

FINDEN, STATT SUCHEN? DER PFLEGE-TÜV UND RISIKOORIENTIERTE SUCHFUNKTIONEN ALS CASUS BELLI (TEIL 2)

Von Prof. Dr. Mario Martini/Dr. Alexandra Albert*

IV. Rechtliche Bewertung einer Einbindung risikoorientierter Suchfunktionen	1
1. Grundsätzliche Bindungswirkung der PTVS	1
2. Verfassungsmäßigkeit der PTVS	2
a) Verstoß gegen die Wesentlichkeitstheorie	2
b) Verstoß gegen Art. 80 Abs. 1 GG	4
3. Gesetzeskonformität der PTVS selbst	7
4. Zur Zulässigkeit von Abweichungen gegenüber den Vorgaben der PTVS	9
a) Abweichung	10
b) Ergänzende Eigeninformationsbefugnisse der Pflegekassen	11
V. Fazit	15

IV. RECHTLICHE BEWERTUNG EINER EINBINDUNG RISIKOORIENTIERTER SUCHFUNKTIONEN

Das Angebot nehmen die Nutzer gerne an. Der Pflegeheimnavigator wird täglich 16000 Mal angeklickt. Ob die AOK als Körperschaft des öffentlichen Rechts eine solche Spielart der Internetpräsentation wählen darf, ist freilich keineswegs gesichert, sind die „Risikofaktoren“ doch nicht das Ergebnis gesetzlicher Vorgaben, sondern eigener Einschätzung der Pflegekasse und so in der Darstellung der PTVS nicht vorgesehen. Immerhin nimmt diese für sich und die dort festgelegten Darstellungs- und Veröffentlichungskriterien eine grundsätzliche Bindungswirkung in Anspruch. Sie versteht ihre Darstellung insbesondere als abschließend.

1. GRUNDSÄTZLICHE BINDUNGSWIRKUNG DER PTVS

Die PTVS stützt ihren Anspruch bindender Konkretisierung des gesetzlichen Ausgestaltungsspielraums auf § 115 Ia 6 SGB XI. Die (in § 115 Ia 1 SGB XI geschaffene) Veröffentlichungspflicht der Landesverbände der Pflegekassen, hinreichende Informationen

hinsichtlich Leistung und Qualität von Pflegeeinrichtungen bereitzustellen, füllt sie mit dem Segen des Gesetzgebers inhaltlich aus. Dieser überantwortet den Vertragsparteien der PTVS namentlich die Ausgestaltungsfreiheit hinsichtlich der Leistungs- und Qualitätskriterien sowie ihres Wiedergabeformats³⁰. Auf ihrer Grundlage legt die PTVS die Darstellungsform der Transparenzberichte mit Verbindlichkeitsanspruch fest. Insbesondere sieht sie in ihrem § 5 I vor, dass die Darstellung „bundesweit einheitlich“ erfolgen soll.

2. VERFASSUNGSMÄßIGKEIT DER PTVS

Bindungswirkung kann die Verbändevereinbarung jedoch nur insoweit entfalten, als die Verfassung für die rechtliche Verbindlichkeit derartiger Verbändevereinbarungen als Instrumente privater Normsetzung Raum lässt. Dem setzen das verfassungsrechtliche Prinzip der Wesentlichkeit (unten a) und das Delegationsverbot des Art. 80 GG (unten b) Grenzen.

A) VERSTOß GEGEN DIE WESENTLICHKEITSTHEORIE

Sowohl aus dem Demokratie- (Art. 20 I und II GG) als auch aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 III GG et al.) lässt sich ein delegationsfeindliches Parlamentsrefugium mit korrelierender (Selbst-)Entscheidungspflicht des Parlaments ableiten: Der Gesetzgeber muss in grundlegenden normativen Bereichen, vor allem jenen mit Grundrechtsrelevanz, die wesentlichen Entscheidungen selbst treffen (Wesentlichkeitslehre)³¹.

Sowohl für das Darstellungsobjekt („Leistungen und deren Qualität, insbesondere hinsichtlich der Ergebnis- und Lebensqualität“) als auch für den Darstellungsmodus des Pflege-TÜV („verständlich, übersichtlich und vergleichbar“) bietet das Gesetz hinsichtlich der zu realisierenden Gestaltung kaum Anhaltspunkte. Selbst zentrale Grundlagen der Veröffentlichung der Transparenzberichte – wie die Einteilung in ein Notensystem – lassen sich dem Gesetzeswortlaut nicht entlocken³². Vielmehr lässt der Gesetzgeber für dessen Ausgestaltung privaten Verbänden weithin freie Hand. Das ruft im Hinblick auf die Auswirkungen des Transparenzinstruments auf die Berufstätigkeit und damit die in Art. 12 I GG geschützte Berufsfreiheit verfassungsrechtliche Bedenken auf den Plan. Zwar berührt die Darstellung der Transparenzberichte nicht die Berufswahl als solche, die Berufsausübung hingegen in einem erheblichen Maße, determiniert der Pflege-TÜV doch das

* *Mario Martini* ist Inhaber eines Lehrstuhls für Verwaltungswissenschaft, Staatsrecht, Verwaltungsrecht und Europarecht an der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer; *Alexandra Albert* ist Forschungsreferentin am Deutschen Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung. Die Autoren danken *Corinna Aschenbrenner, Clemens Becker, Florian Rosing, Alexander Schuhmann* und *Quirin Weinzierl* für ihre Mitarbeit.

³⁰ BT-Drucks. 16/7439, S. 89.

³¹ BVerfGE 33, 125 (158 ff.) – Facharzt; BVerfGE 33, 303 (345 ff.) – Numerus Clausus; BVerfGE 45, 400 (417 f.) – Oberstufenreform; BVerfGE 47, 46 (78 ff.) – Sexualerziehung.

³² Für eine Verfassungswidrigkeit der PTVS daher aus der Rechtsprechung SG München, Beschl. v. 27. 1. 2010 – S 29 P 24/10 ER –, zitiert nach juris, Rdnr. 37; SG Münster, Beschl. v. 26. 5. 2010 – S 6 P 35/10 ER –, zitiert nach juris, Rdnr. 24; SG Nürnberg, Beschl. v. 18. 2. 2010 – S 9 P 16/10 ER –, zitiert nach juris, Rdnr. 22; *SG Frankfurt*, Beschl. v. 23. 3. 2010 – S 18 P 16/10 ER, Rdnr. 26; aus der Literatur etwa *Brochnow*, NJOZ 2011, 385 (390); *Bachem*, Sozialrecht aktuell 2010, 123 (128).

Wettbewerbsverhältnis der Pflegeeinrichtungen durch Herstellung von Vergleichsinformationen in einer nachhaltigen Weise.

Dass das *Bundesverfassungsgericht* in den Entscheidungen Glykol³³ und Osho³⁴ (zu Unrecht³⁵) der Verbreitung wertungsfreier, zutreffender und sachlich gehaltener staatlicher Informationen den Eingriffscharakter abspricht, ändert an dem Eingriffsgehalt von Transparenzbericht – Veröffentlichungen nichts³⁶. Zwar trägt der Abbau von Informationsasymmetrien zur Verbesserung der Funktionsbedingungen des Wettbewerbs bei. Diese hat die Berufsfreiheit als Ordnungsidee im Auge, sichert doch Art. 12 I GG die Teilhabe am Wettbewerb nach Maßgabe seiner Funktionsbedingungen³⁷. Funktionsfähiger Wettbewerb setzt namentlich Transparenz, also Verfügbarkeit der für das individuelle Marktverhalten entscheidungserheblichen Preis- und Qualitätsinformationen, voraus.

Dass staatliches Informationshandeln rechtfertigbar ist, heißt jedoch nicht, dass es einer gesetzlichen Grundlage enthoben wäre. Pflegeheime und Pflegeeinrichtungen, von denen der staatliche Transparenzbericht ein schlechtes öffentliches Bild zeichnet, werden sich am Markt nur mit großer Mühe behaupten und ihre berufliche Tätigkeit weiterhin unverändert entfalten können. Mit der Veröffentlichung verbindet sich eine in Art. 12 I GG eingreifende Berufsausübungsregelung³⁸, die in ihrer Schwere einer subjektiven Berufszulassungsschranke nahekommt³⁹. Im Lichte dessen steht es dem Gesetzgeber nicht frei, die Gestaltung eines transparenzfördernden Instruments staatlichen Informationshandelns der vollständigen Gestaltungsfreiheit und Expertise privater Akteure zu überlassen. Verantwortbar ist die Entäußerung normativer Regelungsmacht nur insoweit, als der Gesetzgeber dem Instrument hinreichende inhaltliche Steuerungsvorgaben mitgibt, die ein ausreichendes Maß demokratischer Legitimation sicherstellen⁴⁰. Er muss

³³ BVerfGE 105, 252 ff.

³⁴ BVerfGE 105, 279 ff.

³⁵ Siehe dazu *Faßbender*, NJW 2004, 816 (816 ff.); *Huber*, Die Informationstätigkeit der öffentlichen Hand – ein grundrechtliches Sonderregime aus Karlsruhe?, JZ 2003, S. 290ff.; *Murswiek*, Das Bundesverfassungsgericht und die Dogmatik mittelbarer Grundrechtseingriffe, NVwZ 2003, S. 1ff.; *Martini* (o. Fußn. 9), S. 165.

³⁶ So auch LSG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 10. 5. 2010 – L 10 P 10/10 B ER –, zitiert nach juris, Rdnr. 32; SG Halle, Beschl. v. 27. 7. 2010 – S 9 P 32/10 ER –, zitiert nach juris, Rdnr. 11; *Shirvani*, ZFSH/SGB 2010, 711 (712f.); *Bachem*, Sozialrecht aktuell 2010, 123 (124f.); die Frage offen lassend: LSG Sachsen, Beschl. v. 24. 2. 2010 – L 1 P 1/10 B ER –, zitiert nach juris, Rdnr. 40.

³⁷ BVerfGE 105, 252 (265).

³⁸ So auch LSG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 10. 5. 2010 – L 10 P 10/10 B ER –, zitiert nach juris, Rdnr. 33; SG München, Sozialrecht aktuell 2010, 57ff.; SG Halle, Beschl. v. 27. 7. 2010 – S 9 P 32/10 ER –, zitiert nach juris, Rdnr. 11; *Shirvani*, ZFSH/SGB 2010, 711 (712 f.); *Bachem*, Sozialrecht aktuell 2010, 123 (124f.); die Frage offen lassend: LSG Sachsen, Beschl. v. 24. 2. 2010 – L 1 P 1/10 B ER –, zitiert nach juris, Rdnr. 40; a.A.: Bayerisches LSG, Beschl. v. 30. 3. 2010 – L 2 P 7/10 B ER –, zitiert nach juris, Rdnr. 39; LSG Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 5. 10. 2010 – L 4 P 12/10 B ER –, zitiert nach juris, Rdnr. 41.

³⁹ Überdies erschöpfen sich die Veröffentlichungen des Pflege-TÜV – anders als in der Rechtssache Glykol – nicht in einer Tatsachenmitteilung, sondern nehmen wertende Beurteilungen vor.

⁴⁰ A.A. LSG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 10. 5. 2010 – L 10 P 10/10 BER-, zitiert nach juris, Rdnr. 31; SG Augsburg, Beschl. v. 29. 10. 2012 – 10 SP 105/09 ER-, zitiert nach juris, Rdnr. 22.

institutionelle und verfahrensrechtliche Vorkehrungen treffen, mit denen er im Interesse wirksamen Grundrechtsschutzes seiner Gewährleistungs- und Struktursicherungsverantwortung nachkommt.

Der Gesetzgeber gibt zwar einen äußeren Rahmen vor. Er etabliert namentlich das Gebot der Verständlichkeit, Übersichtlichkeit und Vergleichbarkeit der „Leistungen und deren Qualität, insbesondere hinsichtlich der Ergebnis- und Lebensqualität“ (§ 115 Ia 1 SGB XI). Den Anforderungen einer Verordnungsermächtigung würde diese Steuerungsvorgabe durchaus genügen. Das gilt aber nicht in gleicher Weise für eine Überantwortung der Entscheidungsmacht an private Akteure, die nicht an das demokratische Legitimationssystem rückgebunden sind. Der Kreis der Fragen, die durch den Gesetzgeber selbst beantwortet werden müssen, ist hier wesentlich weiter gezogen. Erforderlich sind institutionelle Sicherungen, die das demokratische Regelungsdefizit in Wahrnehmung seiner grundrechtlichen Sicherungsverantwortung kompensieren.

B) VERSTOß GEGEN ART. 80 ABS. 1 GG

Mit § 115 Ia 6 SGB XI delegiert der Gesetzgeber Rechtsetzungsmacht in den Kernbereichen der Veröffentlichungs- und Darstellungsform an private Dritte. Einer solchen Delegation von Entscheidungsmacht setzt Art. 80 GG Grenzen – nicht nur für Rechtsverordnungen, sondern auch und erst recht für andere Rechtsetzungsformen: Art. 80 GG begründet den normativen Anspruch, die Grenzen zulässiger Normdelegation allgemein zu bestimmen. Eine verdeckte Form der Übertragung legislativer Gewalt an private Dritte außerhalb dieser Grenzen würde seine Regelungsintention unterwandern.

AA) GRUNDSÄTZLICHE ANFORDERUNGEN

Art. 80 GG etabliert zwar keinen Numerus Clausus der Rechtsnormen⁴¹. Vielmehr sind auch andere kooperative Formen der Normsetzung mit der Verfassung vereinbar, für die sich gerade in der einzigartigen korporatistischen Struktur des Sozialversicherungsrechts in Gestalt von Normsetzungsverträgen entsprechende Vorbilder finden⁴². So treffen die berufsständischen Vereinigungen zahlreiche die Berufsausübung regelnde Sachverhalte mit dem Anspruch auf Verbindlichkeit für die Normunterworfenen – wie etwa § 72 II SGB V, der an eine Pflichtmitgliedschaft der Vertragsärzte und Vertragszahnärzte in den kassenärztlichen bzw. kassenzahnärztlichen Vereinigungen anknüpft. Mit der Verwendung der Begriffe „vereinbaren“ (§ 115 Ia 6 SGB XI), „Vereinbarungen“ (§ 115 Ia 9 SGB XI) sowie

⁴¹ So aber SG München, Beschl. v. 27. 1. 2010 – S 29 P 24/10 ER–, zitiert nach juris, Rdnr. 34; wohl auch *Bachem*, Sozialrecht aktuell 2010, 123 (129).

⁴² *Becker*, Kooperative und konsensuale Strukturen in der Normsetzung, 2006, S. 598; *Axer*, Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung, 2000, S. 310ff.; zur grundsätzlichen Vereinbarkeit von Normsetzungsverträgen mit der Verfassung: BSGE 94, 50 (71 ff); vgl. auch LSG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 10. 5. 2010 – L 10 P 10/10 B ER –, zitiert nach juris, Rdnr. 28, mit dem Argument, dass andernfalls auch die funktionale Selbstverwaltung verfassungswidrig sei, was das *BVerfG* BVerfGE 107, 59 (91); jedoch geprüft und verneint habe LSG Sachsen, Beschl. v. 24. 2. 2010 – L 1 P 1/10 B ER –, zitiert nach juris, Rdnr. 33; vertiefend *Ossenbühl*, NZS 1997, 497 (499); *Shirvani*, ZFSH/SGB 2010, 711 (713); *Wiegand*, Beleihung mit Normsetzungskompetenzen, 2008, S. 79ff., einen Überblick gibt *Axer*, Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung, 2000, S. 89 ff.

„Vereinbarungspartner“ (§ 115 Ia 10 SGB XI) zielt der Gesetzgeber für den Pflege-TÜV bewusst auf eine solche Normstruktur hin.

In einer Verfassungsordnung, in der das Parlament das Gravitationszentrum normativer Willensentscheidungen bilden soll, muss eine Inanspruchnahme kooperativer Regelungsmacht jedoch an besondere, die Vereinbarkeit mit dem Demokratieprinzip sicherstellende Voraussetzungen gebunden sein. Auch für apokryphe Formen der Normsetzung gilt der Grundsatz, dass die Anforderungen an „Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung“ im Gesetz hinreichend klargestellt sein müssen. Wiewohl dem Gesetzgeber Gestaltungsfreiheit zugestanden werden darf, um das Ziel einer Entlastung des Parlamentes bei gleichzeitiger Delegation spezieller Aufgaben an Experten erreichen zu können, ist die Schwäche an demokratischer Legitimation der Vertragsparteien hier zusätzlich durch gesetzgeberische Einstandspflichten und Gewährleistungen auszugleichen.

Insbesondere setzt die Anvertraung normativer Regelungsmacht an Selbstverwaltungskörperschaften voraus, dass dem Grundprinzip autonomer interessengerechter Selbstverwaltung sowie effektiver Aufgabenwahrnehmung angemessen Rechnung getragen wird⁴³. Es muss sich um eine organisierte Selbststeuerung gruppenplural zusammengesetzter, durch gemeinsame Merkmale miteinander verbundener Korporationen handeln. Die Regelungen müssen namentlich ausreichende institutionelle Vorkehrungen dafür vorhalten, „dass die betroffenen Interessen angemessen berücksichtigt und nicht einzelne Interessen bevorzugt werden“⁴⁴. Sicherungsinstrumente sind insoweit die umfassende Interesseneinbeziehung gewährleistende Pflichtmitgliedschaft und eine demokratische Binnenstruktur.

BB) DIE TRANSPARENZVEREINBARUNG ALS AUSBUND DER SELBSTVERWALTUNG?

Wiewohl der Gesetzgeber danach Körperschaften des öffentlichen Rechts für bestimmte Sachbereiche Regelungsermächtigungen – auch außerhalb des Art. 80 GG – einräumen kann⁴⁵, rechtfertigt das nicht unbedingt auch die Übertragung normativer Macht an die Vertragspartner der PTVS. Denn bei diesen handelt es sich nicht um Körperschaften des öffentlichen Rechts mit einer die gleichmäßige Interessenrepräsentanz sichernden Pflichtmitgliedschaft⁴⁶, welche im Rahmen der Selbstverwaltung zu eigener Willensbildung fähig sind, die Interessen ihrer Mitglieder bündeln und im Einklang mit einem gesetzlichen Auftrag wahrnehmen⁴⁷. § 115 Ia 6 SGB XI nennt mit der „Vereinigung der Träger der Pflegeeinrichtungen auf Bundesebene“ gleich an prominenter Stelle disparate,

⁴³ Vgl. BVerfGE 107, 59 (90).

⁴⁴ Vgl. BVerfGE 37, 1 (27f.); BVerfGE 107, 59 (90); *Groß*, Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation 1999 S. 251 f.

⁴⁵ LSG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 10. 5. 2010 – L 10 P 10/10 B ER –, zitiert nach juris, Rdnr. 28; LSG Sachsen, Beschl. v. 24. 2. 2010 – L 1 P 1/10 B ER –, zitiert nach juris, Rdnr. 28.

⁴⁶ Insbesondere handelt es sich nicht um selbstverwaltende „Berufsverbände“, wie das LSG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 10. 5. 2010 – L 10 P 10/10 B ER –, zitiert nach juris, Rdnr. 31, mit Verweis auf BVerfGE 33, 125 (163) – Facharztbeschluss insinuiert.

⁴⁷ *Brochnow*, NJOZ 2011, 385 (392).

privatrechtlich organisierte Organisationen und Interessenverbände⁴⁸, wie den Arbeitgeber- und Berufsverband Privater Pflege e.V.⁴⁹, als Vertragspartner, deren Zugehörigkeit zur Gruppe zudem zum Teil rechtlich nicht klar umrissen und umstritten ist⁵⁰. Das Gesetz überträgt normative Regelungsmacht an Private⁵¹, die nicht allein exklusive Regelungen für ihre Berufsangehörigen entwerfen, sondern im grundrechtsrelevanten Bereich Recht für Dritte setzen: Auch gegenüber verbandlich nicht organisierten Pflegeeinrichtungen beansprucht die PTVS eine Bindung an die von den Vertragspartnern ausgehandelten Kautelen⁵². Der Gesetzgeber delegiert damit Befugnisse hier gerade nicht an eine juristische Person, deren selbstverwaltende Binnenstruktur eine einheitliche Entscheidung ermöglicht und für eine demokratischen Erfordernissen genügende gleichmäßige Interessenrepräsentation bürgt, sondern an die – in Zielen und juristischer Organisation – inhomogene Gruppe der Vertragspartner mit teilweise gegenläufigen Zielsetzungen⁵³. Von einer Selbstverwaltung, die häufig als Rechtfertigungsfigur für das gesetzgeberische Vorgehen bemüht wird, kann daher nicht gesprochen werden. Wenngleich *Selbstverwaltungsträger* in begrenztem Umfang zu verbindlichem Handeln auch gegenüber Dritten ermächtigt werden können⁵⁴, gilt das nicht auch für *private Berufs- und Interessenverbände*, wie die Vereinigung der Träger der Pflegeeinrichtungen auf Bundesebene, die schon nach ihrem organisatorischen Zuschnitt für eine demokratisch hinreichend tragfähige Repräsentanz der Gruppe der betroffenen Pflegeeinrichtungen nicht zu bürgen vermögen.

Es hätte bei der Überantwortung von Regelungsmacht an Private besonderer Sicherungsmechanismen bedurft, die eine Unterbrechung des demokratischen Legitimationszusammenhangs verhindern⁵⁵. Diese hat der Gesetzgeber in § 115 Ia SGB XI nicht vorgesehen.

Die Rechtsprechung zielt sich, diese Feststellung in aller Klarheit zu treffen (wiewohl sich ähnliche Probleme im Bereich des § 75 I SGB XI und der §§ 113 I, 132a II SGB V stellen)⁵⁶. Es zeichnet sich eine klare Tendenz der Landessozialgerichte ab, die Verfassungsmäßigkeit des

⁴⁸ Schütze, in: *Udsching*, SGB XI, 3. Aufl. 2010, § 75 Rdnr. 13; *ders.*, NZS 1999, 473 (475).

⁴⁹ Der Verband ist Vertragspartner der PTVS, seine Zugehörigkeit zur Gruppe ist jedoch noch nicht rechtskräftig geklärt.

⁵⁰ Vgl. etwa SG Köln, Urt. v. 14. 9. 2009 – S 23 P 181/08 – zitiert nach juris.

⁵¹ Axer (o. Fußn. 42), S. 33ff., der hier eine Beleihung annimmt; vgl. auch BSGE 94, 50 (74 ff.).

⁵² Zu Problem dieser Bindungswirkung für „Außenseiter“: Schütze, in: *Udsching* (o. Fußn. 52), § 75 Rdnr. 13; Shirvani, ZFSH/SGB 2010, 711 (715).

⁵³ Shirvani, ZFSH/SGB 2010, 711 (715); Brochnow, NJOZ 2011, 385 (392).

⁵⁴ BVerfGE 107, 59 (94).

⁵⁵ Vgl. dazu etwa BVerfGE 107, 59 (93 f.).

⁵⁶ Bachem, Sozialrecht aktuell 2010, 123 (129).

§ 115 Ia SGB XI zu bejahen⁵⁷. In kurzen Abständen kommt es zu immer neuen Entscheidungen, in denen zahlreiche Landessozialgerichte Einzelargumente anderer Spruchkörper entkräften und die eigene Linie verteidigen⁵⁸. Inhaltlich überzeugt das freilich nicht. Der Gesetzgeber überschreitet mit der Überantwortung von Regelungsmacht an die Vertragsparteien der PTVS vielmehr die Grenzen zulässiger Normsetzungsdelegation.

3. GESETZESKONFORMITÄT DER PTVS SELBST

Selbst unter der Prämisse einer Verfassungsmäßigkeit des § 115 Ia SGB XI ist die PTVS nicht über alle rechtlichen Zweifel erhaben. Vielmehr ist der Anspruch verbindlicher Gesetzeskonkretisierung an die Voraussetzung gebunden, dass das Ausgestaltungskonzept, das die Verbände gefunden haben, den gesetzlichen Anforderungen des § 115 Ia SGB XI tatsächlich hinreichend Rechnung trägt.

In weiten Teilen verfehlt die PTVS dieses Ziel. Nach § 115 Ia SGB XI ist es die Aufgabe der Transparenzberichte und der PTVS, die „Ergebnis- und Lebensqualität“ in Pflegeheimen „verständlich, übersichtlich und vergleichbar“ abzubilden. Das Merkmal der Vergleichbarkeit der Ergebnisse erstreckt sich dabei keineswegs nur auf die Endnote, sondern auch auf die Einzelnoten. Dem Anwender, der nicht Gesamtbewertungen, sondern Einzelbewertungen der Pflegeheime in Relation setzen will, stellt aber nach der gegenwärtigen Ausgestaltung der PTVS dazu nur unter größter Mühe eine Gelegenheit zu Gebote. Ihm bleibt nur der Weg eines umständlichen Abgleichs, z.B. auf der Grundlage eines Papierausdrucks der Ergebnisse.

Vor allem muss sich die PTVS daran messen lassen, ob sie (wie es der gesetzliche Auftrag des § 115 Ia 1 SGB XI erheischt) eine Vergleichbarkeit der *Ergebnisqualität* der Pflegeheime mit Hilfe ihrer Bewertungssystematik und ihrer Kriterien sicherstellt. Die Vertragsparteien bescheiden sich in ihrer Präambel mit der Feststellung, „dass es derzeit keine pflegewissenschaftlich gesicherten Erkenntnisse über valide Indikatoren der Ergebnis- und Lebensqualität der pflegerischen Versorgung in Deutschland gibt“⁵⁹. Sie beschränken sich bei ihren Bewertungskriterien daher weitgehend auf Kriterien der Prozessqualität, also des Ablaufs, der Durchführung und der Evaluation der Leistungserbringung (§ 114 II 4 SGB XI). In dem vollen Bewusstsein schlechter fachwissenschaftlicher Fundierung nehmen sie eine Verrechnung von Noten vor, die miteinander nicht aufrechenbar und vergleichbar sind⁶⁰.

⁵⁷ LSG Sachsen, Beschl. v. 24. 2. 2010 – L 1 P 1/10 B ER –, zitiert nach juris, Rdnr. 30; Bayerisches LSG, Beschl. v. 30. 3. 2010 – L 2 P 7/10 B ER –, zitiert nach juris, Rdnr. 36; LSG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 10. 5. 2010 – L 10 P 10/10 B ER –, zitiert nach juris, Rdnr. 31; LSG Sachsen-Anhalt, Beschl. vom 14. 6. 2010 – L 4 P 3/10 B ER –, zitiert nach juris, Rdnr. 35; LSG Hessen, NZS 2011, 506.

⁵⁸ Sehr anschaulich am Beispiel des SG Münster, Beschl. v. 26. 5. 2010 – S 6 P 35/10 ER –, zitiert nach juris.

⁵⁹ Zu einem ähnlichen Ergebnis kommen auch *Hasseler/Wolf-Ostermann*, Wissenschaftliche Evaluation zur Beurteilung der Pflege-Transparenzvereinbarungen für den ambulanten (PTVA) und stationären (PTVS) Bereich v. 21. 7. 2010, S. 55, die ebenfalls das Fehlen international anerkannter Kriterien feststellen.

⁶⁰ Dieser Makel betrifft in gleicher Weise auch die PTVA (Pflegetransparenzvereinbarung für den ambulanten Bereich), vgl. LSG Niedersachsen-Bremen, Beschl. v. 12. 8. 2011 – L 15 P 2/11 B ER –, zitiert nach juris, Rdnr. 30.

Dass damit immerhin – wie unter Gleichheitsaspekten des Art. 3 I GG geboten – an alle Pflegeheime die gleichen Kriterien angelegt werden, rechtfertigt das Umsetzungskonzept keineswegs. Immerhin sind die zu messenden gesetzlichen Kenngrößen „Ergebnis- und Lebensqualität“ denkbar offen formuliert, so dass sich hier eine große Freiheit in der inhaltlichen Ausgestaltung ergibt. Dies trifft sich auch mit dem Anliegen des Gesetzgebers, die Vertragsparteien binnen kürzester Zeit zur Vorlage eines Katalogs von Pflegekriterien zu veranlassen⁶¹. Allein die Tatsache, dass es bessere und validere Abbildungsmethoden der Qualität (etwa unter Einbeziehung von Risikofaktoren) gäbe, begründet insoweit noch keinen Verstoß gegen die gesetzliche Vorgabe.

Eine völlige und evidente Unbrauchbarkeit zur Erreichung der Zielsetzung wird man den Pflegekriterien nach Durchsicht auch der kritischen Studien ferner ebenso wenig unterstellen können⁶², genügt doch für die Förderung des Zwecks die Erhöhung der Wahrscheinlichkeit, dass das angestrebte Ziel „zumindest teilweise“ eintritt⁶³. Attestiert man dem § 115 Ia SGB XI – so wie dies die überwiegende Zahl der Landessozialgerichte getan hat – die Verfassungsmäßigkeit, d.h. akzeptiert dessen offene Zielsetzungsformulierung sowie die Übertragung von Normsetzungskompetenzen an Dritte, wird man insoweit auch das Ergebnis imperfekter Transparenzkriterien verfassungsrechtlich ein Stück weit hinnehmen müssen. Versäumnisse des Gesetzgebers, der im Vertrauen auf die Kompetenz der Vertragsparteien auf klare Kriterien zu Gunsten einer schnellen Umsetzung verzichtet hat, können nicht gegen die PTVS selbst in Stellung gebracht werden.

Erforderlich ist jedoch, dass das Ergebnis der Bewertung tatsächlich eine Aussage zur Ergebnis- und Lebensqualität zulässt. Anderenfalls steht die den Pflegeeinrichtungen auf der Grundlage unsicherer Erkenntnis verliehene Note außer Verhältnis zu dem gesetzlich gewünschten Zweck der Herstellung von Transparenz.

Genau das ist der Fall. Den Abschlussnoten lassen sich Aussagen über die tatsächliche Qualität der Einrichtungen sub specie der Ergebnis- und Lebensqualität kaum entnehmen. Die Kompensierbarkeit schlechter Bewertungen in einzelnen – medizinisch überaus wichtigen – Bereichen mit guten Bewertungen für randständige Annehmlichkeiten des Pflegeheimes stellt die gesetzlich gebotene Vergleichbarkeit der Transparenzberichte in Frage. Voraussetzung für eine gleiche Gewichtung der Einzelnoten wäre ihr mindestens im Ansatz vergleichbarer Aussagegehalt für die „Ergebnis- und Lebensqualität“. Nicht nur die durch den MDS vorgenommene Evaluation der Transparenzvereinbarungen kommt zu dem Ergebnis, dass einige der Einzelfaktoren keinerlei Entscheidungshilfe für das Auffinden eines Pflegeheimes darstellen⁶⁴. Die Transparenzberichte suggerieren durch die hohe Anzahl der

⁶¹ Das am 28. 5. 2008 in Kraft gesetzte Pflege-Weiterentwicklungsgesetz legte als Datum für die Erarbeitung der PTVS den 30. 9. 2008 fest (§ 115 Ia S. 6 SGB XI).

⁶² In diesem Sinne LSG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 10. 5. 2010 – L 10 P 10/10 B ER –, zitiert nach juris, Rdnr. 38; SG Augsburg, Beschl. v. 29. 1. 2010 – S 10 P 105/09 ER –, zitiert nach juris, Rdnr. 23.

⁶³ Vgl. BVerfGE 16, 147 (183); BVerfGE 30, 292 (316); Grzeszick, in: *Maunz/Dürig*, Grundgesetz, 62. Aufl. (2011), Art. 20, Rdnr. 112.

⁶⁴ MDS, Evaluation der Transparenzvereinbarungen, Abschlussbericht – Quantitative und qualitative Auswertung der Transparenzergebnisse der Medizinischen Dienste für die stationäre und ambulante Pflege v. 16. 2. 2010.

Einzelkriterien und die abschließende Note, die sie verleihen, dass sie auf methodisch anspruchsvolle Art ein aussagekräftiges Prüfungsergebnis über die Ergebnisqualität ermitteln.

Solange es an fachwissenschaftlichen Maßstäben zur Verrechnung einzelner Bewertungskriterien fehlt, kann die sachlich richtige Konsequenz nicht sein, deren Gleichwertigkeit – trotz ins Auge springender Ungleichwertigkeit – zu fingieren. Vielmehr ist es dann grundrechtlich geboten, auf eine nicht hinreichend tragfähige Verrechnung und eine Gesamtaussage über die Qualität von Pflegeheimen zu verzichten⁶⁵. Solange hätte sich die PTVS damit bescheiden müssen, entweder den Verbrauchern einzelne, nicht aufgerechnete Ergebnisse in verschiedenen Indikationsbereichen der Beurteilungsqualität an die Hand zu geben oder die Beurteilung auf solche Bewertungskriterien zu beschränken, die tatsächlich eine valide, vergleichbare Aussage zur Ergebnis- und Lebensqualität erlauben. Erst dann wäre die Veröffentlichung der Transparenzergebnisse als gesetz- und verfassungsmäßige Wahrnehmung staatlichen Informationshandelns mit dem gesetzlichen Auftrag des § 115 Ia 1 SGB XI sowie mit der durch die Transparenzberichte betroffenen Berufsfreiheit vereinbar, setzt doch die vergleichende Darstellung von Ergebnissen deren Vergleichbarkeit voraus⁶⁶.

Die divergierenden, demokratisch nicht rückgebundenen Interessengegensätze der Vertragsparteien haben aber eine rechtsstaatliche und grundrechtlich tragfähige Lösung verhindert. Die Verbändevereinbarung nach § 115 Ia SGB XI steht insofern als Paradefall des Scheiterns eines autonomen und sachgerechten Interessenausgleichs bei der Normsetzung Pate.

4. ZUR ZULÄSSIGKEIT VON ABWEICHUNGEN GEGENÜBER DEN VORGABEN DER PTVS

Solange die Gerichte die vom Gesetzgeber gewollte Bindungswirkung nicht umstoßen, indem sie die PTVS wegen Verstoßes gegen Verfassungs- bzw. Gesetzesrecht für unwirksam erklären, bildet diese für die Pflegekassen die ihnen durch § 115 Ia 6 SGB XI aufgetragene, von ihrem Spitzenverband ausgehandelte verbindliche Grundlage der Darstellung. Da sich die PTVS als bindende Konkretisierung des gesetzlichen Regelungsauftrages versteht, ist – unter der Prämisse der Vereinbarkeit mit den gesetzlichen und verfassungsrechtlichen Vorgaben – jede Abweichung, wie sie etwa der Pflegeheimnavigator der AOK durch die Benennung von Risikofaktoren praktiziert, rechtfertigungsbedürftig (unten a). Das schließt

⁶⁵ Insoweit trägt (entgegen dem LSG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 10. 5. 2010 – L 10 B 10/10 B ER –, zitiert nach juris, Rdnr. 37) auch nicht der Hinweis auf den Glykolwein-Beschluss des *BVerfG*, der unter besonderen Voraussetzungen im Einzelfall auch eine Verbreitung nicht nachweislich richtiger Informationen zulässt, wenn alle Informationsquellen ausgeschöpft sind. Denn die Verbändevereinbarung hat sich auf die Aufrechnung von qualitativ unterschiedlichen Noten in dem vollen Bewusstsein ihrer Ungleichwertigkeit eingelassen. Eine infolgedessen eintretende Rufschädigung von Unternehmen ist dann zur Erreichung der gesetzgeberischen Zielvorstellung von Markttransparenz nicht verhältnismäßig.

⁶⁶ Das *SG Münster* kommt daher zu dem Ergebnis, dass die Kriterien der PTVS mangels Vereinbarkeit mit dem verfassungsrechtlichen Gebot des Art. 12 GG nicht anwendbar sind. Eine verfassungskonforme Auslegung des § 115 Ia SGB XI stünde der Veröffentlichung „zweifelhafter“ Berichte entgegen. Wenn die Vertragsparteien selbst im Vorwort der PTVS darauf hinwiesen, dass ihre Vereinbarung nicht das Ergebnis gesicherter Erkenntnisse sei, verbiete sich die Anwendung der PTVS als Grundlage von Grundrechtseingriffen. *SG Münster*, Beschl. v. 26. 5. 2010 – S 6 P 35/10 ER –, zitiert nach juris, Rdnr. 21; *Brochnow*, NJOZ 2011, 385 (393).

eine abweichende Darstellung nicht zwingend aus – sofern diese keine neuen, die PTVS unterwandernden Kriterien einführt. Das gilt insbesondere für eine intelligente Erweiterung der Suchfunktion, wie sie die AOK mit ihrem Pflegeheim-Navigator im Schilde führt (unten b).

A) ABWEICHUNG

Eine serviceorientierte Suchfunktion, die als Ergebnisaufbereitung eine Auswertung der gesetzlich vorgeschriebenen Darstellung ermöglicht, entspricht den Bedürfnissen der Nutzer. Sie gestattet vergleichende Analysen in einem Bereich, in dem sich die PTVS nicht als gelungenes Vergleichsinstrument präsentiert. Eine additive und an den Interessen der Nutzer orientierte Suchfunktion lässt sich insoweit als nützliche Erweiterung verstehen, die die Wertungen und Vorgaben der PTVS nicht konterkariert, sondern eine autonome Auswertung der Bewertungsergebnisse durch den Nutzer und Verbraucher erlaubt. Die auf diese Weise mögliche Sortierung der Pflegeheime nach bestimmten Einzelnoten impliziert als solche noch nicht notwendig eine eigene Wertung.

Mit dieser nachvollziehbaren Argumentation zog die AOK in der Sache in allen Gerichtsverfahren ins Feld, in denen Pflegeheime auf ihre Entfernung aus der Sortierfunktion und generell gegen eine Auflistung nach Risikofaktoren klagten. Mehrere Gerichte folgten diesem Vortrag⁶⁷ und bescheinigten dem Pflegeheimnavigator trotz der vorhandenen Sortierfunktion eine grundsätzliche Übereinstimmung mit den Vorgaben der PTVS, kann der Nutzer doch weiterhin die Transparenzberichte in der ursprünglichen zweistufigen Darstellungsform auf der Internetseite einsehen. Bei anderen Gerichten und in höheren Instanzen ist die AOK mit dieser Argumentation jedoch weitgehend nicht durchgedrungen⁶⁸. Anders als die Tatsacheninstanzen konstatieren sie eine Abweichung von der bindenden (und in ihren Augen rechtmäßigen) Vorgabe der PTVS.

Dass die herausgehobene Rolle der Risikofaktoren, wie sie der Pflegeheimnavigator der AOK konzipiert, in der PTVS so nicht angelegt ist, lässt sich nicht wegdichten. Diese will bewusst jedes Einzelmerkmal als gleichberechtigt in die Gesamtnote einfließen lassen. Die Implementierung eines weiteren Suchfeldes nach bestimmten Einzelkriterien, auch Risikofaktoren, würde diese Darstellungsvorgaben der PTVS zwar nicht verletzen. Mit der Hervorhebung der neun Faktoren, die durch den sich automatisch öffnenden Warnhinweis „Vorsicht, Risikofaktor“, „Genau hinsehen!“ noch deutlich unterstrichen wird, beschränkt sich die Sortierfunktion freilich nicht mehr allein auf ein die PTVS unterstützendes technisches Tool. Vielmehr zielt sie gerade darauf, in bewusstem Kontrast zur Darstellungsform der PTVS deren Schwächen durch die neue Funktion offenzulegen, auszugleichen und dem Verbraucher zu verdeutlichen, dass er zur sachgerechten Urteilsfindung auf die genannten Faktoren in besonderer Weise zu achten habe, andere

⁶⁷ SG Oldenburg, Urt. v. 17. 1. 2011, – S 9 P 64/10 –, zitiert nach juris; SG Detmold, Beschl. v. 10. 12. 2010 – S 17 P 110/10 ER –, zitiert nach juris; SG Lüneburg, Beschl. v. 4. 4. 2011 – S 5 P 8/11 ER –, zitiert nach juris; ablehnend: *Bachem*, CAREkonkret 10/2011, 5 (5).

⁶⁸ SG Berlin, Beschl. v. 23. 2. 2011 – S 111 P 550/10 ER –, zitiert nach juris; LSG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 5. 5. 2011 – L 10 P 7/11 B ER –, zitiert nach juris; LSG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 10. 5. 2010 – L 10 P 10/10 B ER –, zitiert nach juris.

hingegen vernachlässigen könne. Der Warnhinweis legt den Finger in die Wunde der PTVS. Die Abweichung ist nicht nur kosmetischer Natur, sondern signifikant, insbesondere durch die schlagwortartige Benennung als „Risikofaktoren“ prominent präsentiert. So soll der (beispielsweise im Evaluationsbericht angemahnte) Wunsch nach einer höheren Gewichtung von Risikofaktoren gleichsam „durch die Hintertür“ erreicht werden. Der Hinweis „*Sie können die Pflegeeinrichtungen nach der Bewertung wichtiger Risikofaktoren aus dem MDK-Transparenzbericht sortieren*“, suggeriert, dass es sich um eine offizielle Bezeichnung aus dem Bericht handelt. Mit der Auswahl der Kriterien und deren Bezeichnung als „Risikofaktoren“ nimmt die Pflegekasse dann eine eigene Wertung über den Inhalt sowie die Bedeutung der Merkmale vor und berührt sich so eines Rechtes, das ihr, jedenfalls gemessen an der PTVS, nicht zusteht. Dass neben der Ranking-Funktion auch die Möglichkeit besteht, sich den Transparenzbericht in der von der PTVS geforderten Darstellungsform anzusehen, ändert an der Abweichung nichts. Denn das Gesetz legt die „Bewertungssystematik“ bewusst in die Hände der Vertragspartner im Sinne des § 115 Ia 6 SGB XI. Die (in rechtmäßiger oder unrechtmäßiger Weise) getroffenen Darstellungsvorgaben zielen bewusst auf eine gleiche Gewichtung aller Faktoren.

Die Auswahl bestimmter Kriterien als Risikofaktoren und die damit verbundenen ausdrücklichen Warnhinweise werden ihre verhaltenssteuernde Wirkung kaum verfehlen. Eine Sonderbehandlung einzelner weniger Merkmale ist als rechtlich relevante und deshalb rechtfertigungsbedürftige wesentliche Abweichung von den Vorgaben der PTVS anzusehen.

B) ERGÄNZENDE EIGENINFORMATIONSBEFUGNISSE DER PFLEGEKASSEN

Wiewohl den in der PTVS getroffenen Vereinbarungen nach dem Willen des Gesetzgebers ein bindender und grundsätzlich auch abschließender Charakter zukommt, schließt dies eigene Schutz- und Informationspflichten der Pflegekassen, die eine Ergänzung der PTVS-Darstellung rechtfertigen, jedoch keineswegs zwangsläufig aus. Solche Pflichten könnten namentlich aus dem gesetzlichen Beratungsauftrag der Pflegekassen erwachsen.

AA) INFORMATIONSBEFUGNISSE AUS § 7 ABS. 2 BZW. 3 SGB XI

Insbesondere aus § 7 II und III, § 7a SGB XI ergibt sich als Konkretisierung der in den §§ 13, 14 SGB I normierten allgemeinen Aufklärungs- und Beratungspflichten ein Informationsauftrag der Pflegekassen: Droht die Pflegebedürftigkeit oder ist sie bereits eingetreten, sollen die Pflegekassen die Versicherten und ihre Angehörigen umfassend in allen Fragen beraten, die mit der Pflegebedürftigkeit zusammenhängen (§ 7 II 1 SGB XI). Insbesondere haben sie durch eine frühzeitige Beratung „die bestmögliche Nutzung aller zur Verfügung stehenden Pflegeleistungen“ sicherzustellen⁶⁹. Abs. 3 trägt den Pflegekassen weiter auf, Pflegebedürftige bei der Ausübung ihres Wahlrechts zwischen verschiedenen Einrichtungen und Diensten unterschiedlicher Träger zu unterstützen. Dazu gehört ebenso eine qualifizierte Auskunft und Beratung über die Leistungen und Vergütungen der zugelassenen Pflegeeinrichtungen in Gestalt einer Leistungs- und Preisvergleichsliste (Abs. 3 S. 1) wie eine Beratung darüber, welche Pflegeleistungen für den Pflegebedürftigen in seiner

⁶⁹ BT-Drucks. 12/5262, S. 91/92; vgl. dazu auch *Peters*, in: *Leitherer*, Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, 70. Aufl. 2011, § 7 Rdnr. 6.

persönlichen Situation in Betracht kommen (Abs. 3 S. 4) – schließlich auch der Hinweis „auf die Veröffentlichung der Ergebnisse von Qualitätsprüfungen“ i.S.d. § 115 SGB XI (Abs. 3 S. 5).

Die Beratung muss sich dabei *nicht* in einem Hinweis auf die Veröffentlichung der Ergebnisse von Qualitätsprüfungen erschöpfen. § 7 III 5 SGB XI ist nicht abschließend. Ergänzende Informationen sind den Pflegekassen mit anderen Worten nicht verwehrt, sondern tragen vielmehr dem Auftrag einer sachgerechten Beratung Rechnung. Nicht zuletzt stünde die Etablierung einer einzelkriterienbezogenen Suchfunktion bzw. einer Suchmaschine für die Transparenzberichte der Pflegeheime auch jedem Dritten, der die technischen Möglichkeiten zur Verfügung hat, grundsätzlich offen. Für die Pflegekassen als öffentlich-rechtliche Körperschaften bestehen nach dem Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes jedoch besondere Schranken, als ihr grundrechtsbeeinträchtigendes Handeln einer gesetzlichen Grundlage bedarf. Ein Recht zum Eingriff in die Grundrechte Dritter, insbesondere der Betreiber von Pflegeeinrichtungen, gewähren die Regelungen des § 7 SGB XI freilich nicht. Gestattet wären derartige Eingriffe vielmehr nur, soweit diese ausdrücklich als Objekt des Beratungsauftrages genannt oder mindestens mitgedacht wären, woran es hier fehlt.

Einen solchen grundrechtlichen Eingriff nimmt die Hervorhebung von Risikofaktoren allerdings vor, ist sie doch durchaus geeignet, die Wettbewerbssituation einer Pflegeeinrichtung nachhaltig zu verschlechtern. Insbesondere verbindet sich mit der Darstellung des Pflegeheimnavigators eine bewusste und selbständige Beratungsleistung, die auf eigene Wertungen mit grundrechtsrelevanten Auswirkungen zurückgeht. Ein Pflegeheim, welches in einem der Risikofaktoren unterdurchschnittlich bewertet wurde, aber nach den Berechnungsgrundsätzen der PTVS eine annehmbare Gesamtnote erzielt, wird durch die Sortierfunktion an das untere Ende der Liste katapultiert und in der Folge von potentiellen Patienten kaum noch wahr- bzw. in Anspruch genommen. Ein derartiger Eingriff bedarf einer gesetzlichen Grundlage. Zwar kommt den Pflegekassen hinsichtlich der Vergleichsliste über die Leistungen und Vergütungen der zugelassenen Pflegeeinrichtungen in § 7 III 1 SGB XI eine solche Eingriffsermächtigung zu. Die Einzelheiten der Darstellungsform hat der Gesetzgeber mit § 115 Ia 6 SGB XI freilich grundsätzlich in die Hände der Vertragsparteien gelegt. Es widerspräche der Intention des Gesetzgebers, diese Aufgabenverteilung durch den sehr allgemein gehaltenen § 7 SGB XI auszuhebeln und den Pflegekassen auf der Grundlage einer *lex generalis* die Befugnis zuzusprechen, nach eigenem Gusto und in Abweichung von den Vereinbarungen zu informieren.

BB) SICHERSTELLUNGS-AUFTRAG NACH § 115 ABS. 1A S. 1 SGB XI

Immerhin aber kommt den Landesverbänden der Pflegekassen ein (bislang in der Diskussion verkannter) ausdrücklicher gesetzlicher Sicherstellungsauftrag zu, der eigene begrenzte Ausgestaltungsspielräume zulässt: Der Gesetzgeber verpflichtet die Landesverbände *sicherzustellen*, 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“ kostenfrei veröffentlicht werden (§ 115a I 1 SGB XI). Damit verbindet sich auch eine Ermächtigung zu den damit verbundenen Grundrechtseingriffen gegenüber betroffenen Pflegeeinrichtungen. Gleichzeitig impliziert dies ein Mindestmaß an Gestaltungsfreiheit in der Aufbereitung der Ergebnisse. Das gilt nicht zuletzt auch deshalb, weil die Nutzer die

Veröffentlichungsergebnisse den Pflegekassen zurechnen und diese als Verantwortliche im Sinne des Telemediengesetzes firmieren. Die Gestaltungsfreiheit der Pflegekassen schließt (neben der Frage, ob diese die Informationen selbst oder durch Dritte bereitstellen)⁷⁰ insbesondere deren Verantwortung für die Verständlichkeit, Übersichtlichkeit und Vergleichbarkeit ein, und zwar so, wie das Gesetz sie ihnen überträgt. Dabei sind zwar die Kriterien der Veröffentlichung einschließlich der Bewertungssystematik verbindlich vorgegeben (§ 115 Ia 6 SGB XI). Spezifizierungen in der Art der Darstellung, die die Bewertungssystematik der PTVS als solche (sowie die sich damit verbindenden grundrechtlichen Folgen) nicht infrage stellen, sondern additive, präferenzgestützte Auswertungsmöglichkeiten ihrer Ergebnisse schaffen, sind dadurch indes nicht ausgeschlossen, sondern geradezu als gesetzlicher Auftrag angelegt. Insbesondere impliziert Vergleichbarkeit der Leistungen und deren Qualität im Sinne des § 115 Ia 1 SGB XI auch die Möglichkeit, nach einzelnen, den Präferenzen der Nutzer entsprechenden Beurteilungskriterien zu suchen. Die Ausweisung und Gegenüberstellung von Einzelkriterien stellt die Vergleichbarkeit her, die die PTVS auf Grund ihrer unzureichenden Aufrechnungsmethodik nicht gewährleistet.

Dann ist es den Pflegekassen auch unbenommen, als verantwortliche Rechtsträger auf nach ihrer Einschätzung besondere Risikofaktoren hinzuweisen und ihrer gesetzlichen Aufklärungspflicht nachzukommen. Voraussetzung dafür ist allerdings, dass sie dabei (die Verfassungsmäßigkeit der PTVS unterstellt) die gesetzlich vorgesehene Bewertungssystematik nicht in ihrem Kern antasten, insbesondere nicht mittels eines Gegenentwurfs marginalisieren, sondern sie als solche bei der Veröffentlichung der Informationen unverändert aufrechterhalten.

(1) TRENNUNG VON DARSTELLUNGSEBENEN ALS VORZUGSWÜRDIGER KONSTRUKTIONSWEG?

Als einen möglichen Weg gesetzeskonformer Ausgestaltung einer Modifikation der PTVS-Darstellung sieht das *LSG Nordrhein-Westfalen* eine Trennung von Darstellungsebenen an: Es will eine gesonderte, nicht mit den herkömmlichen Transparenzberichten verlinkte Darstellung, die auf einer separaten Internetseite eine Warnung mit einer Sortierfunktion nach Risikofaktoren verknüpft, als gesetzeskonform anerkennen. Die von der AOK gewählte Darstellungsform hält es demgegenüber für unzulässig, da sie sehr eng mit der „PTVS-gerechten“ Suchmaske für Transparenzberichte verknüpft sei⁷¹.

Mit dem Trennungsmodell des *LSG* verbindet sich allerdings eine Gefahr: Es etabliert ein Konkurrenzmodell zur gesetzlich vorgesehenen Darstellungsform der PTVS, die dieser den Rang abzulaufen beginnt, sobald die Nutzer dazu übergehen, nur noch oder ganz überwiegend diese Seite aufzurufen. Wenn das Gericht gerade die Aushebelung der durch

⁷⁰ *Klie*, in: *ders./Krahmer*, SGB XI, 3. Aufl. 2009, § 115 Rdnr. 5a; kritisch *Bachem*, *Pflegerecht* 2009, 214 (218 ff.).

⁷¹ Da der Suchende durch einfaches Anklicken unmittelbar zwischen der Grundfunktion „Sortieren nach Entfernung“ und der alternativen Funktion „Sortieren nach Risikofaktor“ wählen kann, steht er nach Einschätzung des Gerichts vor einer echten, durch den sich vorher öffnenden Warnhinweis zusätzlich in ihrer Wichtigkeit unterstrichenen Alternative zur PTVS-Darstellung. *LSG Nordrhein-Westfalen*, *Beschl. v. 5. 5. 2011 – L 10 P 7/11 B ER –*, zitiert nach *juris*, Rdnr. 34.

die PTVS gesetzten Maßstäbe durch die Sortierfunktion bemängelt, kann eine andere Internetseite diesen Effekt noch verstärken und eine vollständige Umgehung der PTVS-Maßstäbe nach sich ziehen. Dies gilt umso mehr, als der Nutzer in der gegenwärtigen Darstellungsform noch problemlos schnittstellenfrei zwischen beiden Darstellungen wechseln kann, während er bei der getrennten Darstellung die Web-Seite mit den herkömmlichen Transparenzberichten unter Umständen gar nicht mehr aufrufen würde⁷². Insofern handelt es sich um die *gesetzesfernere*, nicht *gesetzeskonforme* Fassung. Für sie wären die Pflegekassen erst recht auf eine gesetzliche Grundlage angewiesen, handeln sie doch auch hier nicht im gesetzefreien, sondern im grundrechtlich sensiblen Kontext.

(2) SORTIERFUNKTION ALS AUSGESTALTUNG DES AUFTRAGES ZUR HERSTELLUNG VON VERGLEICHBARKEIT I.S.D. § 115 ABS. 1A SGB XI

Naheliegender erscheint da schon eine defensivere Ausgestaltung der PTVS-Modifikationen: Eine Sortierfunktion als rein technisches Hilfsmittel zur Abbildung von Patientenpräferenzen würde dem Gesetz nicht widersprechen. Es könnte beispielsweise die Möglichkeit eröffnet werden, ein Ranking nach *jedem* der in der PTVS genannten Einzelkriterien – nicht nur nach den neun Risikofaktoren – durchzuführen. Damit geht zwar die – von allen der PTVS kritisch gegenüberstehenden Beobachtern bezweckte – Sortierung nach ausgewählten für wichtig befundenen Einzelkriterien zunächst verloren. Der interessierte Nutzer erhält aber die Möglichkeit, die seine individuellen Präferenzen abbildenden Pflegeschwerpunkte zu wählen und eine eigene Reihung vorzunehmen. Im Zweifel wird er sich dabei dann ohnehin für einen der Risikofaktoren entscheiden. Seine Auswahl wird zugleich nicht – wie bisher – ausschließlich auf die „paternalistische“ Vorrasterung der neun Faktoren beschränkt. Denkbar wäre etwa auch ein Ranking nach Qualitätsbereichen⁷³. Dieses Vorgehen – unter Umständen in Kombination mit Erläuterungen zur Bedeutung der Kriterien – würde den bewusst herbeigeführten Widerspruch zur PTVS entschärfen und auf den gesetzlichen Informationspflichten der Pflegekassen fußen. Als für die Veröffentlichung der Transparenzberichte verantwortlichen Pflegekassen ist es den Handlungsträgern insbesondere nicht verwehrt, eigene Einschätzungen zu den Risikofaktoren einfließen zu lassen, solange diese als Unterstützung eigener Präferenzentscheidungen der Versicherten im Wege einer ergänzenden (die PTVS-Kriterien nicht unterdrückenden) Suchfunktion konzipiert sind, die die Vergleichbarkeit i.S.d. § 115 Ia 1 SGB XI sicherstellt.

⁷² Sicherlich lässt sich dagegenhalten, dass auch der gegenläufige Effekt eintreten kann und der Ratsuchende allein die „amtliche“ Seite mit den PTVS-gerechten Transparenzberichten aufrufen wird. Jedoch werden die Verbraucher unter anderm durch die Berichterstattung in den Medien den Eindruck erhalten, dass die Sortierfunktion der AOK die durchdachtere Alternative ist und diese wohl im Ergebnis bevorzugen.

⁷³ Da alle von der AOK gewählten Risikofaktoren dem Bereich 1 „Pflege und medizinische Versorgung“ entstammen, wären wohl ähnliche Ergebnisse zu erwarten wie bei einer Sortierung allein nach einem Risikofaktor. Zwar tritt dieses Vorgehen zu den Vorgaben der PTVS in Widerspruch, alle Einzelkriterien in gleicher Weise zu gewichten. Diese Fokussierung wiegt jedoch weniger schwer, wenn – wie etwa in Bereich 1 der Fall – 35 Einzelkriterien statt eines einzelnen in das Ranking einfließen.

V. FAZIT

Der Pflege-TÜV ist in schlechter Verfassung. Die Landessozialgerichte stellen ihm diesen pathologischen Befund in ihrer überwiegenden Anzahl gleichwohl nicht aus: Sie attestieren sowohl dem § 115 SGB XI die Verfassungsmäßigkeit als auch der PTVS die Gesetzeskonformität. Sie verlieren dabei die verfassungsrechtliche Verankerung und Einbindung des Sozialrechts, insbesondere die Grenzen einer normativen Ermächtigung Dritter, aus dem Blick. Denn in seiner jetzigen Konzeption verstößt § 115Ia SGB XI gegen die verfassungsrechtlichen Prinzipien des Demokratiegebots und des in Art. 80 GG verankerten Delegationsverbots, zum anderen verstößt die PTVS selbst gegen die gesetzlichen Vorgaben des § 115 Ia 6 SGB XI.

Die verfassungsrechtlich unzulässige gesetzliche Auslagerung von Entscheidungsmacht an Dritte drängt die Pflegekassen in die unrühmliche Rolle, ein Instrument verteidigen und umsetzen zu müssen, dessen Verbesserungsbedürftigkeit und fehlende Aussagekraft mit Händen zu greifen ist. Mit einer eigenmächtigen Abweichung von den Vorgaben der PTVS beschreiten Pflegekassen freilich einen riskanten Weg, ist doch die PTVS nach der Konzeption des Gesetzes als eine verbindliche Konkretisierung des gesetzlichen Gestaltungsauftrages auf den Posten gestellt. Solange die Gerichte die Rechtmäßigkeit dieser Konstruktion (ungeachtet ihrer verfassungsrechtlichen Gesetzes- und Verfassungsbindung) nicht negieren, kommt ihr grundsätzlich eine die Pflegekassen bindende Wirkung zu⁷⁴.

Solange kommt diesen auch nicht die Macht zu, die von den Verbänden erarbeitete Bewertungssystematik auszuhebeln. Ihnen steht es aber frei, Suchfunktionen zu etablieren, die den Versicherten die Filterung der ermittelten und zu veröffentlichenden Bewertungsergebnisse entsprechend den eigenen Präferenzen ermöglichen. Der in § 115 Ia 1 SGB XI begründete Sicherstellungsauftrag der Pflegekassen impliziert namentlich auch eine eigene Ausgestaltungsbefugnis der Pflegekassen hinsichtlich der Art der Darstellung. Sie macht Vergleichsinstrumente für die Beurteilung der Ergebnis- und Lebensqualität möglich, solange diese die der Verbändevereinbarung zgedachte Bewertungssystematik nur ergänzen, nicht aber unterwandern. Dann vermag der Pflege-TÜV auch seinem eigenen Anspruch gerecht zu werden: „Wer suchet, der findet.“ Wer finden soll, braucht solide Vergleichsinformationen, „ist“ doch „die Kunst des Suchens das Finden“ (Pablo Picasso). Daran gemessen ist der Pflege-TÜV in seiner bisherigen Ausgestaltung vor allem eines: ein Kunstfehler.

⁷⁴ Die Verfassungsmäßigkeit des § 115 Ia SGB XI festzustellen, kommt nicht den Pflegekassen, sondern nach Art. 100I GG dem BVerfG im Rahmen eines Normverwerfungsmonopols zu. Die Übereinstimmung der PTVS mit den gesetzlichen Vorgaben zu überprüfen, ist zuvörderst den Gerichten anvertraut. Normvollziehenden Körperschaften kommt grundsätzlich keine Verwerfungsbefugnis zu (str.; vgl. dazu Martini, Verwaltungsprozessrecht, 5. Auflage 2011, S. 161 mit Fußn. 1 m.w.N.), wiewohl sich für Normenverträge sehr gut das Gegenteil vertreten lässt. Als (durch ihren Spitzenverband [§ 115 Ia 6 i.V.m. § 53 SGB XI] vertretene) Vertragspartner der PTVS sind die Pflegekassen an den Normenvertrag und darüber hinaus an gerichtliche Feststellungen seiner Gesetzmäßigkeit gebunden (§ 121 VwGO bzw. § 141 SGG).