

Qualitätsprüfungen von Pflegeeinrichtungen aus rechtlicher Sicht

... der Leistungserbringer

20. Pflege-Recht-Tag
Berlin, 31.1.2015

Rechtsanwalt Jörn Bachem
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Vorbemerkung

- Die „Sicht der Leistungserbringer“ ist nicht zwingend diejenige des Anwalts, der Leistungserbringer vertritt
 - Ihre Verbände sind rechtlich und politisch „verhaftet“: Wer das Instrument kritisiert, schlägt sich Einflussmöglichkeiten aus der Hand (Boycott der PTV-Verhandlungen, Initiativen des GKV-SV, Richtlinienkompetenz analog QPR zu erhalten)
 - Die Leistungserbringer selbst drückt vor allem die Art und Weise der Prüfung und der bürokratische Aufwand
 - Wen interessiert Verfassungsrecht?

Übersicht

1. Ansatz und Ziele

2. Rechtsprobleme der Umsetzung und die Rechtsprechung
 - a) Ermächtigungsgrundlage § 115 Abs. 1a SGB XI
 - b) Pflege-Transparenzvereinbarungen (PTVen)

3. Bewertung und Ausblick

1. Ansatz und Ziele

a) Politisch:

- Transparenz zum Aussortieren „schwarzer Schafe“
- Bürger mündig machen – informierte Auswahlentscheidung
- Druck auf Einrichtungen, Qualität zu verbessern

1. Ansatz und Ziele

- b) Rechtlich (§ 115 Abs. 1a Satz 1 SGB XI):
- Veröffentlichung von Leistungen und deren Qualität, insbesondere **Ergebnis- und Lebensqualität ...**
 - für Pflegebedürftige und ihre Angehörigen ...
 - verständlich, übersichtlich und **vergleichbar** ...
 - auf der **Grundlage** der **Prüfergebnisse nach § 114 SGB XI**

2. Rechtsprobleme

a) *Ermächtigungsgrundlage – Eignung Instrument?*

- **Paradoxe Regelungsansatz:** Gesetzgeber wusste, dass man **Ergebnis- und Lebensqualität (noch) nicht messen** kann; Pflege-Selbstverwaltung erkennt das an; *Eile vor Zuverlässigkeit – kann das rechtsstaatliche Information sein?*
- Fachwissenschaft: **Prüfergebnisse sind nicht (nachweislich) zuverlässig aussagekräftig** (Objektivität, Validität, Reliabilität)

2. Rechtsprobleme

- Insbesondere **Evaluation der PTVen** im Auftrag der Pflege-Selbstverwaltung
Hasseler/Wolf-Ostermann (2010):
 - „*Schnelle PTVen*“ – nicht wissenschaftsbasiert
 - Verfahren weist eingeschränkte Objektivität auf
 - Zuverlässigkeit (Messgenauigkeit) konnte nicht beurteilt werden
 - Eingeschränkte Inhalts- und Konstruktvalidität:
„Kein Nachweis, ob das Verfahren wirklich Pflegequalität misst“, **„keine Basis für Verwendung des Verfahrens“**

2. Rechtsprobleme

- **Stichprobenauswahl:** Insgesamt und vor allem bei Einzelkriterien sehr geringe Fallzahlen – Schätzungenauigkeit – Mittelwertbildungen fragwürdig – Verzerrungen; **weniger als 5 Fälle**
→ **keine Note vergeben!**
- Bewertungssystematik mit undifferenziertem Schema „erfüllt/nicht erfüllt“ **hinsichtlich Mittelwert- und Notenbildung fragwürdig**
- Bewohnerbefragung kein ausreichend validiertes Instrument
- Pflegedokumentation keine zuverlässige Datenquelle für Pflegequalität

2. Rechtsprobleme

- **Folgerung: Noten sind derzeit Schätzungen von unklarem Aussagewert, empirische Basis ist letztlich nur Täuschung, Noten vermitteln Scheinobjektivität, Ergebnisse nicht vergleichbar – Vergleichbare und zuverlässige Verbraucherinformation?**
- BVerfG (Glykol): Staat darf nur gesicherte *Tatsachen* veröffentlichen, Ungesichertes nur bei „Verbraucherrisiko“ = Gefahrenabwehr unter Hinweis auf bestehende Unsicherheit nach Ausschöpfung aller Erkenntnismöglichkeiten

2. Rechtsprobleme

- **Verhältnismäßigkeit** des Eingriffs in Art. 12 Abs. 1 GG?
- Reichweite der **Einschätzungsprärogative** des Gesetzgebers hinsichtlich Eignung Mittel?
- Ist Zweck so wichtig, dass mit derartiger Unsicherheit zielgerichtet **vergleichend bewertet** werden darf?
- Gefahrenabwehr ist Sache der Heimaufsicht
- Qualitätssicherung SGB XI hat eigene Maßnahmen (§§ 74, 115 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3)
- „*Politischer Feldversuch ohne Kontrolle*“

2. Rechtsprobleme

- a) *Ermächtigungsgrundlage* – „*Formalia*“
- Wer veröffentlicht? **Normativ unbestimmter „Sicherstellungsauftrag“** an die Landesverbände der Pflegekassen, Datenhoheit nicht geregelt – Grundrechte?
 - **Verfahren (vor) der Veröffentlichung** nicht geregelt, Rechtsschutz?
 - **Löschungsanspruch** bei falschen und nicht mehr aktuellen Daten – Landesverbände „hosten“ Daten nicht selbst, sondern „DCS Pflege“ aufgrund (nicht öffentlichen) Vertrags

2. Rechtsprobleme

- a) *Ermächtigungsgrundlage – „Formalia“*
 - b) *Pflege-Transparenzvereinbarungen*
- **Rechtssetzungsdelegation an Pflege-Selbstverwaltung durch Normsetzungsvertrag:** Inhaltliche Vorgaben für Veröffentlichungen, Kriterien und Bewertung sowie Notensystem werden von GKV-SV (als SpiBuPK), BAG der üö Sozialhilfeträger und kommunalen Spitzenverbänden mit den Leistungserbringerverbänden vereinbart

2. Rechtsprobleme

- Verfassungsrechtliche Probleme:
 - Bestimmtheit der Norm
 - Wesentlichkeitstheorie – Parlamentsvorbehalt
 - Demokratische Legitimation – Außenseiterproblem
 - Numerus Klausus der Normsetzungsdelegation in Art. 80 GG?
 - Fehlende Verbindlichkeitsanordnung – Normanwendungsbefehl (vgl. dagegen §§ 75 Abs. 1 Satz 4, 113 Abs. 1 Satz 3, 113a Abs. 3 Satz 2 SGB XI)
 - Keine Publizität der Norm aufgrund gesetzlicher Anordnung (vgl. dagegen §§ 113 Abs. 1 Satz 2, 113a Abs. 3 Satz 1 SGB XI: Bundesanzeiger)

2. Rechtsprobleme

- Pragmatische Ignoranz des Verfassungsrechts:
 - Durch **Gesetzgeber**, der nicht einmal eigene Standards bei sonstiger Rechtssetzungsdelegation im SGB XI wahrt
 - Durch viele **SGe** und die meisten **LSGe**, die oftmals weder definieren, noch subsumieren und unbesehen Leitsätze aus anderen Normkontexten „heilend“ anwenden, ohne Unterschiede zu betrachten
 - Etwa **LSG NRW v. 10.5.2010** verkennt Begriff der funktionalen Selbstverwaltung, die im SGB V nur öffentliche Körperschaften einschließt, und setzt GBA-Rechtsprechung trotz sachlicher Unterschiede gleich; Beanstandungsrecht BMG fehlt (Wasservbd)!

2. Rechtsprobleme

- Pragmatische Ignoranz des Verfassungsrechts:
 - Beachtlich auch, dass Gerichte die **Eignung** des konkreten Instruments schlichtweg **behaupten** oder aus Zusammensetzung und Sachkunde der Selbstverwaltung schließen (u.a. LSG Hessen, s.u.)
 - **Öffentliches Interesse an Information reicht** (so insbes. **LSG Hessen v. 28.10.2010** zu *Hasseler/Wolf-Ostermann* 2010), nur weil Eignung der PTVen zur Messung von Pflegequalität nicht feststehe, bedeute das nicht, dass sie ungeeignet seien. Da der Gesetzgeber Zeitdruck geschaffen habe, sei es eben nicht besser gegangen (!), der weite **Gestaltungsspielraum** sei eingehalten

2. Rechtsprobleme

- Pragmatische Ignoranz des Verfassungsrechts:
Auch durch **BSG v. 16.5.2013**? Chance zur umfassenden Klärung wird nicht genutzt
 - Vorbeugende Unterlassungsklage sei eigentlich verdeckte abstrakte Normenkontrolle
 - **Kein Rechtsschutzinteresse**, da nachträglicher Rechtsschutz im Einzelfall möglich und zumutbar;
Klärung von Grundsatzfragen im vorläufigen Rechtsschutz aber gerade nicht möglich
 - Keine Wiederholungsgefahr für Fortsetzungsfeststellungsklage, da Folgeprüfung mit Note 1,1 (!)
 - Rechtsschutz in der Hauptsache ist damit unmöglich

2. Rechtsprobleme

- System § 115 Abs. 1a SGB XI + PTVen sei **verfassungsgemäß**, solange „Entwicklung unter Beobachtung“ und „ggf. Maßnahmen zu Weiterentwicklung“ – *Rechtmäßigkeit lernendes System?*
- **Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG**, keine Tatsachen, sondern vergleichende Bewertungen (*sic!*)
- **Vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls** – *irgendeine Bewertung ohne nachweisliche Eignung, auf Basis zu kleiner Stichproben und mit massiven Verzerrungen bei den Benotungen?*
- **Einschätzungsprärogative** des Gesetzgebers – *steht diese auch Pflege-Selbstverwaltung zu? Sie resultiert aus der Legitimation des Parlamentes!*

2. Rechtsprobleme

- **Gesetzgebungsermessen erfordert rationale Maßstäbe.** Pragmatische Umformung zweifelhafter QPR-Maßstäbe zur Operationalisierung von Qualitätsbegriffen ohne fachwissenschaftliche Basis, um eine Fachdisziplin zu regulieren, ist nicht rational
- BSG behauptet Einhaltung gesetzgeberischen Spielraums, ohne dessen **Grenzen** wirklich zu definieren – wo beginnt **Unvertretbarkeit**?
- Es wird etwas **qualitativ beurteilt**, ohne sagen zu können, was man beurteilt und ob das Urteil zutrifft. Dabei ist bekannt, dass die Urteile bei gleichen Sachverhalten unterschiedlich ausfallen können

2. Rechtsprobleme

- *Eine dringende „**Notwendigkeit irgendeiner Beurteilung**“ besteht nicht. Darin unterscheidet sich eine System der Pflegequalitätsbewertung als Verbraucherinformation von der Definition von Berufszugangsvoraussetzungen, wenn hinsichtlich einer Profession ein Regulierungsbedarf besteht*
- *BSG untersucht Entscheidung des Gesetzgebers, nicht aber PTVen – hier reiche **Definition eines Prozesses zur Ausbildung eines Bewertungsverfahrens**. Einen Prozess wie bei § 113a SGB XI, der die Fachwissenschaft integriert, gibt es aber nicht wirklich. Das ist paradox (und der Eile geschuldet?)*

2. Rechtsprobleme

- „**Verfahren**“ des § 115a Abs. 1a Satz 6-13 sei „**vertretbar**“. *Einbeziehung der Fachwissenschaft ist allerdings nicht gewährleistet, bei Mängeln kann das BMG nicht eingreifen*
- *Ist denn das **Ergebnis vertretbar?***
- *Spezifisches demokratisches Legitimationsdefizit der Pflege-Selbstverwaltung wird (wie bei den LSGen) ignoriert; eine Entsprechung zum SGB V und zum GBA ist eben nicht gegeben (Beanstandungsrecht). „Blind- bzw. Ergebniszitate“ sind nicht weiterführend!*
- *Urteil ist sehr apodiktisch, methodisch und inhaltlich sehr zu kritisieren – „ganz oder gar nicht!“*

2. Rechtsprobleme

b) Pflege-Transparenzvereinbarungen

- Beispiel **Stichprobe** und Rechtsprechung
 - Dass Stichprobe nach *pragmatischer* Empfehlung der Evaluation **nicht kleiner als 10** sein darf, greift **LSG Sachsen-Anhalt v. 8.7.2011** auf: Die Prüfergebnisse/Noten müssten **zumindest annähernd (!) richtig und repräsentativ** sein, daher sei § 2 PTVA entsprechend verfassungskonform auszulegen. Für die Veröffentlichung unbrauchbarer oder zweifelhafter Ergebnisse bestehe **kein öffentliches Interesse (!)**, es sei eine statistisch gesicherte Grundlage geboten

2. Rechtsprobleme

b) Pflege-Transparenzvereinbarungen

- Das LSG Sachsen-Anhalt entschied nur zur **Grundstichprobe** (mind. 10). Wie mit Unterschreitungen bei den **einzelnen Kriterien** umzugehen ist, ließ es (aus politischer Rason?) offen.
- Im konkreten Fall waren Kriterien bei Prüfung von **nur drei oder sogar einer Person** als mangelhaft bewertet. Laut Evaluation müssen es **mind. 5** sein! Diese Schwelle regelt auch die neue PTVS (2013) (insgesamt 9 Bewohner) nicht, sie ist daher gemäß der Entscheidung verfassungswidrig (da Wortlaut nicht auslegungsfähig)

3. Bewertung und Ausblick

- Änderungen in § 114a Abs. 3 SGB XI und der PTVS haben **nur leichte Verbesserungen im Detail** gebracht
- Es bleibt dabei:
 - **§ 115 Abs. 1a SGB XI ist handwerklich schlecht und verfassungswidrig**
 - Die **PTVS erreicht das Ziel des Gesetzgebers nicht** und ist so fragwürdig, dass die Pflegenoten keine hinreichend zuverlässigen und vergleichbaren Qualitätsvergleich gestatten; sie verfehlt daher den normativen Regelungsauftrag

3. Bewertung und Ausblick

- Rationale Konsequenz müsste sein, die *Transparenzprüfungen* und die Veröffentlichungen der Noten zu stoppen
- Bis ein fundiertes System auf rechtlich solide Füße gestellt ist, bliebe es bei den „internen“ Qualitätsprüfungen nach §§ 114 ff. SGB XI
- Politisch wird das niemals geschehen, auch wenn der Pflegebeauftragte der BReg das fordert: Das Projekt der GroKo 1 darf nicht gescheitert sein. Kassen und Verbände müssen es politisch ebenfalls verteidigen

3. Bewertung und Ausblick

- Hoffnung in verfassungsrechtlicher und handwerklicher Sicht ? Keine – Chancen zur Korrektur gab es längst und viele
- Hoffnung darf man auf die weitere Ergebnisindikatorenforschung setzen
- Politik hat dafür mit § 113 Abs. 1 Satz 4 Nr. 4 SGB XI bereits Raum geschaffen
- Streit hat entsprechende Aktivitäten der Träger und ihrer Verbände angeschoben (z.B. EQisA, EQMS u.v.m.); aber bessere Qualität?
- Ombudsfrau Entbürokratisierung ohne Tbe?

Nachweise

- Ausführliche Darstellung mit umfangreichen Nachweisen der Rechtsprechung und Literatur (Stand Juni 2013) bei *Bachem/Klie* in LPK-SGB XI, § 115 Rn. 9-28, 4. Auflage, Baden-Baden 2014
- BSG, Urt. v. 16.5.2013 – B 3 P 5/12 R, SGB 2014, 505 ff. m. Anm. *Udsching*
- Weiterführend: *Meßerschmidt*, Gesetzgebungsermessen, Berlin 2000

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!



Für Rückfragen:

RA Jörn Bachem
Iffland Wischnewski
Rechtsanwälte
Pfungstädter Str. 100 A
64297 Darmstadt

Tel: 06151 / 13 66 00
Fax: 06151 / 13 66 033
info@iffland-wischnewski.de