegebenen Bewertungsverfahrens wieder. Es handelt sich bei dem Transparenzbericht demgemäß um eine aus feststellenden und bewertenden Elementen zusammengesetzte Mitteilung über den Ist-Zustand einer Pflegeeinrichtung. Aus dem Sein folgt jedoch kein rechtliches Sollen. Die Tatsachenbehauptungen mögen richtig oder falsch, die Wertungen fehlerhaft oder zutreffend bzw. nachvollziehbar sein. Eine Zuschreibung von Rechten oder Pflichten, insbesondere eine Pflicht zum Tätigwerden nach bestimmten Vorgaben, ergibt sich aus dem Transparenzbericht für den Rechtsträger der Pflegeeinrichtung nicht. Ob der Träger der Pflegeeinrichtung sich durch die zu erwartende oder schon eingetretene Reaktion der Nachfrager, der Pflegebedürftigen und ihrer Angehörigen, seinerseits zu Änderungen in seinem Geschäftsbetrieb veranlasst sieht, ist in diesem Zusammenhang irrelevant. Ganz anders verhält es sich mit den Entscheidungen der Landesverbände der Pflegekassen nach § 115 Abs. 2 SGB XI über Maßnahmen, die auf der Grundlage einer Qualitätsprüfung zu treffen sind. Hierbei handelt es sich um Verwaltungsakte nach § 31 Satz 1 SGB X (so auch ausdrücklich § 115 Abs. 2 Satz 1 letzter Halbsatz SGB XI: „... erteilen dem Träger der Einrichtung hierüber einen Bescheid ...“).

Wie schon der Transparenzbericht selbst ist auch seine Veröffentlichung durch die Landesverbände der Pflegekassen als Realakt zu qualifizieren (so auch Bundes-

verwaltungsgericht [BVerwG], Urteil vom 18.04.1985 – 3 C 34.84 – BVerwGE 71, 183, 186 f. zur Veröffentlichung von Arzneimitteltransparenzlisten). Zwar könnte in Erwägung zu ziehen sein, dass die Veröffentlichung einer vorherigen außenwirksamen Einzelfallentscheidung bedarf, die entweder mit der Ankündigung der Veröffentlichung oder inzident mit der Veröffentlichung selbst ergeht. Die Regelung bestünde dann darin, dass zu veröffentlichen ist. § 115 Abs. 1 a SGB XI stellt jedoch die Veröffentlichung der Transparenzberichte nicht in das Belieben der Landesverbände der Pflegekassen; vielmehr ergibt sich aus § 115 Abs. 1 a Satz 1 und 2 SGB XI deren Pflicht, die Qualitätsprüfungsergebnisse des MDK und gleichwertige Prüfergebnisse verständlich, übersichtlich und vergleichbar zu veröffentlichen. Mithin wollte der Gesetzgeber den Landesverbänden der Pflegekassen keinen Entscheidungsspielraum über das Ob der Veröffentlichung einräumen. Das Wie der Veröffentlichung ist durch § 115 Abs. 1 a Satz 6 ff. SGB XI i.V.m. der PTVS weitestgehend vorgegeben. Das Gesetz sieht auch ansonsten kein eigenständiges Verwaltungsverfahren für die Veröffentlichung der Transparenzberichte dergestalt vor, dass die Landesverbände der Pflegekassen von Amts wegen die Ordnungsgemäßheit der Bewertungen in jedem Einzelfall konstitutiv vor der Veröffentlichung feststellen müssten. Vielmehr geht das Gesetz insoweit von einem Automatismus aus: Liegen Prüfergebnisse des MDK oder gleichwertige Prüfergebnisse vor und können diese Ergebnisse nach Maßgabe der PTVS zu einem Transparenzbericht verarbeitet werden, dann ist dieser grundsätzlich zu veröffentlichen. Daher kann eine unmittelbar außenwirksame Einzelfallregelung überhaupt nur dann angenommen werden, wenn die Landesverbände der Pflegekassen die Veröffentlichung eines Transparenzberichtes ausnahmsweise unterlassen und diese Entscheidung dem Träger der Pflegeeinrichtung bekannt geben.

Wenn der Träger der Pflegeeinrichtung einen Antrag auf Unterlassung der beabsichtigten Veröffentlichung gegenüber den Landesverbänden der Pflegekassen stellt, kommt auch in Betracht, die Ablehnung dieses Antrags als Verwaltungsakt zu begreifen. Die Regelung bestünde in diesem Fall in der Entscheidung, nicht vom gesetzlich vorgesehenen Automatismus ausnahmsweise abzuweichen. Es erscheint jedoch vorzugswürdig, dem von einem negativ bewertenden

Transparenzbericht betroffenen Träger einer Pflegeeinrichtung die unmittelbar bei Gericht geltend zu machende Unterlassungsklage zu eröffnen. Anders mag es nur dann sein, wenn durch ein gesetzliches oder auf gesetzlicher Grundlage angeordnetes Antragsverfahren vorab zwingend der geltend gemachte Unterlassungsanspruch von den Landesverbänden der Pflegekassen zu prüfen ist. Dem ist jedenfalls bislang nicht so. Auch die PTVS schreibt ein derartiges Verfahren gerade nicht vor.

Somit ist in der Hauptsache gegen die beabsichtigte Veröffentlichung eines Transparenzberichtes entweder unmittelbar im Wege der Unterlassungsklage vorzugehen oder gegen die Ablehnung des auf die Nichtveröffentlichung gerichteten Antrags eine kombinierte Anfechtungs- und Verpflichtungsklage zu erheben. In beiden Fällen erfolgt der einstweilige Rechtsschutz nach § 86 b Abs. 2 Sozialgerichtsgesetz (SGG) entweder über die (vorläufige) Sicherungsanordnung für die Dauer des Hauptsacheverfahrens oder über die (eventuell endgültige) Regelungsanordnung. Selbst wenn die Ablehnung des Antrags, die Veröffentlichung zu unterlassen, die Voraussetzungen des § 31 Satz 1 SGB X erfüllte, würde daraus gleichwohl nicht folgen, dass Widerspruch und Klage aufschiebende Wirkung hätten. Diese tritt zwar nach § 86 a Abs. 1 Satz 1 SGG in Anfechtungssachen ein. Um eine solche handelt es sich jedoch nicht. Aufgrund dessen, dass § 115 Abs. 1 a Satz 1 und 2 SGB XI die Veröffentlichung als „gesetzgeberischen Automatismus“ ausgestaltet hat, könnte dieser nur mittels Verpflichtungsklage unterbrochen werden, mithin durch eine Vornahmesache nach § 86 b Abs. 2 SGG. Da die Anfechtung der Ablehnung, den Transparenzbericht nicht zu veröffentlichen, gerade nicht die gesetzlich vorgesehene Veröffentlichung, die zu ihrer Herbeiführung keines Verwaltungsaktes bedarf, verhindert, wäre die Beschwerdeführerin darauf verwiesen, im Rahmen des Eilrechtsschutzes einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 86 b Abs. 2 SGG zu stellen, wenn man in dem Schreiben der Beschwerdegegner vom 16.12.2009 einen Verwaltungsakt erblicken wollte.

B. Die Beschwerde ist unbegründet.

Gemäß § 86 b Abs. 2 Satz 1 SGG kann das Gericht auf Antrag eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte (so genannte Sicherungsanordnung). Eine solche Anordnung soll der Veränderung eines bestehenden Zustands vorbeugen. Sie dient einer Bewahrung des Status quo mit einem Unterlassungsgebot an den zu Verpflichtenden. Einstweilige Anordnungen sind auch zur Regelung eines vorläufigen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, wenn eine solche Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile nötig erscheint (§ 86 b Abs. 2 Satz 2 SGG; so genannte Regelungsanordnung).

Das Bestehen eines Anordnungsanspruchs und das Vorliegen eines Anordnungsgrundes sind erforderlich. Der Anordnungsanspruch bezieht sich auf den geltend gemachten materiellen Anspruch, für den vorläufiger Rechtsschutz begehrt wird. Die erforderliche Dringlichkeit betrifft den Anordnungsgrund. Die Tatsachen, die den Anordnungsgrund und den Anordnungsanspruch begründen sollen, sind darzulegen und glaubhaft zu machen (§ 86 b Abs. 2 Satz 4 in Verbindung mit § 920 Abs. 2 Zivilprozessordnung [ZPO]). Diese allgemeinen Anforderungen sind verfassungsrechtlich unbedenklich (BVerfG, Beschluss vom 25.10.1999 – 2 BvR 745/88 – BVerfGE 79, 69).

Sinn und Zweck des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens liegen in der Sicherung der Entscheidungsfähigkeit und der prozessualen Lage, um eine endgültige Rechtsverwirklichung im Hauptsacheprozess zu ermöglichen. Es will nichts anderes als allein wegen der Zeitdimension der Rechtserkenntnis und der Rechtsdurchsetzung im Hauptsacheverfahren eine zukünftige oder gegenwärtige prozessuale Rechtsstellung vor zeitüberholenden Entwicklungen sichern und irreparable Folgen ausschließen und der Schaffung vollendeter Tatsachen vorbeugen, die auch dann nicht mehr rückgängig gemacht werden können, wenn sich die angefochtene Verwaltungsentscheidung im Nachhinein als rechtswidrig erweist. Hinge-

gen dient das vorläufige Rechtsschutzverfahren nicht dazu, gleichsam unter Umgehung des für die Hauptsache zuständigen Gerichts und unter Abkürzung dieses Verfahrens, geltend gemachte materielle Rechtspositionen vorab zu realisieren.

Bei der Auslegung und Anwendung der Regelungen des vorläufigen Rechtsschutzes sind die Gerichte gehalten, der besonderen Bedeutung der jeweils betroffenen Grundrechte und den Erfordernissen eines effektiven Rechtsschutzes Rechnung zu tragen. Die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG verlangt grundsätzlich die Möglichkeit eines Eilverfahrens, wenn ohne sie dem Betroffenen eine erhebliche, über Randbereiche hinausgehende Verletzung in seinen Rechten droht, die durch die Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr beseitigt werden kann (vgl. BVerfG Beschluss vom 25.10.1999 – 2 BvR 745/88 – BVerfGE 79, 69, 74; Beschluss vom 16.05.1995 – 1 BvR 1087/91 – BVerfGE 93, 1, 14). Dies gilt sowohl für Anfechtungs- als auch für Vornahmesachen. Hierbei dürfen die Entscheidungen der Gerichte grundsätzlich sowohl auf eine Folgenabwägung wie auch auf eine summarische Prüfung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache gestützt werden.

Jedoch stellt Art. 19 Abs. 4 GG besondere Anforderungen an die Ausgestaltung des Eilverfahrens, wenn ohne die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes schwere und unzumutbare, anders nicht abwendbare Beeinträchtigungen entstehen können, die durch das Hauptsacheverfahren nicht mehr zu beseitigen wären. Je schwerer die Belastungen des Betroffenen wiegen, die mit der Versagung vorläufigen Rechtsschutzes verbunden sind, um so weniger darf das Interesse an einer vorläufigen Regelung oder Sicherung der geltend gemachten Rechtsposition zurückgestellt werden. Art. 19 Abs. 4 GG verlangt auch bei Vornahmesachen jedenfalls dann 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, Beschluss vom 25.10.1999 – 2 BvR 745/88 – BVerfGE 79, 69, 74; Urteil vom 14.05.1996 – 2 BvR 1516/93 – 94, 166, 216). Die Gerichte sind, wenn sie ihre Entscheidung nicht an einer Abwägung der widerstreitenden Interessen, sondern an den Erfolgsaussichten in der Hauptsache orientieren, in solchen Fällen gemäß

Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG gehalten, die Versagung vorläufigen Rechtsschutzes auf eine eingehende Prüfung der Sach- und Rechtslage zu stützen. Dies bedeutet auch, dass die Prüfung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache Fragen des Grundrechtsschutzes einbeziehen muss, wenn dazu Anlass besteht (BVerfG, Kammerbeschluss vom 25.07.1996 – 1 BvR 638/96 – NVwZ 1997, 479). Ist dem Gericht eine vollständige Aufklärung der Sach- und Rechtslage im Eilverfahren nicht möglich, so ist anhand einer Folgenabwägung zu entscheiden. Auch in diesem Fall sind die grundrechtlichen Belange des Antragstellers umfassend in die Abwägung einzustellen. Die Gerichte müssen sich schützend und fördernd vor die Grundrechte des Einzelnen stellen. Dies gilt ganz besonders, wenn es um die Wahrung der Würde des Menschen geht. Eine Verletzung dieser grundrechtlichen Gewährleistung, auch wenn sie nur möglich erscheint oder nur zeitweilig andauert, haben die Gerichte zu verhindern (BVerfG, Kammerbeschluss vom 25.02.2009 – 1 BvR 120/09 – NZS 2009, 674, 675 Rn. 11).

§ 115 Abs. 1 a SGB XI i.V.m. der PTVS steht mit höherrangigem Recht in Einklang (I.). Es besteht auch sonst kein Anordnungsanspruch für den Erlass einer einstweiligen Anordnung (II.).

I. Ein Anordnungsanspruch ergibt sich nicht aus einem Verstoß gegen höherrangiges Recht. Die Veröffentlichung der Transparenzberichte verstößt nicht gegen Verfassungsrecht. Insbesondere ist der normativ wirkende Abschluss der PTVS durch die Ermächtigung in § 115 Abs. 1 a Satz 6 SGB XI gedeckt (1.). Diese Regelungen greifen weder in das Grundrecht der Beschwerdeführerin aus Art. 12 Abs. 1 GG (2.) noch in das aus Art. 14 Abs. 1 GG (3.) ein.

1. § 115 Abs. 1 a Satz 6 SGB XI enthält keine verfassungswidrige Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen (anderer Auffassung SG München, Beschluss vom 13.01.2010 – S 19 P 6/10 ER – juris Rn. 20 ff.; Beschluss vom 27.10.2010 – S 29 P 24/10 ER – juris Rn. 33 ff.).

Aus § 115 Abs. 1 a Satz 7 bis 9 SGB XI wird deutlich, dass der Gesetzgeber den Weg des Normenvertrages beschreiten wollte. So ist von Vereinbarungspartnern die Rede, deren Einigung im Falle des Scheiterns durch den Schiedsspruch der Schiedsstelle nach § 113 b SGB XI ersetzt wird (§ 115 Abs. 1 a Satz 9 SGB XI). Die von den Vereinbarungspartnern vertraglich festzulegenden Kriterien der Veröffentlichung einschließlich der Bewertungssystematik (§ 115 Abs. 1 a Satz 6 SGB XI), regeln nicht Rechte und Pflichten der Vertragsparteien, sondern diejenigen Dritter, nämlich der an der Veröffentlichung beteiligten Landesverbände der Pflegekassen und der von der Veröffentlichung betroffenen Träger von Pflegeeinrichtungen; folglich entfalten die vertraglich vereinbarten Festlegungen normative Wirkung.

Die Normsetzung durch Vertrag verstößt nicht gegen das GG. Zwar sieht das GG eine Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen auf die in § 115 Abs. 1 a Satz 6 SGB XI genannten Körperschaften nicht vor. Doch enthält das GG keinen Numerus clausus von Normsetzungsformen. Andernfalls wäre die Rechtsetzung im Rahmen der funktionalen Selbstverwaltung verfassungswidrig, wovon das BVerfG nie ausgegangen ist (siehe nur BVerfG, Beschluss vom 05.12.2002 – 2 BvL 5/98, 2 BvL 6/98 – BVerfGE 107, 59, 91). Auch das SGB V enthält eine Vielzahl von Regelungsermächtigungen, die nicht klar in das klassische Schema passen. In diesem Zusammenhang ist nur auf das Urteil des Bundessozialgerichts (BSG) vom 07.11.2006 (B 1 KR 24/06 R – SozR 4-2500 § 27 Nr. 12 Rn. 14) zu verweisen: Danach besteht an der hinreichenden demokratischen Legitimation des Bundesausschusses zum Erlass von Richtlinien nach § 135 SGB V kein grundsätzlicher Zweifel, wobei sich das BSG vorbehalten hat, die vom Bundesausschuss erlassenen, im Rang unterhalb des einfachen Gesetzesrechts stehenden normativen Regelungen formell und auch inhaltlich in der Weise zu prüfen, wie wenn der Bundesgesetzgeber derartige Regelungen in Form einer untergesetzlichen Norm – etwa einer Rechtsverordnung – selbst erlassen hätte, wenn und soweit hierzu aufgrund hinreichend substantiierten Beteiligtenvorbringens konkreter Anlass besteht. Gleiches gilt für den Normenvertrag, der seit langem als Rechtsquelle aner-

kannt ist (siehe nur BSG, Urteil vom 09.12.2004 – B 6 KA 44/03 R – BSGE 94, 50 = SozR 4-2500 § 72 Nr. 2, jeweils Rn. 64 ff.)

Ein Verstoß der Vertragspartner gegen die ihnen in § 115 Abs. 1 a Satz 6 SGB XI eingeräumte Rechtsetzungsbefugnis ist nicht auszumachen. Inhalt, Zweck und Ausmaß (Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG) ergeben sich in hinreichendem Umfang aus dem Gesetz, insbesondere den §§ 11, 112 ff. SGB XI. Es ist nichts dafür ersichtlich, dass die Vereinbarungspartner die durch diese Vorschriften gezogenen Grenzen überschritten haben.

2. Die Veröffentlichung der Transparenzberichte verstößt nicht gegen Art. 12 Abs. 1 GG.

a) Art. 12 Abs. 1 GG schützt das Recht, den Beruf frei zu wählen und auszuüben. Beruf ist jede Tätigkeit, die auf Dauer berechnet ist und der Schaffung und Erhaltung der Lebensgrundlage dient (siehe nur BVerfG, Urteil vom 11.06.1958 – 1 BvR 596/56 – BVerfGE 7, 377, 397 ff.; Beschluss vom 18.06.1980 – 1 BvR 697/77 – BVerfGE 54, 301, 313; Urteil vom 17.02.1998 – 1 BvF 1/91 – BVerfGE 97, 228, 252 f.). Das Grundrecht ist nach Art. 19 Abs. 3 GG auch auf juristische Personen wie die Beschwerdeführerin 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 (vgl. BVerfG, Urteil vom 17.12.2002 – 1 BvL 28/95 u.a. – BVerfGE 106, 275, 298 = SozR 3-2500 § 35 Nr. 2).

In der bestehenden Wirtschaftsordnung umschließt das Freiheitsrecht des Art. 12 Abs. 1 GG das berufsbezogene Verhalten der Unternehmen am Markt nach den Grundsätzen des Wettbewerbs. Insoweit sichert Art. 12 Abs. 1 GG die zu Erwerbszwecken erfolgende Teilhabe am Wettbewerb. Die Wettbewerber haben aber keinen grundrechtlichen Anspruch darauf, dass die Wettbewerbsbedingun-

gen für sie gleich bleiben. Insbesondere gewährleistet das Grundrecht keinen Anspruch auf eine erfolgreiche Marktteilhabe oder auf Sicherung künftiger Erwerbsmöglichkeiten. Vielmehr unterliegen die Wettbewerbsposition und damit auch die erzielbaren Erträge dem Risiko laufender Veränderung je nach den Verhältnissen am Markt und damit nach Maßgabe seiner Funktionsbedingungen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 26.06.2002 – 1 BvR 558/91, 1 BvR 1428/91 – BVerfGE 105, 252, 265; Urteil vom 17.12.2002 – 1 BvL 28/95 u.a. – 106, 275, 298 f.).

Ordnet man die wirtschaftliche Wettbewerbsfreiheit dem Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG zu (vgl. BVerwG, Urteil vom 18.04.1985 – 3 C 34.85 – BVerwGE 71, 183. 189 f.), so ergibt sich nichts anderes. Denn die Freiheit der Entfaltung der Persönlichkeit umfasst auch den grundrechtlichen Anspruch, durch die Staatsgewalt nicht mit einem Wettbewerbsnachteil belastet zu werden, der in der verfassungsmäßigen Ordnung – einschließlich des Vorbehalts des Gesetzes – nicht begründet ist.

b) Art. 12 Abs. 1 GG schützt 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. Dies gilt auch dann, wenn sie für das wettbewerbliche Verhalten der Marktteilnehmer von Bedeutung sein und die Inhalte sich auf einzelne Wettbewerbspositionen nachteilig auswirken können. Die Grundrechtsnorm verbürgt kein ausschließliches Recht auf eigene Außendarstellung und damit auf eine uneingeschränkte unternehmerische Selbstdarstellung am Markt. Zwar darf ein Unternehmen selbst darüber entscheiden, wie es sich und sein Produkt im Wettbewerb präsentieren möchte. Art. 12 Abs. 1 GG vermittelt aber nicht ein Recht des Unternehmens, nur so von anderen dargestellt zu werden, wie es gesehen werden möchte oder wie es sich und seine Produkte selber sieht. Vielmehr zielt die Rechtsordnung auf die Ermöglichung eines hohen Maßes an markterheblichen Informationen und damit auf Markttransparenz. Dem dienen etwa die rechtlichen Vorkehrungen zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs, die Festlegung von Werberegeln und Maßnahmen des Verbraucherschutzes, der vor allem durch Bereitstellung und

Informationen bewirkt wird. Marktbezogene Informationen des Staates beeinträchtigen den grundrechtlichen Gewährleistungsbereich der betroffenen Wettbewerber nicht, sofern der Einfluss auf wettbewerbserhebliche Faktoren ohne Verzerrung der Marktverhältnisse nach Maßgabe der rechtlichen Vorgaben für staatliches Informationshandeln erfolgt; Letzteres muss von dem Bemühen geprägt sein, den Sachverhalt mit der nach den Umständen erreichbaren Verlässlichkeit aufzuklären. So geht das BVerfG davon aus, dass die Bürger für ihre persönliche Meinungsbildung und Orientierung von der Regierung Informationen erwarten, wenn diese andernfalls nicht verfügbar wären. Dies könne 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 (BVerfG, Beschluss vom 26.06.2002 – BvR 558/91, 1 BvR 1428/91 – BVerfGE 105, 252, 266 ff.).

c) Die Veröffentlichung von Transparenzberichten stellt eine grundrechtsspezifische Einwirkung auf die unternehmerischen Betätigungsfreiheit dar, auch wenn das Anliegen des Transparenzberichtes es lediglich ist, die Nachfrager von Pflegedienstleistungen zu informieren. Ein solches mit amtlicher Autorität ausgestattetes, auf konkrete Pflegedienstleistungen bezogenes und veröffentlichtes Werturteil beeinflusst die Marktchancen des Anbieters und berührt den Ruf seiner Firma. Ob ein derartiges, den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG berührendes, auf Dauer angelegtes, strukturiertes staatliches Vorgehen einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage bedarf, kann dahingestellt bleiben, weil der Gesetzgeber jedenfalls mit § 115 Abs. 1 a SGB XI eine ausreichende gesetzliche Grundlage geschaffen hat.

d) Aus der Veröffentlichung der Transparenzberichte als solcher ergibt sich keine Beeinträchtigung des Schutzbereichs des Art. 12 Abs. 1 GG. Denn das unter (II. 1) näher dargestellte strukturierte Programm der Qualitätsprüfung durch den MDK sowie die darauf basierenden Transparenzberichte entsprechen dem Gebot der Sachlichkeit und Neutralität. Sie sind zudem offensichtlich vom Bemühen um Objektivität getragen. Während der Prüfung vor Ort sind Mitarbeiter der jeweiligen

Pflegeeinrichtung zugegen. Den Betreibern der Pflegeeinrichtung bleibt darüber hinaus die Möglichkeit, direkt die in den Transparenzberichten zusammengefassten Ergebnisse der Qualitätsprüfung zu kommentieren. Sie können darüber hinaus kurzfristig Wiederholungsprüfungen beantragen, wobei dieser Umstand – der gestellte Antrag auf Wiederholungsprüfung – ebenfalls im Transparenzbericht zu veröffentlichen ist. Damit dürfte gewährleistet sein, dass selbst für den Fall, dass sich Informationen in den Transparenzberichten nachträglich als unrichtig erweisen, eine zügige Korrektur gewährleistet werden kann (ebenso: SG Bayreuth, Beschluss vom 11.01.2010 – S 1 P 147/09 ER; SG Gotha, Beschluss vom 12.01.2010 – S 16 P 7352/09 ER; SG Würzburg, Beschluss vom 20.01.2010 – S 14 P 7/10 ER). Bei schweren Fehlern ist die Veröffentlichung zudem ganz oder teilweise zu unterlassen.

3. Auch Art. 14 Abs. 1 GG ist nicht verletzt. Der Schutzbereich der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie wird durch die Veröffentlichung der Prüfergebnisse im Transparenzbericht nicht berührt. Art. 14 Abs. 1 GG erfasst nur Rechtspositionen, die einem Rechtssubjekt bereits zustehen, nicht aber in der Zukunft liegende Chancen und Verdienstmöglichkeiten. Daraus folgt, dass Beeinträchtigungen von Absatzmöglichkeiten kein Schutzgut des Art. 14 Abs. 1 GG betreffen. Die Beschwerdeführerin ist in ihren Eigentumspositionen weder durch den Prüfbericht noch durch den Transparenzbericht eingeschränkt worden. Beeinträchtigt ist nach ihrem Vortrag die tatsächliche Möglichkeit, Pflegebedürftige in ihren Pflegeheimen aufzunehmen. Während die rechtliche Befugnis, Dienstleistungen anzubieten, zum erworbenen und über Art. 14 Abs. 1 GG geschützten Bestand zu rechnen ist, gehört die tatsächliche Möglichkeit, entsprechende Verträge zu schließen, nicht zu dem bereits Erworbenen, sondern zur Erwerbstätigkeit. Nichts anderes gilt für den von der Beschwerdeführerin als verletzt gerügten Unternehmensruf. Dieser ist durch Art. 14 GG jedenfalls insoweit nicht geschützt, als es sich um Chancen und günstige Gelegenheiten handelt. Auch soweit der Unternehmensruf das Resultat vorangegangener Leistungen darstellt, ist er nicht dem Unternehmen im Sinne einer von Art. 14 Abs. 1 GG geschützten Eigentumsposition zugewiesen. Er stellt sich am Markt durch die Leistungen und Selbstdarstellung eines Unternehmens

einerseits und durch die Bewertung der Marktteilnehmer andererseits immer wieder neu her und ist damit ständiger Veränderung unterworfen. Art. 14 GG schützt nur normativ zugeordnete Rechtspositionen, nicht aber das Ergebnis situativer Einschätzungen der Marktbeteiligten, auch wenn dieses wirtschaftlich folgenreich ist (vgl. zum Ganzen BVerfG, Beschluss vom 26.06.2002 – 1 BvR 558/91, 1 BvR 1428/91 – BVerfGE 105, 252, 277 f. m.w.N.).

II. Die Beschwerdeführerin hat auch sonst keinen Anordnungsanspruch. Dieser ergibt sich weder aus § 115 Abs. 1 a SGB XI (1.) noch aus der entsprechenden Anwendung des § 823 BGB i.V.m. § 1004 BGB (2.).

1. Als Anspruchsgrundlage für den geltend gemachten Unterlassungsanspruch kommt vorrangig ein aus § 115 Abs. 1 a SGB XI i.V.m. Art. 12 Abs. 1 GG abzuleitender Anspruch auf Unterlassung der Veröffentlichung der Transparenzberichte in Betracht.

a) Nach § 115 Abs. 1 a SGB XI in der Fassung vom 29.07.2009 (BGBl. I S. 2319) stellen die Landesverbände 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 (Satz 1). Hierbei sind die Ergebnisse der Qualitätsprüfungen des MDK sowie gleichwertige Prüfergebnisse nach § 114 Abs. 3 und 4 SGB XI zugrunde zu legen; sie können durch in anderen Prüfverfahren gewonnene Informationen, die die von Pflegeeinrichtungen erbrachten Leistungen und deren Qualität, insbesondere hinsichtlich der Ergebnis- und Lebensqualität darstellen, ergänzt werden (Satz 2).

Der Gesetzgeber will durch die Veröffentlichung der Ergebnisse der Qualitätsprüfungen des MDK für mehr Transparenz und die Vergleichbarkeit pflegerischer

Leistungen sorgen (vgl. BT-Drucksache 16/7439, S. 41). § 115 Abs. 1 a Satz 6 SGB XI sieht dazu vor, dass die Kriterien der Veröffentlichung einschließlich der Bewertungssystematik durch den 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 bis zum 30.09.2008 unter Beteiligung des Medizinischen Dienstes des Spitzenverbandes Bund der Krankenkassen zu vereinbaren waren.

Wenn das Gesetz die Veröffentlichung der MDK-Prüfergebnisse und der gleichwertigen Prüfergebnisse nach § 115 Abs. 1 a Satz 1 und 2 SGB XI vorschreibt, stellt die Veröffentlichung der nach Maßgabe der PTVS erstellten Transparenzberichte für sich genommen keinen Eingriff in Rechte der Träger der Pflegeeinrichtungen dar. Aus § 115 Abs. 1 a SGB XI ergibt sich aber nicht nur, unter welchen Voraussetzungen die Träger von Pflegeeinrichtungen die Veröffentlichung von Transparenzberichten hinzunehmen haben. § 115 Abs. 1 a SGB XI vermittelt vielmehr als abschließende spezialgesetzliche Regelung über Veröffentlichung von Prüfergebnissen dem Träger einer Pflegeeinrichtung auch ein subjektiv-öffentliches Recht darauf, nur innerhalb der einfachgesetzlich vorgegebenen Schranken, wozu auch die PTVS als das Gesetz konkretisierender Normenvertrag zählt, eine Veröffentlichung hinnehmen zu müssen. Leidet nach den Maßgaben des § 115 Abs. 1 a SGB XI i.V.m. der PTVS unter Beachtung der grundrechtlichen Wertentscheidungen ein Transparenzbericht an einem rechtserheblichen Mangel, hat der Einrichtungsträger einen Anspruch darauf, dass seine Veröffentlichung ganz oder teilweise zu untersagen oder zu berichtigen ist.

b) Der Unterlassungsanspruch kann darauf gerichtet sein, dass die Veröffentlichung des Transparenzberichts gänzlich unterbleibt; er kann auch zum Gegenstand haben, dass falsche Tatsachenangaben oder fehlerhafte gutachtliche Bewertungen nicht weiter verwendet werden dürfen und sich daraus ableitende Benotungen unterbleiben müssen. Soweit die richtigen Tatsachenangaben noch ermittelt und/oder gutachtliche Bewertungen nachgeholt werden können, beschränkt

sich der Unterlassungsanspruch auf einen Berichtigungsanspruch. Ist eine Berichtigung nicht möglich, aber der verbleibende Transparenzbericht weiterhin aussagekräftig, kann auch nur ein Anspruch darauf bestehen, die Beanstandung und ihre Folgewirkungen im veröffentlichten Transparenzbericht deutlich hervorgehoben kenntlich zu machen.

c) Rechtserheblich ist beim nachgelagerten Berichtigungsanspruch eine fehlerhafte Information jedenfalls dann, wenn dadurch der Gewährleistungsbereich des Art. 12 Abs. 1 GG beeinträchtigt wird. Eine Information, die sich im Nachhinein als unrichtig erweist und dennoch weiter verbreitet oder nicht korrigiert wird, obwohl sie für das Marktverhalten weiter von Belang ist, erfüllt diese Voraussetzung. Mit der Feststellung der Beeinträchtigung des Schutzbereichs steht in solchen Fällen auch die Rechtswidrigkeit fest, da eine Rechtfertigung der Weiterverbreitung der als unrichtig erkannten Information ausgeschlossen ist (BVerfG, Beschluss vom 26.06.2002 – 1 BvR 558/91, 1 BvR 1428/91 – BVerfGE 105, 252, 273). Steht die Unrichtigkeit der derart qualifizierten Information schon vor der Veröffentlichung fest, ist sie zu unterlassen, um keinen Rechtsverstoß eintreten zu lassen.

Ist streitig, ob die Information, deren Veröffentlichung beabsichtigt ist, zutreffend ist, hat eine Abwägung der widerstreitenden Interessen zu erfolgen, die sich im Falle des Transparenzberichts an den gesetzlichen Wertungen, hier an § 115 Abs. 1 a SGB XI und den betroffenen Grundrechten, zu orientieren hat. Letzteres ist deswegen bereits bei der Auslegung der einfachrechtlichen Vorschrift des § 115 Abs. 1 a SGB XI in qualifizierter Weise zu beachten, weil § 115 Abs. 1 a SGB XI vor allem als Ziele setzende Norm formuliert ist, die das Verfahren zur Gewinnung und Veröffentlichung der Informationen den Vereinbarungspartnern überlässt. Die PTVS regelt mit ihren Anlagen ausführlich diese beiden Aspekte. Hingegen stellt sie in der Anlage 4 nur ein rudimentäres Verfahren zur Bereinigung von Fehlern vor der Veröffentlichung bereit. In der Anlage 4 der PTVS heißt es:

„Verfahren der Veröffentlichung

Die Landesverbände der Pflegekassen übersenden die für die Veröffentlichung vorgesehenen Ergebnisse den Pflegeeinrichtungen. Diese können den Landesverbänden der Pflegekassen innerhalb von 28 Kalendertagen Unterlagen zusenden, die in die Veröffentlichung aufzunehmen sind und die Angaben enthalten, die nicht in den Qualitätsprüfungen erhoben werden. Innerhalb dieser Frist können Hinweise zu der Veröffentlichung gegeben werden und sollen auch strittige Fragen zwischen der Pflegeeinrichtung und den Landesverbänden geklärt werden. Nach Ablauf dieser Frist werden die Prüfergebnisse von den Landesverbänden der Pflegekassen im Internet sowie in anderer geeigneter Form veröffentlicht.“

Hieraus ergibt sich nicht, was zu geschehen hat, wenn die Klärung strittiger Fragen innerhalb der Frist nicht einvernehmlich gelöst werden konnte und wann fortbestehende Einwände eines Trägers einer Pflegeeinrichtung so beachtlich sind, dass sie gleichwohl geeignet sind, die Veröffentlichung des Transparenzberichtes zu verhindern oder zu modifizieren. Diese Maßstäbe müssen im Lichte der einfachgesetzlichen Ziele und der wertsetzenden Bedeutung der betroffenen Grundrechte unter Beachtung der besonderen Bedingungen des einstweiligen Rechtsschutzes ermittelt werden.

Der Träger der Pflegeeinrichtung muss nach den verfassungsrechtlichen Vorgaben zwar grundsätzlich keine wettbewerbsrelevante unrichtige Tatsachenbehauptung oder fehlerhafte gutachtliche Bewertung im Transparenzbericht hinnehmen. Eine bestehende und kurzfristig nicht auflösbare Ungewissheit über die Richtigkeit der Tatsachenbehauptung und die Ordnungsgemäßheit der gutachtlichen Bewertung führt jedoch nicht dazu, dass einem Begehren auf Unterlassung der Veröffentlichung vorläufig, nämlich für die Dauer des Hauptsacheverfahrens, immer zu entsprechen ist. Ansonsten könnte der Träger einer Pflegeeinrichtung über lange Zeiträume hinweg, gegebenenfalls bis zum Abschluss eines mehrere Jahre dauernden Hauptsacheverfahrens, die Veröffentlichung ihm nicht genehmer Transparenzberichte verhindern. Es ist dabei nicht nur das wirtschaftliche Interesse des Trägers am unbeeinträchtigten Betrieb seiner Einrichtung in die Abwägung einzustellen, sondern auch das Interesse der Pflegebedürftigen, sich nicht solchen Einrichtungen anvertrauen zu müssen, die erhebliche Qualitätsmängel aufweisen. Der Gesetzgeber hat insoweit dem Informationsbedürfnis der Pflegebedürftigen und ihrer Angehörigen durch § 115 Abs. 1 a SGB XI einen hohen Stellenwert ein-

geräumt. Aus Art. 2 Abs. 2 GG ist sogar der Vorrang des Informationsbedürfnisses der Pflegebedürftigen abzuleiten. Je schlechter die Benotungen sind, desto höheren Stellenwert hat das Interesse der Pflegebedürftigen, davon Kenntnis zu erlangen. Denn wenn die Ordnungsgemäßheit der Benotungen streitig ist und sich später ergeben sollte, dass die Benotungen richtig sind, ist das Interesse der Pflegebedürftigen gerade angesichts ihrer häufig hilflosen Lage höher zu bewerten, vor schlechten oder gar die (Rest-)Gesundheit gefährdenden Leistungen bewahrt zu bleiben, als das wirtschaftliche Interesse der Träger von Pflegeeinrichtungen, für den Fall der Unrichtigkeit der Benotungen vor wirtschaftlichen Einbußen bewahrt zu bleiben. Je weniger die Bewertung den Durchschnitt aller in die Prüfung einbeziehenden Einrichtungen unterschreitet, desto geringer ist zwar das Informationsinteresse der Pflegebedürftigen, desto eher kann aber dem Einrichtungsträger auch zugemutet werden, das Ergebnis des Hauptsacheverfahrens abzuwarten.

Der Grundrechtsschutz des Einrichtungsträgers aus Art. 12 Abs. 1 GG hat aber dann Vorrang, wenn die einfachgesetzlich statuierten verfahrensmäßigen Vorkehrungen zur Informationsgewinnung und/oder –auswertung in wesentlichem Umfang verletzt werden. Die Veröffentlichung eines Transparenzberichtes ist daher zumindest im einstweiligen Rechtsschutz dann gänzlich zu untersagen, wenn sich erweist, dass entweder der Transparenzbericht an schweren, nicht heilbaren formellen Mängeln leidet oder auf unrichtigen Tatsachenangaben oder fehlerhaften gutachtlichen Bewertungen in einem solchen Umfang basiert, dass die von der PTVS vorgesehenen Benotungen nicht verlässlich ermittelt werden können.

d) Nach § 1 Abs. 1 PTVS sind die Kriterien der Veröffentlichung der Leistungen und der Qualität in den stationären Pflegeeinrichtungen in der Anlage 1 aufgelistet. Nach diesen Kriterien erfolgen die Qualitätsprüfungen des MDK nach § 114 a SGB XI. Dabei teilen sich die Kriterien gemäß § 1 Abs. 2 PTVS in folgende fünf Qualitätsbereiche auf:

1. Pflege und Medizinische Versorgung
2. Umgang mit demenzkranken Bewohnern

3. Soziale Betreuung und Alltagsgestaltung
4. Wohnen, Verpflegung, Hauswirtschaft und Hygiene
5. Befragung der Bewohner

Sind Benotungen insgesamt oder in einem der ersten vier Bereiche nicht mehr aussagekräftig, dürfte ein vollständiger Unterlassungsanspruch bestehen, weil die Vergleichbarkeit dann nicht mehr gewährleistet ist. Dies gilt nur dann nicht, wenn aufgrund tatsächlicher Umstände Feststellungen überhaupt nicht möglich sind, etwa weil die Pflegeeinrichtung keine demenzkranken Bewohner hat. Mängel im fünften Bereich schließen die Veröffentlichung der Ergebnisse der ersten vier Bereiche nicht aus. Ein bereichsbezogener oder gar ein umfassender Unterlassungsanspruch dürfte ausscheiden, wenn die geltend gemachten Fehler – ihr Vorhandensein unterstellt – lediglich geringfügige Veränderungen in der Benotung bewirken, insbesondere sich daraus kein Notensprung ergibt. Danach führen Fehler bei einzelnen Kriterien regelmäßig nicht zu einer gänzlichen Untersagung der Veröffentlichung.

Soweit Fehler hinsichtlich solcher Kriterien im Transparenzbericht gerügt werden, die auch zu einer den Träger der Pflegeeinrichtung belastenden Entscheidung nach § 115 Abs. 2 SGB XI geführt haben, können diese Fehler im Unterlassungsverfahren nicht mehr geltend gemacht werden, wenn der Bescheid insoweit in Bestandskraft erwachsen ist. Auch wenn die Veröffentlichung des Transparenzberichtes nach § 115 Abs. 1 a SGB XI ein vom Vorgehen nach § 115 Abs. 2 SGB XI getrenntes Verfahren ist und einen anderen Zweck verfolgt, beruhen beide Vorgehensweisen jeweils auf derselben Qualitätsprüfung. Wenn der Träger einer Pflegeeinrichtung akzeptiert, dass er bei ihm vorgefundene, im Einzelnen bezeichnete Mängel binnen einer bestimmten Frist zu beseitigen hat, kann er nicht mehr im Unterlassungsverfahren nach § 115 Abs. 1 a SGB XI geltend machen, dass überhaupt keine Mängel vorgelegen hätten. Insoweit entfaltet der bestandskräftige Bescheid nach § 115 Abs. 2 SGB XI Tatbestandswirkung auch für den Prüfungsumfang nach § 115 Abs. 1 a SGB XI. Jedenfalls aber hat der Träger dann kein Rechtsschutzinteresse für eine Unterlassungsklage.

Enthält ein Prüfbericht offensichtliche und besonders schwerwiegende formelle oder inhaltliche Mängel, besteht keine hinreichend zuverlässige Grundlage für die Veröffentlichung eines Transparenzberichts. Der Senat erwägt, dies beispielsweise in folgenden Fällen anzunehmen: In Prüfberichten fehlt mehr als ein Qualitätsbereich völlig. Der Bericht ist in der Absicht abgefasst worden ist, dem Betreiber des Pflegeheims zu schaden (Rechtsgedanke aus § 824 BGB). Ein Sachverhalt liegt vor, bei dem der Sachverständige wegen Befangenheit ausgeschlossen werden könnte. Es ist überhaupt kein Pflege-Sachverständiger eingesetzt worden. Die in der PTVS verabredeten Prüfungsmaßstäbe sind nicht eingehalten worden. Die von § 2 PTVS vorgesehene Mindestzahl von 5 Personen bzw. 10 % der Bewohner der stationären Pflegeeinrichtung (begrenzt auf höchstens 15 Bewohner) ist unterschritten worden oder es hat keine zufällige Auswahl stattgefunden.

Ferner kann auf die Grundsätze zurückgegriffen werden, die der BGH zur Veröffentlichung von vergleichenden Waren- oder Dienstleistungstests entwickelt hat. Danach muss die vergleichende Untersuchung neutral vorgenommen werden. Ferner muss die Untersuchung objektiv sein, wobei nicht die objektive Richtigkeit eines gewonnenen Ergebnisses im Vordergrund steht, sondern das Bemühen um diese Richtigkeit. Weitere Voraussetzung ist, dass die der Veröffentlichung zugrunde liegende Untersuchung sachkundig durchgeführt worden ist. Sind diese Anforderungen erfüllt, so steht nichts entgegen, soweit es um die Angemessenheit der Prüfungsmethoden, die Auswahl der Testobjekte und schließlich die Darstellung der Untersuchungsergebnisse geht, einen erheblichen Spielraum zuzulassen. Die Grenze der Unzulässigkeit ist dort überschritten, wo die Art des Vorgehens bei der Prüfung und die aus den durchgeführten Untersuchungen gezogenen Schlüsse als nicht mehr vertretbar („diskutabel“) erscheinen (BGH, Urteil vom 17.06.1997 – VI ZR 114/96 – NJW 1997, 2593, 2594 m.w.N.; Urteil vom 10.03.1987 – VI ZR 144/86 – NJW 1987, 2222, 2223).

e) Die gerichtliche Prüfungsdichte wird durch die Prüfungskompetenz der Landesverbände der Pflegekassen geprägt.

Den Landesverbänden der Pflegekassen steht hinsichtlich der vom Träger der Pflegeeinrichtung vorgetragene Einwendungen gegen Qualitätsprüfungsberichte des MDK und der von ihnen bestellten Sachverständigen oder gegen vergleichbare Prüfberichte nach § 114 Abs. 4 SGB XI im Rahmen des Veröffentlichungsverfahrens nach § 115 Abs. 1 a SGB XI nur eine eingeschränkte Prüfungskompetenz zu. Dies folgt einerseits aus der Anordnung in § 115 Abs. 1 a Satz 2 SGB XI, wonach die genannten Berichte der Veröffentlichung zugrunde zu legen sind. Andererseits folgt dies auch aus der PTVS. Sie sieht an keiner Stelle die nochmalige inhaltliche Überprüfung der Transparenzberichte aufgrund der Berichte über die Qualitätsprüfung, etwa als Supervision, durch eigene Pflege-Sachverständige der Landesverbände der Pflegekassen vor. Es ist danach weder eine Aufgabe der Landesverbände der Pflegekassen nochmals selbst Ermittlungen vorzunehmen noch sind sie befugt, an die Stelle der gutachtlichen Bewertungen im Prüfbericht eigene gutachtliche Bewertungen zu setzen. Zwar erlauben § 114 Abs. 1, § 114 a Abs. 1 SGB XI, dass die Qualitätsprüfungen neben dem MDK auch von Sachverständigen durchgeführt werden können, die von den Landesverbänden der Pflegekassen bestellt werden. Insoweit gilt aber nichts anderes als bei der Qualitätsprüfung durch den MDK selbst. Die Landesverbände können Berichte nicht unberücksichtigt lassen, die ordnungsgemäß zustande gekommen sind, nur weil sie mit dem Inhalt nicht einverstanden sind. Auch ist keine obligatorische nochmalige Überprüfung der Prüfberichte vorgesehen.

Allerdings dürfen die Landesverbände der Pflegekassen nur solche Transparenzberichte veröffentlichen, die den gesetzlichen Vorgaben des § 115 Abs. 1 a SGB XI i.V.m. der PTVS entsprechen. Hieraus folgt, dass Transparenzberichte jedenfalls unter formellen Gesichtspunkten überprüft werden müssen, bevor sie veröffentlicht werden. Transparenzberichte sind aufgrund der nach Anlage 4 zur PTVS vereinbarten Gestaltung einer näheren inhaltlichen Überprüfung auch gar nicht zugänglich. Darüber hinausgehend ist aber von einer

Veröffentlichung zumindest dann von Amts wegen abzusehen, wenn die Landesverbände der Pflegekassen im Rahmen des Verfahrens nach § 115 Abs. 2 SGB XI zur Auffassung kommen, dass ein Prüfbericht, der auch die Grundlage für den Transparenzbericht darstellt, wesentliche inhaltliche Mängel aufweist und deswegen Maßnahmen nach § 115 Abs. 2 SGB XI (noch) nicht angeordnet werden können.

Die Ausgestaltung des Veröffentlichungsverfahrens hat unter Berücksichtigung der eingeschränkten (Nach-)Prüfungskompetenz der Landesverbände der Pflegekassen zur Folge, dass es zur Glaubhaftmachung der Mängel, soweit sie sich nicht unmittelbar aus dem Transparenzbericht selbst ergeben, grundsätzlich nicht genügt, die Richtigkeit der gefundenen Ergebnisse zu bestreiten und gutachtliche Feststellungen durch eigene Einschätzungen zu ersetzen. Erforderlich ist vielmehr, dass die oben beispielhaft aufgeführten schweren Mängel oder vergleichbare Mängel substantiiert dargelegt und glaubhaft gemacht werden.

f) Ausgehend von diesen Maßstäben hat die Beschwerdeführerin keinen aus § 115 Abs. 1 a SGB XI i.V.m. der PTVS ableitbaren Anspruch auf die vollständige Unterlassung der Veröffentlichung der beiden Transparenzberichte.

aa) Der Transparenzbericht über das „Haus A.....“ ist nach den vorgenannten Grundsätzen schon deswegen zu veröffentlichen, weil der Bereich „Pflege und medizinische Versorgung“ mit mangelhaft (4,7) und der Bereich „Umgang mit demenzkranken Bewohnern“ mit ausreichend (4,3) bewertet wurde.

Das „Haus L.....“ weist eine mit sehr gut (1,2) bewertete Bewohnerzufriedenheit aus und hat im ersten und im dritten Qualitätsbereich ein befriedigendes Ergebnis (3,2 bzw. 2,7) bei einem mit befriedigend bewerteten Gesamtdurchschnitt (2,5) erzielt. Es ist angesichts der aktuellen Bewohnerzufriedenheit weder konkret vorgetragen worden noch ist etwas dafür

ersichtlich, dass bis zur Veröffentlichung der Wiederholungsprüfung mit erheblichen wirtschaftlichen Einbußen zu rechnen ist. Insoweit ist auch hier dem Informationsbedürfnis der Vorrang einzuräumen.

bb) Die im Beschwerdeverfahren vorgetragene Argumente sind nicht rechtserheblich und vermögen an dem Abwägungsergebnis nichts zu ändern.

aaa) Die von der Beschwerdeführerin erneut vorgetragene Behauptung, eine Mängelbeseitigung führe dazu, dass ein Transparenzbericht, der auf einer geraume Zeit früher vorgenommenen Qualitätsprüfung beruhe, nicht mehr veröffentlicht werden dürfe, findet weder in § 115 Abs. 1 a SGB XI noch in der PTVS oder einer ihrer Anlagen eine Grundlage. Der Auffassung der Beschwerdeführerin steht maßgeblich § 114 Abs. 5 Satz 2 und 3, § 115 Abs. 1 a Satz 4 SGB XI entgegen. Aus diesen Vorschriften geht hervor, dass der Gesetzgeber das Problem gesehen und dadurch gelöst hat, dass bei Mängelfeststellungen zu wesentlichen Pflegequalitätsaspekten, die ohne zeitnahe Nachprüfung für die Pflegeeinrichtung unzumutbare Nachteile mit sich bringen, zu überprüfen ist, ob die Mängel beseitigt worden sind. Das Ergebnis ist dann auch als Transparenzbericht zeitnah zu veröffentlichen.

bbb) Die Rüge der Beschwerdeführerin, dass die Beschwerdegegner ohne eigene Nachprüfung bzw. ohne eigene gutachtliche Bewertung nach Maßgabe der Anlage 3 der PTVS die Feststellungen des MDK übernommen hätten, geht an der Sache vorbei. Die Transparenzberichte sind, jedenfalls soweit es um die Bewertung der Leistungen geht, vom MDK oder der ihm gesetzlich gleichgestellten Prüfeinrichtungen zu erstellen. Die Prüfer, die sich nach den Ausfüllanleitungen der Anlage 3 der PTVS richten sollen, sind die Sachverständigen nach § 114 Abs. 1 Satz 1 SGB XI, die den Bericht über die Qualitätsprüfung erstellen. So heißt es in § 1 Abs. 1 PTVS: „Die Kriterien der Veröffentlichung der Leistungen und deren Qualität in stationären Pflegeeinrichtungen sind in der Anlage 1 aufgelistet. Nach diesen Kriterien erfolgen die Qualitätsprüfungen der Medizinischen Dienste der Kranken-

versicherung nach § 114 a SGB XI.“ Die Ausfüllanleitungen der Anlage 3 der PTVS nimmt genau auf diese Kriterien der Anlage 1 der PTVS Bezug. Bei der Qualitätsprüfung nach § 114 a SGB XI werden lediglich andere Schlüsselnummern für die in Anlage 1 der PTVS aufgeführten Kriterien verwendet. Ebenso an der Sache vorbei geht daher die Behauptung der Beschwerdeführerin, im Zusammenhang mit dem Prüfbericht dürften keine Bewertungen für den Transparenzbericht abgegeben werden. So heißt es ausdrücklich in Absatz 3 Satz 1 der Präambel zu den Qualitätsprüfungs-Richtlinien: „Die mit den Transparenzvereinbarungen nach § 115 Abs. 1 a Satz 6 SGB XI konsentierten Transparenzkriterien bilden eine Teilmenge der in den Anlagen zu diesen Richtlinien enthaltenen Qualitätskriterien.“ Soweit es in diesem Absatz weiterhin heißt, dass es sich bei der Erstellung der Prüfberichte und der Veröffentlichung der Transparenzberichte um voneinander getrennte Verfahren handle, bedeutet dies gerade nicht, dass dazu zwei verschiedene Qualitätsprüfungen durchzuführen sind. Lediglich die Ergebnisse der Qualitätsprüfung werden in unterschiedlicher Weise in zwei getrennten Berichten, dem Prüfbericht und dem Transparenzbericht ausgewertet und dokumentiert. Die inhaltlich beschriebenen Mängel sind dagegen dem Prüfbericht zu entnehmen. Ferner werden die für den Transparenzbericht erforderlichen ergänzenden Daten (insbesondere Angaben zur Kriterienliste nach Anlage 1 der PTVS: Zahl der berücksichtigten Bewohner je Kriterium, erfüllt oder nicht erfüllt) vom MDK elektronisch an die DCS Pflege übermittelt und dort maschinell ausgewertet. Das von der Beschwerdeführerin genannte Beispiel des Kriteriums 24 ist schon deswegen ungeeignet, weil die Beschwerdeführerin sehr wohl erkannt hat, warum der MDK das Kriterium als nicht erfüllt ansieht (Nichtbeachtung der Maßstäbe des DNQP). Die Beschwerdeführerin greift nach den oben formulierten Maßstäben in unbeachtlicher Weise die Würdigung des Sachverständigen an, indem sie lediglich ihre eigene Herangehensweise als auch korrekt bezeichnet.

ccc) Die Beschwerdeführerin geht auch fehl, wenn sie sich gegen die Darstellung der Ergebnisse im Transparenzbericht wendet. Die Darstellung folgt unmittelbar aus den Vorgaben der Anlage 4 der PTVS. Der Beschwerdeführerin bleibt es im

Übrigen unbenommen, die vom MDK an die DCS Pflege elektronisch übermittelten Daten anzufordern. Schließlich ist der Einwand der Beschwerdeführerin, die Erläuterung zur Ermittlung der Noten sei irreführend, nicht nachvollziehbar. In den Transparenzberichten heißt es in den Fußnoten: „Die Bereichsnote ergibt sich aus den Mittelwerten der Punktebewertung der Einzelkriterien.“ Diese Aussage ist richtig und entspricht Nr. 2.2 der Anlage 2 der PTVS („Für jeden der fünf Qualitätsbereiche wird als Bereichsbewertung das arithmetische Mittel der Bewertungen der einzelnen Kriterien ausgewiesen.“).

bb) Soweit die Beschwerdeführerin erstinstanzlich ergänzend vorgetragen hat, hat sie daran im Beschwerdeverfahren nicht festgehalten. Aber auch unter Berücksichtigung dieses Vortrags ergibt sich kein Anspruch auf Untersagung der Veröffentlichung der Transparenzberichte.

aaa) Die Bewertungskriterien sind – im Gegensatz zur Ansicht der Beschwerdeführerin – in der Anlage 2 der PTVS nachvollziehbar aufgeführt. Dies gilt insbesondere auch für die in Nummer 2 dieser Anlage dargestellte Notenzuordnung. Soweit die Beschwerdeführerin vorgetragen hat, dass die streitgegenständlichen Transparenzberichte erst veröffentlicht werden dürften, sofern mindestens 20 % der Pflegeheime in einem Land geprüft seien, ist dies unzutreffend. Denn nach Nummer 3 der Anlage 2 zur PTVS bezieht sich die genannte Mindestanzahl geprüfter Pflegeheime auf die Veröffentlichung der Landesvergleichswerte.

bbb) Soweit die Beschwerdeführerin meint, dass entgegen § 2 Satz 2 der PTVS weniger als die darin vorgesehenen mindestens fünf Bewohner in die Prüfung einbezogen worden sein sollen, trifft dies teilweise zu. Ausweislich des Prüfberichts des MDK für das „Haus A.....“ sind in die Prüfung der Qualitätsbereiche 1 und 2 gemäß der Anlage 3 der PTVS (Pflege und medizinische Versorgung sowie Umgang mit demenzkranken Bewohnern) fünf Bewohner einbezogen worden (S. 36 des Prüfberichts). Dasselbe gilt für die Prüfung im „Haus L.....“ (S. 28 des Prüfberichts). Bei der Ermittlung der Bewohnerzufriedenheit (Qualitätsbereich 5

der Anlage 3 der PTVS) sind aber jeweils nur vier Bewohner einbezogen worden (Kapitel 20, Seite 98 f), obwohl § 2 PTVS vorsieht, dass in Einrichtungen mit weniger als 50 Bewohnern mindestens fünf Personen in die Prüfungen einzubeziehen sind, wobei die Auswahl entsprechend der Verteilung der Pflegestufen I bis III erfolgen solle. Der MDK hat für den genannten Prüfungsabschnitt nur vier Bewohner in diesem Prüfungskapitel einbezogen, da kein Bewohner der Pflegestufe III zugeordnet gewesen sei. Ob dies so ohne Weiteres zulässig ist, kann im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes noch dahingestellt bleiben, weil die Beschwerdeführerin selbst hervorgehoben hat, dass in beiden Prüfberichten eine hohe Zufriedenheit der Bewohner dargestellt worden sei und gerade nicht begehrt, dass allein dieser Bereich nicht veröffentlicht werden soll. Der Senat geht daher davon aus, dass der Beschwerdeführerin nicht daran gelegen ist, die Veröffentlichung gerade dieser Prüfergebnisse zu verhindern. Sofern aber die Benotung des fünften Qualitätsbereichs nicht erfolgen darf – wovon der Senat ausgeht –, folgt daraus nicht, dass auch die Veröffentlichung der Benotung der anderen Qualitätsbereiche zu unterlassen ist. Denn der fünfte Qualitätsbereich, der die subjektive Einschätzung der Bewohner widerspiegelt, ist methodisch strikt von den anderen vier Qualitätsbereichen, die gutachtliche Bewertungen wiedergeben, getrennt.

Allerdings hält es der Senat *de lege ferenda* für notwendig, die Regelungen der PTVS zur Erhebung der Stichproben zu präzisieren. Es muss klargestellt werden, wann und auf welche Weise das Mindestquorum in § 2 PTVS unterschritten werden darf oder durch die Hinzuziehung anderer Bewohner zu kompensieren ist. Sollte also beispielsweise – wie hier – kein Bewohner mit der Pflegestufe III in dem betreffenden Heim leben, muss für die Prüfer durch eindeutige Regelungen klar sein, ob stattdessen mehr Bewohner mit der Pflegestufe II hinzuzuziehen sind, damit mindestens fünf Bewohner in die Qualitätsprüfung einbezogen werden können. Zudem erscheint es problematisch, wenn bei einzelnen Kriterien in anderen Prüfungsabschnitten nur ein oder zwei Bewohner berücksichtigt werden können, da dadurch die erwünschte Vergleichbarkeit mit anderen Pflegeheimen leidet. Hier müsste gegebenenfalls ein Ausgleichsmechanismus gefunden werden.

ccc) Zutreffend weist die Beschwerdeführerin darauf hin, dass der MDK die Frist zur Übersendung der Prüfberichte entgegen Nummer 9 Abs. 1 QPR nicht eingehalten hat. Denn danach ist dieser Bericht innerhalb von drei Wochen nach Durchführung der Qualitätsprüfung zu übersenden. Darüber hinaus hat der MDK auch nicht zugleich die nach der PTVS für eine Veröffentlichung erforderlichen Daten zur Verfügung gestellt, wie es Nummer 9 Abs. 1 der QPR ebenfalls vorsieht. Die Beschwerdegegnerin hat dazu ausgeführt, dass dies dem Umstand geschuldet sei, dass der MDK zahlreiche Einrichtungen habe prüfen müssen und das Prüfverfahren selbst erstmals zu absolvieren sei. Abgesehen davon führen diese Verzögerungen nicht dazu, dass die Prüfberichte und die darauf basierenden Transparenzberichte nicht mehr veröffentlicht werden dürften.

ddd) Nicht gefolgt werden kann der Beschwerdeführerin auch in ihrer Ansicht, dass sie während des Verfahrens der Veröffentlichung nicht angehört worden sei. Vielmehr ist sie am 02.12.2009 durch E-Mails benachrichtigt worden. Als Betreiberin von Pflegeheimen dürfte es ihr nach Auffassung des Senats bekannt gewesen sein, dass sich hinter der Abkürzung DCS Pflege die Datenclearingstelle Pflege verbirgt; die Beschwerdeführerin hat sich schließlich sogleich an die Beschwerdegegner gewandt und ihr Anliegen vorgetragen. Zutreffend weist die Beschwerdeführerin darauf hin, die Anlage 4 der PTVS im Abschnitt „Verfahren der Veröffentlichung“ sehe vor, dass innerhalb der Frist von 28 Kalendertagen strittige Fragen zwischen der Pflegeeinrichtung und den Landesverbänden geklärt werden sollen. Darum hat sich jedenfalls die Beschwerdeführerin bemüht, ohne dass es zu einer Einigung gekommen ist. Daraus folgt jedoch nicht, dass die Veröffentlichung danach zu unterbleiben hätte, denn der genannte Abschnitt in der Anlage 4 sieht sodann vor, dass die Prüfergebnisse nach Ablauf der Frist von den Landesverbänden der Pflegekassen im Internet sowie in anderer geeigneter Form veröffentlicht werden.

Der Senat meint aber, dass die Anlage 4 der PTVS, wonach strittige Fragen binnen 28 Tagen geklärt werden können, zukünftig ein klarer strukturiertes Verfahren vorsehen sollte, um dem MDK, sofern substantiierte Einwände erhoben werden,

eine Überprüfung dieser Einwände zu ermöglichen. Eine solche Klärung kann ihrem Sinn und Zweck nach nur herbeigeführt werden, wenn nicht – wie hier seitens der Beschwerdegegner – bloß vordergründig auf Einwendungen des Betreibers der Pflegeeinrichtung eingegangen und im Übrigen auf die Möglichkeit zur Kommentierung verwiesen wird. Vielmehr dürfte es notwendig sein, auf qualifiziertes Vorbringen des Betreibers den MDK um eine kurzfristige Stellungnahme zu bitten, um auf dieser Grundlage zu entscheiden, ob geltend gemachte Mängel im Prüfbericht glaubhaft gemacht und so schwerwiegend sind, dass dieser für einen Transparenzbericht nicht herangezogen werden kann. Der Senat behält sich vor, in den Fällen, in denen nicht bloß – wie hier geschehen – im Wesentlichen das Verfahren als solches angegriffen wird, sondern zu zentralen Feststellungen des MDK substantiiert vom Träger der Pflegeeinrichtung Stellung genommen und schwere Fehler bei der Prüfung vorgebracht werden, dem Antrag auf vorläufige Unterlassung der Veröffentlichung schon dann stattzugeben, wenn der MDK nicht zur Stellungnahme aufgefordert wurde oder er diese nicht vor der beabsichtigten Veröffentlichung abgegeben hat.

2. Nur im Sinne eines Auffangtatbestandes ist dann, wenn sich aus § 115 Abs. 1 a SGB XI i.V.m. der PTVS keine Einwände gegen die Veröffentlichung ergeben, möglicher Weise noch ergänzend zu prüfen, ob die Veröffentlichung wegen eines (allgemeinen) Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb der Beschwerdeführerin nach § 823 BGB i.V.m. § 1004 BGB analog ausnahmsweise zu unterlassen ist. Es ist allerdings kaum vorstellbar, dass ein aufgrund des § 115 Abs. 1 a SGB XI und der PTVS unter Berücksichtigung der Ausführungen des Senats ordnungsgemäß zustande gekommener Transparenzbericht gleichwohl rechtswidrig in den Gewerbebetrieb des Trägers der Pflegeeinrichtung eingreift. Dies muss hier aber nicht weiter vertieft werden, weil dafür keine Anhaltspunkte vorhanden sind.

C. Die Kostenentscheidung beruht auf § 197 a SGG in Verbindung mit § 154 Abs. 1 Verwaltungsgerichtsordnung.

Die Festsetzung des Streitwerts folgt aus § 197 a SGG in Verbindung mit §§ 47 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1, 52 Abs. 2 Gerichtskostengesetz. Da die Beschwerdeführerin mit ihrem Hauptantrag schon im einstweiligen Rechtsschutz begehrt, den Beschwerdegegnern auf Dauer zu untersagen, die ihr mit E-Mail vom 02.12.2009 übermittelten Transparenzberichte zu veröffentlichen, ist der volle Aufgangstreitwert anzusetzen.

Dieser Beschluss ist nicht mit der Beschwerde zum Bundessozialgericht anfechtbar (§ 177 SGG).