

# **Die Finanzierung von Maßnahmen im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie über den Ausgleichsfonds der sozialen Pflegeversicherung**

**Ein verfassungswidriger Zugriff auf Sozialversicherungsbeiträge**

**Prof. Dr. Dagmar Felix, Universität Hamburg**

**(Gutachterliche Stellungnahme im Auftrag der DAK-Gesundheit)**

**September 2024**

# Gliederung

	Seite
<b>Vorbemerkung</b>	1
<b>A. Problemstellung</b>	
I. Die maßgeblichen Rechtsgrundlagen und ihre Genese	5
1. Zur Schaffung der §§ 147 ff. SGB XI durch das COVID-19-Krankenhausentlastungsgesetz	5
2. Zu den Änderungen durch das Zweite Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite	6
3. Zu den Änderungen durch das Gesetz für ein Zukunftsprogramm Krankenhäuser	7
4. Zu den Änderungen durch das Gesetz zur Verbesserung der Gesundheitsversorgung und Pflege	8
5. Zur Schaffung des § 153 SGB XI durch das Gesetz zur Fortgeltung der die epidemische Lage von nationaler Tragweite betreffenden Regelungen	8
6. Gesetz zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und weiterer Gesetze anlässlich der Aufhebung der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite	9
7. Gesetz zur Verlängerung von Sonderregelungen im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie beim Kurzarbeitergeld und anderer Leistungen	9
8. Gesetz zur Zahlung eines Bonus für Pflegekräfte in Krankenhäusern und Pflegeeinrichtungen	10
9. Gesetz zur Stärkung des Schutzes der Bevölkerung und insbesondere vulnerabler Personengruppen vor COVID-19	11
10. Gesetz zur finanziellen Stabilisierung der gesetzlichen Krankenversicherung	12
II. Zur Fokussierung auf die konkreten Zahlungsverpflichtungen der Pflegekassen	12
III. Die Pflegekassen als maßgebliche Financiers	13
1. Zur Analyse des Ist-Zustands	13
2. Refinanzierung durch die Bundesbeteiligung nach § 61a SGB XI?	14
3. Ergebnis	15
IV. Rechtliche Fragestellungen	16

<b>B. Zur Gesetzgebungskompetenz des Bundes</b>	
I. Zu Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG	17
II. Eine bloß formal-gesetzliche Zuordnung?	18
III. Zu denkbaren anderen Kompetenztitel zugunsten des Bundes	19
<b>C. Das Finanzierungssystem des SGB XI</b>	
I. Zu den Grundsätzen der Beitragsfinanzierung	21
II. Verwendung und Verwaltung der Mittel	23
III. Ausgleichsfonds und Finanzausgleich	23
1. Die Konzeption des Finanzausgleichs	23
2. Die Bedeutung des Ausgleichsfonds	24
IV. Der Zugriff auf Sozialversicherungsbeiträge	25
<b>D. Der Zugriff auf Sozialversicherungsbeiträge als Verfassungsverstoß</b>	
I. Problemstellung	27
II. Der Begriff der Sozialversicherung	27
III. Die Bewältigung der Corona-Pandemie über die §§ 147 ff. SGB XI als gesamtgesellschaftliche Aufgabe	29
1. Die verfassungsrechtlich gebotene Belastungsgleichheit	29
2. Zum Begriff der gesamtgesellschaftlichen Aufgabe und der Zusammenhang mit versicherungsfremden Leistungen	29
3. Maßnahmen zur Aufrechterhaltung der pflegerischen Versorgung während der durch das neuartige Corona- virus SARS-CoV-2 verursachten Pandemie als gesamt- gesellschaftliche Aufgabe	31
4. Ergebnis	35
<b>E. Zur gebotenen Refinanzierung der Kosten aus Steuermitteln</b>	37
<b>F. Zu Fragen des Rechtsschutzes</b>	38
<b>Zusammenfassende Thesen</b>	
<b>Die Finanzierung von Maßnahmen im Zusammenhang mit der COVID-19 Pandemie über den Ausgleichsfonds der sozialen Pflegeversicherung – ein verfassungswidriger Zugriff auf Sozialversicherungsbeiträge</b>	42

**Anlage**

## Vorbemerkung

Die nachhaltige Finanzierung der sozialen Pflegeversicherung erweist sich schon angesichts der seit langem bekannten demographischen Entwicklung als Herausforderung. Das Risiko der Pflegebedürftigkeit liegt bei einem Alter über 80 Jahren bei 46,3 %;<sup>1</sup> und der Anteil der Menschen in Deutschland, die über 80 Jahre alt sind, wird in den kommenden Jahren kontinuierlich ansteigen.<sup>2</sup> Insofern überrascht es nicht, dass Bundesgesundheitsminister Lauterbach auch vor dem Hintergrund des massiven Anstiegs der Eigenanteile eine grundlegende Finanzierungsreform anstrebt.<sup>3</sup>

Eine nicht vorhersehbare Herausforderung – auch für die soziale Pflegeversicherung – war der weltweite Ausbruch der Infektionskrankheit COVID-19.<sup>4</sup> Die Pandemie, die Ende 2019 in China ihren Ursprung genommen hatte, hatte in der Zeit von Anfang 2020 bis in das Frühjahr 2023<sup>5</sup> hinein auch in der Bundesrepublik Deutschland erhebliche Auswirkungen auf das öffentliche und private Leben. Die Einschränkungen durch Kontaktverbote, Schließung von Schulen und Kindertagesstätten oder die Herausforderungen der Arbeitnehmer durch die zwangsweise Arbeit im so genannten homeoffice – all das dürfte für viele Betroffene nur eine unschöne Erinnerung sein;<sup>6</sup> die wirtschaftlichen Folgen der Pandemie allerdings sind bis heute spürbar. Im Frühjahr 2023 legte das Bundesministerium der Finanzen in einer Aufstellung offen, dass für unterschiedlichste Maßnahmen in der Zeit von 2020 bis 2023 ein Betrag von rund 440 Milliarden Euro ausgegeben wurde.<sup>7</sup> Auch wenn ein Teil der geleisteten Hilfen nach späteren Kontrollen ungeprüfter Soforthilfen wieder in den Bundeshaushalt zurückgeflossen ist,<sup>8</sup> sind die Mehrausgaben infolge der Corona-Pandemie erheblich.

Wenn in den Medien die Rede davon ist, dass „der Bund“ entsprechende Mittel aufgebracht hat, ist allerdings mitunter Vorsicht geboten. Nicht immer werden ausschließlich Steuermittel eingesetzt; vielmehr greift man immer öfter zur Umsetzung – etwa von Reformvorhaben<sup>9</sup> – oder eben zur Bewältigung aktueller Krisen auch auf Sondervermögen zu.

---

<sup>1</sup> Vgl. die „Zahlen und Fakten zur Pflegeversicherung“ vom 15.7.2024 (abrufbar auf der Webseite des Bundesministeriums für Gesundheit) unter XIV. (S. 20), zuletzt aufgerufen am 25.8.2024.

<sup>2</sup> „Zahlen und Fakten zur Pflegeversicherung“ vom 15.7.2024 (abrufbar auf der Webseite des Bundesministeriums für Gesundheit) unter XIV. (S. 20), zuletzt aufgerufen am 25.8.2024.

<sup>3</sup> <https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/153592/Lauterbach-warnt-vor-massivem-Anstieg-der-Eigenanteile-bei-Pflege> (zuletzt aufgerufen am 25.8.2024).

<sup>4</sup> Im Folgenden soll umgangssprachlich von „Corona“ die Rede sein.

<sup>5</sup> Die WHO hatte im Mai 2023 den „internationalen Gesundheitsnotstand“ aufgehoben. (<https://www.who.int/europe/emergencies/situations/covid-19>; zuletzt aufgerufen am 24.8.2024). Auch in Deutschland wurden die vielfältigen einschränkenden Maßnahmen bis zum Frühjahr 2023 aufgehoben.

<sup>6</sup> Dabei ist allerdings noch nicht absehbar, welche Langzeitschäden körperlicher und seelischer Natur die Pandemie verursacht hat.

<sup>7</sup> Zitiert nach Frankfurter Allgemeine vom 22.4.2023 (zuletzt aufgerufen am 24.8.2024). Dabei entfielen etwa rund 66 Milliarden Euro auf Wirtschaftshilfen für Unternehmen; die Kosten für Schutzausrüstung, Impfungen und Tests summierten sich auf rund 63 Milliarden Euro.

<sup>8</sup> Frankfurter Allgemeine vom 22.4.2023 aaO.

<sup>9</sup> Im Kontext der aktuell geplanten Krankenhausreform lässt sich insoweit die Finanzierung des sogenannten Transformationsfonds nennen, der in einem neuen § 12b KHG normiert werden soll. Durch ihn sollen in den

Mit Blick auf die soziale Pflegeversicherung ist es der Ausgleichsfonds gemäß § 65 SGB XI, aus dem zahlreiche Corona-Maßnahmen finanziert wurden.

Insbesondere der in § 150 SGB XI<sup>10</sup> normierte „Pflege-Rettungsschirm“<sup>11</sup> sollte – so auch die Gesetzesüberschrift – in Zeiten einer „wesentlichen Beeinträchtigung der Leistungserbringung infolge des neuartigen Coronavirus SARS-CoV 2“<sup>12</sup> – die pflegerische Versorgung sicherstellen. Die Norm gab zugelassenen Pflegeeinrichtungen und den nach Landesrecht anerkannten Angeboten zur Unterstützung im Alltag die Sicherheit, die durch die Corona-Pandemie bedingten finanziellen Mehrausgaben oder Mindereinnahmen über die Pflegeversicherung erstattet zu bekommen.<sup>13</sup> Der Regelungsgehalt der Norm war vielfältig<sup>14</sup> und ist seit 2020 wiederholt angepasst bzw. in seiner Geltungsdauer verändert worden.

Aber auch zahlreiche andere Normen sahen finanzielle Leistungen vor, die von den Pflegekassen zu zahlen waren.<sup>15</sup>

Die aufgrund der Corona-Pandemie gesondert zu finanzierten Maßnahmen haben nach Angaben der DAK-Gesundheit (vgl. zu einer Aufstellung der pandemiebedingten Mehrausgaben die von DAK übermittelte Anlage am Ende des Gutachtens) allein für die Erstattungen im Rahmen des Pflege-Rettungsschirms, der Testkosten und der Corona-Prämien/-Pflegeboni ein finanzielles Volumen in Höhe von rund 13,1 Milliarden Euro<sup>16</sup> erreicht.

Dabei entfallen rund 7,3 Milliarden Euro auf die Erstattung der coronabedingten Mehraufwendungen und Mindereinnahmen der Pflegeeinrichtungen und der nach Landesrecht anerkannten Angebote zur Unterstützung im Alltag, rund 4,4 Milliarden Euro auf die Erstattung der Testkosten und rund 1,4 Milliarden Euro auf die Zahlung von Corona-Prämien bzw. den sogenannten Pflegebonus an die Beschäftigten der Pflegeeinrichtungen.<sup>17</sup> Finanziert wurden all diese

---

Jahren 2026 bis 2035 Mittel zur Förderung von Vorhaben der Länder zur Anpassung der Strukturen in der Krankenhausversorgung bereitgestellt werden. Dabei wird der Fonds nach den jetzigen Planungen nach Maßgabe eines neu zu fassenden § 271 Abs. 6 S. 2 SGB V mit jährlich maximal 2,5 Millionen Euro aus der Liquiditätsreserve des Gesundheitsfonds und damit weitgehend aus Sozialversicherungsbeiträgen gespeist (zur Verfassungswidrigkeit dieses Zugriffs vgl. *Felix*, Aktuelle Fragen der Krankenhausreform, erscheint in GesR 2024).

<sup>10</sup> § 150 SGB XI wurde durch das Gesetz zum Ausgleich COVID-19 bedingter finanzieller Belastungen der Krankenhäuser und weiterer Gesundheitseinrichtungen (COVID-19-Krankenhausentlastungsgesetz) v. 27.3.2020 (BGBl. I, 580) in das SGB XI aufgenommen und seither wiederholt geändert (hierzu *Klein* in: jurisPK-SGB XI, Stand 9.7.2024, § 150 Rn. 1 ff.). Zur Genese der für die vorliegende Fragestellung maßgeblichen Normen vgl. ausführlich unter A. I.

<sup>11</sup> So *Richter*, NZS 2020, 830; *Opolony* in: beck-online.GROSSKOMMENTAR, Stand. 15.5.2024, spricht von einem „Pflegeschutzschirm“ (§ 150 SGB XI Rn. 3).

<sup>12</sup> In einer solchen Konstellation (zu denkbaren Szenarien *Klein* in: jurisPK-SGB XI, § 150, Stand 9.7.2024, Rn. 23) bestand für den Träger einer nach § 72 SGB XI zugelassenen Pflegeeinrichtung eine Anzeigepflicht gegenüber den Pflegekassen (§ 150 Abs. 1 S. 1 SGB XI), die dann in Abstimmung mit anderen Stellen und der Pflegeeinrichtung die „erforderlichen Maßnahmen und Anpassungen vorzunehmen“ hatten. § 150 Abs. 1 SGB XI galt nach § 150 Abs. 6 SGB XI bis einschließlich 30.4.2023.

<sup>13</sup> *Klein* in: jurisPK-SGB XI, § 150, Stand 9.7.2024, Rn. 16.

<sup>14</sup> Vgl. *Klein* in: jurisPK-SGB XI, § 150, Stand 9.7.2024, Rn. 17; *Opolony* in: beck-online.GROSSKOMMENTAR § 150 SGB XI, Stand 15.5.2024, Rn. 1.

<sup>15</sup> Hierzu gleich A. I.

<sup>16</sup> Hierbei sind die Zahlungen nach Maßgabe von § 150c SGB XI nicht berücksichtigt.

<sup>17</sup> Vgl. hierzu den durch das Gesetz zur Zahlung eines Bonus für Pflegekräfte in Krankenhäusern und Pflegeeinrichtungen (Pflegebonusgesetz) v. 28.6.2022 (BGBl. 2022 Teil Nr. 21) eingefügten § 150a SGB XI.

Maßnahmen – so sehen es die einschlägigen Normen vor<sup>18</sup> – vor allem über die Pflegekassen, aber auch über die gesetzliche Krankenversicherung.<sup>19</sup>

Im Jahr 2020 leistete der Bund aufgrund des Zweites Nachtragshaushaltsgesetzes 2020<sup>20</sup> erstmals einen Sonderzuschuss in Höhe von 1,8 Milliarden Euro für SARSCoV-2-Pandemie verursachte Belastungen an den nach § 65 SGB XI eingerichteten Ausgleichsfonds der Pflegeversicherung.

In den Jahren 2021 und 2022 kam es gemäß § 153 SGB XI, der die „Erstattung pandemiebedingter Kosten durch den Bund“ regelt und eine entsprechende Verordnungsermächtigung zugunsten des Bundesministeriums für Gesundheit vorsieht, zu einer Kostenerstattung vonseiten des Bundes. Auf Grundlage einer ersten Pandemiekosten-Erstattungsverordnung (PKEV)<sup>21</sup> gewährte der Bund einen Zuschuss in Höhe von einer Milliarde Euro, der gemäß § 1 Abs. 2 PKEV an den Ausgleichsfonds der sozialen Pflegeversicherung gezahlt wurde. Auf Grundlage einer weiteren Pandemiekosten-Erstattungsverordnung vom März 2022 (PKEV 2022)<sup>22</sup> wurde eine weitere Milliarde Euro gezahlt. Schließlich wurden auf Basis der Zweiten Verordnung zur Erstattung pandemiebedingter Kosten der sozialen Pflegeversicherung durch Bundesmittel (PKEV 2022)<sup>23</sup> weitere Bundesmittel in Höhe von 1,2 Milliarden Euro an den Ausgleichsfonds der sozialen Pflegeversicherung gezahlt. Die maßgeblichen Verordnungen knüpften diese Zahlungen im jeweiligen § 1 an das Tatbestandsmerkmal der „Vermeidung eines Unterschreitens des gesetzlichen Betriebsmittel- und Rücklagesolls der Pflegekassen aufgrund pandemiebedingter Mehrausgaben“. Eine entsprechende Verordnung für das Jahr 2023 wurde nicht erlassen.

Von den insgesamt infolge der Pandemie geleisteten Mehraufwendungen der sozialen Pflegeversicherung an die Pflegeeinrichtungen und die nach Landesrecht anerkannten Angebote zur Unterstützung im Alltag in Höhe von rund 13,1 Milliarden Euro wurde aus Steuermitteln vom Bund daher nur ein Bruchteil erstattet<sup>24</sup>; der größte Teil der Maßnahmen wurde aus den Mitteln des Ausgleichsfonds der sozialen Pflegeversicherung finanziert.

---

<sup>18</sup> Vgl. nur § 150a Abs. 7 SGB XI – den Betrag, den die Pflegeeinrichtung für die Corona-Prämien benötigt, erhält sie im Wege der Vorauszahlung von der sozialen Pflegeversicherung erstattet.

<sup>19</sup> Die gesetzliche Krankenversicherung ist in Höhe von rund 1,6 Milliarden Euro belastet worden. Zur Finanzierung der von den Pflegekassen gezahlten pandemiebedingten Erstattungen im Rahmen des Pflege-Rettungsschirm, der Corona-Prämie und der Test-Verordnung (TestV) wurde gemäß § 150 Abs. 4 und § 150a Abs. 7 SGB XI ein Umlageanteil der GKV (für den Bereich der ambulanten Pflegeeinrichtungen und der stationären Hospize) erhoben (vgl. zu den ambulanten Pflegeeinrichtungen nur § 150 Abs. 4 SGB XI).

<sup>20</sup> Vgl. Art. 1 Nr. 4 des Zweites Nachtragshaushaltsgesetzes 2020 v. 14.7.2020 (BGBl. I., 1669).

<sup>21</sup> V. 22.9.2021 (Banz AT 23.09.2021 V1). Diese war gültig vom 24.9.2021 bis 31.12.2021.

<sup>22</sup> V. 30.3.2022 (Banz AT 31.03.2022 V1; gültig vom 1.4.2022 bis 31.12.2022).

<sup>23</sup> V. 10.10.2022 (Banz AT 11.10.2022 V1).

<sup>24</sup> Im Bericht des Bundesrechnungshofs (Abrechnung der pandemiebedingten Erstattungen von Testkosten nach § 7 Absatz 2 Satz 3 Coronavirus-Testverordnung durch die Pflegekassen der sozialen Pflegeversicherung) vom 14.2.2024, S. 7 ist von einem „Gesamtzuschuss“ von 5 Milliarden Euro die Rede, die belegt sind durch eine E-Mail des BMG an den Bundesrechnungshof vom 30.9.2022. In der Tat beläuft sich der Gesamtzuschuss auf 5 Milliarden Euro und setzt sich wie folgt zusammen: 1,8 Milliarden Euro im Jahr 2020, 1 Milliarde Euro in 2021 und 2,2 Milliarden Euro (1,2 Milliarden Euro im April 2022 und 1 Milliarde Euro im Oktober 2022) in 2022. Es verbleibt unstreitig ein erhebliches finanzielles Delta.

Die im Koalitionsvertrag 2021-2025<sup>25</sup> enthaltene Zusage, die „pandemiebedingten Zusatzkosten“ in der Pflege „aus Steuermitteln“ zu „finanzieren“,<sup>26</sup> wurde damit nicht im Ansatz erfüllt – und angesichts der aktuellen Haushaltsprobleme ist nicht zu erwarten, dass dies noch geschieht.

Auch wenn sich die Finanzsituation der sozialen Pflegeversicherung zwischenzeitlich etwas gebessert hat,<sup>27</sup> was vor allem dem Pflegeunterstützungs- und Entlastungsgesetz<sup>28</sup> geschuldet sein dürfte, durch das zum 1.7.2023 der reguläre Beitragssatz zur sozialen Pflegeversicherung um 0,35 Prozentpunkte angehoben worden ist,<sup>29</sup> besteht schon mit Blick auf die verfassungsrechtlichen Vorgaben im Umgang mit Sozialversicherungsbeiträgen ein dringender Bedarf zu klären, ob die aufgrund der maßgeblichen Normen des SGB XI erfolgte Finanzierung der pandemiebedingten Maßnahmen über den Ausgleichsfonds der sozialen Pflegeversicherung rechtlich zulässig ist.

---

<sup>25</sup> „Mehr Fortschritt wagen – Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit“.

<sup>26</sup> Koalitionsvertrag 2021-2025, S. 63.

<sup>27</sup> Das Finanzsaldo im Jahr 2023 betrug 1,78 Mrd€, während es in den Jahren 2021 und 2022 bei -1,35 Mrd.€ bzw. -2,25 Mrd.€ lag Vgl. die „Zahlen und Fakten zur Pflegeversicherung“ vom 15.7.2024 (abrufbar auf der Webseite des Bundesministeriums für Gesundheit) unter XIV. (S. 5); zuletzt aufgerufen am 24.8.2024.

<sup>28</sup> PUEG v. 19.6.2023 (BGBl. I Nr. 155).

<sup>29</sup> Das führt zu Mehreinnahmen von rund 6,6 Milliarden Euro. Zu den insoweit maßgeblichen „Faustformeln“ vgl. die „Zahlen und Fakten zur Pflegeversicherung“ vom 15.7.2024 (abrufbar auf der Webseite des Bundesministeriums für Gesundheit) unter XV. (S. 21); zuletzt aufgerufen am 24.8.2024.

## A. Problemstellung

### I. Die maßgeblichen Rechtsgrundlagen im SGB XI und ihre Genese

Zum besseren Verständnis der folgenden Ausführungen bedarf es genauerer Kenntnis derjenigen Vorschriften, die zu Beginn der Corona-Pandemie im SGB XI ergänzt wurden.

#### 1. Zur Schaffung der §§ 147 ff. SGB XI durch das COVID-19-Krankenhausentlastungsgesetz

Durch Art. 4 des Gesetzes zum Ausgleich COVID-19 bedingter finanzieller Belastungen der Krankenhäuser und weiterer Gesundheitseinrichtungen (COVID-19-Krankenhausentlastungsgesetz) vom 27.3.2020<sup>30</sup> wurde das sechzehnte Kapitel des SGB XI, das Regelungen zum „Überleitungs- und Übergangsrecht“ enthält, um einen neuen Dritten Abschnitt ergänzt. Dieser ist überschrieben mit „Maßnahmen zur Aufrechterhaltung der pflegerischen Versorgung während der durch das neuartige Coronavirus SARS-CoV-2 verursachten Pandemie“ und trat am 1.3.2020 in Kraft.<sup>31</sup>

Die fünf neuen Normen des SGB XI, deren Regelungsgehalt in Teilen zeitlich befristet war,<sup>32</sup> betrafen zum einen das Verfahren der Feststellung der Pflegebedürftigkeit nach § 18 SGB XI sowie die Beratungsbesuche nach § 37 SGB XI.

§ 147 SGB XI regelte insoweit eine Abweichung vom Grundsatz des § 18 Abs. 2 S. 1 SGB XI a.F., der bestimmte, dass der Medizinische Dienst oder die von der Pflegekasse beauftragten Gutachten den Versicherten „in seinem Wohnbereich zu untersuchen haben“.<sup>33</sup> Um die vulnerable Gruppe der Pflegebedürftigen vor zusätzlichen Ansteckungsgefahren zu schützen,<sup>34</sup> wurde eine Gutachtenerstellung nach Aktenlage und auf Basis der Abgaben und Auskünfte der Versicherten und ihrer Angehörigen vorgesehen. Auch Wiederholungsbesuche wurden ausgesetzt;<sup>35</sup> weitere Sonderregelungen fanden sich in den Absätzen 3 bis 6 der Norm.<sup>36</sup>

§ 148 SGB XI enthält eine Sonderregelung zu § 37 Abs. 6 SGB XI; danach hat die Pflegekasse oder das private Versicherungsunternehmen das Pflegegeld angemessen zu kürzen und im Wiederholungsfall zu entziehen, wenn Pflegebedürftige die in § 37 Abs. 3 SGB XI vorgesehene Beratung in der eigenen Häuslichkeit nicht abrufen. Auch hier stand die Ansteckungsgefahr im Fokus des Gesetzgebers.<sup>37</sup>

---

<sup>30</sup> BGBl. I, 580. Hierzu auch *Bockholdt/Lungstras/Schmidt*, NZS 2020, 324, *Opolony*, GuP 2020, 81 und *Sehy/Wolf/von der Decken*, GuP 2020, 85.

<sup>31</sup> Art. 7 Abs. 1 COVID-19-Krankenhausentlastungsgesetz.

<sup>32</sup> Damals hatte man zunächst den 30.9.2020 bestimmt. Gemäß § 152 SGB XI konnte das Bundesministerium für Gesundheit nach einer erneuten Risikobeurteilung bei Fortbestehen oder erneutem Risiko für ein Infektionsgeschehen im Zusammenhang mit dem neuartigen Coronavirus SARS-CoV-2 den Befristungszeitraum der §§ 147 bis 151 SGB XI jeweils durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates um jeweils bis zu einem halben Jahr verlängern.

<sup>33</sup> § 18 Abs. 2 S. 1 SGB XI i.d.F. v. 14.12.2019. Das ist heute in § 18a Abs. 2 SGB XI geregelt.

<sup>34</sup> BT-Drs. 19/18112, S. 38.

<sup>35</sup> § 147 Abs. 2 SGB XI.

<sup>36</sup> Diese betrafen etwa die Entscheidungsfristen der Pflegekassen oder die Benennung von Gutachtern (hierzu *Udsching* in: BeckOK Sozialrecht, § 147 SGB XI, Stand 1.3.2024, Rn. 3 ff.).

<sup>37</sup> BT-Drs. 19/18112, S. 39.



Eine vereinfachte Inanspruchnahme von Einrichtungen zur Kurzzeitpflege normiert § 149 SGB XI, um besonderen Belastungen aufgrund der Pandemie gerecht zu werden.<sup>38</sup>

Besondere Bedeutung im vorliegenden Kontext hat der bereits angesprochene § 150 SGB XI – die Sicherstellung der pflegerischen Versorgung hatte nach berechtigter Einschätzung des Gesetzgebers „oberste Priorität im Leistungserbringerrecht“.<sup>39</sup> Normiert war hier zunächst vor allem der Anspruch auf Kostenerstattung der von der Pandemie betroffenen Pflegeeinrichtungen und der nach Landesrecht anerkannten Angebote zur Unterstützung im Alltag gegenüber den Pflegekassen bezüglich der außerordentlichen Aufwendungen<sup>40</sup> und Mindereinnahmen<sup>41</sup>, die im Rahmen ihrer Leistungserbringung entstehen. Bezüglich der Coronatests wurde erstmals in der Coronavirus-Testverordnung vom 14.10.2020<sup>42</sup> normiert, dass Sachkosten für die selbst beschafften PoC-Antigen-Tests unter anderem von den nach § 72 SGB XI zugelassenen Pflegeeinrichtungen über eine Pflegekasse entsprechend der in § 150 Abs. 2 bis 5a SGB XI niedergelegten Verfahren abzurechnen sind. Die durch diese Verordnung anfallenden Kosten galten gemäß § 7 Abs. 2 S. 4 TestVO für entsprechende Einrichtungen nunmehr ausdrücklich als „infolge des neuartigen Coronavirus SARS-CoV-2 anfallende, außerordentliche Aufwendungen.“

Der Spitzenverband Bund der Pflegekassen wurde in § 150 Abs. 3 SGB XI beauftragt, unverzüglich ein entsprechendes Erstattungsverfahren zu regeln und hierbei „einfache“ Belege vorzusehen.<sup>43</sup>

Die Qualitätsprüfungen nach Maßgabe von § 114 SGB XI wurden mit Blick auf die zusätzliche Infektionsschutzgefahr für alle Beteiligten<sup>44</sup> durch § 151 SGB XI ausgesetzt.

Der neu geschaffene § 152 SGB X ermöglichte eine jeweils halbjährige Verlängerung des in den §§ 147 bis 151 SGB XI genannten Befristungszeitraums durch zustimmungsbedürftige Rechtsverordnung des Bundesministeriums für Gesundheit.

## **2. Zu den Änderungen durch das Zweite Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite**

Durch Art. 5 des Zweiten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 19.5.2020<sup>45</sup> wurden in § 149 SGB XI zwei weitere Absätze angefügt. In § 149 Abs. 2 SGB XI wurde eine Erhöhung des Leistungsbetrags der Kurzzeitpflege vorgesehen, um höhere Eigenanteile der Versicherten zu verhindern.<sup>46</sup> Gemäß § 149 Abs. 3 SGB

---

<sup>38</sup> Hierzu BT-Drs. 19/18112, S. 39 f.

<sup>39</sup> BT-Drs. 19/18112, S. 40.

<sup>40</sup> Zu denken ist hier an infektionshygienische Schutzvorkehrungen der Mitarbeitenden oder zusätzliche Personalaufwendungen (BT-Drs. 19/18112, S. 41).

<sup>41</sup> Hierzu auch die Kostenerstattungs-Festlegungen des Spitzenverbands nach § 150 Abs. 3 SGB XI zum Ausgleich der COVID-19 bedingte finanziellen Belastungen der Pflegeeinrichtungen v. 27.3.2020 (geändert am 25.4.2022), S. 6.

<sup>42</sup> BAnz AT 14.10.2020 V1.

<sup>43</sup> Darauf, dass sehr einfacher Zugang zu finanziellen Mitteln der Pflegekassen Probleme bereitet, hat der Bundesrechnungshof mehrfach hingewiesen (vgl. hierzu etwa unter A. III. 1.).

<sup>44</sup> BT-Drs. 19/18112, S. 42.

<sup>45</sup> BGBl. I, 1018. Durch dieses Gesetz wurde auch die gesetzliche Vorgabe für die Ausgaben der Pflegekassen für Präventionsaufgaben gleichsam ausgesetzt (vgl. § 5 Abs. 7 SGB XI, geschaffen durch Art. 5 Nr. 2 des Zweiten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite).

<sup>46</sup> BT-Drs. 19/18967, S. 71 f.

XI konnte für einen bestimmten Zeitraum auch eine pflegerische Versorgung in der sogenannten anderweitigen vollstationären pflegerischen Versorgung<sup>47</sup> erfolgen, wenn eine Versorgung in einer vollstationären Einrichtung aufgrund einer pandemiebedingten Quarantäne nicht möglich war.

Auch § 150 SGB XI wurde maßgeblich geändert. Geändert wurde zunächst Absatz 4 mit Blick auf die Kostenverteilung zwischen der sozialen Pflegeversicherung und der gesetzlichen Krankenversicherung bezüglich der Erstattung bei ambulanten Pflegeeinrichtungen und stationären Hospizen.<sup>48</sup> Geschaffen wurden zudem die Absätze 5a bis 5d;<sup>49</sup> hier ging es etwa um die Verhinderung eines Zusammenbruchs der Infrastruktur bei Angeboten zur Unterstützung im Alltag infolge der Pandemie<sup>50</sup> oder um eine anderweitige Verwendung des Entlastungsbetrags nach § 45b SGB XI.<sup>51</sup>

Neu geschaffen wurde aber auch § 150a SGB XI, der die „Sonderleistung während der Coronavirus-SARS-CoV-2-Pandemie“, die sogenannte Corona-Prämie, normiert. Was die Pflegeeinrichtungen für die Auszahlung dieser Prämie benötigten, erhielten sie im Wege der Vorauszahlung von der sozialen Pflegeversicherung erstattet.<sup>52</sup> Der Gesetzgeber wollte mit dieser Prämie „die besondere Wertschätzung gegenüber den Beschäftigten“ ausdrücken, „die gegenwärtig besonderen Belastungen und Anforderungen ausgesetzt sind“.<sup>53</sup>

### 3. Zu den Änderungen durch das Gesetz für ein Zukunftsprogramm Krankenhäuser

Durch Art. 5 des Krankenhauszukunftsgesetzes (KHZG) vom 23.10.2020<sup>54</sup> wurde § 147 SGB XI in zeitlicher Hinsicht angepasst; zugleich wurde der Medizinische Dienst beauftragt, einheitliche Maßgaben dafür zu entwickeln, unter welchen Voraussetzungen eine Begutachtung im Wohnbereich des Versicherten erfolgen kann.<sup>55</sup> Auch in § 150 SGB XI wurden die zeitlichen Beschränkungen, die zunächst bis Ende September 2020 gelten sollten, angepasst.<sup>56</sup> Eingefügt wurde schließlich ein § 150b SGB XI, der überschrieben ist mit „Nichtanrechnung von Arbeitstagen mit Bezug von Pflegeunterstützungsgeld, Betriebshilfe oder Kostenerstattung gemäß § 150 Absatz 5d“.<sup>57</sup>

---

<sup>47</sup> Gemeint sind die Einrichtungen, die Leistungen zur medizinischen Vorsorge oder Rehabilitation erbringen.

<sup>48</sup> Hierzu BT-Drs. 19/18967, S. 72.

<sup>49</sup> Hierzu BT-Drs. 19/18967, S. 73 ff.

<sup>50</sup> Zu § 150 Abs. 5a SGB XI *Udsching*: in BeckOK Sozialrecht, § 150 SGB XI, Stand 1.3.2024, Rn. 11.

<sup>51</sup> §zu § 150 Abs. 5b und 5c vgl. BT-Drs. 19/18967, S. 73 ff.

<sup>52</sup> § 150a Abs. 7 S. 1 SGB XI. Eine Erhöhung des Betrags durch die Länder oder die zugelassenen Pflegeeinrichtungen selbst war gemäß § 150a Abs. 9 SGB XI möglich.

<sup>53</sup> Ausführlich auch zur Bemessung BT-Drs. 19/18967, S. 74 ff.

<sup>54</sup> BGBl. I, 2208.

<sup>55</sup> Art. 5 Nr. 2 a) bb) KHZG.

<sup>56</sup> Art. 5 Nr. 3 KHZG.

<sup>57</sup> Hierzu *Baier* in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, § 150b SGB XI, Stand EL 113 Dezember 2021, Rn. 1 ff.

#### **4. Zu den Änderungen durch das Gesetz zur Verbesserung der Gesundheitsversorgung und Pflege**

Das Gesundheitsversorgungs- und Pflegeverbesserungsgesetz vom 22.12.2020,<sup>58</sup> dessen Fokus unter anderen auf Modellvorhaben<sup>59</sup> und der Einführung einer Bearbeitungs- und Genehmigungsfrist für Leistungsanträge lag,<sup>60</sup> sah mit der Neufassung von § 148 SGB XI eine telefonische, digitale oder per Videokonferenz abzurufende Beratung für den Zeitraum bis einschließlich 31.3.2021 vor, wenn der Pflegebedürftige das wünschte. § 150 Abs. 6 SGB XI wurde zeitlich angepasst – maßgeblich war nun statt des 31.12.2020 der 31.3.2021.

#### **5. Zur Schaffung des § 153 SGB XI durch das Gesetz zur Fortgeltung der die epidemische Lage von nationaler Tragweite betreffenden Regelungen**

Durch Art. 4 des Gesetzes zur Fortgeltung der die epidemische Lage von nationaler Tragweite betreffenden Regelungen vom 29.3.2021<sup>61</sup> wurden die maßgeblichen Vorschriften vor allem in zeitlicher Hinsicht erneut angepasst.<sup>62</sup> Angepasst wurde auch das pandemiebedingte Kostenerstattungsverfahren nach § 150 Abs. 2 bis 4 SGB XI in Bezug auf die Mindereinnahmen von zugelassenen Pflegeeinrichtungen.<sup>63</sup>

Eingefügt wurde durch dieses Gesetz aber auch § 153 SGB XI. Die Norm bestimmt die Gewährung eines Bundeszuschusses, wenn der Mittelbestand der sozialen Pflegeversicherung aufgrund pandemiebedingter Mehrausgaben absehbar das gesetzliche Betriebsmittel- und Rücklagen Soll der Pflegekassen zu unterschreiten droht. In diesem Fall gewährt der Bundeshaushalt der sozialen Pflegeversicherung – die Regelung galt zunächst nur für das Jahr 2021 – im Jahr 2021 einen Zuschuss in erforderlicher Höhe. Durch § 153 S. 2 SGB XI wird das Bundesministerium für Gesundheit ermächtigt, das Nähere durch Rechtsverordnung im Einvernehmen mit dem Bundesministerium der Finanzen ohne Zustimmung des Bundesrates zu bestimmen. Das ist – wie oben dargelegt – auch geschehen. Der Gesetzgeber ist hier davon ausgegangen, dass der sozialen Pflegeversicherung durch die Tragung der Mehrausgaben für den Pflege-Schutzschirm und die damit verbundene Testverordnung im Bereich der Pflegeeinrichtungen nach dem SGB XI im ersten Halbjahr 2021 Mehrausgaben von voraussichtlich mindestens drei Milliarden Euro – bei Ausschöpfung der Obergrenze der Testmöglichkeiten – sogar von fünf Milliarden Euro entstanden sind, wovon mindestens etwa 1,55 Milliarden Euro auf die bereits bis Ende des 1. Quartals gültigen Maßnahmen entfallen.<sup>64</sup> Da diese Mehrausgaben ohne einen finanziellen Ausgleich eine deutliche Beitragssatzanhebung im Laufe des Jahres 2021 erfordert hätten und man die Sozialgarantie 2021, mit der die Sozialversicherungsbeiträge bei maximal

---

<sup>58</sup> BGBl. I 3299.

<sup>59</sup> Hierzu *Baierl* in: jurisPK-SGB XI, § 8, Stand 29.6.2023, Rn. 54 ff.

<sup>60</sup> Hierzu *Molitor* in: BeckOK Sozialrecht, § 40 SGB XI, Stand. 1.6.2024, Rn. 44a). Zur Änderung der § 84 SGB XI mit Blick auf zusätzliches Personal vgl. *Brose* in BeckOK Sozialrecht, § 84 SGB XI, Stand 1.6.2024, Rn. 33. Vgl. hierzu auch die ebenfalls durch dieses Gesetz angefügten Absätze 9 bis 11 des § 85 SGB XI.

<sup>61</sup> BGBl. I S. 370.

<sup>62</sup> Vorgesehen wurde aber auch die Durchführung einer Regelprüfung, wenn die Situation vor Ort es aufgrund der Pandemie zulässt (vgl. § 114 Abs. 2a SGB XI a.F.)

<sup>63</sup> BT-Drs. 19/26545, S. 22.

<sup>64</sup> BT-Drs. 19/26545, 24.

40 Prozent gehalten werden sollen, erfüllen wollte, „wird die Bundesregierung prüfen, ob eine Beteiligung des Bundes erforderlich ist.“<sup>65</sup>

Voraussetzung dafür ist allerdings, dass das gesetzliche Betriebsmittel- und Rücklagesoll der Pflegekassen unterschritten zu werden droht.<sup>66</sup>

## **6. Gesetz zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und weiterer Gesetze anlässlich der Aufhebung der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite**

Durch Art. 8 des Gesetzes zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und weiterer Gesetze anlässlich der Aufhebung der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 22.11.2021<sup>67</sup> wurden zeitliche Vorgaben in den §§ 147, 148 und 150 SGB XI angepasst;<sup>68</sup> in § 147 SGB XI wurde normiert, dass der Wunsch des Versicherten, persönlich in seinem Wohnbereich untersucht zu werden, zu berücksichtigen ist. 150b SGB XI wurde neu gefasst.<sup>69</sup>

In § 153 SGB XI wurde der Zeitraum der Verordnungsermächtigung auf das Jahr 2022 erstreckt. Dies sollte eine Refinanzierungsmöglichkeit der aus der Verlängerung der Sonderregelungen zur Sicherstellung der pflegerischen Versorgung bis zum 31. März 2022 erwachsenden Mehrausgaben aus Bundesmitteln eröffnen.<sup>70</sup>

Nach wie vor war allerdings Voraussetzung, dass infolge der Mehrausgaben das gesetzliche Betriebsmittel- und Rücklagesoll der Pflegekassen unterschritten zu werden drohte.

## **7. Gesetz zur Verlängerung von Sonderregelungen im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie beim Kurzarbeitergeld und anderer Leistungen**

Durch Art. 3 Nr. 5 des Gesetzes zur Verlängerung von Sonderregelungen im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie beim Kurzarbeitergeld und anderer Leistungen vom 23.3.2022<sup>71</sup> wurde § 148 SGB XI insoweit ergänzt, als die Pflegekasse das Pflegegeld abweichend von § 37 Abs. 6 SGB XI nicht kürzen oder entziehen darf, wenn der Pflegebedürftige im Zeitraum vom 1.3. 2022 bis einschließlich 30.6.2022 keine Beratung nach § 37 Abs. 3 S. 1 SGB XI abrufen.<sup>72</sup> Über diese Ausnahmeregelung waren die Pflegegeldempfänger kurzfristig zu informieren.

---

<sup>65</sup> BT-Drs. 19/26545, 24.

<sup>66</sup> BT-Drs. 19/26545, 24.

<sup>67</sup> BGBl. I, 4906.

<sup>68</sup> Der Gesetzgeber ging für die Wintermonate 2021 und 2022 von einer erneuten erheblichen pandemiebedingten Belastung der pflegerischen Versorgung aus (BT-Drs. 20/15, S. 38).

<sup>69</sup> Hierzu BT-Drs. 20/15, S. 38.

<sup>70</sup> BT-Drs. 20/15, S. 38.

<sup>71</sup> BGBl. I, S. 482.

<sup>72</sup> Die Regelung wurde insoweit also in zeitlicher Hinsicht erweitert.

## 8. Gesetz zur Zahlung eines Bonus für Pflegekräfte in Krankenhäusern und Pflegeeinrichtungen

Maßgebliche Änderungen hat Art. 2 des Gesetzes zur Zahlung eines Bonus für Pflegekräften und Krankenhäusern und Pflegeeinrichtungen vom 28.6.2022<sup>73</sup> mit sich gebracht.<sup>74</sup> Das Kostenerstattungsverfahren nach § 150 Abs. 2 und 5a SGB XI wurde angesichts der aktuellen Pandemielage inhaltlich neu ausgestaltet.<sup>75</sup>

Mit Wirkung vom 1.7.2022 wurde die bislang in § 150 Abs. 2 und 5a SGB XI normierte Erstattungsfähigkeit von Coronavirus SARS-CoV-2-bedingten, nicht anderweitig finanzierten außerordentlichen Aufwendungen und Mindereinnahmen im Rahmen der Leistungserbringung der zugelassenen Pflegeeinrichtungen und der nach Landesrecht anerkannten Angebote zur Unterstützung im Alltag aufgehoben. Sichergestellt wurde aber, dass die bisherigen Verfahren zur Regelung des Anspruchs der zugelassenen Pflegeeinrichtungen und der nach Landesrecht anerkannten Angebote zur Unterstützung im Alltag auf Erstattung von Beschaffungskosten für selbst beschaffte PoC-Antigen-Tests und Antigen-Tests zur Eigenanwendung fortgeführt werden können. Das hatte zur Konsequenz, dass Erstattungsansprüche nach der Coronavirus-Testverordnung in ihrer jeweils geltenden Fassung im Rahmen der dort für die berechtigten Einrichtungen und Unternehmen festgelegten Kontingente wie auch bislang bei der Pflegekasse geltend gemacht werden konnten. Insofern begründete der neu gefasste § 150 Abs. 2 und 5a SGB XI keinen neuen unmittelbaren Anspruch auf Erstattung von Testkosten; vielmehr wollte der Gesetzgeber lediglich eine Erstattung von Testkosten in Pflegeeinrichtungen und den nach Landesrecht anerkannten Angeboten zur Unterstützung im Alltag über die Pflegekassen auch dann noch ermöglichen, wenn dieses Vorgehen nach dem 30.6.2022 noch erforderlich sein sollte.<sup>76</sup>

Neu gefasst wurde aber vor allem § 150a SGB XI. Durch § 150a Abs. 1 S. 1 SGB XI wurden die zugelassenen Pflegeeinrichtungen nunmehr verpflichtet, jedem ihrer Beschäftigten im Jahr 2022 eine einmalige Sonderleistung nach Maßgabe der Absätze 2 bis 6 und 8 zu zahlen. Es geht hier nunmehr um den sogenannten Corona-Pflegebonus. Die zugelassenen Pflegeeinrichtungen und die Arbeitgeber im Sinne von Absatz 1 Satz 2 erhielten gemäß § 150 Abs. 7 SGB XI im Wege der Vorauszahlung von der sozialen Pflegeversicherung den Betrag erstattet, den sie für die Auszahlung der in den Absätzen 2 bis 4 und 6 genannten Corona-Pflegeboni benötigten.<sup>77</sup> Die Pflegeeinrichtungen und die Arbeitgeber im Sinne von Absatz 1 Satz 2 meldeten den Pflegekassen den Betrag, den sie für die Auszahlung der in den Absätzen 2 bis 4 und 6 genannten Corona-Pflegeboni benötigen, bis spätestens 31. Juli 2022. Die Pflegekassen stellten sicher,

---

<sup>73</sup> BGBl. I, 938.

<sup>74</sup> Im Fokus stand hier ansonsten das Thema der Vergütung der Beschäftigten nach Tarif (vgl. hierzu *Schmidt* in: beck.online.GROSSKOMMENTAR, § 72 SGB XI, Stand 15.5.2024, Rn. 33 ff.).

<sup>75</sup> Hierzu BT-Drs. 20/1909, S. 65. Zugleich wurde die Geltung einzelner Absätze wegen der „anhaltenden hohen Gefährdung für die Gesundheit der Bevölkerung“ durch das Coronavirus verlängert (aaO., S. 65).

<sup>76</sup> Voraussetzung war natürlich, dass die einschlägigen Regelungen der TestV entsprechend weiter verlängert wurden.

<sup>77</sup> Die in den Absätzen 2 bis 4 und 6 genannten Corona-Pflegeboni konnten gemäß § 150a Abs. 7 S. 2 SGB XI nicht nach § 150 Absatz 2 erstattet werden. Auch wenn ein nach Absatz 9 erhöhter Corona-Pflegebonus als Sonderleistung gezahlt wurde oder wenn von den zugelassenen Pflegeeinrichtungen an ihre Beschäftigten vergleichbare Sonderleistungen gezahlt wurden, konnten die gezahlten Beträge nicht nach § 150 Absatz 2 erstattet werden (§ 150a Abs. 7 S. 3 SGB XI).

dass alle Pflegeeinrichtungen und alle Arbeitgeber im Sinne von Absatz 1 Satz 2 diesen Betrag von der sozialen Pflegeversicherung bis spätestens 30. September 2022 für die Beschäftigten und Arbeitnehmer im Sinne von Absatz 1 Satz 2 erhalten.<sup>78</sup> Auch hier war eine Erhöhung des Pflegebonus durch die Länder oder die zugelassenen Pflegeeinrichtungen selbst möglich.<sup>79</sup> Zur Refinanzierung der durch die Pflegekassen an die zugelassenen Pflegeeinrichtungen und die Arbeitgeber im Sinne von Absatz 1 Satz 2 gezahlten Vorauszahlungen zahlte der Bund bis zum 1. September 2022 einen Betrag in Höhe von 500 Millionen Euro an den Ausgleichsfonds.<sup>80</sup>

## **9. Gesetz zur Stärkung des Schutzes der Bevölkerung und insbesondere vulnerabler Personengruppen vor COVID-19**

Durch Art. 3 des Gesetzes zur Stärkung des Schutzes der Bevölkerung und insbesondere vulnerabler Personengruppen vor COVID-19 vom 16.9.2022<sup>81</sup> wurde in § 150 Abs. 6 SGB XI der Zeitpunkt 31.12.2022 durch den 30.4.2023 ersetzt – bis zu diesem Zeitpunkt sollten die Absätze 1, 5 und 5b sowie 5d gelten. Im Kontext von § 150a Abs. 3 SGB XI, der den Corona-Pflegebonus auch für Auszubildende vorsah, wurde eine in der Praxis entstandene Unklarheit beseitigt.<sup>82</sup>

Und auf Vorschlag des Ausschusses für Gesundheit<sup>83</sup> wurde schließlich eine weitere neue Regelung geschaffen, die eine monatliche Sonderzahlung für diejenigen Personen vorsieht, die von ihrer Einrichtung nach § 35 Abs. 1 S. 6 IfSG benannt wurden.<sup>84</sup> Diese Personen haben gemäß § 35 Abs. 1 S. 7 IfSG sicherzustellen, dass Hygieneanforderungen unter Berücksichtigung der entsprechenden Empfehlungen und Hygieneplänen eingehalten werden.<sup>85</sup> Zudem haben sie sicherzustellen, dass festgelegte Organisations- und Verfahrensabläufe im Zusammenhang mit dem Impfen und Testen von Bewohnern, von Gästen und von den in der Einrichtung tätigen Personen beachtet werden;<sup>86</sup> hierzu gehört insbesondere die regelmäßige Kontrolle des Impfstatus sowie die organisatorische und praktische Unterstützung von Impfungen durch niedergelassene Ärzte und mobile Impfteams sowie das Testen nach Maßgabe unter anderem des einrichtungsspezifischen Testkonzepts. Auch Maßnahmen zur Unterstützung der Versorgung

---

<sup>78</sup> Die Pflegeeinrichtungen und die Arbeitgeber hatten den Pflegekassen bis spätestens 15. Februar 2023 die tatsächliche Auszahlungssumme der Corona-Pflegeboni sowie die Zahl der Empfänger anzuzeigen. Der Spitzenverband Bund der Pflegekassen wurde verpflichtet, im Benehmen mit den Bundesvereinigungen der Träger stationärer und ambulanter Pflegeeinrichtungen und geeigneten Verbänden der Arbeitgeber im Sinne von Absatz 1 Satz 2 auf Bundesebene unverzüglich das Nähere für das Verfahren einschließlich angemessener Möglichkeiten zur Prüfung, Rückforderung und Aufrechnung durch die Pflegekassen sowie der Information der Beschäftigten und Arbeitnehmer im Sinne von Absatz 1 Satz 2 über ihren Anspruch festzulegen; diese Verfahrensregelungen bedurften der Zustimmung des Bundesministeriums für Gesundheit.

<sup>79</sup> § 150a Abs. 9 SGB XI.

<sup>80</sup> § 150a Abs. 7 S. 7 SGB XI. Somit wurden insgesamt 5,5 Milliarden Euro vom Bund an den Ausgleichsfonds der sozialen Pflegeversicherung gezahlt.

<sup>81</sup> BGBl. I, S. 1454.

<sup>82</sup> BT-Drs. 20/3328, S. 34.

<sup>83</sup> Vgl. BT-Drs. 20/3312, S. 49.

<sup>84</sup> Hierzu BT-Drs. 20/3328, S. 34.

<sup>85</sup> § 35 Abs. 1 S. 7 Nr. 1 IfSG.

<sup>86</sup> § 35 Abs. 1 S. 7 Nr. 2 IfSG.

von Bewohnern von vollstationären Pflegeeinrichtungen mit antiviralen COVID-19-Arzneimitteln und die Benachrichtigung von behandelnden Ärzten im Fall eines positiven Testergebnisses von Bewohnern auf das Coronavirus SARS-CoV-2 sowie die Bevorratung von antiviralen COVID-19-Arzneimitteln in der jeweiligen Einrichtung gehören zum Aufgabenkreis der benannten Personen.<sup>87</sup> Die in § 150c SGB XI normierten befristeten<sup>88</sup> Sonderregelungen – es gab in Abhängigkeit von der Anzahl der Plätze in der Pflegeeinrichtung zwischen 500 und 1000 Euro monatlich<sup>89</sup> – sollten Beschäftigten einen Anreiz bieten, diese zusätzlichen Aufgaben zu übernehmen.<sup>90</sup>

Auch diese Sonderleistung war gemäß § 150c Abs. 4 SGB XI von den Pflegekassen monatlich nach entsprechender Meldung der Pflegeeinrichtungen an diese zu zahlen, wobei die Auszahlung an die betreffende Einrichtung einheitlich über eine Pflegekasse vor Ort erfolgte. Bis spätestens 30.6.2024 hatten die Pflegeeinrichtungen den Pflegekassen die tatsächliche Auszahlungssumme der Sonderleistungen sowie die Anzahl der Empfänger anzuzeigen.<sup>91</sup> Die Landesverbände der Pflegekassen stellen insgesamt die sachgerechte Verfahrensbearbeitung einschließlich angemessener Möglichkeiten zur Prüfung, Rückforderung und Aufrechnung durch die Pflegekassen sicher.<sup>92</sup>

Die Pflegekassen hatten aber nicht nur die Sonderleistungen an die benannten Personen zu finanzieren. Vielmehr regelte § 150c Abs. 6 SGB XI zusätzlich, dass – ausdrücklich aus finanziellen Mitteln des Ausgleichsfonds – ebenfalls bis Ende April 2023 ein monatlicher Förderbetrag in Höhe von 250 Euro für jede zugelassene voll- oder teilstationäre Pflegeeinrichtung bereitgestellt wird, um die Umsetzung der Aufgaben im Sinne des § 35 Abs. 1 S. 6 und 7 IfSG sachgerecht zu unterstützen.<sup>93</sup>

## **10. Gesetz zur finanziellen Stabilisierung der gesetzlichen Krankenversicherung**

Durch Art. 6 des Gesetzes zur finanziellen Stabilisierung der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Finanzstabilisierungsgesetz) vom 7. 11.2022<sup>94</sup> wurde in § 150c Abs. 1 S. 1 SGB XI die Angabe „und 4“ durch die Angabe „bis 5“ ersetzt.<sup>95</sup>

## **II. Zur Fokussierung auf die konkreten Zahlungsverpflichtungen der Pflegekassen**

Die Regelungen der §§ 147 ff. SGB XI dürften – trotz mancher Erleichterung in verfahrensrechtlicher Hinsicht – in vielfältiger Weise eine Herausforderung für die Pflegekassen gewesen sein. Ihnen wurden zahlreiche zusätzliche Aufgaben übertragen, deren Bewältigung schon aufgrund

---

<sup>87</sup> § 35 Abs. 1 S. 7 Nr. 3 IfSG.

<sup>88</sup> Es ging um den Zeitraum vom 1.10.2022 bis 30.4.2023.

<sup>89</sup> § 150c Abs. 2 SGB XI.

<sup>90</sup> BT-Drs. 20/3328, S. 34.

<sup>91</sup> Die Landesverbände der Pflegekassen hatten die sachgerechte Verfahrensbearbeitung einschließlich angemessener Möglichkeiten zur Prüfung, Rückforderung und Aufrechnung durch die Pflegekassen sicherzustellen.

<sup>92</sup> § 150c Abs. 4 S. 6 SGB XI.

<sup>93</sup> Diese Mittel waren allerdings an die Meldung einer benannten Person geknüpft.

<sup>94</sup> BGBl. I Nr. 42.

<sup>95</sup> Hierbei handelte es sich lediglich um eine klarstellende Korrektur.

der immer wieder erfolgten Änderungen der maßgeblichen Rechtsgrundlagen einen erheblichen Verwaltungsaufwand mit sich gebracht hat.<sup>96</sup>

Im vorliegenden Kontext geht es allerdings nicht um die Belastung der Pflegekassen im Allgemeinen, sondern um die konkreten Zahlungsverpflichtungen, die der Gesetzgeber ihnen zur Pandemiebewältigung übertragen hat. Die Pflegekassen wurden gesetzlich verpflichtet, Mehraufwendungen und Mindereinnahmen zu erstatten oder Corona-Prämien und Pflege-Boni aus-zuzahlen – und dabei wurden Gelder der sozialen Pflegeversicherung in Anspruch genommen.

### III. Die Pflegekassen als maßgebliche Financiers

#### 1. Zur Analyse des Ist-Zustands

Die Entstehungsgeschichte des für die vorliegende Fragestellung maßgeblichen Normkomplexes zeugt nicht nur von den naturgemäß hektischen Aktivitäten des Gesetzgebers, der bemüht war, in einer für das ganze Land herausfordernden Zeit die Funktionsfähigkeit der Pflege insgesamt sicherzustellen und dabei im Laufe der Jahre in Abhängigkeit vom Pandemiegeschehen eine zunehmende Feinsteuerung auch im SGB XI vorgenommen hat. Obwohl die maßgeblichen Normen alle auch heute noch in Kraft sind, haben sie ihre Bedeutung durch Zeitablauf weitgehend verloren. Heute geht es vor allem um die nachträgliche Kontrolle der Richtigkeit geleisteter Zahlungen.<sup>97</sup>

Soweit es um die finanziellen Leistungen geht, sind durchgehend die Pflegekassen als „Zahler“ genannt. Die Pflegekassen haben „Aufwendungen“ übernommen<sup>98</sup> und Einrichtungen „höhere Vergütungen“ erstattet.<sup>99</sup> Sie waren zuständig für die Erstattung der Aufwendungen nach Maßgabe von § 150 Abs. 2 und Abs. 5a SGB XI in seinen unterschiedlichen Fassungen<sup>100</sup> – und sie haben die Zahlungen für die Corona-Prämie 2020 und den Corona-Pflegebonus im Jahr 2022 geleistet, die die zugelassenen Pflegeeinrichtungen und die Arbeitgeber im Sinne von Absatz 1 Satz 2 im Wege der Vorauszahlung erstattet verlangen konnten.<sup>101</sup> Und auch die Sonderleistungen für Pflegeeinrichtungen zur Anerkennung und Umsetzung zusätzlicher Aufgaben nach dem IfSG<sup>102</sup> wurden von den Pflegekassen monatlich an die Einrichtungen gezahlt.<sup>103</sup> Einen finanziellen Entscheidungsspielraum hatten die Pflegekassen bei all dem nicht – lediglich die in § 150 Abs. 5 SGB XI normierte Kostenerstattung bei im häuslichen Bereich verursachten pflegerischen Versorgungsengpässen lag ausdrücklich im Ermessen der Pflegekasse.

---

<sup>96</sup> So wurde etwa die im Rahmen von § 150 Abs. 2 SGB XI maßgebliche Testverordnung immer wieder an die aktuelle Situation angepasst.

<sup>97</sup> Vgl. als eine von vielen Stellungnahmen des Bundesrechnungshofs nur den Bericht nach § 88 Abs. 2 BHO zur Prüfung der coronabedingten Mehraufwendungen und Mindereinnahmen in der sozialen Pflegeversicherung (Pflege-Rettungsschirm) v. 5.4.2023 (Gz.: IX 4 – 0001127).

<sup>98</sup> § 149 Abs. 2 SGB XI

<sup>99</sup> § 149 Abs. 3 SGB XI.

<sup>100</sup> Hierzu unter A. I.

<sup>101</sup> Vgl. zum Corona-Pflegebonus nur § 150 Abs. 7 SGB XI.

<sup>102</sup> Hierzu oben unter A. I. 9.

<sup>103</sup> § 150c Abs. 4 SGB XI.



Auf welche Weise die Pflegekassen die zusätzlichen Leistungen finanzieren sollten, hat der Gesetzgeber zumeist nicht ausdrücklich normiert; nur vereinzelt findet sich die Aussage, dass es um „finanzielle Mittel aus dem Ausgleichsfonds“ geht.<sup>104</sup>

Eine Refinanzierung der von den Pflegekassen geleisteten Zahlungen stellt die Ausnahme dar. So findet sich etwa in § 150a Abs. 7 S. 8 SGB XI folgende Aussage: „Der Bund zahlt zur Refinanzierung der durch die Pflegekassen an die zugelassenen Pflegeeinrichtungen und die Arbeitgeber im Sinne von Absatz 1 Satz 2 gezahlten Vorauszahlungen bis zum 1. September 2022 einen Betrag in Höhe von 500 Millionen Euro an den Ausgleichsfonds.“<sup>105</sup> Mit dem Zweiten Haushaltsfinanzierungsgesetz 2020 wurden „zur Verbesserung der Liquiditätssituation des durch Beitragsmindereinnahmen und Mehrausgaben stark belasteten Gesundheitsfonds und der sozialen Pflegeversicherung“ ergänzende Bundeszuschüsse in Höhe von insgesamt 5,3 Milliarden Euro beschlossen. Hiervon entfielen 1,8 Mrd. Euro auf den Zuschuss des Bundes an den Ausgleichsfonds der Pflegeversicherung für SARS-CoV-2-Pandemie verursachte Belastungen<sup>17a</sup>. Im Übrigen ist eine Erstattung pandemiebedingter Kosten durch den Bund nur nach Maßgabe von § 153 SGB XI vorgesehen – hier hat es auf Grundlage der unterschiedlichen Pandemiekosten-Erstattungsverordnungen Zahlungen des Bundes an die Pflegekassen in Höhe von insgesamt 3,2 Milliarden Euro gegeben.<sup>106</sup>

Vor dem Hintergrund der von der DAK-Gesundheit übermittelten Zahlen zeigt sich ein deutliches finanzielles Delta. Festzuhalten ist damit, dass die Pflegekassen pandemiebedingte Kosten in erheblichem Umfang gezahlt haben, ohne dass es zu der im Koalitionsvertrag angekündigten Erstattung durch Steuermittel gekommen wäre.

## 2. Refinanzierung durch die Bundesbeteiligung nach § 61a SGB XI?

Eine Refinanzierung durch den Bund aus Steuermitteln hat auch nicht über § 61a SGB XI stattgefunden. Die Norm regelt die „Beteiligung des Bundes an Aufwendungen“ und ist – eingefügt durch Art. 2 Nr. 17 des Gesetzes zur Weiterentwicklung der Gesundheitsversorgung<sup>107</sup> – erst am 1.1.2022 in Kraft getreten.<sup>108</sup> Erst zu diesem Zeitpunkt wurde die reine Beitragsfinanzierung in der sozialen Pflegeversicherung aufgegeben.<sup>109</sup> In der nur aus einem Satz bestehenden Ursprungsfassung der Norm hieß es schlicht: „Der Bund leistet zur pauschalen Beteiligung an den Aufwendungen der sozialen Pflegeversicherung ab dem Jahr 2022 jährlich 1 Milliarde Euro in monatlich zum jeweils ersten Bankarbeitstag zu überweisenden Teilbeträgen an den Ausgleichsfonds nach § 65.“ Mit den Pandemiekosten hatte diese Reform unmittelbar nichts zu

---

<sup>104</sup> Vgl. etwa § 150c Abs. 6 SGB XI bezüglich des monatlichen Förderbetrags an Pflegeeinrichtungen zur Umsetzung des § 35 IfSG.

<sup>105</sup> Ob diese Refinanzierung zur vollständigen Entlastung der Pflegekassen ausreicht hat, ist eine andere Frage.

<sup>106</sup> Hierzu schon oben in der Vorbemerkung.

<sup>107</sup> Gesundheitsversorgungsentwicklungsgesetz (GVWG) v. 11.7.2021 (BGBl. I, 2754).

<sup>108</sup> Art. 16 Abs. 12 GVWG.

<sup>109</sup> So zu Recht *Knittel* in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, § 61 SGB XI, Stand EL 113 Dezember 2021, Rn. 2. Im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung hat die finanzielle Beteiligung des Bundes eine weitaus ältere Geschichte (vgl. zum Bundeszuschuss nach § 221 SGB V *Hesral* in: jurisPK-SGB V, § 221, Stand 15.6.2020, Rn. 1 ff.).

tun; Hintergrund war vor allem die geforderte tarifvertragliche Entlohnung der Pflegekräfte,<sup>110</sup> aber auch eine Verbesserung der Leistungen.

Durch Art. 1 Nr. 26 b) des Gesetzes zur Unterstützung und Entlastung in der Pflege<sup>111</sup> wurde § 61a SGB XI mit Wirkung vom 1.7.2023<sup>112</sup> um einen Absatz ergänzt, der letztlich Termine für die Rückzahlung durch das Haushaltsgesetz 2022 geleisteter Darlehen normiert: „Das entsprechend dem Haushaltsgesetz 2022 der sozialen Pflegeversicherung vom Bund gewährte Darlehen in Höhe von 1 Milliarde Euro ist in Höhe von 0,5 Milliarden Euro bis zum 31. Dezember 2023 und in Höhe von 0,5 Milliarden Euro bis zum 31. Dezember 2028 zurückzuzahlen.“<sup>113</sup>

In § 12 Abs. 4a Haushaltsgesetz 2022 war unter anderem eine Liquiditätshilfe für die soziale Pflegeversicherung vorgesehen – wenn die Mittel des Ausgleichsfonds der sozialen Pflegeversicherung nach § 65 SGB XI nicht ausreichen, um alle Zuweisungen nach § 67 SGB XI zu erfüllen, gewährt der Bund dem Ausgleichsfonds ein unverzinstes Darlehen in Höhe der fehlenden Mittel als Liquiditätshilfe.

Selbst wenn dieses vom Bund gewährte Darlehen zur Unterstützung der Pflegekassen mit Blick auf die Pandemie gedient haben sollte, handelt es sich nicht um eine Refinanzierung, sondern – nur – um ein Darlehen, das zurückzuzahlen ist.

### 3. Ergebnis

Festzuhalten ist damit, dass die Pflegekassen durch zahlreiche aufgrund der Pandemie im SGB XI aufgenommene Normen zu Geldzahlungen in erheblichem Umfang verpflichtet waren. Diesen Verpflichtungen sind die Pflegekassen auch tatsächlich nachgekommen. Eine Refinanzierung dieser Ausgaben aus Steuermitteln ist nur zu einem Bruchteil erfolgt; das über das Haushaltsgesetz 2022 i.V.m. § 61a Abs. 2 SGB XI zur Verfügung gestellte Darlehen stellt keine Refinanzierung, sondern eine Übergangshilfe dar.

Vor dem Hintergrund der von der DAK übermittelten Zahlen, wonach die soziale Pflegeversicherung pandemiebedingte Mehrausgaben allein für die Erstattungen im Rahmen des Pflege-Rettungsschirms, der Testkosten und der Corona-Prämien/-Pflegeboni von gut 13 Milliarden Euro hatte,<sup>114</sup> an denen auch die GKV Finanzierungsanteile hatte, verbleibt auch unter Berücksichtigung von aus Steuermitteln geleisteten Erstattungen ein erheblicher – und möglicherweise auch beitragsrelevanter<sup>115</sup> – Restbetrag.

---

<sup>110</sup> Vgl. BT-Drs. 19/30560, S. 22: „Damit werde gesichert, dass künftig keine Pflegekraft mehr in der Altenpflege mit zu geringem Lohn abgespeist werden könne.“

<sup>111</sup> Pflegeunterstützungs- und Entlastungsgesetz (PUEG) v. 19.6.2023, BGBl. I Nr. 155.

<sup>112</sup> Art. 10 Abs. 1 PUEG.

<sup>113</sup> Begründet wurde dies mit der „angespannten Finanzsituation der sozialen Pflegeversicherung“ (BT-Drs. 20/6544, S. 73).

<sup>114</sup> Vgl. hierzu die Vorbemerkung.

<sup>115</sup> Hierzu unter F.

#### IV. Rechtliche Fragestellungen

Der vorliegende Befund wirft grundlegende rechtliche Fragen auf, die im Folgenden erörtert werden sollen. Ausgehend von der Frage, ob der Bund die Gesetzgebungskompetenz für die Schaffung der §§ 147 ff. SGB XI hat (hierzu unter C.), wird vor allem zu klären sein, ob der Gesetzgeber die Pflegekassen verpflichten durfte, pandemiebedingte Zahlungen aus dem Ausgleichsfonds der sozialen Pflegeversicherung zu leisten. Diese Frage, die schon angesichts der bereits dargelegten finanziellen Dimensionen des Geldtransfers erhebliche Bedeutung hat, weil die dauerhafte Belastung der sozialen Pflegeversicherung mit einem zweistelligen Milliardenbetrag zwangsläufig zu einer spürbaren Beitragserhöhung führen dürfte, setzt eine nähere Befassung mit der Finanzierung der sozialen Pflegeversicherung voraus (C.). Die entscheidende Frage wird dabei sein, ob aufgrund der normierten Zahlungsverpflichtungen auf Sozialversicherungsbeiträge zugegriffen werden musste. Denn diese sind nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) streng zweckgebunden und dürfen nicht zur Finanzierung des allgemeinen Staatshaushalts verwendet werden.<sup>116</sup> Es wird daher zu klären sein, ob die Finanzierung pandemiebedingter Maßnahmen als eine „Aufgabe der Sozialversicherung“ angesehen werden kann oder nicht (hierzu unter D.). Sollte diese Frage zu verneinen sein, wäre die im Gesetz normierten Zahlungsverpflichtungen insofern mit dem aus dem allgemeinen Gleichheitssatz abgeleiteten Gebot der Belastungsgleichheit unvereinbar und damit verfassungswidrig. In diesem Fall müsste eine vollständige Refinanzierung der Ausgaben aus Steuermitteln erfolgen (E.). Schließlich soll die Frage der bestehenden Rechtsschutzmöglichkeiten in den Blick genommen werden (F.).

---

<sup>116</sup> So BVerfG v. 22.5.2018 – 1 BvR 1728/12, 1 BvR 1756/12 Leitsatz 1. Vgl. ausführlich unter D.

## B. Zur Gesetzgebungskompetenz des Bundes

Schon in formeller Hinsicht bestehen gegen die Implementierung der §§ 147 ff. SGB XI in das Recht der sozialen Pflegeversicherung gewisse Bedenken – das gilt jedenfalls mit Blick auf den Kompetenztitel „Sozialversicherung“ in Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG.

### I. Zu Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG

Gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG erstreckt sich die konkurrierende Gesetzgebung auf das Arbeitsrecht einschließlich der Betriebsverfassung, des Arbeitsschutzes und der Arbeitsvermittlung sowie die Sozialversicherung einschließlich der Arbeitslosenversicherung.

Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG enthält mit dem Begriff der Sozialversicherung einen unbestimmten Rechtsbegriff. Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG beschränkt sich der Kompetenztitel der Sozialversicherung nicht auf die gleichsam klassischen Versicherungszweige;<sup>117</sup> vielmehr handelt es sich um einen „verfassungsrechtlichen Gattungsbegriff, der alles umfasst, was sich der Sache nach als Sozialversicherung darstellt“.<sup>118</sup> Neue Lebenssachverhalte können in das Gesamtsystem der Sozialversicherung einbezogen werden, wenn die neuen Sozialleistungen in ihren wesentlichen Strukturelementen, insbesondere in der organisatorischen Durchführung und hinsichtlich der abzudeckenden Risiken dem Bild entsprechen, dass durch die klassische Sozialversicherung geprägt ist.<sup>119</sup>

Unter Sozialversicherung wird typischerweise die beitragspflichtige Absicherung bestimmter sozialer Risiken wie Krankheit, Alter, Unfall, Invalidität, Arbeitslosigkeit oder auch Pflegebedürftigkeit verstanden. Insofern ist das SGB XI eine Form der klassischen Sozialversicherung. Mit dem Elften Buch Sozialgesetzbuch (SGB XI), das durch Art. 1 des Gesetzes zur sozialen Absicherung des Risikos der Pflegebedürftigkeit<sup>120</sup> in das Sozialgesetzbuch integriert wurde, kam eine neue Form der Risikoabsicherung hinzu, die auch in § 4 SGB I umgesetzt wurde.<sup>121</sup> Dass der Bund aufgrund von Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG nicht nur die Kompetenz zur Schaffung der sozialen Pflegeversicherung als eines neuen Zweigs der Sozialversicherung hatte, sondern mit Blick auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG zugleich eine Verpflichtung zum Abschluss eines privaten Pflegeversicherungsvertrags normieren durfte, hat das BVerfG mehrfach klargestellt.<sup>122</sup>

Der Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG erstreckt sich dabei naturgemäß zunächst auf die Ausgestaltung der Sozialleistung zugunsten der Versicherten. Der Gesetzgeber darf nicht nur den Kreis der Versicherten selbst bestimmen, sondern zugleich Inhalt, Voraussetzungen

---

<sup>117</sup> Bei der Sozialversicherung handelt es sich um eine normativ-rezeptiv formulierte Gesetzgebungsbefugnis (hierzu *Geldermann/Hammer*, *VerwArch* 2013, 64, 71) bei dem die Bestimmung des Kompetenzgegenstands in Anlehnung an traditionelle normative Strukturen erfolgt.

<sup>118</sup> BVerfG v. 10.5.1960 – 1 BvR 190/58, Rn. 19.

<sup>119</sup> So der Leitsatz 1.1. von BVerfG v. 8.4.1987 – 2 BvR 909/82 u.a. im Kontext des Künstlersozialversicherungsgesetzes. Ausführlich *Uhle* in *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 74, Werkstand 103. EL Januar 2024, Rn. 297 ff. Insofern gibt es keine „Versteinerung des kompetenzrechtlichen Sozialversicherungsbegriffs“ (so *Uhle* aaO., Rn. 300).

<sup>120</sup> Pflege-Versicherungsgesetz (PflegeVG) v. 26.5.1994 BGBl. I, 104.

<sup>121</sup> Die Norm beschreibt die „Sozialversicherung“ im Sinne des SGB und benennt seither in ihrem Absatz 2 auch die Pflegeversicherung.

<sup>122</sup> BVerfG v. 3.4.2001 – 1 BvR 2014/95.

und Umfang der geschuldeten Leistungen normieren.<sup>123</sup> Geregelt werden darf und muss zudem das sogenannte Leistungserbringungsrecht, durch das die tatsächliche Erbringung der gesetzlich begründeten subjektiv öffentlich-rechtlichen Ansprüche des Einzelnen überhaupt erst ermöglicht wird.<sup>124</sup> Und auch die Fragen von Organisation und Finanzierung eines Sozialleistungssystems sind vom Kompetenztitel umfasst.<sup>125</sup> Soweit sich gesetzliche Vorschriften ihrem Gegenstand nach im Bereich der Sozialversicherung halten, kann der Gesetzgeber auch die Aufbringung der dafür erforderlichen Mittel regeln;<sup>126</sup> das umfasst auch Regelungen über die Erstattung und den Ausgleich erbrachter Sozialversicherungsleistungen.<sup>127</sup>

Vor diesem Hintergrund bestehen gegen die Heranziehung von Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG vorliegend zunächst keine Bedenken.

## II. Eine bloße formal-gesetzliche Zuordnung?

Nun ist allerdings die formal-gesetzliche Zuordnung der §§ 147 ff. SGB XI zum Sozialgesetzbuch als solche nicht ausreichend, um den Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG in Anspruch nehmen zu können.<sup>128</sup> Maßgeblich ist, ob das, was im Einzelnen konkret geregelt wird, auch der Sache nach dem Gesamtbild der Sozialversicherung noch entspricht.<sup>129</sup> Es ist dem Gesetzgeber also verwehrt, gleichsam unter dem „Deckmantel“ des SGB XI normative Vorgaben zu machen, die – um es umgangssprachlich zu formulieren – mit dem Recht der sozialen Pflegeversicherung „nichts mehr zu tun haben“.

Betrachtet man unter diesem Blickwinkel noch einmal die in den §§ 147 ff. SGB XI getroffenen Regelungen, mag man bereits insoweit Zweifel haben.

Nun besteht jedenfalls in Teilen ein klarer Zusammenhang mit der Materie „soziale Pflegeversicherung“. Soweit es etwa um pandemiebedingte verfahrensrechtliche<sup>130</sup> und materiellrechtliche<sup>131</sup> Modifikationen bei der Inanspruchnahme von Leistungen geht, sind diese zweifellos von der Gesetzgebungskompetenz des Bundes gedeckt.

Bedenken bestehen aber etwa bei der Begründung von Ansprüchen der Pflegeeinrichtungen und der nach Landesrecht anerkannten Angebote zur Unterstützung im Alltag auf Erstattung coronabedingter Mehraufwendungen und Mindereinnahmen nach Maßgabe von § 150 SGB XI.<sup>132</sup> Dasselbe gilt hinsichtlich der Begründung einer Verpflichtung der Einrichtungen, Corona-Prämien und Pflege-Boni an ihre Beschäftigten zu zahlen<sup>133</sup> und diese zu Lasten der sozialen

---

<sup>123</sup> Axer in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Stand August 2022, Art. 74 Nr. 12 Rn. 68.

<sup>124</sup> Axer in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Stand August 2022, Art. 74 Nr. 12 Rn. 71.

<sup>125</sup> Vgl. zur Finanzierung auch BVerfG v. 8.4.1987 – 2 BvR 909/82, Rn. 99.

<sup>126</sup> BSG v. 23.9.1999 – B 12 KR 17/98 R, Rn. 12 unter Hinweis auf die Rechtsprechung des BVerfG.

<sup>127</sup> BVerfG v. 10.11.1998 – 1 BvR 2296/96, Rn. 36.

<sup>128</sup> Uhle in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Werkstand 103. EL Januar 2024, Art. 74 Rn 300.

<sup>129</sup> Uhle in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Werkstand 103. EL Januar 2024, Art. 74 Rn 300.

<sup>130</sup> Dies gilt etwa für die Regelung, wonach die Begutachtung nicht in der Wohnung des Versicherten stattfinden musste (hierzu oben A. I. 1.).

<sup>131</sup> Zu nennen wäre hier etwa die Leistungserbringung auch in Vorsorgeheimen (vgl. hierzu oben A. I. 2.).

<sup>132</sup> Hierzu oben unter A. I. 1.

<sup>133</sup> Vgl. hierzu oben unter A. I. 2. und A. I. 8.

Pflegeversicherung zu finanzieren. Hier geht es bei formaler Betrachtung um vor dem Hintergrund der Bewältigung der Pandemie entstandene neue Fragestellungen im Kontext des Leistungserbringungsrechts; diese sind allerdings im Gesamtkontext des SGB XI – was angesichts der Hintergründe der Schaffung der maßgeblichen Normen nicht überraschen kann – jedenfalls als „untypisch“ einzuordnen. Letztlich fehlt es hier an jedem Leistungsbezug zum SGB XI.

Hier zeigt sich einmal mehr, wie eng in der vorliegenden Konstellation formelles und materielles Verfassungsrecht miteinander verwoben sind. Die Bedenken hinsichtlich der letztgenannten Regelungen resultieren letztlich nämlich nicht daraus, dass entsprechende Ansprüche bzw. Verpflichtungen zugunsten bzw. zulasten der Pflegeeinrichtungen und der nach Landesrecht anerkannten Angebote zur Unterstützung im Alltag etabliert wurden. Schließlich ist das gesamte Leistungserbringungsrecht von entsprechenden Rechten und Pflichten geprägt. Bedenken ergeben sich vielmehr insoweit, als die maßgeblichen Normen zugleich bestimmen, dass es die Pflegekassen sind, die die coronabedingten Mehraufwendungen und Mindereinnahmen der Einrichtungen sowie die personalbedingten Aufwendungen durch Prämien und Boni finanziell ausgleichen sollen. Selbst das wäre möglicherweise noch hinnehmbar, wenn die Pflegekassen ihrerseits als reine „Zahlstellen“ fungiert hätten und vom Bund bereitgestellte Steuermittel im Organisationssystem des SGB XI lediglich ausgezahlt hätten.<sup>134</sup>

Kurzum: Einen irgendwie gearteten „sachlich-gegenständlicher Bezug zur Sozialversicherung“<sup>135</sup> wird man vielleicht noch bejahen können; eine ganz andere Frage ist allerdings, ob der Bund für die Finanzierung pandemiebedingter Maßnahmen auf die Finanzen der sozialen Pflegeversicherung zugreifen durfte.<sup>136</sup>

### **III. Zu denkbaren anderen Kompetenztitel zugunsten des Bundes**

Letztlich muss an dieser Stelle aber nicht entschieden werden, ob der Bund die §§ 147 ff. SGB XI auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG stützen konnte.

Das hat zwei Gründe. Zum einen geht es vorliegend primär um eine aufgrund der fehlenden oder jedenfalls in keiner Weise hinreichenden Refinanzierung dauerhafte Verwendung von Mitteln der sozialen Pflegeversicherung für Maßnahmen im Rahmen der Pandemiebewältigung. Wenn diese vom Gesetzgeber angeordnete Mittelverwendung – was zu klären sein wird<sup>137</sup> – mit den materiell-rechtlichen verfassungsrechtlichen Vorgaben zur Belastungsgleichheit nicht vereinbar sein sollte, bestünde jedenfalls eine materielle Verfassungswidrigkeit der maßgeblichen Normen, die dann – das dürfte angesichts des insoweit einheitlichen Sozialversicherungsrechtsbegriffs zwingend sein – jedenfalls mit Blick auf den Aspekt der Sozialversicherung in Nr. 12 auch auf die Beurteilung der formellen Verfassungsmäßigkeit durchschlagen würde.

---

<sup>134</sup> Ob eine solche Inanspruchnahme der Pflegekassen zulässig wäre, braucht hier nicht entschieden zu werden, denn die Pflegekassen waren nicht bloße Zahlstellen, sondern haben ihre Mittel aus dem Ausgleichsfonds zur Erfüllung der ihnen zugewiesenen Aufgaben eingesetzt.

<sup>135</sup> Uhle in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Werkstand 103. EL Januar 2024, Art. 74 Rn. 307.

<sup>136</sup> Hierzu gleich unter D.

<sup>137</sup> Hierzu ausführlich unter D.

Zum anderen aber sind für die maßgeblichen Regelungen auch andere Kompetenztitel denkbar. Das gilt zuvörderst für den Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG; danach kann der Bund unter anderem Maßnahmen gegen gemeingefährliche oder übertragbare Krankheiten bei Menschen und Tieren ergreifen. Die Vorschrift ermächtigt den Bund insbesondere zum Erlass des Infektionsschutzgesetzes, dessen Zweck es nach § 1 Abs. 1 IfSG ist, übertragbare Krankheiten beim Menschen vorzubeugen, Infektionen frühzeitig zu erkennen und ihre Weiterverbreitung zu verhindern. Der Kompetenztitel hat aber auch Maßnahmen wie Schulschließungen während der Pandemie gedeckt, obwohl das Schulwesen Ländersache ist – denn die Maßnahme diene der Verhinderung der Übertragung ansteckender Krankheiten.<sup>138</sup> Angesichts der Zielsetzung des Gesetzgebers, Pflegeheime in der Pandemie finanziell zu unterstützen, wäre auch an das Recht der Wirtschaft nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG zu denken;<sup>139</sup> mit Blick auf die Corona-Prämien und Pflegeboni könnte gegebenenfalls das Arbeitsrecht nach Maßgabe von Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG einschlägig sein.<sup>140</sup>

---

<sup>138</sup> Sehr instruktiv zur Auslegung von Kompetenztitel insoweit BVerfG v. 19.11.2021 – 1 BvR 971/21 u.a., Rn. 78 ff. zur sogenannten Bundesnotbremse II (Schulschließungen). Ob sich die Finanzierungsregelungen der §§ 147 ff. SGB XI tatsächlich darunter fassen ließen, ist allerdings fraglich.

<sup>139</sup> Dass der Grundgesetzgeber das „öffentlich-rechtliche“ Versicherungswesen durch die ausdrückliche Benennung nur des „privatrechtlichen“ Versicherungswesens explizit ausgegrenzt hat, ist allerdings nicht zu verkennen.

<sup>140</sup> Eher weniger überzeugend dürfte der Rückgriff auf das Recht der öffentlichen Fürsorge (Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG) sein (so der Wissenschaftliche Dienst des Deutschen Bundestags in seiner Ausarbeitung zur Reichweite der Gesetzgebungskompetenz des Bundes im Infektionsschutzrecht).

## C. Das Finanzierungssystem des SGB XI

Um die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit der in den §§ 147 ff. SGB XI enthaltenen Finanzierungsregelungen beantworten zu können, bedarf es einer genaueren Analyse des Finanzierungssystems des SGB XI. Für die Rechtmäßigkeit der Finanzierung von Maßnahmen im Kontext der Pandemie ist nämlich entscheidend, auf welche Mittel der sozialen Pflegeversicherung konkret zugegriffen wurde. Getragen wurden die Kosten nach Angaben der DAK aus dem Ausgleichsfonds nach § 65 SGB XI – welche Mittel dieses Sondervermögen umfasst, soll daher im Folgenden skizziert werden.

### I. Zu den Grundsätzen der Beitragsfinanzierung

Die Finanzierung der sozialen Pflegeversicherung ist im sechsten Kapitel des SGB XI normiert, das die §§ 54 bis 68 SGB XI umfasst. Der Grundsatz, wonach die Pflegeversicherung der Krankenversicherung folgt,<sup>141</sup> führt nicht nur zu deutlichen Parallelen etwa im Kontext des versicherten Personenkreises; auch die Finanzierung des Systems ist ähnlich ausgestaltet.<sup>142</sup> Es gelten allerdings auch eine ganze Reihe von Besonderheiten.

Gemäß § 54 Abs. 1 SGB XI werden die Mittel für die Pflegeversicherung durch Beiträge sowie sonstige Einnahmen<sup>143</sup> gedeckt. Die Beiträge werden gemäß § 54 Abs. 2 SGB XI nach einem prozentual bemessenen Beitragssatz von den beitragspflichtigen Einnahmen der Mitglieder<sup>144</sup> erhoben. Dabei ist in der sozialen Pflegeversicherung dieselbe Beitragsbemessungsgrenze wie in der gesetzlichen Krankenversicherung maßgeblich.<sup>145</sup> Der Beitragssatz beträgt gemäß § 55 Abs. 1 S. 1 SGB XI aktuell bundeseinheitlich 3,4% der beitragspflichtigen Mitglieder. Die letzte Erhöhung des Beitragssatzes erfolgte erst im Jahr 2023 durch Art. 20 b) des Gesetzes zur Unterstützung und Entlastung in der Pflege.<sup>146</sup> Durch dieses Gesetz wurde § 55 Abs. 1 SGB XI insgesamt neu gefasst; während bislang ausschließlich eine gesetzliche Festlegung des Beitragssatzes möglich war,<sup>147</sup> gilt dies nun noch „grundsätzlich“ und die Bundesregierung wird ermächtigt, den Beitragssatz durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates<sup>148</sup> „anzupassen“.<sup>149</sup> Dabei ist sie allerdings an die Vorgaben des ebenfalls neu eingefügten Absatzes 1a gebunden – eine Anpassung ist ausschließlich zur „mittelfristigen Sicherung der Zahlungsfähigkeit der sozialen Pflegeversicherung“ zulässig, wenn der Mittelbestand der sozialen

---

<sup>141</sup> Hierzu BT-Drs. 12/5262, S. 101.

<sup>142</sup> Der Verweis in § 54 Abs. 3 SGB XI auf die Vorschriften des Zwölften Kapitels allerdings hat damit nichts zu tun; hier ging es ursprünglich um die entsprechende Anwendung von Normen zur Beitragserhebung im Beitrittsgebiet. Diese Norm hat heute letztlich keine Bedeutung mehr (hierzu *Baumeister* in: *beckOK Sozialrecht*, § 54 SGB XI, Stand 1.6.2024, Rn. 15). Heute sind im zwölften Kapitel des SGB V die Interoperabilität und Cybersicherheit im Gesundheitswesen geregelt. Eine gesetzgeberische Korrektur des § 53 SGB XI ist anzuraten.

<sup>143</sup> Hierzu zählen etwa Bußgelder oder Säumniszuschläge. Auch der Bundeszuschuss nach § 61a SGB XI ist eine solche sonstige Einnahme.

<sup>144</sup> Insoweit verweist das SGB XI in § 57 SGB XI weitgehend auf die maßgeblichen Normen des SGB V (vgl. § 57 Abs. 1 SGB XI).

<sup>145</sup> § 55 Abs. 2 SGB XI.

<sup>146</sup> Pflegeunterstützungs- und Entlastungsgesetz (PUEG) v. 19.6.2023 (BGBl I Nr. 155).

<sup>147</sup> § 55 Abs. 1 S. 1 SGB XI in der Fassung vom 16.12.2022.

<sup>148</sup> Die Rechtsverordnung nach Absatz 1 Satz 2 ist dem Bundestag vor der Zuleitung an den Bundesrat zuzuleiten. Sie kann durch Beschluss des Bundestages geändert oder abgelehnt werden.

<sup>149</sup> § 55 Abs. 1 S. 2 SGB XI.



Pflegeversicherung absehbar die Höhe einer Monatsausgabe laut Haushaltsplänen der Pflegekassen zu unterschreiten droht. Mehrere Anpassungen durch Rechtsverordnung dürfen insgesamt nicht höher als 0,5 Beitragssatzpunkte über dem jeweils zuletzt gesetzlich festgesetzten Beitragssatz liegen.

§ 55 Abs. 3 SGB XI normiert den Beitragszuschlag für Kinderlose, der für Mitglieder gilt, die das 23. Lebensjahr vollendet haben.<sup>150</sup> Er beträgt 0,6 Beitragssatzpunkte, so dass in diesem Fall 4,0 Beitragssatzpunkte maßgeblich sind.

Die Beitragsfreiheit, die unter anderem für Familienversicherte und für bestimmte Rentenantragsteller und Bezieher von Mutterschafts- und Elterngeld gilt, ist in § 56 SGB XI normiert.

Die – bei versicherungspflichtig Beschäftigten paritätische Tragung der Beiträge ist in den §§ 58 und 59 SGB XI geregelt.

Eine umfassende Regelung zur Beitragszahlung – hier geht es um die Frage, wer Schuldner und wer Gläubiger der Beitragsforderung ist – findet sich § 60 SGB XI. Hier gilt wie im SGB V der Grundsatz der Zahlung durch denjenigen, der die Beiträge auch wirtschaftlich zu tragen hat.<sup>151</sup>

Bei Beschäftigten hat grundsätzlich der Arbeitgeber die Beiträge im Lohnabzugsverfahren zu zahlen.<sup>152</sup> Die zahlreichen im Übrigen geregelten Besonderheiten machen die Anwendung der Norm durchaus kompliziert.<sup>153</sup> Im vorliegenden Kontext ist die Frage des Empfängers der Beiträge und diejenige der Weiterleitung relevant: Die Beiträge sind nach § 60 Abs. 3 S. 1 SGB XI an die Krankenkassen zu zahlen; die Krankenkasse leitet sie nach Satz 3 unverzüglich an die einzelne Pflegekasse weiter. In bestimmten Sonderkonstellationen kommt es zur Weiterleitung direkt an den Ausgleichsfonds der Pflegekassen. So sind die Beiträge etwa durch die Künstlersozialkasse, den Bund oder die Bundesagentur für Arbeit an den Gesundheitsfonds zu zahlen, der sie dann seinerseits an den Ausgleichsfonds nach § 65 SGB XI weiterzuleiten hat. Auch die Beiträge aus Rentenleistungen werden von der DRV Bund nach § 60 Abs. 4 SGB XI direkt an den Ausgleichsfonds der Pflegeversicherung weitergeleitet. Die Beitragszuschläge für die Bezieher von Arbeitslosengeld, Qualifizierungsgeld, Unterhaltsgeld und Kurzarbeitergeld, Ausbildungsgeld, Übergangsgeld und, soweit die Bundesagentur beitragszahlungspflichtig ist, für Bezieher von Berufsausbildungsbeihilfe nach dem SGB III werden gemäß § 60 Abs. 7 SGB XI von der Bundesagentur für Arbeit pauschal in Höhe von 20 Millionen Euro pro Jahr an den Ausgleichsfonds überwiesen; Entsprechendes gilt nach Absatz für die Beiträge von pflichtversicherten Rentner, die auf die Zahlung des Rentenzuschlags nach § 307j SGB VI entfallen.

In § 61 SGB XI sind zivilrechtliche Ansprüche auf Beitragszuschüsse bestimmter Personen normiert, die ihre Beiträge zur sozialen oder privaten Pflegeversicherung selbst tragen.

§ 61a SGB XI regelt die bereits angesprochene Beteiligung des Bundes an den Aufwendungen.

---

<sup>150</sup> Zu den Hintergründen der Norm und ihrer Reform *Mecke* in: jurisPK-SGB XI, § 55, Stand 6.2.2024, Rn. 22 ff.; zu Ausnahmen vgl. § 55 Abs. 3 S. 2 ff. Vgl. auch Absatz 4 der Norm sowie § 55a und b SGB XI (automatisiertes Übermittlungsverfahren in Sachen Elternschaft).

<sup>151</sup> Hierzu *Peters* in: beck-online.GROSSKOMMENTAR, § 60 SGB XI, Stand 1.6.2016, Rn. 6.

<sup>152</sup> § 28g SGB IV. Auch die übrigen Vorschriften über den Gesamtsozialversicherungsbeitrag gelten (vgl. § 60 Abs. 1 S. 2 SGB XI i.V. mit § 253 SGB XI).

<sup>153</sup> *Ulmer* (in: BeckOK Sozialrecht, § 60 SGB XI, Stand 1.7.2024, stellt in der Vorbemerkung fest: „Leider gibt es verschiedene Ausnahmen, wobei sogar unklar ist, was das G überhaupt angeordnet hat.“ Ausführlich hierzu auch *Peters* in: beck-online.GROSSKOMMENTAR, § 60 SGB XI, Stand 1.6.2016, Rn. 6 ff.

## II. Verwendung und Verwaltung der Mittel

Im Vierten Abschnitt sind Verwendung und Verwaltung der Mittel normiert; das Gesetz regelt die Mittel der Pflegekasse (§ 62 SGB XI), die Betriebsmittel (§ 63 SGB XI) und die Rücklage (§ 64 SGB XI), wobei die Mittel schlicht die Betriebsmittel und die Rücklage umfassen.

Die Betriebsmittel – hierbei handelt es sich um die kurzfristig verfügbaren Mittel zur Bestreitung der laufenden Ausgaben sowie zum Ausgleich von Einnahme- und Ausgabeschwankungen<sup>154</sup> – dürfen nach § 63 Abs. 1 SGB XI nur für die gesetzlich oder durch die Satzung vorgesehenen Aufgaben und für die Verwaltungskosten sowie zur Auffüllung der Rücklage und zur Finanzierung des Ausgleichsfonds verwendet werden. Ihre Höhe darf gemäß § 63 Abs. 2 SGB XI im Durchschnitt des Haushaltsjahres monatlich das Einfache des nach dem Haushaltsplan der Pflegekasse auf einen Monat entfallenden Betrages der in Absatz 1 Nr. 1 genannten Aufwendungen nicht übersteigen.<sup>155</sup> Nach § 63 Abs. 3 SGB XI sind die Betriebsmittel im erforderlichen Umfang bereitzuhalten und im Übrigen so anzulegen, dass sie für ihren gesetzlich bestimmten Zweck verfügbar sind.

Zur Sicherstellung ihrer Leistungsfähigkeit hat jede Pflegekasse nach § 64 Abs. 1 SGB XI eine Rücklage zu bilden, die 50% des nach dem Haushaltsplan durchschnittlich auf den Monat entfallenden Betrages der Ausgaben beträgt. Diese wird von der Pflegekasse verwaltet und ist getrennt von den sonstigen Mitteln so anzulegen, dass die Leistungsfähigkeit der Pflegekasse sichergestellt ist. Mittel aus der Rücklage sind den Betriebsmitteln zuzuführen, wenn Einnahme- und Ausgabeschwankungen innerhalb eines Haushaltsjahres nicht durch die Betriebsmittel ausgeglichen werden können.<sup>156</sup> Übersteigt die Rücklage das in § 64 Abs. 1 SGB XI genannte Rücklagesoll, so ist der übersteigende Betrag den Betriebsmitteln bis zu der in § 63 Abs. 2 SGB XI genannten Höhe zuzuführen; darüber hinaus verbleibende Überschüsse sind bis zum 15. des Monats an den Ausgleichsfonds zu überweisen.<sup>157</sup>

## III. Ausgleichsfonds und Finanzausgleich

### 1. Die Konzeption des Finanzausgleichs

Der gemäß § 55 Abs. 1 SGB XI bundesweit einheitlich festgesetzte Beitragssatz macht einen Finanzausgleich zwischen den Pflegekassen mit ihren bekanntermaßen unterschiedlichen Risikostrukturen erforderlich. Einen Risikostrukturausgleich, wie er in § 266 SGB V für das Recht der gesetzlichen Krankenversicherung normiert ist, kennt die soziale Pflegeversicherung nicht; vielmehr werden gemäß § 66 SGB XI die Leistungsaufwendungen sowie die Verwaltungskosten der Pflegekassen von allen Pflegekassen nach dem Verhältnis ihrer Beitragseinnahmen

---

<sup>154</sup> So *Böttiger* in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, § 260 SGB V, Stand EL 101 November 2018, Rn. 3 zum wortgleichen Begriff im SGB V. Der Begriff wird auch in § 80 SGB IV genannt, aber nicht wirklich erläutert.

<sup>155</sup> Bei der Feststellung der vorhandenen Betriebsmittel sind die Forderungen und Verpflichtungen der Pflegekasse zu berücksichtigen, soweit sie nicht der Rücklage zuzuordnen sind; durchlaufende Gelder bleiben außer Betracht (§ 63 Abs. 2 S. 2 und 3 SGB XI).

<sup>156</sup> § 64 Abs. 3 SGB XI.

<sup>157</sup> § 64 Abs. 4 SGB XI.

gemeinsam getragen – und zu diesem Zweck findet ein Finanzausgleich statt, der gemäß § 66 Abs. 1 S. 3 SGB XI durch das Bundesamt für soziale Sicherung monatlich (§ 67 SGB XI) und jährlich (§ 68 SGB XI) durchgeführt wird.<sup>158</sup>

Der Finanzausgleich erfolgt zum einen monatlich nach Maßgabe von § 67 SGB XI. Jede Pflegekasse ermittelt nach Maßgabe von Absatz 1 bis zum 10. des Monats die bis zum Ende des Vormonats gebuchten Ausgaben, die bis zum Ende des Vormonats gebuchten Einnahmen,<sup>159</sup> das Betriebsmittel- und Rücklagesoll sowie den am Ersten des laufenden Monats vorhandenen Betriebsmittelbestand (Betriebsmittel-Ist) und die Höhe der Rücklage. Sind die Ausgaben zuzüglich des Betriebsmittel- und Rücklagesolls höher als die Einnahmen zuzüglich des vorhandenen Betriebsmittelbestands und der Rücklage am Ersten des laufenden Monats, erhält die Pflegekasse gemäß § 67 Abs. 2 SGB XI bis zum Monatsende den Unterschiedsbetrag aus dem Ausgleichsfonds. Sind – gleichsam umgekehrt – die Einnahmen zuzüglich des am Ersten des laufenden Monats vorhandenen Betriebsmittelbestands und der Rücklage höher als die Ausgaben zuzüglich des Betriebsmittel- und Rücklagesolls, überweist die Pflegekasse den Unterschiedsbetrag an den Ausgleichsfonds.

Zum anderen erfolgt ein Jahresausgleich unter den Pflegekassen nach Maßgabe von § 68 SGB XI. Nach Vorliegen der Geschäfts- und Rechnungsergebnisse aller Pflegekassen und der Jahresrechnung der Deutschen Rentenversicherung Knappschaft-Bahn-See als Träger der knappschaftlichen Pflegeversicherung für das abgelaufene Kalenderjahr werden die Ergebnisse nach § 67 SGB XI bereinigt. Sachliche oder rechnerische Fehler in den Berechnungsunterlagen, die nach Abschluss des Jahresausgleichs festgestellt werden, hat das Bundesamt für Soziale Sicherung nach § 68 Abs. 2 SGB XI bei der Ermittlung des nächsten Jahresausgleichs nach den zu diesem Zeitpunkt geltenden Vorschriften zu berücksichtigen.

## **2. Die Bedeutung des Ausgleichsfonds**

Der Ausgleichsfonds, für dessen Haushalts- und Rechnungswesen weitgehend das SGB IV Anwendung findet<sup>160</sup>, hat vor allem – allerdings nicht nur<sup>161</sup> – zentrale Bedeutung für den Finanzausgleich zwischen den Pflegekassen. Seine Mittel sind nach § 65 Abs. 3 SGB XI so anzulegen, dass sie für die in den §§ 67 und 68 SGB XI genannten Zwecke verfügbar sind. Der Ausgleichsfonds wird vom Bundesamt für Soziale Sicherung als Sondervermögen verwaltet; die bei der

---

<sup>158</sup> Näheres zum Verfahren ist mit dem Spitzenverband Bund der Pflegekassen mit Verbindlichkeit für alle Pflegekassen zu vereinbaren (§ 66 Abs. 1 S. 4 und 5 SGB XI – vgl. hierzu die am 1.9.2020 getroffene Vereinbarung, abrufbar auf der Webseite des Bundesamts für soziale Sicherung; zuletzt abgerufen am 24.8.2024). Gemäß § 68 Abs. 3 SGB XI kann das Bundesministerium für Gesundheit durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates das Nähere über die inhaltliche und zeitliche Abgrenzung und Ermittlung der Beträge nach den §§ 66 bis 68 SGB XI, deren Fälligkeit Verzinsung bei Verzug sowie das Verfahren bei der Durchführung des Finanzausgleichs sowie die hierfür von den Pflegekassen mitzuteilenden Angaben regeln. Letztere wurde bislang nicht erlassen, da die Vereinbarung alle wesentlichen Regelungen enthält.

<sup>159</sup> Sogenanntes „Beitrags-Ist“.

<sup>160</sup> Vgl. § 65 Abs. 5 SGB XI, eingefügt durch Art. 9 Nr. 2 des Achten Gesetzes zur Änderung des Vierten Buches Sozialgesetzbuch und anderer Gesetze (8. SGB IV-ÄndG) v. 20.12.2022, BGBl. I S. 2759 (hierzu auch BT-Drs. 20/3900, S. 107).

<sup>161</sup> Aus diesem Topf wird etwa auch das Sondervermögen des Pflegevorsorgefonds nach § 131 SGB XI gespeist (§ 135 SGB XI).

Verwaltung des Ausgleichsfonds entstehenden Kosten werden durch die Mittel des Fonds gedeckt.<sup>162</sup>

Zum Sondervermögen Ausgleichsfonds gehören nach § 65 Abs. 1 SGB XI die eingehenden Beiträge aus den Rentenzahlungen,<sup>163</sup> die von den Pflegekassen überwiesenen Überschüsse aus Betriebsmitteln und Rücklage<sup>164</sup> und die vom Gesundheitsfonds überwiesenen Beiträgen der Versicherten.<sup>165</sup>

#### IV. Der Zugriff auf die Sozialversicherungsbeiträge

Der kurze Überblick über die Systematik der Finanzierung der sozialen Pflegeversicherung hat eines sehr deutlich gemacht: Die zahlreichen Zahlungsverpflichtungen, die zum Zweck der „Aufrechterhaltung der pflegerischen Versorgung während der durch das neuartige Coronavirus SARS-CoV-2 verursachten Pandemie“ zu Lasten der Pflegekassen geschaffen und Kosten in Höhe von allein rund 13,1 Milliarden Euro für die Erstattungen im Rahmen des Pflege-Rettungsschirms, der Testkosten und der Corona-Prämien/-Pflegeboni verursacht haben, haben zu einem Zugriff auf Sozialversicherungsbeiträge geführt.

Die genannten Kosten wurden – auch insoweit ist die Auskunft der DAK-Gesundheit maßgeblich – aus dem Ausgleichsfonds getragen. Unabhängig von der Frage, ob es sich beim Ausgleichsfonds um ein Sondervermögen der Pflegekassen oder des Bundes handelt,<sup>166</sup> umfasst dieses Sondervermögen nun einmal vor allem Sozialversicherungsbeiträge, denn es geht nicht nur um diejenigen Beiträge, die nach den gesetzlichen Vorgaben direkt an den Fonds weiterzuleiten sind,<sup>167</sup> sondern neben anderem vor allem auch um die von den Pflegekassen dorthin überwiesenen Betriebsmittel und Rücklagen, die ihrerseits zum weitaus überwiegenden Teil aus Sozialversicherungsbeiträgen der Versicherten und Dritter wie etwa der Arbeitgeber stammen.

Das Transfervolumen des Ausgleichsfonds beträgt nach Angaben des Bundesamts für Soziale Sicherung<sup>168</sup> rund 20 Milliarden Euro; vor diesem Hintergrund kommt auch der pauschalen Beteiligung des Bundes in Höhe von 1 Milliarde Euro jährlich nach Maßgabe von § 61a Abs. 1 SGB XI nur eine marginale Rolle zu.

---

<sup>162</sup> § 65 Abs. 4 S. 1 SGB XI.

<sup>163</sup> Hierzu eben unter C. I.

<sup>164</sup> Hierzu vgl. oben unter C. III. 1.

<sup>165</sup> Hierzu unter C. III. 1.

<sup>166</sup> Zur vergleichbaren Diskussion im Kontext des Gesundheitsfonds *Göppfahrt/Pfohl* in Becker/Kingreen, SGB V, 8. Aufl. 2022, § 271 Rn. 7; vgl. auch Männle in: BeckOK Sozialrecht, Stand 1.12.2023, § 271 SGB V Rn. 5a). Hier dürfte zwischen der Verwaltungsträgerschaft und der Vermögensträgerschaft zu unterscheiden sein (hierzu *Pfohl/Sichert*, NZS 2009, 71). *Becker* in: Hauck/Noftz, SGB XI, § 65, Stand April 2020, Rn. 8 sieht im Ausgleichsfonds ein Sondervermögen des Bundes.

<sup>167</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen unter C. III. 1.

<sup>168</sup> Vgl. <https://www.bundesamtsozialesicherung.de/de/themen/ausgleichsfonds/ueberblick/zuletzt> aufgerufen am 19.8.2024.

Festzuhalten ist damit, dass die Kosten für die Finanzierung der Maßnahmen im Kontext des Corona-Schutzschirms<sup>169</sup> zu einem ganz erheblichen Anteil<sup>170</sup> aus Sozialversicherungsbeiträgen zur sozialen Pflegeversicherung – und letztlich auch der gesetzlichen Krankenversicherung – bezahlt wurden.

---

<sup>169</sup> Diese werden hier verstanden als alle Maßnahmen, die Zahlungsverpflichtungen zu Lasten der Pflegeversicherung begründet haben.

<sup>170</sup> Dass keine wirkliche Refinanzierung erfolgt ist, wurde schon dargelegt (vgl. hierzu in der Vorbemerkung).

## D. Der Zugriff auf Sozialversicherungsbeiträge als Verfassungsverstoß

### I. Problemstellung

Sozialversicherungsbeiträge, für die das Regelungsregime der Art. 104a ff. GG keine Anwendung findet,<sup>171</sup> unterliegen einer strengen Zweckbindung.<sup>172</sup> Dass ist nicht erst seit der Entscheidung des Bundessozialgerichts (BSG) zur Beauftragung der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung (BZgA) nach § 20a SGB V<sup>173</sup> klar. Die verfassungsrechtlich vorgegebene organisatorische Selbstständigkeit der Sozialversicherung, die sich aus Art. 87 Abs. 2 GG ergibt,<sup>174</sup> setzt nämlich auch der Verwendung und dem Transfer von Mitteln der Sozialversicherung Grenzen; insoweit beschränkt sich die Legitimation der Beitragsbelastung auf die Finanzierung im Binnensystem der Sozialversicherung.<sup>175</sup> Eine Beitragsbelastung in der Sozialversicherung ist verfassungsrechtlich nur dann unbedenklich, wenn Versicherte – und auch nichtversicherte Beitragszahler wie etwa die Arbeitgeber – über ihre Steuerpflicht hinaus lediglich zu solchen Beiträgen herangezogen werden, die der Finanzierung des den Versicherten zugutekommenden Versicherungsschutzes dienen.<sup>176</sup> Die erhobenen Geldmittel dürfen allein zur Finanzierung der Aufgaben der Sozialversicherung eingesetzt werden; für die Befriedigung des allgemeinen Finanzbedarfs des Staates und seiner sonstigen Glieder stehen sie nicht zur Verfügung. Diese Erkenntnis begrenzt sowohl die Beitragserhebung dem Grunde nach als auch ihre Bemessung.<sup>177</sup>

Damit ist zugleich die Kernfrage im vorliegenden Kontext adressiert: Diente die Finanzierung der zahlreichen Maßnahmen im Kontext der §§ 147 ff. SGB XI – insbesondere die Erstattung der coronabedingten Mehraufwendungen und der Mindereinnahmen, Tests sowie die Zahlung von Corona-Prämien und Pflege-Boni – dazu, Aufgaben der sozialen Pflegeversicherung zu realisieren? Diente das Geld also den Pflegekassen zur Erfüllung ihrer Aufgaben nach dem SGB XI<sup>178</sup> – oder ging es hier um eine gesamtgesellschaftliche und damit versicherungsfremde

---

<sup>171</sup> Hierzu BVerfG v. 18.7.2005 – 2 BvF 2/01, Rn. 87 ff.

<sup>172</sup> Hierzu BSG v. 18.5.2021 – B 1 A 2/20 R, Rn. 53 ff. Letztlich stützt sich das BSG in seiner Argumentation aber auf das Fehlen einer entsprechenden Verwaltungskompetenz für die originäre Zuweisung der Aufgaben an die BzGA (Rn. 61 ff.). Der 1. Senat bewertet § 20a Abs. 3 und 4 SGB V insoweit als verfassungswidrig (Rn. 73); die Anrufung des BVerfG scheiterte daran, dass die Entscheidung des BSG von der Verfassungsmäßigkeit des § 20a Abs. 3 und 4 nicht abhängig war (Rn. 80).

<sup>173</sup> BSG v. 18.5.2021 – B 1 A 2/20 R.

<sup>174</sup> Mit dieser Norm hat das Grundgesetz eine Systementscheidung für die Sozialversicherung mittels verselbstständigter Verwaltungseinheiten getroffen, die aber jedenfalls bei der Verwaltung von Mitteln außerhalb der Sozialversicherung ohne Bedeutung ist. Art. 87 Abs. 2 GG schreibt für den Bereich der Sozialversicherung eine mittelbare Verwaltung vor; eine unmittelbare Verwaltung durch Bundesbehörden ist nicht zulässig; das folgt aus der inhaltlichen Bestimmung des Trägers und der Beschränkung auf „Körperschaften“ (ausführlich hierzu BSG v. 18.5.2021 – B 1 A 2/20 R, Rn. 52). Das Bundesamt für Soziale Sicherung ist allerdings eine Bundesoberbehörde, die dem BMG und dem BMAS untersteht. Zu dieser Thematik vgl. nur Axer, VSSAR 2019, 129 sowie Axer in Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Stand August 2022, Art. 74 Abs. 1 Nr. 12, Rn. 22 f. Ob die Tätigkeit dieser Behörde im Kontext des Ausgleichsfonds zu akzeptieren ist, muss hier nicht entschieden werden.

<sup>175</sup> BSG v. 18.5.2021 – B 1 A 2/20 R, Rn. 53 unter Hinweis auf BVerfG v. 22.5.2018 – 1 BvR 1728/12.

<sup>176</sup> BVerfG v. 22.5.2018 – 1 BvR 1728/12, Rn. 77.

<sup>177</sup> BVerfG v. 22.5.2018 – 1 BvR 1728/12, Rn. 78.

<sup>178</sup> Hierzu auch BSG v. 23.9.1999 – B 12 KR 17/98 R.

Aufgabe,<sup>179</sup> die über allgemeine Steuern zu finanzieren ist? Es stellt sich damit letztlich die Frage nach dem ausreichenden Zusammenhang zwischen dem SGB XI und den pandemiebedingten Kosten, die aus den Mitteln des Ausgleichsfonds und damit weitgehend aus Sozialversicherungsbeiträgen getragen wurden – ohne dass es zu einer ausreichenden Refinanzierung gekommen wäre.<sup>180</sup>

Die Beantwortung der Frage nach einem ausreichenden Zusammenhang der pandemiebedingten Zahlungen lässt sich letztlich nicht im Rahmen einer gleichsam formalen Betrachtung über die Art. 73 ff. GG lösen (II.).<sup>181</sup> Geboten ist vielmehr die wertende Betrachtung der gesetzlich begründeten Zahlungsverpflichtungen zu Lasten der Pflegekassen unter Berücksichtigung der Aufgaben der Sozialversicherung nach Maßgabe des SGB XI (III.).

## II. Der Begriff der Sozialversicherung

Wie bereits oben dargelegt,<sup>182</sup> enthält Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG mit dem Begriff „Sozialversicherung“ einen unbestimmten Rechtsbegriff, der durch die Rechtsprechung des BVerfG weitgehend geklärt ist. Es handelt sich um einen zukunfts offenen „verfassungsrechtlichen Gattungsbegriff, der alles umfasst, was sich der Sache nach als Sozialversicherung darstellt“.<sup>183</sup>

Im vorliegenden Kontext geht es um einen Beitrag der Mitglieder der sozialen Pflegeversicherung und Dritter zur Finanzierung von Maßnahmen zur Aufrechterhaltung der pflegerischen Versorgung während der durch das neuartige Coronavirus SARS-CoV-2 verursachten Pandemie. Schon angesichts dieser Wortwahl des Gesetzgebers lässt sich jedenfalls ein ganz grundlegender Bezug zum Sozialversicherungszweig der sozialen Pflegeversicherung nicht leugnen,<sup>184</sup> denn es ging um die Finanzierung von Maßnahmen, die jedenfalls für die aktuell pflegebedürftigen Menschen, die Pflegeeinrichtungen und die konkret pflegenden Menschen bedeutsam war. Ob dieser Bezug zum SGB XI hinreichend in dem Sinne ist, dass es hier tatsächlich um eine Finanzierung im „Binnenbereich der Sozialversicherung“ geht,<sup>185</sup> wird allerdings zu klären sein, denn es bedarf insoweit einer Abgrenzung zwischen den Aufgaben der Sozialversicherung und den Aufgaben der Gesamtgesellschaft.<sup>186</sup>

Denn allein die Tatsache, dass der Bund im Rahmen seiner Gesetzgebungskompetenz auch die Finanzierung der Sozialversicherung regeln darf,<sup>187</sup> besagt noch nichts darüber, ob die konkrete Ausgestaltung im Übrigen verfassungsgemäß ist und ein ausreichender Bezug zur Kern-tätigkeit der Sozialversicherung besteht.<sup>188</sup>

---

<sup>179</sup> Zu diesen Begriffen ausführlich sogleich unter III.

<sup>180</sup> Vgl. hierzu die Vorbemerkung.

<sup>181</sup> Hierzu schon oben B.

<sup>182</sup> Vgl. hierzu unter B.

<sup>183</sup> BVerfG v. 10.5.1960 – 1 BvR 190/58, Rn. 19.

<sup>184</sup> Vgl. schon oben unter B.

<sup>185</sup> So BSG v. 18.5.2021 – B 1 A 2/20 R, Rn. 53.

<sup>186</sup> Hierzu sogleich unter III.

<sup>187</sup> Siehe oben unter B.

<sup>188</sup> *Rolfs*, NZS 1998, 551, 552.

Es bedarf daher einer materiell-rechtlichen Beurteilung der Frage, ob die pandemiebedingten Zahlungen, die wirtschaftlich aus dem Ausgleichsfonds der sozialen Pflegeversicherung getragen wurden, einen ausreichenden Bezug zum SGB XI haben, der es rechtfertigt, die Versicherten und sonstige Beteiligte mit diesen Kosten zu belasten.

### **III. Die Bewältigung der Corona-Pandemie über die §§ 147 ff. SGB XI als gesamtgesellschaftliche Aufgabe**

#### **1. Die verfassungsrechtlich gebotene Belastungsgleichheit**

Bedenken mit Blick auf die pandemiebedingte finanzielle Lastentragung über den Ausgleichsfonds und damit über Sozialversicherungsbeiträge bestehen vor allem im Hinblick darauf, dass die Aufrechterhaltung der pflegerischen Versorgung während der durch das neuartige Coronavirus SARS-CoV-2 verursachten Pandemie eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe sein könnte. Gesamtgesellschaftliche Aufgaben sind grundsätzlich über Steuern zu finanzieren; ein Zugriff auf Sozialversicherungsbeiträge wäre dementsprechend verwehrt, weil ansonsten Sozialversicherungsbeiträge zur Finanzierung des allgemeinen Staatshaushalts verwendet würden.<sup>189</sup>

Das ist eine Konsequenz des allgemeinen Gleichheitssatzes: Die Erhebung und auch Verwendung von Sozialversicherungsbeiträgen erfordert die Beachtung des aus Art. 3 Abs. 1 abgeleiteten Gebots der Belastungsgleichheit, das nicht nur für Steuern gilt, sondern sich auf alle staatlich geforderten Abgaben erstreckt.<sup>190</sup> Der Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG verlangt einen sachlich einleuchtenden Grund dafür, dass ein Privater im Unterschied zu anderen Privaten über seine Steuerpflicht hinaus zu einer Abgabe herangezogen wird.<sup>191</sup> Weitere über die allgemeine Steuerpflicht hinausgehende Abgabelasten bedürfen einer besonderen Rechtfertigung, die sich in der Sozialversicherung für Versicherte aus der Abdeckung des jeweiligen Risikos ergibt.<sup>192</sup> Eine Beitragsbelastung ist verfassungsrechtlich nur dann unbedenklich, wenn Versicherte über ihre Steuerpflicht hinaus lediglich zu solchen Beiträgen herangezogen werden, die der Finanzierung des gerade auch ihnen zugutekommenden Versicherungsschutzes dienen.<sup>193</sup> Und diese Voraussetzung steht in Frage, wenn es nicht nur um die Realisierung der spezifischen Ansprüche der Beitragszahler nach Maßgabe des SGB XI geht, sondern der Gesetzgeber mit den §§ 147 ff. SGB XI eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe erfüllt, die letztlich allen Bürgern gleichermaßen zugutekommt.

#### **2. Zum Begriff der gesamtgesellschaftlichen Aufgabe und der Zusammenhang mit versicherungsfremden Leistungen**

Es ist allerdings nicht einfach zu beantworten, wann konkret eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe erfüllt wird und wann nicht. Es handelt sich nämlich nicht um einen genuin rechtlichen

---

<sup>189</sup> Hierzu BVerfG v. 22.5.2018 – 1 BvR 1728/12, 1 BvR 1756/12, Rn. 78.

<sup>190</sup> BVerfG v. 11.10.1994 – 2 BvR 633/86.

<sup>191</sup> BVerfG v. 22.5.2018 – 1 BvR 1728/12, 1 BvR 1756/12, Rn. 76.

<sup>192</sup> BVerfG v. 22.5.2018 – 1 BvR 1728/12, 1 BvR 1756/12, Rn. 76.

<sup>193</sup> BVerfG v. 22.5.2018 – 1 BvR 1728/12, 1 BvR 1756/1221, Rn. 76.



Begriff – auch wenn er sich tatsächlich im Gesetzestext des SGB XI findet. Nach § 8 Abs. 1 SGB XI ist die pflegerische Versorgung der Bevölkerung eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe. In diesem Kontext geht es allerdings nicht um die Abgrenzung von spezifisch sozialversicherungsrechtlichen Aufgaben und solchen Aufgaben, für die die Allgemeinheit unter Einsatz von Steuergeldern eintreten muss; vielmehr soll diese Norm lediglich verdeutlichen, dass auch nach Einführung der Pflegeversicherung eine umfassende pflegerische Versorgung nur im Zusammenwirken vieler gesellschaftlicher Kräfte und Institutionen sichergestellt werden kann.<sup>194</sup> Neben den freigemeinnützigen, privaten und öffentlichen Trägern von Einrichtungen, den Pflegekassen und den Ländern müssten sich auch Angehörige und ehrenamtlich Tätige wie Nachbarn sowie kirchliche oder weltanschaulich geprägte karitative Organisationen für die Pflegebedürftigen engagieren.<sup>195</sup> Hier geht es vor dem Hintergrund der Konzeption des SGB XI, das gerade keine Vollversicherung darstellt,<sup>196</sup> eher um eine Art Appell an die Gesamtgesellschaft, sich zu engagieren. Jedes andere Verständnis würde zu dem wenig überzeugenden Ergebnis führen, dass die soziale Pflegeversicherung per se keine Sozialversicherung wäre, für die Sozialversicherungsbeiträge erhoben werden dürften.

Als hilfreicher zur Begriffsbestimmung erweist sich gerade mit Blick auf das Sozialversicherungsrecht die Parallele zum Begriff der versicherungsfremden Leistungen,<sup>197</sup> weil sich hier deutliche Überschneidungen zeigen. Im SGB V wird der Begriff ausdrücklich verwendet: Nach § 221 Abs. 1 SGB V leistet der Bund „zur pauschalen Abgeltung der Aufwendungen der Krankenkassen für versicherungsfremde Leistungen“ jährlich 14,5 Milliarden Euro an den Gesundheitsfonds. Das tut er, weil versicherungsfremde Leistungen – wie etwa die beitragsfreie Familienversicherung nach den § 3 S. 3, 10 SGB V – keinen hinreichenden Bezug zur Sozialversicherung haben. Die gesetzliche Krankenversicherung wird hier also zur Erfüllung gesamtgesellschaftlicher Aufgaben herangezogen und bekommt die entsprechenden Aufwendungen ersetzt.

Nun ist der Begriff der versicherungsfremden Leistung selbst nicht legal definiert und wurde vom Gesetzgeber allenfalls sporadisch erläutert. Insoweit kann die Vielzahl der in der Literatur vorgeschlagenen Definitionsversuche nicht überraschen.<sup>198</sup> Dass die bloße Normierung einer Leistung in einer positiv-rechtlich ausgestalteten Form der Sozialversicherung zur Folge hätte, dass sie gleichsam automatisch der Versicherung nicht fremd sein könne, überzeugt insoweit nicht.<sup>199</sup> Das zeigt schon die beitragsfreie Familienversicherung, die in diesem Kontext häufig genannt wird: Sie ist in § 10 SGB V normiert, und wird dennoch als „versicherungsfremd“ gewertet,<sup>200</sup> weil der Familienlastenausgleich Aufgabe der Gesamtgesellschaft ist.

In der sozialen Pflegeversicherung wurde das Problem der versicherungsfremden Leistungen allerdings vom Gesetzgeber offenbar bislang als weniger virulent angesehen – im Gesetzestext

---

<sup>194</sup> BT-Drs. 12/5262, S. 92.

<sup>195</sup> BT-Drs. 12/5262, S. 92.

<sup>196</sup> Die Leistungen des SGB XI sind anders als die des SGB V der Höhe nach gedeckelt.

<sup>197</sup> Vgl. insoweit nur BT-Drs. 16/3100, S. 86, wo im Kontext von § 221 SGB V von einer „gesamtgesellschaftlichen Aufgabe der gesetzlichen Krankenversicherung“ die Rede ist.

<sup>198</sup> Ausführlich hierzu *Luthe* in: Hauck/Noftz, SGB V, § 221, Stand April 2020, Rn. 6.

<sup>199</sup> So *Mecke* in: Becker/Kingreen, SGB V, 8. Aufl. 2022, § 221 Rn. 4.

<sup>200</sup> BT-Drs. 16/3100, S. 212.

des SGB XI findet sich der Begriff nicht. Auch im Kontext der Schaffung des § 61a SGB XI taucht er, soweit ersichtlich, nicht ausdrücklich auf – hier ist schlicht die Rede von einer pauschalen Beteiligung an den Aufwendungen der sozialen Pflegeversicherung.<sup>201</sup> Die Selbstverwaltung dagegen hat eine Bundesbeteiligung mit Blick auf versicherungsfremde Leistungen schon länger eingefordert.<sup>202</sup> Und das zu Recht – gibt es doch mit § 25 SGB XI auch hier eine beitragsfreie Familienversicherung. Und auch die nach Maßgabe von § 44 SGB XI erfolgende soziale Absicherung von Personen, die nicht erwerbsmäßig Angehörige pflegen, ließe sich hier anführen.<sup>203</sup>

Unabhängig von der konkreten Begrifflichkeit ist entscheidend, ob es sich um eine Leistung handelt, die letztlich nicht zur Versicherung gehört, weil sie eine spezifische Nähe zu den Risiken der jeweiligen Versicherung eben nicht aufweist, sondern vielmehr gesamtgesellschaftlich wertvollen Zielen dient.<sup>204</sup> Versicherungsfremde Leistungen werden demnach in Erfüllung gesamtstaatlicher, nicht auf die Versichertengemeinschaft bezogener gruppenspezifischer Aufgaben gewährt.<sup>205</sup> Oder anders formuliert: Versicherungsfremd sind Leistungen, bei deren Erbringung es nicht um die in der Versicherung unmittelbar angelegten Rechte und Pflichten und damit um die Minimierung des über den jeweiligen Versicherungszweig abgesicherten Risikos geht, sondern mit denen vielmehr gesamtgesellschaftliche Aufgaben erreicht werden sollen.<sup>206</sup> Die Erfüllung solcher „gesamtgesellschaftlicher Querschnittsaufgaben“ ist aber nicht Aufgabe der Sozialversicherung<sup>207</sup> und muss deshalb über den allgemeinen Haushalt erfolgen. Und wenn sie – aus welchen Gründen auch immer – organisatorisch im System der Sozialversicherung verankert wird, hat ein vollständiger Ausgleich über Steuern zu erfolgen.

### **3. Maßnahmen zur Aufrechterhaltung der pflegerischen Versorgung während der durch das neuartige Coronavirus SARS-CoV-2 verursachten Pandemie als gesamtgesellschaftliche Aufgabe**

Ausgehend von der Erkenntnis, dass Sozialversicherungsbeiträge allein zur Finanzierung der Aufgaben der Sozialversicherung eingesetzt werden dürfen und zur Befriedigung des allgemeinen Finanzbedarfs des Staates für die Erfüllung gesamtgesellschaftlicher Aufgaben gerade nicht zur Verfügung stehen,<sup>208</sup> erscheint es fraglich, ob die in den §§ 147 ff. SGB XI normierten

---

<sup>201</sup> BT-Drs. 19/30560, S. 65.

<sup>202</sup> Vgl. hierzu nur die Stellungnahme des Spitzenverbandes vom 4.6.2021 zu den Änderungsanträgen der Fraktionen der CDU/CSU und SPD zum Entwurf eines Gesetzes zur Weiterentwicklung der Gesundheitsversorgung (abrufbar auf der Webseite des GKV Spitzenverband, zuletzt abgerufen am 24.8.2024), S. 19: „Ein dauerhaft gesetzlich geregelter Zuschuss des Bundes in die soziale Pflegeversicherung ist notwendig und greift eine langjährige Forderung des GKV-Spitzenverbandes auf ... Jedoch entspricht eine pauschale Beteiligung in Höhe von 1 Mrd. Euro weder den versicherungsfremden Leistungen noch dem notwendigen Finanzbedarf der sozialen Pflegeversicherung in den nächsten Jahren.“

<sup>203</sup> In diesem Sinne wohl auch *Baierl* in: jurisPK-SGB XI, § 61a, Stand 29.6.2023, Rn. 5 und 9 ff. Hierzu auch *Winkel/Nakielski*, SozSich 2017, 24.

<sup>204</sup> So auch *Mecke* in: Becker/Kingreen, SGB V, 8. Aufl. 2022, § 221 Rn. 4.

<sup>205</sup> *Rolfs*, NZS 1998, 551. Die Begriffe „versicherungsfremd“ einerseits und „Erfüllung gesamtgesellschaftlicher Aufgaben“ bedingen sich insoweit gegenseitig.

<sup>206</sup> So auch *Thüsing*, Unabhängige Patientenberatung als gesamtgesellschaftliche Aufgabe, Februar 2023, abrufbar auf der Webseite der PKV, S. 11 (zuletzt aufgerufen am 25.8.2024).

<sup>207</sup> So BSG v. 18.5.2021 – B 1 A 2/20 R, Rn. 55 ff.

<sup>208</sup> BVerfG v. 22.5.2018 – 1 BvR 1728/12, 1 BvR 1756/12, Rn. 78.

und finanzrelevanten Maßnahmen zur Aufrechterhaltung der pflegerischen Versorgung während der durch das neuartige Coronavirus SARS-CoV-2 verursachten Pandemie aus dem Ausgleichsfonds der sozialen Pflegeversicherung finanziert werden durften. Denn dass die pflegerische Versorgung in Deutschland auch in Zeiten einer Pandemie gesichert ist, ist etwas, was letztlich für alle Menschen in Deutschland von maßgeblicher Bedeutung ist. Die Existenz einer funktionierenden Infrastruktur für die Betreuung pflegebedürftiger Menschen auch in Krisenzeiten ist daher etwas, das alle Menschen in Deutschland betrifft, ganz unabhängig davon, ob sie gesetzlich oder privat pflegeversichert<sup>209</sup> sind oder Sondersystemen unterliegen.<sup>210</sup> Letztlich geht es um eine spezifische Form der Krisenbewältigung, die sich gerade nicht auf den Versichertenkreis der sozialen Pflegeversicherung beschränkt, sondern für die gesamte Bevölkerung relevant ist. Und das liegt in den besonderen und so nicht vorhersehbaren Risiken im Rahmen einer Pandemie begründet, die mit dem spezifischen Risiko der Pflegebedürftigkeit in keinem Zusammenhang stehen.

Es spricht daher schon aus diesem Grund viel dafür, dass der Gesetzgeber über den Ausgleichsfonds eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe finanziert und damit die grundrechtlich geschützte Belastungsgleichheit verletzt hat.<sup>211</sup>

Die Bedenken werden umso größer, wenn man sich die einzelnen, besonders finanzrelevanten Tatbestände noch einmal genauer anschaut.

Beginnen wir mit der in § 150 Abs. 2 und 5a SGB XI normierten Erstattung der „infolge des neuartigen Coronavirus SARS-CoV-2 anfallenden, außerordentlichen Aufwendungen sowie Mindereinnahmen im Rahmen ihrer Leistungserbringung.“ Mit dieser Regelung sollte Pflegeeinrichtungen und den nach Landesrecht anerkannten Angeboten zur Unterstützung im Alltag die Sicherheit gegeben werden, dass sie die infolge der Pandemie auftretenden Mehrausgaben und Mindereinnahmen nicht allein tragen zu müssen. Dem Gesetzgeber ging es darum, „wirtschaftlich schwierige Situationen ... bis hin zur Gefahr einer Insolvenz“ zu vermeiden.<sup>212</sup> Diese Zielsetzung entspricht letztlich genau derjenigen der vielfältigen Corona-Wirtschaftshilfen, die im Laufe der Pandemie ausgezahlt wurden.<sup>213</sup> Auch hier ging es darum, die Umsatz-

---

<sup>209</sup> Nach § 150 Abs. 4 S. 5 SGB XI (i.d.F. vom 16.9.2022; vgl. unter A. I. 9.) mussten sich die Unternehmen, die die private Pflegeversicherung durchführen, mit einem Anteil von 7 % insbesondere an den Beschaffungskosten für PoC-Antigen-Tests und Antigen-Tests zur Eigenanwendung beteiligen (galt auch für die außerordentlichen Aufwendungen sowie Mindereinnahmen der Pflegeeinrichtungen). Da diese Kosten nicht in die Prämienkalkulation einbezogen werden konnten (BT-Drs. 19/30560, S. 72), wurde über § 110a SGB XI (eingefügt mit Wirkung vom 20.7.2021 durch das Gesetz zur Weiterentwicklung der Gesundheitsversorgung (GVWG v. 11.7.2021, BGBl. I 2754) die Möglichkeit eröffnet, einen befristeten Zuschlag zur Versicherungsprobleme zu erheben. Insofern haben sich auch privat versicherte Menschen – jedenfalls mit Blick auf einzelne Maßnahmen – an den Pandemiekosten beteiligt. Nur eine Finanzierung der Pandemiebewältigung als gesamtgesellschaftliche Aufgaben aus Steuermitteln allerdings stellt sicher, dass alle Menschen – und zwar auf Basis ihrer tatsächlichen Leistungsfähigkeit – an der Finanzierung beteiligt werden.

<sup>210</sup> Zu denken wäre hier insbesondere an das SGB XII.

<sup>211</sup> BVerfG v. 22.5.2018 – 1 BvR 1728/12, 1 BvR 1756/12, Rn. 79 f.

<sup>212</sup> BT-Drs. 19/18112, S. 41.

<sup>213</sup> Vgl. insoweit nur den Überblick unter Coronavirus/Informationen zu Corona-Hilfen des Bundes auf der Webseite des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz, zuletzt abgerufen am 22.8.2024.

einbrüche insbesondere von Unternehmen, aber auch von Soloselbstständigen oder Angehörigen der freien Berufe durch die Gewährung von Finanzhilfen aufzufangen und dabei zugleich „den Corona-Schock abzufedern“ und „die Struktur und Substanz der Volkswirtschaft zu erhalten“.<sup>214</sup> Es handelt sich also eigentlich um eine besondere Form der Wirtschaftshilfe im Bereich der Pflege, die mit den klassischen Aufgaben der Sozialversicherung nichts zu tun und letztlich nur wegen der Sachnähe und der vorhandenen organisatorischen Gegebenheiten im SGB XI geregelt wurde. Diese Erkenntnis wird bestätigt durch die in § 150 Abs. 2 SGB XI enthaltene Tatbestandsvoraussetzung für eine Erstattung, wonach die Aufwendungen und Mindereinnahmen „nicht anderweitig finanziert“ sein dürfen. Eine solche Tatbestandsvoraussetzung ist dem „regulären“ SGB XI fremd;<sup>215</sup> sie zeigt, dass die soziale Pflegeversicherung hier nur ein zusätzlicher Baustein in einem pandemiebedingten Gesamtkonzept der finanziellen Unterstützung war und das allgemeine Recht – insbesondere das Infektionsschutzgesetz und die auf seiner Grundlage erlassenen Rechtsverordnungen<sup>216</sup> – ergänzt bzw. konkretisiert hat. Auch dass der Gesetzgeber von der Selbstverwaltung die Schaffung „pragmatischer Lösungen“<sup>217</sup> für das Erstattungsverfahren fordert,<sup>218</sup> verdeutlicht, dass es hier um die Bewältigung einer das gesamte Land und jegliche Infrastruktur betreffende Krise geht, die sich zwangsläufig auch – aber eben nicht nur – auf das Sozialrecht ausgewirkt hat.

Als Einzelposten kam auch der Erstattung der Testkosten erhebliche Bedeutung zu. Für diese hat die soziale Pflegeversicherung einen Betrag von rund 4,4 Milliarden Euro ausgegeben.<sup>219</sup> Rechtsgrundlage hierfür war letztlich die TestV vom 14.10.2020,<sup>220</sup> die erstmalig ausdrücklich festlegte, dass zugelassene Pflegeeinrichtungen selbst beschaffte Schnelltests über die Pflegekassen abrechnen konnten.<sup>221</sup> Durch diese Gesetzesänderung entstand kein neuer unmittelbarer Anspruch auf Erstattung von Testkosten; vielmehr konnten weiterhin Erstattungsansprüche nach einem festgelegten Kontingent bei der zuständigen Pflegekasse geltend gemacht werden.

Bei diesen Maßnahmen ließe sich die Ansicht vertreten, dass es um eine Art besonderer Qualitätssicherung im Rahmen des SGB XI ging – war doch vor allem der Schutz sogenannter vulnerabler Gruppen beabsichtigt. Allerdings besteht auch hier kein ausreichender Zusammenhang zum Sozialversicherungszweig „Pflegeversicherung“ und seiner eigentlichen Zielsetzung: Nicht das sozialversicherungsrechtliche Risiko der Pflegebedürftigkeit stand im Fokus, sondern es ging um den Schutz besonders gefährdeter Menschen im Kontext einer umfassenden Test-

---

<sup>214</sup> Hier wurden allein 130 Milliarden Euro als Wirtschaftshilfen gezahlt (<https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Coronavirus/informationen-zu-corona-hilfen-des-bundes.html>).

<sup>215</sup> Etwas anderes gilt naturgemäß für die Konkurrenzregelungen innerhalb des gegliederten Systems; hier gilt es, den vorrangig zuständigen Leistungszeit zu ermitteln (hierzu *Reil*, Geldleistungen im gegliederten Sozialsystem, 2018).

<sup>216</sup> Man denke nur an die aufgrund des IfSG erlassenen Corona-Testverordnungen.

<sup>217</sup> Hierzu auch *Richter*, NZS 2020, 830.

<sup>218</sup> Vgl. § 150 Abs. 3 SGB XI.

<sup>219</sup> Hierzu auch den Bericht des Bundesrechnungshofs nach § 88 Abs. 2 BHO (Abrechnung der pandemiebedingten Erstattungen von Testkosten nach § 7 Abs. 2 Satz 3 Coronavirus-Testverordnung durch die Pflegekassen der sozialen Pflegeversicherung – Gz IX 4 – 0001232) v. 14.2.2024.

<sup>220</sup> Die Testverordnung ihrerseits wurde innerhalb eines Jahres neunmal geändert, was für die Pflegekassen erheblichen Aufwand mit sich brachte.

<sup>221</sup> Hierzu schon oben A. I. 1.

strategie, durch die das Ansteckungsrisiko letztlich für die Gesamtbevölkerung gesenkt werden sollte. Testungen konnten nicht nur Versicherte beanspruchen, sondern auch Kontaktpersonen;<sup>222</sup> und getestet wurden natürlich auch die in der Einrichtung tätigen Menschen. Es ging also nicht allein die Gruppe der dort gepflegten – und keinesfalls alle nach dem SGB XI versicherten – Menschen; vielmehr wurde auch die Gesundheit der Beschäftigten und ihrer Familien geschützt.

Man wird daher sagen müssen, dass es sich auch insoweit nicht um Aspekte handelt, bei denen der Fokus auf dem Binnenbereich der Sozialversicherung lag. Es ging um eine von vielen Maßnahmen im Rahmen der Pandemie, mit der eine Ausbreitung des Virus verhindert werden sollte. So wie die Anordnung von Schulschließungen keine Regelung der Ländersache „Schulwesen“ war,<sup>223</sup> ist die Verpflichtung zur Testung in Heimen und deren Finanzierung keine Angelegenheit der Sozialversicherung. Auch hier wurde den Versicherten durch Inanspruchnahme ihrer Sozialversicherungsbeiträge aus dem Ausgleichsfonds eine krisenbedingte Finanzierungslast auferlegt, die der Sozialversicherung in dieser Form fremd ist.

Noch einmal deutlicher wird der fehlende Bezug zu den eigentlichen Aufgaben der Sozialversicherung mit Blick auf die Zahlung von Corona-Prämien bzw. Pflegeboni an die Beschäftigten der Pflegeeinrichtungen. Hierfür ist ein Betrag von rund 1,4 Milliarden angefallen.<sup>224</sup>

Mit der Corona-Prämie sollte „die besondere Wertschätzung gegenüber den Beschäftigten“ ausgedrückt werden, die in Pandemiezeiten „besonderen Belastungen und Anforderungen ausgesetzt sind“.<sup>225</sup> *Rainer Schlegel* hat die Verankerung eines Rechtsanspruchs der Betroffenen im Jahr 2020 treffend beschrieben mit „Wertschätzung: Vom Balkon ins Bundesgesetzblatt“.<sup>226</sup>

Die Pflegeeinrichtung ist für die entsprechenden Leistungen eine bloße Zahlstelle; finanziell belastet wird der Finanztopf der sozialen Pflegeversicherung. Dass der Gesetzgeber schon im Jahr 2020 die Frage der endgültigen Finanzierung dieser „Anerkennungsleistungen“ offen gelassen hat, wurde zu Recht kritisiert.<sup>227</sup> Der Sache nach handelt es sich nicht um eine Aufgabe der Sozialversicherung, die Anerkennung von Leistungen des Personals in Pflegeeinrichtungen während einer pandemiebedingten Krise zu finanzieren; vielmehr geht es hier um eine aus Steuermitteln zu finanzierende gesamtgesellschaftliche Aufgabe.<sup>228</sup> Insofern kann es nicht verwundern, dass der Gesetzgeber selbst die „Refinanzierung dieser einmaligen Prämie“ angesprochen hat.<sup>229</sup>

Und nicht zuletzt wäre das insgesamt „unzureichende“ und „missbrauchsanfällige“ Auszahlungsverfahren<sup>230</sup> im Kontext der §§ 147 ff. SGB XI anzuführen: Finanzielle Leistungen auf diese

---

<sup>222</sup> § 2 TestVO.

<sup>223</sup> Hierzu BVerfG v. 19.11.2021 – 1 BvR 971/21 u.a.

<sup>224</sup> Vgl. hierzu die Vorbemerkung.

<sup>225</sup> So BT- Drs. 19/18967, S. 75.

<sup>226</sup> So die erste Überschrift in seinem Beitrag zur Corona-Prämie (NJW 2020, 1911).

<sup>227</sup> *Schlegel*, NJW 2020, 1911, 1915.

<sup>228</sup> So auch *Schlegel*, NJW 2020, 1911, 1915.

<sup>229</sup> BT-Drs. 19/18967, S. 76.

<sup>230</sup> So der Bundesrechnungshof (Bericht nach § 88 Abs. 2 BHO zur Prüfung der coronabedingten Mehraufwendungen und Mindereinnahmen in der sozialen Pflegeversicherung – Pflege-Rettungsschirm) v. 5.4.2023 (Gz. IX-4-0001227). Es gibt zahlreiche Stellungnahmen des Bundesrechnungshofs, die das konkrete Vorgehen während

Art und Weise an Pflegeeinrichtungen und an die nach Landesrecht anerkannten Angebote zur Unterstützung im Alltag auszuschütten, ohne dass es zu einer hinreichenden Anforderung oder Kontrolle von Nachweisen gekommen wäre, ist mit dem besonderen Schutz gerade von Sozialversicherungsbeiträgen unvereinbar.

#### **4. Ergebnis**

Festzuhalten ist damit, dass den Pflegekassen für Maßnahmen zur Aufrechterhaltung der pflegerischen Versorgung während der durch das neuartige Coronavirus SARS-CoV-2 verursachten Pandemie gesetzliche Zahlungsverpflichtungen auferlegt wurden, die nicht der Finanzierung der Sozialversicherung, sondern der Finanzierung von gesamtgesellschaftlichen Aufgaben dienen.

Eine vollständige Refinanzierung der insoweit angefallenen Kosten ist nicht erfolgt; der Zugriff auf Sozialversicherungsbeiträge war insoweit unzulässig.

Der Ausgleichsfonds der gesetzlichen Pflegeversicherung ist keine „freie“ Finanzmasse, auf die der Staat beliebig zugreifen könnte. Die hier enthaltenen Gelder dürfen nur für den Binnenbereich der Sozialversicherung im oben dargestellten Sinne<sup>231</sup> verwendet werden.

Dieser Binnenbereich beschränkt sich nicht auf die Zuweisung von Mitteln im Finanzausgleich zwischen den Pflegekassen; auch Maßnahmen wie die in § 8 Abs. 3 SGB XI genannte Förderung von Modellvorhaben etwa zur Entwicklung neuer qualitätsgesicherterer Versorgungsformen für Pflegebedürftige fallen darunter. Und auch die Zuführung von Mitteln zu Lasten des Ausgleichsfonds an das Sondervermögen des in § 131 SGB XI normierten Pflegevorsorgefonds gehört zum Binnenbereich des Sozialversicherungsrecht – hier geht es um die gerechtere Verteilung der aufgrund der demografischen Entwicklung im Zeitverlauf deutlich steigenden Leistungsausgaben auf die Generationen.<sup>232</sup>

Demgegenüber haben die in den §§ 147 ff. SGB XI normierten Zahlungsverpflichtungen der Pflegekassen nur formal mit der Sozialversicherung zu tun und sind daher aus Steuermitteln zu finanzieren. Und dabei geht es nicht nur um eine „gerechtere Finanzierung der Kosten der Pandemie“,<sup>233</sup> sondern um eine Überschreitung der verfassungsrechtlichen Grenzen für den Umgang mit Sozialversicherungsbeiträgen.

Dass es hier um eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe geht, hat die Bundesregierung im Koalitionsvertrag letztlich selbst bestätigt:<sup>234</sup> „Wir übernehmen Verantwortung in einer Zeit, in der die Corona-Pandemie das Land weiter stark belastet. Sie bedeutet für viele großes Leid,

---

der Pandemie beanstanden (vgl. etwa zum Thema Schutzmasken den Bericht nach § 88 Absatz 2 BHO über die Prüfung der Beschaffung und Verteilung von Schutzmasken durch das Bundesministerium für Gesundheit v. 28.3.2024 (Gz.: IX 1 – 0000625).

<sup>231</sup> Vgl. hierzu oben unter D. I.

<sup>232</sup> BT-Drs. 18/1798, S. 18.

<sup>233</sup> So der Antrag einzelner Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE (BT-Drs. 20/3312, S. 3).

<sup>234</sup> Vgl. hierzu S. 4 des Koalitionsvertrags.

geht einher mit existenziellen Sorgen und verlangt allen erhebliche Einschränkungen ab. Die Pandemie zu besiegen, ist in diesen Tagen unsere vordringlichste Aufgabe, der wir uns mit voller Kraft widmen. Die notwendigen Schutzmaßnahmen umzusetzen und einen umfassenden Impfschutz voranzutreiben, ist eine gesamtstaatliche und gesamtgesellschaftliche Aufgabe.“

Dieser Aussage ist letztlich nichts hinzuzufügen.

## E. Zur gebotenen Refinanzierung der Kosten aus Steuermitteln

Angesichts der Erkenntnis, dass mit den im Kontext der §§ 147 ff. SGB XI finanzierten Maßnahmen gesamtgesellschaftliche Aufgaben wurden, ist eine Refinanzierung der Kosten aus allgemeinen Steuermitteln zwingend geboten.<sup>235</sup> Das gilt auch unter Berücksichtigung der – allerdings nur mit Blick auf einzelne Zahlungen erfolgte – Beteiligung der privaten Pflegeversicherungsunternehmen.<sup>236</sup> Sie ändert am bisherigen Ergebnis aus Sicht der Mitglieder der gesetzlichen Pflegeversicherung nichts, denn die von ihnen gezahlten Sozialversicherungsbeiträge wurden für nicht genuin sozialversicherungsrechtliche Zwecke verwendet, was gegen das aus dem allgemeinen Gleichheitssatz abgeleitete Gebot der Belastungsgleichheit verstößt.<sup>237</sup>

Wie diese Refinanzierung im Einzelnen ausgestaltet werden könnte, wäre im Detail zu erörtern. Da ein laufender Ausgleich – wie er etwa aktuell für die sogenannten Ergänzungshilfen für stationäre Pflegeeinrichtungen zum Ausgleich steigender Preise für Erdgas, Wärme und Strom<sup>238</sup> nach Maßgabe von § 154 Abs. 4 SGB XI vorgesehen ist<sup>239</sup> –, nicht stattgefunden hat,<sup>240</sup> müssen die in Anspruch genommenen Gelder der sozialen Pflegeversicherung nunmehr nachträglich aus Steuermitteln zugeführt werden. Ob dies durch eine einmalige Zahlung an den Ausgleichsfonds geschieht oder durch eine Anhebung des jährlichen Bundeszuschusses für mehrere Jahre, wäre zu erörtern.

---

<sup>235</sup> Ob die Inanspruchnahme der Pflegekasse als bloße Zahlstelle bei vollständiger Refinanzierung zulässig gewesen wäre, braucht hier nicht entschieden zu werden.

<sup>236</sup> Hierzu oben D. III. 3.

<sup>237</sup> BVerfG v. 22.5.2018 – 1 BvR 1728/12, 1 BvR 1756/12, Rn. 75.

<sup>238</sup> Dass es auch hier um „versicherungsfremde Leistungen“ geht, wird nicht in Frage gestellt (vgl. etwa *O’Sullivan* in: jurisPK-SGB XI, Stand 25.8.2023, § 154 Rn. 26: Es sei wegen der weitgehenden Beitragsfinanzierung selbstverständlich, dass die Pflegekassen nicht endgültig mit diesen Kosten belastet werden dürften.

<sup>239</sup> Hier werden die von den Pflegekassen an die Pflegeeinrichtungen überwiesenen Beträge im Verfahren des monatlichen Ausgleichs nach § 67 SGB XI vom Bundesamt für Soziale Sicherung erstattet; der Bund zahlt zur Refinanzierung in den Jahren 2023 und 2024 insgesamt bis zu 2 Milliarden Euro an den Ausgleichsfonds.

<sup>240</sup> Grundsätzlich denkbar gewesen wäre auch die Erhebung eines vorübergehenden Zuschlags wie in der privaten Pflegeversicherung (vgl. § 110a SGB XI); dass ein solcher „nicht erforderlich“ war, weil eine Erstattung der pandemiebedingte Kosten gemäß § 153 SGB XI über einen Bundeszuschuss vorgesehen sei (so *Vieweg* in: jurisPK-SGB XI, § 110a, Stand 1.10.2021, Rn. 6), hat sich im Nachhinein als Trugschluss erwiesen, weil dieser Zuschuss die Kosten nicht annähernd abgedeckt hat.



## F. Zu Fragen des Rechtsschutzes

Sollte eine Refinanzierung aus Steuermitteln nicht erfolgen, steht zunächst den Mitgliedern der sozialen Pflegeversicherung gemäß § 51 Abs. 1 Nr. 2 SGG der Rechtsweg zum Sozialgericht offen. Die Inanspruchnahme der im Ausgleichsfonds enthaltenen Sozialversicherungsbeiträge für nicht genuin sozialversicherungsrechtliche Zwecke stellt eine Verletzung des aus Art. 3 Abs. 1 GG abzuleitenden Gebots der Belastungsgleichheit dar, die im Wege einer allgemeinen Feststellungsklage nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 SGG gerichtlich überprüfbar ist.<sup>241</sup> Der sozialgerichtliche Rechtsschutz ist jedenfalls dann, wenn die Mittelverwendung sich in rechtlich erheblicher Weise auf die Höhe des konkreten Beitragssatzes auswirkt<sup>242</sup> – für den einzelnen Versicherten eröffnet. Dem steht der Grundsatz, dass sich aus den Grundrechten kein Anspruch eines Mitglieds eines öffentlich-rechtlichen Zwangsverbands auf die generelle Unterlassung einer bestimmten Mittelverwendung ergibt, nicht entgegen; denn hier geht es um die den Versicherten selbst belastende Beitragshöhe, die von den genannten Maßnahmen mitbestimmt wird, ohne dass die Mittel hierfür dem Binnenbereich der Sozialversicherung dienen und damit ausschließlich den Versicherten der Pflegeversicherung zugutekommen.<sup>243</sup>

Für das einzelne Mitglied kann sich der Wunsch nach einer verfassungsrechtlichen Überprüfung des Zugriffs auf seine Sozialversicherungsbeiträge allerdings als „lang und steinig“<sup>244</sup> erweisen. Fraglich ist deshalb, ob auch die einzelne Pflegekasse selbst oder der Spitzenverband Bund der Pflegekassen die Verfassungswidrigkeit der vom Gesetzgeber gewählten Konzeption der Pandemiebewältigung im SGB XI geltend machen können. Angesichts der bekanntermaßen nach herrschender Ansicht fehlenden Grundrechtsfähigkeit von Sozialversicherungsträgern<sup>245</sup> könnte man daran zunächst zweifeln. Das ändert sich allerdings, wenn man die vom BSG in seiner Entscheidung zur Beauftragung und Finanzierung der BzGA<sup>246</sup> gemachten Ausführungen auf die vorliegende Fallkonstellation überträgt.

Das BSG hatte in dieser Entscheidung dem GKV-Spitzenverband als öffentlich-rechtlicher Körperschaft das Recht eingeräumt, gesetzliche Regelungen, die gegen die Sozialversicherung betreffende Kompetenznormen des Grundgesetzes verstoßen, unangewendet zu lassen, um eine letztlich auch verfassungsrechtliche Überprüfung durch die Gerichte herbeizuführen.<sup>247</sup> Das Gericht leitet dieses Recht – konkret auf Weigerung der Zahlung von Mitteln an die BzGA –

---

<sup>241</sup> Mit Blick auf die sogenannten Selbstzahler, die eigene Beitragsbescheide erhalten, wäre eine Anfechtungsklage nach Maßgabe von § 54 Abs. 1 SGG statthaft.

<sup>242</sup> Hierzu auch *Schlegel*, NJW 2020, 1911, 1916.

<sup>243</sup> So auch *Schlegel* NJW 2020, 1911, 1916.

<sup>244</sup> So *Rainer Schlegel* (<https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/153857/Ehemaliger-Praesident-des-Bundessozialgerichts-plaedierte-fuer-Klagerecht-der-Kassen-bei-GKV-Finanzien>; zuletzt aufgerufen am 10.9.2024).

<sup>245</sup> Hierzu BSG v. 18.5.2021 – B 1 A 2/20 R, Rn. 76 m.w.N. auf die Rechtsprechung des BVerfG. Darüber lässt sich bekanntermaßen streiten (vgl. jedenfalls mit Blick auf die jenseits der Grundrechte gebotene Rechtssicherheit auch für Leistungsträger *Kingreen*, SGB 2019, 449; a.A. *Huster/Ströttchen*, SGB 2019, 527).

<sup>246</sup> Hierzu oben unter D. I.

<sup>247</sup> Ausführlich zu dieser Frage BSG v. 18.5.2021 – B 1 A 2/20 R, Rn. 74.

aus „der (einfachrechtlichen) Zuweisung eines gegen kompetenzwidrige Übergriffe der unmittelbaren Staatsverwaltung geschützten Kompetenzbereichs im Rahmen der Sozialversicherung“ ab.<sup>248</sup>

Diese Ausführungen, in denen tatsächlich eine erhebliche Sprengkraft mit Blick auf die Rechtsstellung der Sozialversicherungsträger steckt,<sup>249</sup> sind auch für die hier vorliegende Fallkonstellation relevant. Zwar wurden – aus verständlichen Gründen<sup>250</sup> – im Kontext der pandemiebedingten Maßnahmen nach §§ 147 ff. SGB XI von den Pflegekassen keine „Zahlungen“ verweigert. Deshalb gab es anders als im Verfahren in Sachen BZgA<sup>251</sup> auch keine aufsichtsrechtlichen Maßnahmen, die man über die Aufsichtsklage nach § 54 Abs. 3 SGG hätte angreifen können.<sup>252</sup> Allerdings ist der Rechtsschutz von Sozialversicherungsträgern keinesfalls auf diese Aufsichtsklage beschränkt – § 54 Abs. 3 SGG enthält insoweit keine abschließende Regelung. Wenn es ein subjektiv-öffentliches Recht der Sozialversicherungsträger auf die Beachtung ihres auch grundgesetzlich geschützten Kompetenzbereichs gibt, das sie berechtigt, geltendes Recht nicht anzuwenden, besteht damit zugleich die Klagebefugnis, die trotz ihrer Verortung in § 54 Abs. 1 S. 2 SGG vom, BSG letztlich für alle Klagearten als maßgebliche Zulässigkeitsvoraussetzung geprüft wird.<sup>253</sup> Als statthafte Klageart käme vorliegend eine Feststellungsklage nach Maßgabe von § 55 Abs. 1 Nr. 1 SGG in Betracht, mit der die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses begehrt werden kann. Der Begriff des Rechtsverhältnisses ist weit zu fassen; er umfasst die Rechtsbeziehungen zwischen Personen, die sich aus einem Sachverhalt aufgrund einer Norm für das Verhältnis mehrerer Personen ergeben<sup>254</sup> und damit auch die konkrete Frage nach der Zulässigkeit des staatlichen Zugriffs auf Sozialversicherungsbeiträge.<sup>255</sup> Wer eine Klagebefugnis darlegen kann, hat im

---

<sup>248</sup> BSG v. 18.5.2021 – B 1 A 2/20 R, Rn. 75 ff. Das Gericht hat neben Art. 87 Abs. 2 GG auch Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG und Art. 120 Abs. 1 S. 4 GG im Blick (aaO. Rn. 51).

<sup>249</sup> So *Butzer*, SGB 2022, 197, der mit dieser Entscheidung zugleich die Hoffnung verbunden hat, das BVerfG werden vor diesem Hintergrund auch sein Verständnis von Art. 19 Abs. 3 GG überdenken. Das wäre tatsächlich wünschenswert.

<sup>250</sup> Man befand sich in der besonderen Situation einer Pandemie; zudem dürften die Pflegekassen darauf vertraut haben, dass es zu einer vollständigen Refinanzierung kommen würde.

<sup>251</sup> Hier ging es tatsächlich um aufsichtsrechtliche Maßnahmen: Nachdem der Verwaltungsrat des GKV-Spitzenverbands den im Haushaltsplan vorgesehenen Beitrag zur BZgA in Höhe von 0,45 Euro je Versicherten gesperrt hatte, erfolgte die Aufhebung des Sperrvermerks durch die beklagte und durch das Bundesministerium für Gesundheit vertretene Bundesrepublik Deutschland in der Form eines Verwaltungsaktes gemäß § 31 S. 1 SGB X, der die Rechtswirkungen eines Verwaltungsratsbeschlusses des Klägers entfaltete (hierzu BSG v. 18.5.2021 – B 1 A 2/20 R, Rn. 4 ff.).

<sup>252</sup> Ob es angesichts der Verwaltung des Ausgleichsfonds durch das Bundesamt für soziale Sicherung überhaupt zu einer Weigerung kommen könnte, ist eine andere Frage.

<sup>253</sup> Vgl. etwa zur Feststellungsklage BSG v. 27.10.2009 – B 1 KR 4/09 R, Rn. 14 m.w.N.; zur Kritik insoweit *Senger* in: jurisPK-SGG, § 55, Stand 15.6.2022, Rn. 24 m.w.N.

<sup>254</sup> *Keller* in: Meyer-Ladewig/Keller, SGG, 14. Aufl. 2023, § 55 Rn. 4 ff m.w.N.

<sup>255</sup> Das gilt angesichts der Rechtsprechung des BSG unabhängig davon, um wessen Sondervermögen es letztlich geht (zu dieser umstrittenen Frage im Kontext des Gesundheitsfonds *Göppfart/Pfohl* in Becker/Kingreen, SGB V, 8. Aufl. 2022, § 271 Rn. 7; vgl. auch *Männle* in: BeckOK Sozialrecht, Stand 1.12.2023, § 271 SGB V Rn. 5a). Hier dürfte zwischen der Verwaltungsträgerschaft und der Vermögensträgerschaft zu unterscheiden sein (hierzu *Pfohl/Sichert*, NZS 2009, 71). Denn wegen Art. 87 Abs. 2 GG ist die verfassungsmäßige Verwendung durch die Kassen gerichtlich kontrollierbar.

Übrigen regelmäßig auch ein berechtigtes Interesse an der Feststellung.<sup>256</sup> Auch der Subsidiaritätsgrundsatz, der nach überwiegender Auffassung auch im Rahmen des § 55 SGG grundsätzlich zu beachten ist,<sup>257</sup> stünde der Zulässigkeit der Klage nicht entgegen.<sup>258</sup> Diese Feststellungsklage stellte schließlich auch keine Umgehung der Vorschriften über die Normenkontrollklage dar.<sup>259</sup> Es geht hier um formelle Gesetze; im Übrigen kennt das Sozialrecht keine § 47 VwGO entsprechende allgemeine Vorschrift zur Kontrolle untergesetzlichen Rechts.<sup>260</sup>

Ein Klagerecht der Sozialversicherungsträger ist gerade mit Blick auf die Finanzen dringend geboten.<sup>261</sup> Denn der Zugriff auf Sozialversicherungsbeiträge erweist sich gerade in jüngerer Zeit – wohl vor dem Hintergrund „knapper Kassen“ – nicht mehr als singuläres Ereignis. Aktuell steht die Finanzierung der Krankenhausreform über die Liquiditätsreserve des Gesundheitsfonds im Raum.<sup>262</sup> Auch hier wird die Neuordnung der Krankenhauslandschaft, die sich nicht im Binnenbereich der Sozialversicherung abspielt, nicht über Steuermittel, sondern über die besonders geschützten Sozialversicherungsbeiträge finanziert.

Die Feststellungsklage beim Sozialgericht kann den Sozialversicherungsträgern den Weg zum BVerfG ebnen<sup>263</sup> – auch wenn dieser Weg im Vergleich zur Verfassungsbeschwerde selbst für die Sozialversicherungsträger jedenfalls ein etwas „steiniger“ sein kann. Schließlich muss zunächst das Sozialgericht von der Verfassungswidrigkeit der in Frage stehenden Normen überzeugt werden. Das Sozialgericht, bei dem entsprechende Klagen anhängig gemacht würden, wäre aufgrund seiner eigenen Bindung an das Grundgesetz allerdings verpflichtet, die Verfassungsmäßigkeit der in Frage stehenden Normen zu prüfen. Ist es von der Verfassungswidrigkeit der Rechtslage überzeugt, müsste das Gericht das Verfahren nach Art. 100 Abs. 1 GG aussetzen und im Wege der konkreten Normenkontrolle das BVerfG anrufen. Erfolgt das nicht, stellte das zugleich eine Verletzung von Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG dar, der einen – grundrechtlichen – Anspruch auf Einhaltung der gerichtlichen Zuständigkeitsordnung gewährt. Ein Fachgericht, das entgegen Art. 100 Abs.

---

<sup>256</sup> Es geht hier nicht um die Klärung abstrakter Rechtsfragen (hierzu *Senger* in: jurisPK-SGG, Stand 15.6.2022, § 55 Rn. 64 m.w.N.) sondern um die Verhinderung der verfassungswidrigen Verwendung von Mitteln der Sozialversicherung bzw. der Erstattung entsprechender Gelder an den Ausgleichsfonds.

<sup>257</sup> Vgl. allerdings *Senger* in: jurisPK-SGG, Stand 15.6.2022, § 55 Rn. 26 zur eingeschränkten Geltung bei Feststellungsklagen gegen juristische Personen des öffentlichen Rechts.

<sup>258</sup> In den hier beschriebenen Fallkonstellationen ist keine andere Klage denkbar.

<sup>259</sup> Hierzu im Kontext der VwGO nur *Möstl* in: BeckOK VwGO, § 43, Stand 1.7.2024, Rn. 29 m.w.N.

<sup>260</sup> Eine spezielle Regelung findet sich in § 55a SGG zu Rechtsvorschriften, die auf Grundlage von § 22a SGB II ergangen sind.

<sup>261</sup> So auch *Rainer Schlegel* (<https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/153857/Ehemaliger-Praesident-des-Bundessozialgerichts-plaedierte-fuer-Klagerecht-der-Kassen-bei-GKV-Finanzen>; zuletzt aufgerufen am 1.9.2024). Es bedarf insoweit allerdings keines Appells – denn die geltende Rechtslage eröffnet, wie dargelegt, ein entsprechendes Klagerecht. Wenn hier der unmittelbare Weg zum BVerfG gemeint ist, gestaltet sich die Rechtslage allerdings schwieriger.

<sup>262</sup> Vgl. hierzu in der Vorbemerkung.

<sup>263</sup> Vgl. auch BSG v. 18.5.2021 – B 1 A 2 /20 R, Rn. 78 bezüglich einer Vorlage an das BVerfG.

1 GG die Vorlage zur Normenkontrolle an das BVerfG unterlässt, weil es in nicht vertretbarer Weise die Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung des betreffenden Gesetzes annimmt, verletzt die Garantie des gesetzlichen Richters<sup>264</sup> und eröffnet damit auch einem Sozialversicherungsträger dann sogar über die Verfassungsbeschwerde den direkten Weg zum BVerfG.<sup>265</sup>

---

<sup>264</sup> So Leitsatz 2 von BVerfG v. 16.12.2014 – 1 BvR 2142/11. Hierzu auch *Kingreen*, SGB 2019, 449, 456.

<sup>265</sup> Die Prozessgrundrechte gelten – anders als die übrigen Grundrechte – auch für juristische Personen des öffentlichen Rechts (vgl. etwa zu Art. 103 Abs. 1 GG BVerfG v. 16.1.1957 – 1 BvR 134/56).

## **Die Finanzierung von Maßnahmen im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie über den Ausgleichsfonds der sozialen Pflegeversicherung – ein verfassungswidriger Zugriff auf Sozialversicherungsbeiträge**

### **I.**

Die während der Corona-Pandemie in den §§ 147 ff. SGB XI vorgesehenen Zahlungsverpflichtungen zu Lasten der Pflegekassen haben **Kosten in Höhe eines zweistelligen Milliardenbetrags** verursacht. Aufgrund der **in keiner Weise hinreichenden Refinanzierung aus Steuermitteln** des Bundes wurde ein Großteil der Maßnahmen zu Lasten des Ausgleichsfonds der sozialen Pflegeversicherung finanziert.

### **II.**

Der **Zugriff auf den Ausgleichsfonds der sozialen Pflegeversicherung** zur Finanzierung von Maßnahmen zur Aufrechterhaltung der pflegerischen Versorgung während der durch das neuartige Coronavirus SARS-CoV-2 verursachten Pandemie wirft eine Reihe von rechtlichen Fragen auf.

#### **1.**

##### **a.**

Ob der Bund sich für die Regelungen der §§ 147 ff. SGB XI auf seine grundgesetzliche Gesetzgebungskompetenz nach **Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG** (Sozialversicherung) berufen kann, musste vorliegend letztlich nicht entschieden werden, weil zum einen andere Kompetenztitel einschlägig sein können und die Inanspruchnahme des Ausgleichsfonds zum anderen jedenfalls aus materiellen Gründen verfassungswidrig ist.

##### **b.**

Der Gesetzgeber darf nach dieser Vorschrift nicht nur den Kreis der Versicherten selbst bestimmen, Inhalt, Voraussetzungen und Umfang der geschuldeten Leistungen und das Leistungserbringungsrecht normieren; vielmehr ist auch die Frage von **Organisation und Finanzierung eines Sozialleistungssystems** vom Kompetenztitel umfasst. Allerdings reicht die formal-gesetzliche Zuordnung der §§ 147 ff. SGB XI zum Sozialgesetzbuch als solche nicht aus, um den Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG in Anspruch nehmen zu können; maßgeblich ist, ob das, was konkret geregelt wird, auch der Sache nach dem Gesamtbild der Sozialversicherung noch entspricht. Es ist dem Gesetzgeber also verwehrt, gleichsam unter dem „Deckmantel“ des SGB XI normative Vorgaben zu machen, die mit den **Kernaufgaben der sozialen Pflegeversicherung** nichts zu tun haben. Insoweit wäre Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG („Sozialversicherung“) nicht einschlägig, wenn es um die Finanzierung von Maßnahmen geht, die nicht in einem engen Zusammenhang mit dem versicherten Risiko stehen – und das beurteilt sich nach inhaltlichen Maßstäben.

## 2.

**Verfassungsrechtlich nicht zulässig** ist die **Art und Weise der Finanzierung** der in den §§ 147 ff. SGB XI vorgesehenen Maßnahmen.

### a.

Finanziert werden mussten die Maßnahmen infolge der nicht hinreichenden Refinanzierung durch Steuermittel des Bundes zum überwiegenden Teil aus dem Ausgleichsfonds der sozialen Pflegeversicherung.

### b.

Die Mittel des Ausgleichsfonds der sozialen Pflegeversicherung speisen sich ganz überwiegend aus **Sozialversicherungsbeiträgen**, die von den Versicherten und Dritten geleistet wurden.

### c.

Sozialversicherungsbeiträge unterliegen einer **strengen Zweckbindung**. Die verfassungsrechtlich vorgegebene organisatorische Selbstständigkeit der Sozialversicherung, die sich auch aus Art. 87 Abs. 2 GG ergibt, setzt der Verwendung und dem Transfer von Mitteln aus der Sozialversicherung Grenzen. Die Legitimation der Beitragsbelastung beschränkt sich auf die Finanzierung im **Binnensystem der Sozialversicherung**. Eine Beitragsbelastung in der Sozialversicherung ist verfassungsrechtlich nur dann unbedenklich, wenn Versicherte – und auch nicht-versicherte Beitragszahler wie etwa die Arbeitgeber – über ihre Steuerpflicht hinaus lediglich zu solchen Beiträgen herangezogen werden, die der **Finanzierung des den Versicherten zugutekommenden Versicherungsschutzes** dienen. Die erhobenen Geldmittel dürfen allein zur Finanzierung der Aufgaben der Sozialversicherung eingesetzt werden; dagegen stehen sie **nicht der Befriedigung des allgemeinen Finanzbedarfs des Staates** und seiner sonstigen Glieder zur Verfügung – und diese Erkenntnis begrenzt sowohl die Beitragserhebung dem Grunde nach als auch ihre Bemessung.

### d.

Es bedarf daher der **materiell-rechtlichen Beurteilung** der Frage, ob die Finanzierung der in den §§ 147 ff. SGB XI normierten Maßnahmen über den Ausgleichsfonds der sozialen Pflegeversicherung der eben unter c. dargestellte **Zweckbindung von Sozialversicherungsbeiträgen** entspricht oder nicht. Zu klären ist, ob es einen hinreichend engen Bezug zwischen diesen Maßnahmen und der sozialen Pflegeversicherung gibt, der es rechtfertigt, die Versicherten mit den entsprechenden Kosten zu belasten. Ein **ganz grundlegender Bezug zum Sozialversicherungszweig der sozialen Pflegeversicherung** kann nicht geleugnet werden – ging es doch jedenfalls auch um pandemiebedingte Leistungsmodifikationen innerhalb des SGB XI. Insofern besteht jedenfalls überhaupt ein Bezug zur Sozialversicherung, was – wenn man damit die Gesetzgebungskompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG bejaht – zur Folge hat, dass der Gesetzgeber grundsätzlich auch die **Aufbringung der dafür erforderlichen Mittel** regeln dürfte.

### e.

Bedenken gegen die konkrete Ausgestaltung der Finanzierung des Corona-Maßnahmen ergeben sich aber aus der Erkenntnis, dass diese sich als Erfüllung einer **gesamtgesellschaftlichen**

**Aufgabe** darstellen. Der Schutz vor einer Erkrankung ist in einer Pandemie etwas, was für alle Menschen in Deutschland von maßgeblicher Bedeutung ist – unabhängig davon, ob sie gesetzlich oder privat krankenversichert sind oder Sondersystemen unterliegen. Letztlich geht es nicht um die Regulierung des Sozialversicherungssystems, das ein konkretes Risiko auffangen soll, sondern um eine **spezifische Form der Krisenbewältigung**, die – gleichsam automatisch – auch die Versicherten des SGB XI betrifft. Im Fokus steht aber nicht die Situation der im SGB XI Versicherten, sondern es geht um eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe. Das zeigt sich etwa an der Ausgestaltung des § 150 Abs. 2 SGB XI – in der Sache geht es hier um eine **spezifische Form der Wirtschaftshilfe** während der Coronapandemie. Auch die Erstattung der Testkosten hat keinen ausreichenden Bezug zum SGB XI; die Testung hatte nichts mit dem speziellen Risiko der Pflegebedürftigkeit zu tun; sie nützte auch den Beschäftigten in den Pflegeeinrichtungen und letztlich der **Gesamtbevölkerung in Deutschland**. Und dass die Zahlung von **Corona-Prämien oder Pflege-Boni** als Anerkennungsleistung für die besonders belasteten Pflegekräfte eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe ist, liegt auf der Hand.

Durch die Finanzierungsverantwortung der Pflegekassen wurden den Versicherten eine finanzielle Verantwortung aufgebürdet, die der Sozialversicherung in dieser Form fremd ist. Es geht **nicht um Aspekte im „Binnenbereich der Sozialversicherung“**, sondern um eine **gesamtgesellschaftlich relevante Krisenbewältigung während einer Pandemie**. Der Zugriff auf Sozialversicherungsbeiträge ist in diesem Kontext nicht zulässig.

f.

Bei den in den §§ 147 ff. SGB XI vorgesehenen Maßnahmen handelt es sich ganz überwiegend um **gesamtgesellschaftliche Aufgaben**, deren Umsetzung in keinem hinreichenden Bezug zur Sozialversicherung steht. Es ist dem Gesetzgeber damit verwehrt, solche aus Sozialversicherungsbeiträgen zu finanzieren. Gesamtgesellschaftliche Aufgaben sind grundsätzlich **über Steuern zu finanzieren**; ein Zugriff auf Sozialversicherungsbeiträge ist verwehrt, weil ansonsten Sozialversicherungsbeiträge zur Finanzierung des allgemeinen Staatshaushalts verwendet würden. Das ist eine Konsequenz des allgemeinen Gleichheitssatzes: Die **Erhebung und auch Verwendung von Sozialversicherungsbeiträgen erfordert die Beachtung des aus Art. 3 Abs. 1 GG abgeleiteten Gebots der Belastungsgleichheit**, das nicht nur für Steuern gilt, sondern sich auf alle staatlich geforderten Abgaben erstreckt. Der Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG verlangt einen **sachlich einleuchtenden Grund** dafür, dass ein Privater im Unterschied zu anderen Privaten über seine Steuerpflicht hinaus zu einer Abgabe herangezogen wird. Weitere über die allgemeine Steuerpflicht hinausgehende Abgabelasten bedürfen einer besonderen Rechtfertigung, die sich in der Sozialversicherung für Versicherte aus der Abdeckung des jeweiligen Risikos ergibt – und genau darum geht es vorliegend nicht.

III.

Die bislang gewonnenen Erkenntnisse führen zum Ergebnis, dass eine **vollständige Refinanzierung aus Steuermitteln des Bundes** zu erfolgen hat.

**1.**

Die **finanzielle Beteiligung der privaten Pflegeversicherung an einzelnen Maßnahmen ändert am** Finanzierungsproblem nichts. Die nach dem SGB XI gezahlten Sozialversicherungsbeiträge wurden für nicht genuin sozialversicherungsrechtliche Zwecke verwendet.

**2.**

Erforderlich ist vielmehr eine vollständige Refinanzierung der Maßnahmen als gesamtgesellschaftliche Aufgabe aus **allgemeinen Steuermitteln**. Dabei wäre neben einer einmaligen Zahlung an den Ausgleichfonds der sozialen Pflegeversicherung etwa auch die Erhöhung des Bundeszuschusses nach § 61a SGB XI für mehrere Jahre denkbar.

**IV.**


Sollte keine vollständige Refinanzierung erfolgen, stellt sich die Frage nach dem **Rechtsschutz der Betroffenen**.

**1.**

Den Mitgliedern der sozialen Pflegeversicherung stünde der Rechtsweg zum Sozialgericht offen. Die Inanspruchnahme der im Ausgleichsfonds enthaltenen Sozialversicherungsbeiträge für nicht genuin sozialversicherungsrechtliche Zwecke stellt eine **Verletzung des aus Art. 3 Abs. 1 GG abzuleitenden Gebots der Belastungsgleichheit** dar, die im Wege einer allgemeinen Feststellungsklage nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 SGG oder bei Selbstzahlern über eine Anfechtungsklage nach § 54 Abs. 1 SGG gerichtlich überprüfbar ist und zu einer auch verfassungsrechtlichen Kontrolle führen kann. Das gilt jedenfalls dann, wenn sich der Zugriff auf die Sozialversicherungsbeiträge über den Ausgleichsfonds in rechtlich erheblicher Weise auf die Höhe des Beitragssatzes auswirkt – und das ist angesichts der Höhe der in Anspruch genommenen Mittel anzunehmen.

**2.**

Vor dem Hintergrund der Entscheidung des BSG zur Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung haben auch einzelnen **Pflegekassen oder der Spitzenverband Bund der Pflegekassen** trotz ihrer fehlenden Grundrechtsfähigkeit die Möglichkeit einer gerichtlichen Überprüfung des Zugriffs auf ihre Sozialversicherungsbeiträge. Die Klage vor dem Sozialgericht kann dann in einer Vorlage an das BVerfG nach Art. 100 Abs. 1 GG münden. Ein entsprechendes Klagerecht auch im Sinne der erforderlichen Klagebefugnis lässt sich aus der Zuweisung eines gegen kompetenzwidrige Übergriffe der unmittelbaren Staatsverwaltung geschützten Kompetenz- und Finanzbereichs im Rahmen der Sozialversicherung herleiten. Das bestehende Rechtsverhältnis lässt sich hinreichend konkret beschreiben, so dass in der hier vorliegenden Fallkonstellation eine Feststellungsklage nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 SGG statthaft wäre.





# Nicht refinanzierte Pandemiekosten

