
Datum: 15.08.2012
Gericht: Landessozialgericht NRW
Spruchkörper: 10. Senat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: L 10 P 137/11
ECLI: ECLI:DE:LSGNRW:2012:0815.L10P137.11.00

Vorinstanz: Sozialgericht Köln, S 23 P 235/09
Nachinstanz: Bundessozialgericht, B 3 P 5/12 R
Sachgebiet: Pflegeversicherung
Rechtskraft: nicht rechtskräftig

Tenor:

Die im Berufungsverfahren erhobene vorbeugende Unterlassungsklage wird abgewiesen. Die Kosten des Klageverfahrens bis zur Aufhebung des angefochtenen Bescheides am 18.01.2011 und der Sperrung der Veröffentlichung des Transparenzberichtes (Eingang der Mitteilung bei Gericht) tragen die Beklagten, die weiteren Kosten des Klageverfahren ab 19.01.2011 trägt die Klägerin. Die Klägerin trägt auch die Kosten des Berufungsverfahrens sowie der im Berufungsverfahren erhobenen vorbeugenden Unterlassungsklage. Die Revision wird zugelassen. Der Streitwert wird für das Klageverfahren bis zum 18.01.2011 auf 40.000 Euro, für die Zeit ab dem 19.01.2011 auf 115.000 Euro festgesetzt. Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 190.000 festgesetzt. Der Streitwert für die Entscheidung beträgt 75.000 Euro.

Tatbestand: 1

Streitig ist im Berufungsverfahren noch die künftige Unterlassung der Veröffentlichung von Transparenzberichten über die durch die Klägerin betriebene Pflegeeinrichtung auf der Grundlage des § 115 Abs 1a des Elften Buches Sozialgesetzbuch (SGB XI) und der Pflege-Transparenzvereinbarung stationär vom 17.12.2008 (PTVS) durch die Beklagten. 2

- Die Klägerin ist Trägerin der durch Versorgungsvertrag zugelassenen stationären Pflegeeinrichtung D-Wohnhaus am T in L. Am 06.08.2009 erfolgte eine Qualitätsprüfung gemäß §§ 114 ff SGB XI durch den Medizinischen Dienst der Krankenversicherung Nordrhein (MDK). Mit Anschreiben vom 05.10.2009 übersandten die Beklagten der Klägerin den auf Grundlage dieser Prüfung erstellten Prüfbericht vom 22.09.2009 und teilten mit, dass beabsichtigt sei, der Klägerin den im Prüfbericht aufgeführten Maßnahmenkatalog des MDK zur Beseitigung der festgestellten Defizite aufzuerlegen. Mit Schreiben vom 05.11.2009 nahm die Klägerin umfangreich zu einzelnen konkreten Maßnahmen Stellung. Am 18.11.2009 übersandten die Beklagten den auf Grundlage des Prüfberichts erstellten vorläufigen Transparenzbericht gemäß § 115 Abs 1a SGB XI an die Klägerin. Dieser wies als Gesamtergebnis die Note 3,3 (befriedigend) aus. Mit Maßnahmenbescheid vom 30.11.2009 gaben die Beklagten der Klägerin die Umsetzung zahlreicher Maßnahmen zur Qualitätssicherung auf. 3
- Am 30.12.2009 hat die Klägerin beim Sozialgericht Köln (SG) Klage erhoben und zunächst schriftsätzlich beantragt, den Maßnahmenbescheid vom 30.11.2009 aufzuheben sowie die Veröffentlichung des Transparenzberichts vom 06.08.2009 bis zur Rechtskraft des Bescheides auszusetzen. Sie hat auf eine ihrer Ansicht nach bestehende "gewisse Unvollkommenheit der Prüfinstrumente, -maßstäbe und -aktivitäten des MDK" hingewiesen und betont, dass für sie Fragen der Qualitätssicherung, des Qualitätsmanagements und der Qualitätsentwicklung von großer Bedeutung seien. Es werde mit der Klage auch das Ziel verfolgt, die Prüftätigkeit, die Prüfberichte und die auf ihnen basierenden Maßnahmen und Transparenzberichte einer rechtlichen Prüfung zuzuführen, da diese ihrer Ansicht nach einer solchen nicht standhalten würden. Insbesondere beanstandete sie einzelne Fragestellungen der MDK-Anleitung zur Prüfung der Qualität; es sei zweifelhaft, dass die MDK-Anleitung in jeder Fallkonstellation eine verlässliche Grundlage für die Abfrage und Abbildung der Qualität in vollstationären Einrichtungen darstellten. Hinsichtlich des Maßnahmenbescheides trug sie vor, die Maßnahmen seien ausschließlich auf der Basis von Textbausteinen formuliert, die dem Bestimmtheitsgrundsatz nicht genügten. Auch sei es problematisch, von dem Inhalt der Pflegedokumentation auf die tatsächliche Praxis und damit auf Aspekte der Prozess- und Ergebnisqualität zu schließen. Im Weiteren griff die Klägerin zahlreiche Feststellungen und Maßnahmen im Bescheid vom 30.11.2009 konkret an. Insgesamt leide der Bescheid an erheblichen rechtlichen Mängeln und sei aufzuheben. Auch die Erstellung des Transparenzberichts auf dieser Grundlage sei unzulässig. Es werde schließlich auch beanstandet, dass der Transparenzbericht schon vor Erlass des Maßnahmenbescheides erstellt worden sei 4
- Das SG hat den Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz gegen die Veröffentlichung des Transparenzberichtes mit Beschluss vom 11.01.2010 abgetrennt (neues Az.: 23 P 9/10 ER) und den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung mit Beschluss vom 17.02.2010 abgelehnt. 5
- Die Klägerin hat am 30.11.2010 nunmehr ausdrücklich beantragt, die Beklagte zu verurteilen, die Veröffentlichung des Transparenzberichtes vom 06.08.2009 zu unterlassen. Der Transparenzbericht sei fehlerhaft und verletzte die Klägerin in ihrem Grundrecht auf Berufsausübungsfreiheit gemäß Artikel 12 Grundgesetz (GG). Die Ermächtigungsgrundlage in § 115 Abs 1a SGB XI sei verfassungswidrig. Hinsichtlich des Maßnahmenbescheides trug sie nochmals vor, dass dessen Formulierungen nicht hinreichend bestimmt seien. Soweit die Beklagten in dem angefochtenen Bescheid lediglich auf den Prüfbericht des MDK vom 22.09.2009 Bezug nähmen, liege ein Ermessensnichtgebrauch vor. Aufgrund der formellen Rechtswidrigkeit sei der Bescheid auch unverhältnismäßig. 6

Die Beklagte hat mit Bescheid vom 11.01.2011 den Maßnahmenbescheid aufgehoben und erklärt, sie beabsichtige, den Transparenzbericht dauerhaft nicht zu veröffentlichen. Sie habe den Transparenzbericht gesperrt.

7

Die Klägerin hat nunmehr die Klage umgestellt und beantragt festzustellen, dass der Maßnahmenbescheid vom 30.11.2009 und der entsprechende Transparenzbericht rechtswidrig gewesen sind. Sie hat weiterhin beantragt festzustellen, dass die Erstellung und Veröffentlichung von Transparenzberichten auf der Grundlage des § 115 Abs 1a SGB XI und der PTVS rechtswidrig ist. Sie habe ein berechtigtes Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit von Maßnahmenbescheid und Transparenzbericht und der Rechtswidrigkeit der Veröffentlichung von Transparenzberichten. Das Fortsetzungsfeststellungsinteresse ergebe sich aus der Wiederholungsgefahr und der beabsichtigten Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen. Qualitätsprüfungen würden gemäß § 114 Abs 2 SGB XI jährlich durchgeführt. Somit bestehe die Gefahr, dass die Beklagte - auf rechtswidriger und ungeeigneter Grundlage basierende - Maßnahmenbescheide erlasse und Transparenzberichte veröffentliche. Es bestehe weiter die Gefahr, dass die Prüfer des MDK die nicht rechtmäßig zustande gekommenen und ungeeigneten Richtlinien des GKV-Spitzenverbandes über die Prüfung der in der Pflegeeinrichtung erbrachten Leistungen und deren Qualität nach § 114 SGB XI (QPR) zur Grundlage ihrer Qualitätsprüfung machen würden, diese die Qualitätsprüfungen weiterhin nicht ordnungsgemäß durchführten, die Prüfberichte nicht ordnungsgemäß erstellten und die aus Sicht der Klägerin rechtswidrige PTVS zur Grundlage der Erstellung und Veröffentlichung von Transparenzberichten nähmen, sowie weiterhin unbestimmte und damit rechtswidrige Maßnahmenbescheide erstellen würden. Die QPR seien ungeeignet und bildeten keine verlässliche Grundlage für die Abfrage und Abbildung der Qualität in vollstationären Einrichtungen. Aufgrund starrer Prüfschemata sei es den Prüfern des MDK nicht möglich, die Ergebnisqualität der in den Einrichtungen erbrachten Leistungen angemessen zu bewerten. Auch würden überhöhte Anforderungen an die Pflegedokumentation gestellt. Aufgrund derartiger Anforderungen an die Dokumentation bestehe keine Verhältnismäßigkeit zwischen realer Pflege und der Dokumentationsarbeit mehr. Dies führe zur Gefahr der Unterversorgung. Die Mehrzahl der Fragen der QPR sei nicht geeignet, einen verwertbaren Hinweis auf die Qualität der in der Einrichtung erbrachten Leistungen zu liefern. Darüber hinaus sei die Qualitätsprüfung am 06.08.2009 nicht ordnungsgemäß durchgeführt worden. Es sei zu befürchten, dass auch künftige Prüfungen nicht ordnungsgemäß erfolgen würden. Zum Zeitpunkt der Prüfung habe die erst im Oktober 2009 beschlossene MDK-Prüfanleitung noch nicht vorgelegen. Die Prüfung sei nicht durchgehend in einem Prüfteam durchgeführt worden. Auch sei die Prüfung während der Abwesenheit zahlreicher Mitarbeiter aufgrund einer Rheinschiffahrt durchgeführt worden. Der Prüfbericht enthalte zahlreiche Falschbewertungen. Darüber hinaus sei § 115a SGB XI nicht verfassungsgemäß, da die Festlegung der Kriterien der Veröffentlichung voll umfänglich auf die demokratisch nicht legitimierten Vertragsparteien delegiert worden sei. Auch die PTVS sei rechtswidrig, da sie nicht geeignet sei, die Ergebnis- und Lebensqualität in stationären Einrichtungen zu bewerten. Insofern würden keine validen Indikatoren zur Bewertung vorliegen. Die durch die PTVS vorgegebene Bewertungssystematik sei intransparent und führe nicht zur Vergleichbarkeit verschiedener Einrichtungen. Auch entstünden Verzerrungen bei der Bewertung dadurch, dass je nach Größe der Einrichtung eine unterschiedliche Anzahl von Personen in die Prüfung einbezogen werden. Verzerrungen ergäben sich auch dadurch, dass einzelne Kriterien nur aus den Stichprobenergebnissen von weniger als fünf in die Prüfung einbezogenen Bewohnern bewertet werden könnten. Zutreffende, vergleichbare und zuverlässige Bewertungen der in den Einrichtungen erbrachten Leistungen könnten damit durch die auf Grundlage der PTVS erstellten Transparenzberichte nicht gewährleistet werden. Die Klägerin sei hierdurch in ihrem Grundrecht auf Berufsfreiheit aus Artikel 12 Abs 1

8

GG verletzt.

Die Klägerin hat beantragt,	9
1. festzustellen, dass der Maßnahmenbescheid vom 30.11.2009 auf der Grundlage der Qualitätsprüfungs-Richtlinien (QPR) in der Fassung vom 30. Juni 2009, rechtswidrig ist,	10
2. festzustellen, dass der Transparenzbericht über die Pflegeeinrichtung D-Wohnhaus An T der Klägerin aufgrund der MdK-Prüfung vom 06.08.2009 auf der Basis des § 115 Abs. 1 a SGB XI und der Pflege-transparenzvereinbarung stationär (PTVS) vom 17.12.2008 rechtswidrig ist und die Veröffentlichung des Transparenzberichts ebenso rechtswidrig ist und	11
3. festzustellen, dass die Erstellung und Veröffentlichung von Transparenzberichten auf der Grundlage des § 115 Abs. 1 a SGB XI und der Pflege-transparenzvereinbarung stationär (PTVS) vom 17.12.2008 rechtswidrig ist.	12
Die Beklagten haben zu diesen erstmals mit Schriftsatz der Klägerin vom 20.04.2011 gestellten Anträgen vor dem SG keine Stellungnahme abgegeben und keinen Antrag gestellt.	13
Mit Gerichtsbescheid vom 24.10.2011 hat das SG die Klage abgewiesen. Die Klageänderung in eine Fortsetzungsfeststellungsklage sei unzulässig, da die übrigen Beteiligten nicht eingewilligt hätten und die Änderung auch nicht sachdienlich sei. Eine Klageänderung sei nur dann sachdienlich, wenn sie dazu führe, dass der Streit zwischen den Beteiligten in einem Verfahren beigelegt und endgültig bereinigt werden könne, so dass ein neuer Prozess vermieden werde. Soweit die Klägerin die Wiederholungsgefahr zur Begründung der Zulässigkeit ihrer Klage bemühe, seien die im einzelnen genannten Gefahren einer nicht ordnungsgemäßen Durchführung der Prüfung bzw Erstellung der Prüfberichte und Erstellung nicht hinreichend bestimmter Maßnahmenbescheide durch eine gerichtliche Entscheidung im Einzelfall überhaupt nicht zu vermeiden. Denn in erster Linie werde damit ein tatsächliches Fehlverhalten gerügt. Hinsichtlich der Wiederholungsgefahr verkenne die Klägerin, dass ein künftiger Prüfbericht im Ergebnis vorteilhaft sein könne. Sofern sie beispielsweise die Note "sehr gut" erhalten würde, seien die von ihr genannten Bedenken sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht zum Beispiel bezüglich der PTVS und der Qualitätsprüfungsrichtlinie obsolet. Es könne nur das Interesse der Klägerin sein, eine möglichst optimale Bewertung zu erhalten. Nicht durch die Feststellung des Gerichts zur behaupteten Rechtswidrigkeit von Maßnahmenbescheid und Transparenzbericht werde eine künftige Qualitätsprüfung unstreitig, sondern entscheidend durch ein entsprechend positives Gesamtergebnis. Mit dem Klageantrag zu 3) würde die Klärung einer abstrakten Rechtsfrage begehrt, zu deren Klärung die Gerichte grundsätzlich nicht angerufen werden könnten. Auch fehle das berechnete Interesse an einer baldigen Feststellung. Die Klägerin habe für die Klageänderung mehr als drei Monate benötigt. Darüber hinaus werde darauf verwiesen, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes der Zeitaufwand des Geschädigten keinen Ersatzanspruch begründe.	14
Gegen den am 31.10.2011 zugestellten Gerichtsbescheid hat die Klägerin am 30.11.2011 Berufung eingelegt. Sie hat die Anträge zu Ziffer 1 bis 3 aus dem Klageverfahren wiederholt. Sie ist der Ansicht, es handele sich um zulässige Fortsetzungsfeststellungsanträge und nicht um Klageänderungen. Es bestehe unter den Aspekten der Präjudizialität und der Wiederholungsgefahr auch ein berechtigtes Interesse an der begehrten Feststellung. Das SG habe in seinem Gerichtsbescheid vom 24.10.2011 das Vorbringen der Klägerin nicht konkret erfasst. Es werde nicht lediglich die fehlerhafte Feststellung von Tatsachen einer konkreten Qualitätsprüfung gerügt, sondern die grundsätzlich fehlerhafte Beantwortung von Prüffragen	15

über den Katalog der QPR auf Grund ungeeigneter Prüffragen in Verbindungen mit dichotomen Antwortoptionen bei einseitigem Abstellen auf die Pflegedokumentationen. Es gehe der Klägerin auch nicht in erster Linie um einzelne fehlerhafte Feststellungen des streitgegenständlichen Transparenzberichts, sondern um die grundsätzliche Rechtswidrigkeit einer Veröffentlichung aufgrund der Rechtswidrigkeit der PTVS. Auch der Antrag auf Feststellung, dass die Erstellung und Veröffentlichung von Transparenzberichten auf der derzeit geltenden rechtlichen Grundlage rechtswidrig ist, sei zulässig. Es handele sich nicht um eine Klageänderung, sondern um eine Erweiterung des Antrags gemäß § 99 Abs 3 Nr 2 Sozialgerichtsgesetz (SGG). Selbst wenn eine Klageänderung vorläge, sei diese sachdienlich, da hierdurch ein neuer Prozess vermieden würde. Die Klage sei als Feststellungsklage gemäß § 55 Abs 1 Nr 1 SGG zulässig. Die Klägerin sei selbst, gegenwärtig und unmittelbar durch die PTVS und die Veröffentlichung von Transparenzberichten auf deren Grundlage in ihrem Grundrecht auf Berufsausübungsfreiheit betroffen. Es sei durch das Bundessozialgericht (BSG) anerkannt, dass natürliche oder juristische Personen unmittelbar gegen untergesetzliche Normen, durch welche sie in rechtlich geschützten Belangen betroffen sind, klagen können. Soweit das Gericht die im Klageverfahren gestellten Anträge für unzulässig halte, beantrage sie hilfsweise, die Erstellung und Veröffentlichung weiterer Transparenzberichte über die Einrichtung der Klägerin zu unterlassen. Im Übrigen hat die Klägerin ihr bisheriges Vorbringen wiederholt.

Sie hat in der mündlichen Verhandlung am 15.08.2012 die Berufungen hinsichtlich der beiden Fortsetzungsfeststellungsklagen (Maßnahmenbescheid vom 30.11.2009 und Transparenzberichtes vom 06.08.2009) sowie hinsichtlich der Feststellung, dass die Erstellung und Veröffentlichung von Transparenzberichten rechtswidrig sei, zurückgenommen. 16

Die Klägerin beantragt, 17

die Beklagten zu verurteilen, die Erstellung und Veröffentlichung weiterer Transparenzberichte auf der Basis des § 115 Abs 1a SGB XI und der Pflege-Transparenzvereinbarung stationär (PTVS) vom 17.12.2008 über die Einrichtung der Klägerin zu unterlassen. 18

Die Beklagten beantragen, 19

die Berufung zurückzuweisen. 20

Sie halten den angefochtenen Gerichtsbescheid für rechtmäßig. Der nunmehr gestellte Unterlassungsantrag sei unzulässig, da ein relevantes Rechtsschutzinteresse nicht bestehe. Es werde im Ergebnis die Klärung einer abstrakten Rechtsfrage von allgemeiner Gültigkeit begehrt. Die Berufungsklägerin begehre auch eine rechtlich unzulässige Handlung, da die Unterlassung der Erstellung und Veröffentlichung von Transparenzberichten unmittelbar gegen Bundesrecht, nämlich § 115 Abs 1a SGB XI, verstoße. Allein der Wunsch nach Öffentlichkeit zur Publizierung von grundsätzlichen, rein akademischen Erwägungen zum bundespolitischen Pflegegeschehen stelle kein berechtigtes Interesse für die Klage dar. Zudem habe am 28.07.2011 eine weitere Qualitätsprüfung stattgefunden. Der hierauf erstellte Transparenzbericht habe zu einem Gesamtergebnis von 1,1 geführt. Darüber hinaus seien sämtliche, in der streitbefangenen Qualitätsprüfung vom 06.08.2009 festgestellten Defizite beseitigt worden. Aufgrund des Gesamtergebnisses und der hohen Leistungsqualität der betroffenen Einrichtungen in Trägerschaft der Klägerin sei beabsichtigt, auf die Auferlegung von Maßnahmen zu verzichten und von einer Bescheidung zu der aktuellen Qualitätsprüfung abzusehen. Auf den erklärten Wunsch der Berufungsklägerin seien die Beklagten ebenfalls 21

bereit, dauerhaft von der Veröffentlichung des Transparenzberichts der aktuellen Prüfung dieser Einrichtung abzusehen. Hinsichtlich des Vorbringens zur Rechtmäßigkeit der QPR oder der PTVS werde auf die Rechtsprechung des LSG NRW Bezug genommen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird auf den Inhalt der Gerichtsakten, der beigezogenen Prozessakten S 23 P 9/10 ER des SG Köln, sowie der Verwaltungsakten der Beklagten Bezug genommen. Diese Akten waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung. 22

Entscheidungsgründe: 23

Die erstmals im Berufungsverfahren erhobene vorbeugende Unterlassungsklage ist zulässig. 24

Es handelt sich um eine zulässige Klageänderung. Während die ursprünglich gestellten und in der mündlichen Verhandlung am 15.08.2012 für erledigt erklärten 25

Fortsetzungsfeststellungsanträge sich auf die konkrete Qualitätsprüfung vom 06.08.2009 und deren Auswirkungen in Form des Maßnahmenbescheides vom 30.11.2009 und des Transparenzberichts vom 18.11.2009 bezogen haben, ist das Klageziel der vorbeugenden Unterlassungsklage und der ebenfalls für erledigt erklärten allgemeinen Feststellungsklage auf die Zukunft gerichtet. Die vorbeugende Unterlassungsklage bezieht sich eben nicht auf eine konkrete Prüfung und den hieraus resultierenden Transparenzbericht sondern auf das Recht der Beklagten, künftig Transparenzberichte auf Grundlage des § 115 Abs 1a SGB XI und der PTVS zu erstellen und zu veröffentlichen. Identisch ist lediglich die inzidenter zu prüfende Rechtsfrage nach der Rechtmäßigkeit der Rechtsgrundlagen für die Transparenzberichte. Es liegt damit kein unveränderter Klagegrund im Sinne des § 99 Abs 3 Sozialgerichtsgesetz (SGG), sondern eine Klageänderung vor.

Diese Klageänderung ist auch zulässig. Gemäß § 99 Abs 1 SGG ist eine Änderung der Klage nur zulässig, wenn die übrigen Beteiligten einwilligen oder das Gericht die Änderungen für sachdienlich hält. Die Einwilligung der Beteiligten in die Änderung der Klage ist anzunehmen, wenn sie sich, ohne der Änderung zu widersprechen, in einem Schriftsatz oder in einer mündlichen Verhandlung auf die abgeänderte Klage eingelassen haben (Abs 2). Mit Schriftsatz vom 15.03.2012 haben sich die Beklagten auf die vorbeugende Unterlassungsklage eingelassen, ohne die Unzulässigkeit der Klageänderung zu rügen, so dass eine Einwilligung im Sinne des § 99 Abs 2 SGG anzunehmen ist. Überdies hält der Senat die Klageänderung aus Gründen der Prozessökonomie auch für sachdienlich. Eine Klageänderung ist dann sachdienlich, wenn sie dazu führt, dass der Streit zwischen den Beteiligten in einem Verfahren beigelegt und endgültig bereinigt werden kann, so dass ein neuer Prozess vermieden wird (Leitherer in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 3. Auflage 2012, § 99 RdNr 10 mwN). Diese Voraussetzungen liegen zur Überzeugung des Senats vor, da die grundsätzliche Frage der Zulässigkeit von Transparenzberichten auf Grundlage des § 115 Abs 1a SGB XI und der PTVS im vorliegenden Verfahren abschließend geklärt werden kann. Unerheblich ist insofern auch, dass die Klageänderung erst im Berufungsverfahren erfolgt ist, da das ursprüngliche Klageziel wenigstens teilweise, nämlich bezüglich der grundsätzlichen Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Erstellung und Veröffentlichung von Transparenzberichten im Rahmen der derzeitigen Rechtsgrundlagen, weiter verfolgt wird (vgl hierzu Leitherer, aaO, § 99, RdNr 12). 26

Es besteht auch ein Rechtsschutzbedürfnis der Klägerin für die Unterlassungsklage. Hierbei handelt es sich um einen Unterfall der echten Leistungsklage gemäß § 54 Abs 5 SGG (vgl BSG-Urteile vom 28.01.1993, 2 RU 8/92, Juris Rn 17; vom 05.02.1985, 6 RKa 40/83, Juris Rn 10 und vom 24.07.2003, B 3 P 4/02 R, Juris Rn 15), so dass an sich keine besonderen Anforderungen an das Rechtsschutzbedürfnis zu stellen sind (vgl BSG, Urteil vom 27

15.11.1995, 6 RKa 17/95, Juris Rn 15). Für die hier vorliegende "vorbeugende" Unterlassungsklage, mit der die Klägerin die Erstellung und Veröffentlichung von Transparenzberichten durch die Beklagten in Zukunft verhindern will, wird hingegen ein sogenanntes qualifiziertes Rechtsschutzbedürfnis gefordert. Dieses setzt voraus, dass der Betroffene ein gerade auf die Inanspruchnahme vorbeugenden Rechtsschutzes gerichtetes Rechtsschutzinteresse darlegt, das regelmäßig nicht gegeben ist, solange er auf nachträglichen Rechtsschutz verwiesen werden kann. Als maßgebliches Kriterium für das Bestehen eines qualifizierten Rechtsschutzinteresses wird erachtet, dass ein erneutes, als widerrechtlich beurteiltes Vorgehen der Gegenseite ernstlich zu befürchten ist (BSG, Urteile vom 15.11.1995 und 05.02.1985, aaO). Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze sieht der Senat ein Rechtsschutzinteresse der Klägerin als gegeben an, da eine Wiederholungsgefahr anlässlich der gemäß § 114 Abs 2 S 1 SGB XI jährlich stattfindenden Wiederholungsprüfungen und deren in § 115 Abs 1 a S 4 SGB XI geregelten Auswirkungen auf die Transparenzberichte hinsichtlich der Anwendung der PTVS ersichtlich zu bejahen ist. Insbesondere halten die Beklagten ihren Rechtsstandpunkt aufrecht, nach dem sie sich als berechtigt ansehen, auf der geltenden rechtlichen Grundlage Transparenzberichte zu erstellen und zu veröffentlichen. Der Senat hält es für die Klägerin auch nicht in jedem Einzelfall für zumutbar, gegen den jeweiligen Transparenzbericht vorzugehen. Denn die Klägerin wäre ansonsten auf unabsehbare Zeit gezwungen, sich mit den Qualitätsprüfungen und Transparenzberichten, die auf Grundlage der PTVS ergangen sind, auseinanderzusetzen. Die Klägerin hat insoweit ein Rechtsschutzinteresse an der baldigen Klärung der streitigen Rechtsfrage.

Die Klage ist jedoch nicht unbegründet. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Unterlassung der Erstellung und Veröffentlichung weiterer Transparenzberichte. Vielmehr besteht für die Veröffentlichung solcher Berichte mit § 115 Abs 1 a SGB XI eine Rechtsgrundlage, die nicht verfassungswidrig ist und deren rechtliche Grenzen mit der Vereinbarung der PTVS nicht überschritten wurden. Insbesondere sieht der Senat das Zustandekommen und den Inhalt der PTVS als rechtmäßig an. Zur Vermeidung von Wiederholungen nimmt der Senat insoweit zunächst auf seine Beschlüsse vom 10.05.2010, L 10 P 10/10 B Er (in Juris), vom 22.06.2010, L 10 P 59/10 B ER RG (in Juris), vom 15.11.2010, L 10 P 76/10 B ER (in Juris), vom 05.05.2011, L 10 P 7/11 B ER (in Juris), vom 02.05.2012, L 10 P 6/12 B ER und L 10 P 109/11 B ER, vom 30.04.2012, L 10 P 111/11 B ER und vom 05.06.2012, L 10 P 118/11 B ER (in Juris) Bezug.

28

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aufgrund des Vorbringens der Klägerin. Die Veröffentlichung eines Transparenzberichts ist als grundrechtsspezifische Einwirkung auf die von Art 12 Abs 1 Grundgesetz geschützte unternehmerische Betätigungsfreiheit zu qualifizieren (vgl. Beschluss des erkennenden Senats vom 10.05.2010, aaO, Juris Rn 32 f; vgl. auch zum Eingriff in die durch Art 12 Abs 1 GG geschützte unternehmerische Selbstdarstellung: Schütze in KrV 01/12, Seiten 14 ff, 15, 16). Für diese grundrechtsspezifische Einwirkung besteht jedoch mit § 115 Abs 1a SGB XI eine den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügende rechtliche Grundlage (vgl. insbesondere Beschlüsse des erkennenden Senats vom 10.05.2010, aaO, Juris Rn 31 ff; vom 22.06.2010, aaO, Juris Rn 6 und vom 15.11.2010, aaO, Juris Rn 25). Insofern besteht eine hinreichende Gesetzgebungskompetenz des Bundes, da sich die Vorschriften zur sozialen Pflegeversicherung auf die Kompetenz zur Regelung der Sozialversicherung nach Art 74 Abs 1 Nr 12 GG stützen können (vgl. Schütze aaO, Seite 16). Für die Einführung der Pflegequalitätsberichterstattung in Form der Transparenzberichte liegen auch tragfähige Gründe vor. Pflegeleistungen rechnen zur öffentlichen Daseinsvorsorge und werden wesentlich über Beitragselder und aus öffentlichen Haushalten finanziert. Das verleiht den

29

Leistungen auch in privatrechtlicher Trägerschaft eine besondere Qualität, die eine gesteigerte öffentliche Beobachtung und Bewertung rechtfertigen kann. Hinzu kommen im Bereich der Pflege eine außergewöhnliche Angewiesenheit auf die Leistungsgüte und zudem ein besonderer Bedarf an Orientierung bei der Wahl insbesondere von stationären Einrichtungen. Stationäre Pflegeleistungen werden überdies zunehmend von älteren und häufig multimorbiden Personen in Anspruch genommen. Insofern sind - anders als in vielen anderen Lebenslagen - einmal getroffene Entscheidungen nur unter erschwerten Bedingungen zu korrigieren (vgl hierzu Schütze aaO, Seite 17). Der Senat sieht hierin hinreichend tragfähige Gründe für die Einführung der sogenannten Transparenzberichte.

Der Senat geht auch davon aus, dass die Rechtssetzungsdelegation auf die Vertragspartner des § 115 Abs 1 a SGB XI zulässig ist (vgl Beschluss des erkennenden Senats vom 10.05.2010 aaO, Juris Rn 31). Insbesondere liegt eine Verletzung der in Artikel 80 Abs 1 Grundgesetz gezogenen Grenzen nicht bereits deshalb vor, weil der Gesetzgeber die Regelung der Form der Bewertung und die Ausgestaltung des Bewertungsverfahrens den Vertragspartnern gemäß § 115 Abs 1a SGB XI überlassen hat. Der Gesetzgeber hat die unmittelbar Betroffenen durch die in § 115 Abs 1 a S 6 erfolgte Delegation an der Entwicklung der Bewertungskriterien beteiligt. Die Bewertungen als solche müssen sachgerechten Maßstäben folgen und vertretbar sein, also vor allem den maßgebenden fachlichen Anforderungen genügen (vgl Schütze aaO Seite 18). Bei den Kriterien der Pflegequalitätsberichterstattung geht es mehr um die fachliche Einschätzung als um Fragen grundsätzlicher politischer Bedeutung (Schütze aaO). Bei komplexen und sich entwickelnden Sachverhalten weist das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber besonders weite Gestaltungsspielräume zu (Schütze aaO, mwN). Der Senat geht daher davon aus, dass sich der Gesetzgeber auf die Grundentscheidungen beschränken und die Ausgestaltung im Einzelnen der Selbstverwaltung hat überlassen dürfen bzw über die Vertragslösung zugleich den Sachverstand der beteiligten Kreise einbeziehen konnte, da hierdurch sichergestellt ist, dass deren Interessen in die Ausgestaltung der Pflegeberichterstattung eingehen können.

Auch die durch die Klägerin vorgetragenen Zweifel an die Tauglichkeit der Transparenzkriterien zur Beurteilung der Leistungen, insbesondere hinsichtlich der Ergebnis- und Lebensqualität, führen nicht zur Rechtswidrigkeit der PTVS. Zwar existieren insoweit nach pflegewissenschaftlicher Einschätzung derzeit valide Indikatoren noch nicht in ausreichendem Maße. Dieser Umstand war aber sowohl dem Gesetzgeber als auch den Vertragspartnern des § 115 Abs 1a S 6 SGB XI - wie sich bereits aus dem Vorwort der PTVS ergibt - bewusst und ist auch durch den Senat in seiner bisherigen Rechtsprechung berücksichtigt worden (aaO, vgl insbesondere Beschluss vom 15.11.2010, aaO, Juris Rn 25). Etwaige qualitative Mängel der PTVS sind aber im Hinblick auf den weiteren Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers im Rahmen komplexer und sich entwickelnder Sachverhalte (s.o.) bei entsprechender Beobachtung und Entwicklung der PTVS als Reaktion auf Defizite und Fehlentwicklungen hinzunehmen, da sie der Einführung eines solchen Beurteilungsverfahrens immanent sind (vgl Schütze , aaO, Seite 18). Entsprechend werden die in den PTVS getroffenen Vereinbarungen schon nach deren Vorwort als vorläufig und einem Anpassungsprozess unterliegend betrachtet. Der Senat sieht die PTVS entsprechend seiner bisherigen Rechtsprechung insgesamt als derzeit (noch) vertretbar an. Evidente Mängel sind nicht ersichtlich.

Der weitere Vortrag der Kläger betrifft weniger den Inhalt der PTVS als deren konkrete Umsetzung durch die Beklagten und die Durchführungen der Qualitätsprüfungen durch den MDK. Insofern setzt die Klägerin die QPR bereits in unzulässiger Weise mit den Transparenzkriterien der PTVS gleich. Maßgeblich für die Benotung im Rahmen des

Transparenzberichts sind allein die Transparenzkriterien. Diese sind gerade nicht deckungsgleich mit den QPR. Im Rahmen des Transparenzberichtes können nur die ausdrücklich vorgegebenen Transparenzkriterien geprüft bzw. beurteilt werden. Entsprechend unterscheidet bereits der Erhebungsbogen zur Prüfung der Qualität u.a. zwischen M = Mindestangaben, B = sonstigen Bewertungsfragen und T = Transparenzkriterien. Die Bewertungskriterien der PTVS verweisen auch nur teilweise unmittelbar auf die MDK-Anleitung, teilweise heißt es "ähnlich der MDK-Anleitung", teilweise wird auf die durch die Bundesinteressenvertretung der Nutzerinnen und Nutzer von Wohn- und Betreuungsangeboten im Alter und bei Behinderung e.V. (BIVA) entwickelten Qualitätskriterien für Pflegeheime verwiesen, teilweise heißt es "ähnlich BIVA". Der Begriff "ähnlich" eröffnet einen größeren Gestaltungsspielraum der Einrichtung bei der Pflege; sind Kriterien durch alternative fachlich gleichwertige Lösungen erfüllt, sind diese Kriterien ebenfalls mit "ja" zu beantworten. Soweit die MDK-Prüfer die Verschiedenheit der Transparenzkriterien von der weiteren Qualitätsprüfung nicht beachten, gibt dies Anlass zur Kritik an der konkret durchgeführten Prüfung, die gegebenenfalls zur Rechtswidrigkeit der Veröffentlichung des Transparenzberichts im Einzelfall führen kann, nicht jedoch an der PTVS als solcher. Insofern ist im Einzelfall zu prüfen, ob Bewertungen auf unzutreffender Grundlage oder mit unvertretbarem Inhalt erfolgt sind. Auch können wiederholt auftretende entsprechende Prüfmängel durch verfassungskonforme Auslegung der Prüfkriterien (vgl. Schütze, aaO, Seite 19) behoben werden. So entspricht es den bisherigen Erfahrungen des Senats, dass sich die MDK zunehmend den korrigierenden Vorgaben der Rechtsprechung in ihrer Prüftätigkeit anpassen. Grundsätzliche Bedenken im Hinblick auf die Anwendbarkeit der PTVS ergeben sich auch insofern nicht.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 197 a SGG iVm §§ 154 Abs 2, 155 Abs 1 u. 2 Verwaltungsgerichtsordnung. Dabei hat der Senat berücksichtigt, dass die Klägerin hinsichtlich ihrer ursprünglich im Klageverfahren gestellten Anträge erfolgreich war. 33

Der Senat hat die Revision zugelassen, da er der Rechtssache grundsätzliche Bedeutung beimisst (§ 160 Abs 2 Nr 1 SGG). 34

Der Streitwert wird für das Klageverfahren bis zum 18.10.2011 auf 40.000,- Euro, ab dem 19.01.2011 auf 115.000,- Euro festgesetzt. Für das Berufungsverfahren wird der Streitwert auf 190.000 Euro festgestellt. Da sich die Verfahren in der mündlichen Verhandlung bis auf die vorbeugende Unterlassungsklage erledigt haben, beträgt der Streitwert für die Entscheidung lediglich 75.000,- Euro. Dies entspricht dem Interesse der Klägerin am Streitgegenstand. Der Senat geht von Folgendem aus: 35

Der Streitwert des Klageverfahrens bis zum 18.01.2011 beträgt 40.000 Euro. Auf die Anfechtung des Maßnahmenbescheides entfallen bei drei Maßnahmenkomplexe 15.000 Euro (vgl. Beschluss des Senats vom 26.05.2010, L 10 B 41/09 P, in Juris Rn 5 u 6). Für die gegen die Veröffentlichung des Transparenzberichtes gerichtete Unterlassungsklage hält der Senat einen Streitwert von 25.000 Euro für gerechtfertigt (Beschluss des Senats vom 02.05.2012, L 10 P 5/12 B ER, Juris Rn 28). Die nach dem 18.01.2011 im Klageverfahren gestellten Fortsetzungsfeststellungsanträge zu Ziffer 2 und zu Ziffer 3 entsprechen dem ursprünglichen Anfechtungs- und Unterlassungsbegehren. Eine weitere Erhöhung des Streitwerts ist insoweit nicht angezeigt. Die ebenfalls im Klageverfahren erhobene Feststellungsklage (Antrag zu Ziffer 4) hat eine über den erledigten Streitgegenstand hinausgehende Bedeutung für die Zukunft, die der Senat mit dem dreifachen Wert ansetzt, nämlich 75.000,- Euro. Er ist dem Streitwert hinzuzuaddieren, so dass der Gesamtstreitwert für das Klageverfahren ab dem 19.01.2011 insgesamt 115.000 Euro beträgt. 36

Gegenstand des Berufungsverfahrens waren die Fortsetzungsfeststellungsklagen betr. Maßnahmenbescheid und Transparenzbericht (40.000,- Euro), die Feststellungsklage (75.000,- Euro), sowie die hilfsweise, aber letztlich lediglich noch zur Entscheidung anstehende Unterlassungsklage. Für die mit der Berufung hilfsweise gestellte Unterlassungsklage ist wie bei der Feststellungsklage der dreifache Wert, hier 75.000 Euro hinzuzuaddieren, so dass der Gesamtstreitwert für das Berufungsverfahren 190.000 Euro beträgt. Da der Senat letztlich nur noch über die Unterlassungsklage zu entscheiden hatte, beträgt der Streitwert für die Entscheidung lediglich 75.000,- Euro.
