Sozialgericht Münster

Urteil (nicht rechtskräftig)

Sozialgericht Münster S 6 P 111/10

Die Beklagten werden verurteilt, die Veröffentlichung des Transparenzberichts über die Pflegeeinrichtung der Klägerin aufgrund der MDK-Prüfung am 19. Oktober 2009 über die Internetportale der Beklagten - oder in sonstiger Weise- zu unterlassen. Die Beklagten tragen die Kosten des Verfahrens. Der Streitwert wird auf 5.000,00 Euro festgesetzt. Die Sprungrevision wird zugelassen.

Tatbestand:

Streitig ist, ob die Klägerin die Unterlassung der Veröffentlichung eines Transparenzberichts über ihre stationäre Pflegeeinrichtung verlangen kann.

Die Klägerin ist Trägerin eines durch Versorgungsvertrag gemäß § 72 des Sozialgesetzbuches - Elftes Buch - (SGB XI) zugelassenen Altenwohn- und Pflegeheims mit 120 Pflegeplätzen. In dieser Einrichtung führte der Medizinische Dienst der Krankenversicherung Westfalen-Lippe (MDK) im Auftrag der beklagten Landesverbände der Pflegekassen am 19. und 20. Oktober 2009 eine Qualitätsprüfung (Regelprüfung) nach §§ 114 ff SGB XI durch.

Im November 2009 leiteten die Beklagten der Klägerin den Prüfbericht zu und gaben ihr Gelegenheit zur Stellungnahme. Mit ihrem ausführlichen Schreiben vom 02. Dezember 2009 wandte sich die Klägerin gegen die in dem Prüfbericht aufgelisteten Beanstandungen. Die Feststellungen der MDK-Prüferinnen seien weitgehend unzutreffend. In seiner Stellungnahme vom 04. Februar 2010 trat der MDK diesen Einwendungen entgegen und betonte, der Prüf- und Transparenzbericht bilde das Ergebnis zum Zeitpunkt der Prüfung ab. Sämtliche Bewertungen wurden aufrecht erhalten.

Durch den Bescheid vom 10. Februar 2010 gaben die Beklagten sodann der Klägerin auf, die vom MDK vorgeschlagenen Maßnahmen zur Beseitigung von Qualitätsdefiziten zu treffen. Gegen diesen Bescheid richtet sich die am 19. Februar 2010 - hier nicht streitige - Klage (Az.: S 6 P 33/10). Auf den zugleich gestellten Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz hat die Kammer durch Beschluss vom 08. Juni 2010 (Az.: S 6 P 34/10 ER) die aufschiebende Wirkung der Anfechtungsklage angeordnet. Die hiergegen eingelegten Beschwerden der Beklagten sind beim Landessozialgericht für das Land Nordrhein-Westfalen - LSG NRW - anhängig (Az.: L 10 B 79/10 B ER).

Im November 2009 wurde der hier streitige bislang nicht veröffentlichte "vorläufige Transparenzbericht" der Klägerin elektronisch zugeleitet, um ihr Gelegenheit zu geben, dem Bericht einen eigenen Kommentar anzufügen.

Der Transparenzbericht weist als Gesamtergebnis die Note "ausreichend" (4,3) aus. Der Qualitätsbereich "Pflege und medizinische Versorgung" erhielt die Gesamtnote "ausreichend" (4,4). Der Bereich "Umgang mit demenzkranken Bewohnern" wurde mit "mangelhaft" (5,0) bewertet. Im Bereich "Soziale Betreuung und Alltagsgestaltung" wurde die Einrichtung mit "ausreichend" (4,1) beurteilt. Ein "gut" (2,1) gab es für den Qualitätsbereich "Wohnen, Verpflegung, Hauswirtschaft und Hygiene". Als Landesdurchschnitt wurde 2,5 ("befriedigend") angegeben. Als Ergebnis der Befragung der Bewohner, das nicht in das Gesamtergebnis mit einfließt, wurde die Note "sehr gut" (1,3) mitgeteilt.

Gegen die Veröffentlichung des Transparenzberichts richtet sich die hier streitige am 21. Mai 2010 erhobene Unterlassungsklage.

Mit ihrem Beschluss vom 26. Mai 2010 (Az.: S 6 P 35/10) hat die Kammer durch ihren Vorsitzenden auf einen Antrag der Klägerin die Beklagten im Wege der einstweiligen Anordnung vorläufig verpflichtet, die Veröffentlichung des Transparenzbericht bis zum rechtskräftigen Abschluss des hier streitigen Klageverfahrens zu unterlassen. Die hiergegen eingelegten Beschwerden der Beklagten sind beim LSG NRW (Az.: L 10 P 76/10 B ER) anhängig.

Die Klägerin hat sich zur Begründung ihrer Klage auf die Rechtsprechung der Kammer (Beschluss vom 18. Januar 2010, Az.: S 6 P 202/09) gestützt. Darüber hinaus hat die Klägerin vorgetragen, der Prüfbericht und der Transparenzbericht enthalte offensichtlich unrichtige Feststellungen. Die Einwendungen sind von ihr im einzelnen dargelegt worden.

Die Klägerin beantragt, die Beklagten zu verurteilen, die Veröffentlichung des Transparenzberichts über ihre Pflegeeinrichtung aufgrund der MDK-Prüfung am 19. Oktober 2009 über die Internetportale der Beklagten - oder in sonstiger Weise - zu unterlassen.

Die Beklagten beantragen, die Klage abzuweisen.

Sie vertreten die Auffassung, sie seien zur Veröffentlichung des Transparenzberichts gesetzlich verpflichtet. Die gesetzliche Regelung des § 115 Abs. 1 a SGB XI sei nicht verfassungswidrig und die Pflege-Transparenzvereinbarung nicht rechtswidrig. Zur Begründung dieser Ansicht verweisen die Beklagten auf

Entscheidungen einiger Landessozialgerichte in vorläufigen Rechtsschutzverfahren.

Die von der Klägerin geltend gemachten Mängel des Prüfberichts seien im Übrigen durch die Stellungnahme des MDK widerlegt. Der grundrechtliche Schutz, der sich für die Klägerin aus Artikel 12 des Grundgesetzes ergeben könne, müsse hinter dem Grundrecht der Pflegebedürftigen auf Leben und körperliche Unversehrtheit sowie Information zurücktreten.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Verwaltungsakten der Beklagten sowie auf die Gerichtsakten und die Streitakten der Verfahren S 6 P 33/10, S 6 P 34/10 ER und S 6 P 35/10 ER verwiesen. Diese Akten sind Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen.

Entscheidungsgründe:

Die Klage ist zulässig.

Zweifel am Vorliegen der Sachurteilsvoraussetzungen bestehen nicht.

Der Rechtsweg zu den Sozialgerichten ist gemäß § 51 Abs. 1 Nr. 2 des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) für Angelegenheiten der Pflegeversicherung gegeben.

Die Klage ist als vorbeugende Unterlassungsklage in Form der Leistungsklage ohne Durchführung eines Vorverfahrens und Einhaltung einer Klagefrist gemäß § 54 Abs. 5 SGG statthaft. Die Veröffentlichung eines Transparenzberichts stellt nämlich keinen Verwaltungsakt dar, sondern erfolgt ohne Setzung eines eigenen Rechtsaktes unmittelbar auf der Grundlage des Gesetzes als sogenannter Realakt.

Die entsprechend § 54 Abs. 1 Nr. 2 SGG erforderliche Klagebefugnis ist gegeben. Die Klägerin kann aufgrund der Veröffentlichung des Transparenzberichts über ihre Einrichtung einen Eingriff in ihr Grundrecht der Berufsfreiheit rügen.

Die Klage ist auch begründet.

Der Klägerin steht ein aus der Abwehrfunktion der Grundrechte abzuleitender öffentlich-rechtlicher Unterlassungsanspruch zu. Eine Veröffentlichung des Transparenzberichts würde das Grundrecht der Klägerin auf Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 des Grundgesetzes - GG -) verletzen. Nach der gesetzlichen Regelung (§ 115 Abs. 1 a Satz 1 SGB XI) stellen die Landesverbände der Pflegekassen sicher, dass die von Pflegeeinrichtungen erbrachten Leistungen und deren Qualtität, insbesondere hinsichtlich der Ergebnis- und Lebensqualität für die Pflegebedürftigen und ihre Angehörigen verständlich, übersichtlich und vergleichbar sowohl im Internet als auch in anderer geeigneter Form kostenfrei veröffentlicht werden. Hierbei sind die Ergebnisse der Qualitätsprüfungen des MDK zugrunde zu legen (§ 115 Abs. 1 a Satz 2 erster Halbsatz SGB XI). 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 (§ 115 Abs. 1 a Satz 2 zweiter Halbsatz SGB XI). Die Kriterien der Veröffentlichung einschließlich der Bewertungssystematik sind - so § 115 Abs. 1 a Satz 6 SGB XI - 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 Spitzenverbänden unter Beteiligung des Medizinischen Dienstes des Spitzenverbandes Bund der Krankenkassen zu vereinbaren. Auf dieser Grundlage haben die Vertragsparteien am 17. Dezember 2008 die Pflege-Transparenzvereinbarung stationär (PTVS) geschlossen. Sie beinhaltet die Kriterien der Veröffentlichung, die Bewertungssystematik und die Ausfüllanleitungen für die Prüfer.

Die Kammer neigt zu der Auffassung, dass der Unterlassungsanspruch der Klägerin bereits deshalb begründet ist, weil die in § 115 Abs. 1 a Satz 6 SGB XI vorgesehene Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen auf die demokratisch nicht legitimierten Vertragsparteien angesichts des Parlamentsvorbehalts und der Schranken des Art. 80 GG verfassungswidrig ist (so mit eingehenden Begründungen auch SG München, Beschluss vom 13. Februar 2010, Az.: S 19 P 6/10 ER; SG Nürnberg, Beschluss vom 18. Februar 2010, Az.: S 9 P 16/10 ER; SG Frankfurt, Beschluss vom 23. März 2010, Az.: S 18 P 16/10 ER; ferner Martini, DÖV, 2010, 573/575). Der aus dem Vorbehalt des Gesetzes und aus dem Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip abgeleiteten Wesentlichkeitstheorie des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) wäre nach Ansicht der Kammer allenfalls dann genüge getan, wenn zumindest die grundlegende Entscheidung, ob die Veröffentlichung von Qualitätsberichten durch ein Schulnotensystem erfolgen soll, vom Gesetzgeber selbst getroffen worden wäre. Eine im Internet veröffentlichte, umfassende und fortwährende hoheitliche Bewertung der Leistungen von Pflegeeinrichtungen durch Noten berührt nämlich intensiv und nachhaltig die Berufsausübungsfreiheit der Einrichtungsträger. Hinzu kommt, dass erhebliche Zweifel an der Verfassungsgemäßheit der gesetzlichen Bestimmung auch deshalb bestehen, weil - worauf Bachem, Sozialrecht Aktuell, 2010, 123/128 hinweist - Verfahrensregelungen nicht einmal in den Grundzügen vom Gesetzgeber geregelt werden, sondern vollständig fehlen. Diese verfassungsrechtlichen Fragen können hier allerdings dahinstehen, weil die Entscheidung der Kammer nicht von der Verfassungsmäßigkeit des § 115 Abs. 1 a SGB XI abhängt. Denn die Klage hat schon aus anderen Gründen Erfolg. Eine Vorlage gemäß Art. 100 GG an das BVerfG kam deshalb nicht in Betracht.

Die auf der Grundlage der PTVS erstellten Transparenzberichte entsprechen nämlich nicht den gesetzlichen Anforderungen.

Die Pflege-Transparenzvereinbarung vom 17. Dezember 2008 sieht für stationäre Pflegeeinrichtungen die Veröffentlichung von Noten für 82 aufgelistete Bewertungskritierien vor, die fünf Qualitätsbereichen zugeordnet werden, die jeweils eine Gesamtnote erhalten. Die Gesamtnote errechnet sich - ohne die Ergebnisse der Befragung der Bewohner - aus 64 Beurteilungskritierien. Die Bewertungssystematik sieht vor, dass jedes Kriterium eine Einzelbewertung anhand einer Skala von 0 bis 10 erhält, wobei 0 die schlechteste und 10 die beste Bewertung ist. Die Skalenwerte werden sodann nach einer im Anhang der Vereinbarung dargestellten Tabelle in Noten "mit einer Stelle nach dem Komma" umgerechnet. Die nicht arithmetische Zuordnung dieser Tabelle sieht etwa für die Skalenwerte von 8,7 bis 10 die Note "sehr gut" und für die Skalenwerte von 0 - 4,49 die Note "mangelhaft" vor. Für 20 einrichtungsbezogene - das gesamte Pflegeheim betreffende - Kritierien ist bestimmt, dass sie nur eine dichotome (erfüllt/nicht erfüllt) Bewertung erhalten. In diesen Fällen können nur die Skalenwerte 10 oder 0 vergeben werden. Aber auch bei den bewohnerbezogenen Kriterien erfolgt die Bewertung über dichotome Bewertungen des einzelnen in die Prüfung einbezogenen Bewohners. Dies bedeutet, dass beispielsweise dann, wenn ein bestimmtes Kriterium bei 8 von 10 einbezogenen Bewohnern erfüllt ist, der Skalenwert 8 vergeben wird. In einer Anlage zu den PTVS sind die "Ausfüllanleitungen für die Prüfer" niedergelegt. Sie beschreiben, wann ein Kriterium durch den Prüfer als erfüllt oder nicht erfüllt zu bewerten ist. In einer weiteren Anlage wird das Verfahren der Veröffentlichung und die Darstellung der Prüfergebnisse im Internet geregelt. Hier ist z.B. bestimmt, dass die Pflegeeinrichtung dem Transparenzbericht einen Kommentar mit einem maximalen Umfang von "3000 Zeichen inklusive Leerzeichen" beifügen kann und dass der Vergleichswert im jeweiligen Bundesland nur einzutragen ist, wenn mindestens 20 % aller Pflegeheime im Bundesland durch den MDK geprüft sind. Die nach diesem - hier nur zusammenfassend skizzierten - Regelungswerk erstellten Transparenzberichte können nicht rechtmäßig sein.

Zwar haben einige Landessozialgerichte in einstweiligen Rechtsschutzverfahren großzügige Prüfungsmaßstäbe angelegt (so Sächsisches LSG, Beschluss vom 24. März 2010, Az.: L 1 P 1/10 B ER; Bayerisches LSG, Beschluss vom 30. März 2010, Az.: L 2 P 7/10 B ER; LSG NRW, Beschluss vom 10. Mai 2010 in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 31. Mai 2010 und des auf Anhörungsrüge ergänzenden Beschlusses vom 22. Juni 2010, Az.: L 10 P 10/10 B ER und L 10 P 59/10 B ER RG; zuletzt auch Schleswig-Holsteinisches LSG, Beschluss vom 16. Juni 2010, Az.: L 10 P 74/10 B ER). Eine gerichtliche Überprüfung der Transparenzberichte habe sich - so diese Gerichte mit ähnlichen Formulierungen - darauf zu beschränken, ob ein faires, neutrales, objektives und sachkundiges Prüfverfahren angewandt werde. Nur offensichtliche und besonders schwerwiegende formelle oder inhaltliche Mängel - wie etwa bewusste Verzerrungen oder eine Schmähkritik - könnten beanstandet werden. Derartige schwere Fehler seien aber nicht ersichtlich.

Mit dem LSG Berlin-Brandenburg (Beschluss vom 29. März 2010, Az.: L 27 P 14/10 B ER) ist die Kammer demgegenüber der Auffassung, dass angesichts der Grundrechtsbetroffenheit bei marktsteuernden Veröffentlichungen, aber auch angesichts der dabei bestehenden öffentlichen Interessen an einer zuverlässigen Information keine großzügigen Maßstäbe bei der Prüfung der veröffentlichten Bewertungen angelegt werden dürfen. Die Beklagten können sich bei ihrer hoheitlichen, quasi staatlichen Beurteilung nämlich nicht - wie etwa private Prüfinstitutionen - auf das Grundrecht der Meinungsfreiheit berufen. An hoheitliche Informationsakte sind grundsätzlich die gleichen Anforderungen an das Maß der Sachverhaltsaufklärung und die Richtigkeit zu stellen wie bei regulativen staatlichen Eingriffen. Insoweit verweist die Kammer auf Aufsätze des Richters am BVerfG Di Fabio (Grundrechte im präzeptoralen Staat am Beispiel hoheitlicher Informationstätigkeit, JZ 1993, 689 ff, und Information als hoheitliches Gestaltungsmittel, JuS 1997, 1 ff), der überzeugend vor dem "unbesorgten grundrechtlichen Umgang mit staatlicher Informationstätigkeit" warnt. Auch dem sogenannten Glykol-Beschluss des BVerfG vom 26. Juni 2002, Az.: 1 BVerfGE 558/912 BVerfG 105, 252 ff) ist zu entnehmen, dass die Anlegung eines strengen Maßstabs an die inhaltliche Richtigkeit der zur Veröffentlichung anstehenden Bewertungen geboten ist. In dieser Entscheidung hat das BVerfG zum Problem der Verbreitung marktbezogener Informationen des Staates - um das es auch vorliegend geht - dargelegt, dass die Veröffentlichung solcher Informationen den grundrechtlichen Gewährungsleistungsanspruch von betroffenen Wettbewerbern aus Art. 12 GG nur dann nicht beeinträchtigt, wenn bei Vorliegen einer staatlichen Aufgabe insbesondere die Anforderungen an die Richtigkeit und Sachlichkeit der Informationen beachtet würden. Blieben - so das BVerfG - selbst nach sorgsamer Aufklärung des Sachverhalts im Rahmen des Möglichen Unsicherheiten in tatsächlicher Hinsicht, könnte eine Verbreitung der - unsicheren - Information nur zulässig sein, wenn sie im öffentlichen Interesse läge und außerdem die Marktteilnehmer auf die verbliebenen Unsicherheiten hingewiesen würden (BVerfG, aaO S. 272).

Den so umrissenen rechtlichen Anforderungen können die auf der Grundlage der PTVS erstatteten Transparenzberichte nicht genügen. Die Beurteilungskriterien der PTVS sind nämlich nicht geeignet, die von den Pflegeheimen erbrachten Leistungen und deren Qualität, insbesondere - wie das Gesetz es ausdrücklich verlangt - hinsichtlich der Ergebnis- und Lebensqualität zu beurteilen. Die Systematik der Bewertung ist verfehlt, die Ermittlung der Pflegenoten für den Leser nicht nachvollziehbar. Die Transparenzberichte täuschen die Verbraucher.

Dass bei der Veröffentlichung der Transparenzberichte die Qualität der Pflege "insbesondere" hinsichtlich der Ergebnis- und Lebensqualität dargestellt werden soll, hat der Gesetzgeber in Satz 1 und 2 des § 115 Abs. 1 a SGB XI zweimal betont. Dieser Qualitätsmaßstab ist aber auch in der gesetzlichen Regelung des § 114 SGB XI über die Qualitätsprüfungen hervorgehoben. Die Regelprüfung erfasst - so § 114 Abs. 2 Satz 3 SGB XI - insbesondere wesentliche Aspekte des Pflegezustandes und die Wirksamkeit der Pflege- und Betreuungsmaßnahmen (Ergebnisqualität). Sie kann - so Satz 4 dieser Bestimmung - auch auf den Ablauf, die Durchführung und die Evaluation der Leistungserbringung (Prozessqualität) sowie die unmittelbaren Rahmenbedingungen der Leistungserbringung (Strukturqualität) erstreckt werden.

Zuverlässige Aussagen über die vom Gesetzgeber in den Vordergrund gerückte Ergebnis- und Lebensqualität können die Transparenzberichte der PTVS nicht machen. Ihre Bewertungskritierien betreffen ganz überwiegend nur die Prozessqualität. Die Pflegenoten beurteilen nicht das erreichte Ergebnis der pflegerischen Bemühungen, sondern bewerten im Wesentlichen nur die Qualität der Dokumentation.

Bei ihrer Auffassung, dass die auf dem Boden der aktuellen Prüfkritierien erstellten Transparenzberichte nicht den gesetzlichen Anforderungen hinsichtlich der Ergebnis- und Lebensqualität genügen, hat sich die Kammer in ihren Beschlüssen in einstweiligen Rechtsschutzverfahren u. a. auch auf das im Vorwort der Tranparenzvereinbarung vom 17. Dezember 2008 niedergelegte Eingeständnis gestützt, wonach die Vertragsparteien die Vereinbarung in dem Wissen geschlossen hätten, dass es "derzeit keine pflegewissenschaftlich gesicherten Erkenntnisse über valide Indikatoren der Ergebnis- und Lebensqualität der pflegerischen Versorgung in Deutschland gibt". Deshalb sei die Vereinbarung als vorläufig zu betrachten. Es bestehe Einvernehmen, diese Vereinbarung anzupassen, sobald "pflegewissenschaftlich gesicherte Erkenntnisse über Indikatoren der Ergebnis- und Lebensqualität" vorlägen.

In ihrem Beschluss vom 26. Mai 2010 (Az.: S 6 P 35/10 ER) hat die Kammer darauf hingewiesen, dass das gegenwärtige Bewertungssystem in der Pflegewissenschaft auf - soweit ersichtlich - einhellige Ablehnung gestoßen ist. So hat etwa Bonato in seiner im Internet veröffentlichten im Auftrag der Diakonie Rheinland-Westfalen-Lippe e.V. erstellten gutachterlichen Stellungnahme vom 21. April 2010 eine eingehende Methodenkritik dargelegt und ist zu dem Ergebnis gekommen, dass die notwendigen wissenschaftlichen Gütekriterien bei der Bewertungssystematik der PTVS nicht erfüllt seien. Zu ähnlichen Ergebnissen ist auch Weibler-Villalobos, Leitende Ärztin des Medizinischen Dienstes der Krankenversicherung Rheinland-Pfalz, in ihrer Abhandlung "Methodische Anforderungen an einrichtungsbezogene Qualitätsberichte in der Pflege" (veröffentlicht auf der Homepage des MDK Rheinland-Pfalz) gekommen.

Bestätigt wird diese Einschätzung durch die nunmehr vorliegende, im Auftrag der Vereinbarungspartner erstellte "Wissenschaftliche Evaluation zur Beurteilung der Pflege- Transparenzvereinbarungen für den ambulanten (PTVA) und stationären (PTVS) Bereich" der Professorinnen Hasseler und Wolf-Ostermann vom 21. Juli 2010 (im Internet veröffentlicht). In dieser Studie wird eingehend aufgezeigt, dass die klassischen Gütekritierien für jedes Bewertungsverfahren (Objektivität, Reliabilität, Validität) nicht erfüllt seien. Ihr Fazit lautet: "Aussagen, ob das Verfahren tatsächlich Pflegequalität misst, sind nicht möglich" (S. 212, 270).

Im Rahmen ihrer Analyse der Beurteilungskriterien konnten die Wissenschaftlerinnen nur 2 der 64 Kriterien der PTVS als Kriterien der Ergebnis- und Lebensqualität erkennen. Bis auf wenige Strukturkriterien stelle die ganz überwiegende Anzahl der Kriterien Prozesskriterien dar. "Kriterien der Lebensqualtität konnten weder im stationären noch im ambulanten Bereich identifiziert werden" (S. 85). Können aber die Transparenzberichte der PTVS die vom Gesetz als Maßstab vorgegebene Ergebnis- und Lebensqualität gar nicht messen, dürfen sie nicht veröffentlicht werden. Noten, die im Wesentlichen nur die Qualität der Dokumentation widerspiegeln, entsprechen nicht nur nicht dem Gesetz, sondern führen den Verbraucher auch in die Irre. Zwar kommt der Dokumentation und anderen Aspekten der Prozessqualtität in der Pflege fraglos eine große Bedeutung zu. Zu Recht sind sie auch Gegenstand regelmäßiger Qualitätsprüfungen. Nicht zu rechtfertigen ist aber eine Abqualifizierung durch Pflegenoten - ob bei einzelnen Kriterien oder bei den Qualitätsbereichen - , wenn der Leser nicht erkennen kann, dass Grundlage der Bewertung nicht die erbrachte tatsächliche Pflegeleistung, sondern lediglich - möglicherweise überzogene - Beanstandungen bei der Dokumentation sind.

Bei dem Kriterium 3 ("Entspricht die Medikamentenversorgung den ärztlichen Anordnungen ?") hat die Einrichtung der Klägerin z. B. ein "mangelhaft" (5,0) erhalten. Allein diese Bewertung kann aus Sicht der Adressaten des Transparenzberichts eigentlich nur als Disqualifikation des Pflegeheims aufgefasst werden. Der Leser muss glauben, die Bewohner dieser Einrichtung erhielten nicht ihre verordneten Medikamente. Er weiß aber nicht, dass ein "mangelhaft" nur vermieden werden kann, wenn die besonders strengen Anforderungen der "Ausfüllanleitung" an eine fachgerechte Dokumentation der Medikamentenversorgung uneingeschränkt bis hin zu der geforderten Angabe des "vollständigen" Medikamentennamens erfüllt sind.

Transparenzberichte, die nicht die tatsächliche Pflegequalität zuverlässig abbilden, können dem Verbraucherinteresse aber nicht dienen. Auf der Grundlage der geltenden PTVS können Pflegeheime, die eine gute Pflegeleistung erbringen und für eine hohe Lebensqualität ihrer Bewohner sorgen, beim Pflege-TÜV durchaus schlecht abschneiden. Umgekehrt können Einrichtungen, die sich auf die Dokumentationsanforderungen eingestellt haben, gute Bewertungen erzielen, die ihrer tatsächlich erbrachten Pflegeleistung aber nicht entsprechen muss. Wegen der durchaus beachtlichen marktbeeinflussenden Wirkung der Pflegenoten entfaltet der Pflege-TÜV eine Lenkungswirkung, die der Gesetzgeber - auch in der Gesetzesbegründung zum Pflege- Weiterentwicklungsgesetz, BT-Drucks. 16/7439, S. 217, wird das Verbraucherinteresse an einer zuverlässigen Darstellung von Angaben zur Pflegequalität insbesondere hinsichtlich der Ergebnis- und Lebensqualität hervorgehoben - nicht beabsichtigt hat. Die aktuell erstellten Transparenzberichte nötigen nämlich die Pflegeeinrichtung noch mehr, - auf Kosten ihrer eigentlichen Aufgabe - in die Dokumentation zu investieren. Die Transparenzberichte sind aber nicht nur deshalb rechtswidrig, weil die Beurteilungskriterien nicht dem Gesetz entsprechen. Der Unterlassungsanspruch der Klägerin ist auch deshalb begründet, weil die Bewertungssystematik der PTVS misslungen und die Darstellung des Transparenzberichts für den Leser nicht nachvollziehbar, sondern vielmehr irreführend ist.

In der "Wissenschaftlichen Evaluation" vom 21. Juli 2010, kommen die Autorinnen zu dem Ergebnis, dass die Bewertungssystematik und die darauf aufbauende Notenbildung theoretisch-methodisch als "äußerst problematisch" zu bewerten sei (S. 202). Die dichotome Beurteilung der Einzelkriterien und die für die Zuordnung

zu einer Note gebildeten unterschiedlich breiten Intervallbereiche führten zu einem unzulässigen Mittelwert. Wörtlich heißt es in der Studie: " Aufgrund der beschriebenen Schwächen bei der Berechnung von Bereichs- und Gesamtnoten ist eine genaue inhaltliche Interpretation dieser Noten auf der Basis der gewählten Methodik nicht mehr nachvollziehbar" (S. 204).

Ein Blick in den hier streitigen Transparenzbericht kann die Methodenkritik der Wissenschaftlerinnen anschaulich machen. Bei dem Kriterium Nr. 58 - "Ist der Gesamteindruck der Einrichtung im Hinblick auf Sauberkeit und Hygiene gut (z. B. Optische Sauberkeit, Ordnung, Geruch) ?" - hat die Einrichtung der Klägerin - die MDK-Prüferinnen hatten bei zwei Bewohnern die fehlende Sauberkeit ihrer Rollstühle beanstandet - die Note 5,0 ("mangelhaft") erhalten. Wie bei 19 anderen einrichtungsbezogenen Kriterien handelt es sich hierbei um eine dichotome (erfüllt/nicht erfüllt) Bewertung. Das heißt, die Einrichtung hätte - bei einer nicht ganz so strengen Beurteilung durch den MDK - nur eine "1,0" erhalten können. Eine differenzierte Beurteilung der Sauberkeit der Einrichtung mit verschiedenen Noten ist nach den PTVS gar nicht möglich. Die den Transparenzberichten beigefügten "Erläuterungen zum Bewertungssystem" verschleiern zudem noch diesen Sachverhalt. Dort heißt es, "Noten kennt jeder aus seiner eigenen Erfahrung. Jeder weiß, was eine Eins oder eine Fünf bedeutet". Ferner wird mitgeteilt, dass jedes Kriterium mit Punkten auf einer Skala von "1 - 10" (gemeint ist 0 - 10) bewertet werde. Pro Bereich werde aus diesen Punkten ein Mittelwert gebildet, der dann eine bestimmte Note ergebe.

Diese Erläuterung der Bewertungssystematik führt den Leser - nähme er den Transparenzbericht ernst - in die Irre. Die Fragwürdigkeit der Beurteilung der Einrichtung mit einem "mangelhaft" auf dem Gebiet der Sauberkeit kann er nicht ohne Weiteres erkennen. Möglicherweise fällt ihm aber auf, dass die Befragung der Bewohner, deren Ergebnis zwar nicht in die Gesamtnote einfließt aber ebenfalls veröffentlicht wird, für das Kriterium "Enspricht die Hausreinigung Ihren Erwartungen ?" immerhin die Note 1,1 ergeben hat. Für den Leser stellt sich die denkbar schlechteste Note 5,0 für den Gesamteindruck hinsichtlich Sauberkeit und Hygiene als zwingendes Auschlusskriterium für die fragliche Einrichtung dar. Wie knapp das Pflegeheim möglicherweise ein "sehr gut" bei diesem wichtigen Kriterium verfehlt hat, kann er nicht wissen.

Allerdings wird dem Leser die Bewertung zahlreicher Kriterien mit den Extremnoten 1,0 und 5,0 auffallen. So weist der hier zu betrachtende Transparenzbericht für den Qualitätsbereich 3 "Soziale Betreuung und Alltagsgestaltung" je fünfmal die Note 1,0 und 5,0 auf. Das auf dieser Seite als Bewertungsergebnis für diesen Qualitätsbereich angegebene Gesamtergebnis 4,1 wird niemand nachvollziehen können. Die diesem Ergebnis in Form einer Fußnote beigefügte Erläuterung "Die Bereichsnote ergibt sich aus den Mittelwerten der Punktebewertung der Einzelkriterien" kann den Leser nicht davon überzeugen, weshalb hier die Arithmetik, die die Durchschnittsnote 3,0 augenfällig nahelegt, keine Geltung haben soll. Dementsprechend ist auch das im Transparenzbericht angegebene Gesamtergebnis 4,3 nicht nachvollziehbar. Das arithmetische Mittel aus allen Einzelnoten beträgt vielmehr 3,5.

Auch die - zur vergleichsweisen Einordnung der Gesamtnote - für den "Landesdurchschnitt" angegebene Note "befriedigend" (2,5) ist im Übrigen eine falsche Angabe. Anders als für die übrigen Bundesländer wird nämlich für das Land Nordrhein-Westfalen eine einheitliche Durchschnittsnote gar nicht ermittelt. Die im Transparenzbericht angegebene Vergleichsnote betrifft nur den Bereich Westfalen-Lippe.

Die Beklagten haben zur Begründung ihres Klageabweisungsantrages vorgetragen, das Grundrecht der Klägerin auf Berufsausübungsfreiheit müsse hinter dem Grundrecht der Pflegebedürftigen auf Leben und körperliche Unversehrtheit zurücktreten. Für eine derartige Güteabwägung besteht jedoch kein Anlass. Eine das Grundrecht der Berufsfreiheit der Klägerin verletzende gesetzeswidrige Veröffentlichung eines Transparenzberichts kann kein Mittel sein, grundrechtsrelevante Pflegedefizite zu verhindern. Lägen im Falle der Klägerin tatsächlich so gravierende Qualitätsmängel vor, wie sie die Noten im Transparenzbericht über die Einrichtung suggerieren, könnten - und müssten wohl auch - diesen Mängel mit Maßnahmen der Heimaufsicht oder auch einer Kündigung des Versorgungsvertrages wirksam begegnet werden. Die Transparenzberichte dienen nicht der Gefahrenabwehr (vgl. Bachem, aaO, S. 134, der dies zu Recht hervorhebt), sie sollen vielmehr dem pflegebedürftigen Verbraucher eine verlässliche, verständliche und übersichtliche Information über die von den Pflegeeinrichtungen erbrachte Pflegequalität bieten. Dies können die auf der Grundlage der PTVS erstellten Berichte allerdings nicht leisten.

Insbesondere kann schließlich auch der Umstand, dass die Vertragspartner bereits in ihrer Vereinbarung vom 17. Dezember 2008 festgelegt haben, die Vereinbarung anzupassen, sobald pflegewissenschaftlich gesicherte Erkenntnisse über valide Indikatoren der Ergebnis- und Lebensqualität vorlägen, keine Rechtfertigung für die aktuell erstellten durchweg mangelhaften Transparenzberichte darstellen. Weil diese Berichte die Grundrechte der Einrichtungsträger verletzen, sind sie auch nicht nur vorübergehend hinnehmbar.

Hasseler und Wolf-Ostermann legen in ihrer "Wissenschaftlichen Evaluation" dar, dass nicht nur die nationale sondern auch die internationale Forschungslage darauf hinweise, dass "die Pflegedokumentation keine zuverlässige Datenquelle darstell(e) und viele Verzerrungen zu verzeichnen" seien (S. 291). Sie raten deshalb wörtlich (S. 291 f):

"Es ist zu empfehlen, statt der Prüfung der Qualität auf der Basis von Pflegedokumentationen, Indikatoren bzw. Kriterien zu entwickeln und zu wählen, die Aussagen machen über die erbrachten Leistungen, die der Heimbewohner/der Kunde tatsächlich erhält. Mit anderen Worten, es sollten Indikatoren der Ergebnisqualität zum Einsatz kommen, die über systematische Assessments am Heimbewohner/Kunden eingeschätzt werden. Die in Frage kommenden Indikatoren bzw. Kriterien sollten sorgfältig ausgewählt werden und das Potential haben, über die Qualität der Pflege Aussagen machen zu können."

Solange aber Kriterien überhaupt noch nicht entwickelt worden sind, die das Potential haben, zuverlässig Aussagen über die Qualität von Pflege machen zu können, kann die Veröffentlichung von Pflegenoten nicht rechtmäßig sein.

Dass die Transparenzberichte der PTVS ganz offenbar nicht geeignet sein können, dem gesetzlichen Ziel zu entsprechen, dem Verbraucher eine leicht verständliche Orientierung über die Leistungsqualtiät von Pflegeheimen zu geben, zeigt schlaglichtartig schließlich auch die im Internet veröffentlichte, von Autoren eines MDK und einen Landesverbandes der Pflegekassen erstellte 13-seitige "Lesehilfe für die Transparenzberichte von Pflegeheimen". Diese Lesehilfe richtet sich an "Menschen in Baden-Württemberg". Da den Transparenzberichten für Einrichtungen dieses Bundeslandes offenkundig schon deshalb keine Aussagekraft beigemessen werden kann, weil der Landesdurchschnitt der Pflegenoten bei 1,2 (!) liegt, wird den Lesern empfohlen, aus dem Transparenzbericht bestimmte "aussagekräftige Transparenzfragen" herauszusuchen und in eine "selbstgefertigte Tabelle einzutragen, um sie miteinander zu vergleichen".

In den Empfehlungen des u. a. aus Vertretern der Vertragspartner gebildeten Beirates, der die "Wissenschaftliche Evaluation" begleitet hat, heißt es unter dem 15. Juli 2010, dass der eingeschlagene Weg der Pflege-Transparenzvereinbarungen "ohne etwaige Aussetzung" weiter verfolgt werden müsse. Die Kammer hält dies für nicht verantwortbar. Die beklagten Landesverbände der Pflegekassen und die Vereinbarungspartner mögen bedenken, dass die sachlich ungerechtfertigte Veröffentlichung von abqualifizierenden Pflegenoten im Internet nicht nur eine Irreführung der Verbraucher darstellt, sondern auch zu gravierenden grundrechtsverletzenden Rufschädigungen der Pflegeeinrichtungen führt.

Nach alledem war der Klage stattzugeben.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 197 a Abs. 1 Satz 1 SGG i.V.m. § 154 Abs. 1 der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO).

Die Streitwertfestsetzung folgt aus § 197 a SGG i.V.m. § 52 Abs. 2 des Gerichtskostengesetzes (GKG). Da der Sach- und Streitstand für eine anderweitige Bestimmung des Streitwerts keine genügenden Anhaltspunkte bietet, war der Auffangwert festzusetzen.

Wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache hat die Kammer die Revision unter Übergehung der Berufungsinstanz gemäß § § 160 Abs. 2 Nr. 1, 161 Abs. 1 SGG zugelassen.