

BUNDESSOZIALGERICHT



Im Namen des Volkes

Urteil

in dem Rechtsstreit

Az: 1 RR 3/92

Allgemeine Ortskrankenkasse Köln,
Köln, Machabäerstraße 19/27,

vertreten durch den AOK Bundesverband,
Bonn, Kortrijker Straße 1,

Klägerin und Revisionsklägerin,

g e g e n

Bundesrepublik Deutschland,
vertreten durch das Bundesversicherungsamt,
Berlin, Reichpietschufer 74 - 76,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

beigeladen:

1),

2) Betriebskrankenkasse der Colonia-Versicherungen,
Köln 80, Colonia-Allee 10 - 20,



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



- 2 -

Prozeßbevollmächtigter zu 1) und 2):

.....,

3) AOK-Landesverband Rheinland,

Düsseldorf 1, Kasernenstraße 61,

4) Landesverband der Betriebskrankenkassen Nordrhein-Westfalen,

Essen 1, Kronprinzenstraße 6,

5) Verband der Angestellten-Krankenkassen e.V.,

Siegburg, Frankfurter Straße 84,

6) Allgemeine Ortskrankenkasse Mannheim,

Mannheim 1, Renzstraße 11 - 13,

vertreten durch den AOK-Bundesverband,

Bonn 2, Kortrijker Straße 1,

Revisionsklägerin,

7),

Prozeßbevollmächtigter:

.....,

8) AOK Die Krankenkasse für Hamburg,

Hamburg 36, Kaiser-Wilhelm-Straße 93.

vertreten durch den AOK Bundesverband,

Bonn, Kortrijker Straße 1.

Der 1. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. September 1993 durch den Präsidenten Prof. Dr. R e i t e r, die Richterinnen Dr. W o l f f und den Richter K u m m e r sowie die ehrenamtlichen Richter G e r n e r und Dr. B r a n d e n b u r g für Recht erkannt:



Die Revisionen der Klägerin und der Beigeladenen zu 6) gegen das Urteil des Landessozialgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen vom 2. Oktober 1991 werden zurückgewiesen.

Die Klägerin und die Beigeladenen zu 3), 6) und 8) haben als Gesamtschuldnerinnen den Beigeladenen zu 1) und 7) deren außergerichtliche Kosten für das Berufungs- und Revisionsverfahren zu erstatten. Die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen zu 1) und 7) für das erstinstanzliche Verfahren werden der Klägerin sowie den Beigeladenen zu 3) und 6) als Gesamtschuldnerinnen auferlegt. Im übrigen haben die Beteiligten einander außergerichtliche Kosten nicht zu erstatten.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Gründe:

I

Die Beteiligten streiten darüber, ob die Beklagte die bei den beigeladenen Aktiengesellschaften - Beigeladene zu 1) und 7) - erfolgte Errichtung von Betriebskrankenkassen genehmigen durfte.

Am 27. August 1987 beantragten die Beigeladenen zu 1) und 7) die Genehmigung zur Errichtung je einer Betriebskrankenkasse. Die Beklagte hatte zunächst Bedenken, weil den beiden Betrieben zum Zeitpunkt der Antragstellung nicht jeweils 450 versicherungspflichtig beschäftigte Mitglieder von Ortskrankenkassen angehörten. Um diese Bedenken auszuräumen, wurde vom Bundesversicherungsamt ein Lösungsvorschlag entwickelt, der ua vorsah, daß die Beigeladenen zu 1) und 7) eine hinreichende Anzahl von versicherungspflichtigen Ersatzkassenmitgliedern aus dem Kreis ihrer Beschäftigten zum kurzfristigen Eintritt in die örtliche Allgemeine Ortskrankenkasse (AOK) bewegen sollten. Da dieser Weg auch den Vorständen der Beigeladenen zu 1) und 7) geeignet erschien, legte das Bundesversicherungsamt am 23. März 1988 gegenüber den Beigeladenen zu 1) und 7) einen genauen Zeitplan für den Versicherungswechsel der für erforderlich gehaltenen Anzahl von Beschäftigten und den Ablauf des Verfahrens nach § 225a Abs 2 Reichsversicherungsordnung (RVO) aF vor. Aufgrund eines entsprechenden Informationsschreibens der Beigeladenen zu 1) und 7) an alle Mitarbeiter verließen zahlreiche Beschäftigte der beiden Betriebe im ganzen Bundesgebiet die Ersatzkassen und wurden Mitglieder der für sie örtlich zuständigen Ortskrankenkassen. Bei der Abstimmung über die Errichtung der geplanten Betriebskrankenkassen waren im Juli 1988 bei der Beigeladenen zu 1) - 577 und bei der Beigeladenen zu 7) - 548 Beschäftigte Mitglieder von Ortskrankenkassen. Davon stimmten bei der Beigeladenen zu 1) 452 und bei der Beigeladenen zu 7) 470 für den Vorschlag, eine Betriebskrankenkasse zu errichten. Nach Anhörung der betroffenen Ortskrankenkassen genehmigte das Bundesversicherungsamt mit Bescheiden vom 20. Dezember 1988 die Errichtung der Betriebskrankenkassen und bestimmte den 1. Februar 1989 als Zeitpunkt für die Errichtung.

Am 20. Januar 1989 haben die Klägerin beim Sozialgericht Köln (SG), die Beigeladene zu 6) beim SG Mannheim und die Beigeladene zu 8) beim SG Hamburg Klage erhoben. Durch Beschlüsse vom 2. Mai 1989 und 10. Oktober 1990 sind die Verfahren vor dem SG Mannheim und dem SG Hamburg auf Antrag aller dort Beteiligten im Hinblick auf das beim SG Köln anhängige Verfahren zum Ruhen gebracht worden. Das SG Köln hat durch Urteil vom 4. September 1989 die Klage abgewiesen. Auch die Berufungen der Klägerin und der Beigeladenen zu 3) und 6) sowie der erst im Berufungsverfahren beigeladenen AOK Hamburg - der Beigeladenen zu 8) - sind erfolglos geblieben. Das



Landessozialgericht (LSG) hat zur Begründung seiner Entscheidung ua ausgeführt: Nachdem die Betriebskrankenkassen der Beigeladenen zu 1) und 7) am 1. Februar 1989 ins Leben getreten und ab 1. Juli 1989 zur Beigeladenen zu 2) vereinigt worden seien, könne die Errichtung nicht mehr durch Aufhebung der Genehmigung rückgängig gemacht werden. Dies sei nur über ein Auflösungsverfahren nach den Vorschriften der §§ 152 und 153 Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB V) zu erreichen. Damit hätten sich die Genehmigungsbescheide gemäß § 131 Abs 1 Satz 3 des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) in dem Sinne erledigt, daß für die Schließung der Kasse die Aufhebung der Genehmigungsbescheide nicht mehr ausreiche. Es sei vielmehr zu prüfen, ob die angefochtenen Bescheide iS von § 131 Abs 1 Satz 3 SGG rechtswidrig seien. Das könne aber nur bejaht werden, wenn das Gericht die Verwaltungsakte vor Eintritt der Erledigung hätte aufheben können. Wenn jedoch die Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsaktes zu diesem Zeitpunkt nicht zu seiner Aufhebung führen könne, dann dürfe im Wege der Fortsetzungsfeststellungsklage auch nicht die Rechtswidrigkeit iS von § 131 Abs 1 Satz 3 SGG gerichtlich ausgesprochen werden. Ein solcher Fall liege hier vor. Die angefochtenen Bescheide des Bundesversicherungsamtes seien zwar wegen eines Verfahrensfehlers rechtswidrig gewesen, doch hätten die Berufungskläger bis zum 31. Januar 1989 ihre Aufhebung nicht beanspruchen können, weil keine andere Entscheidung in der Sache hätte ergehen dürfen (§ 42 Satz 1 Zehntes Buch Sozialgesetzbuch <SGB X>). An der Vorbereitung und dem Erlass der angefochtenen Bescheide seien als Leiter der Abteilung II des Bundesversicherungsamtes der Leitende Regierungsdirektor v. K. und als Referatsleiter Oberregierungsrat W. beteiligt gewesen. Sie hätten spätestens zu Beginn des Jahres 1988 ihren Behördenleiter nach § 17 Abs 1 Satz 1 SGB X darüber unterrichten müssen, daß sie in dem Verwaltungsverfahren betreffend die Anträge der Beigeladenen zu 1) und 7) nicht mehr als unparteiisch angesehen werden könnten. Auf eine entsprechende Anzeige hätte der Präsident des Bundesversicherungsamts Dr. C. prüfen müssen, ob er die Anordnung zu erlassen habe, daß sich die beiden Beamten der weiteren Mitwirkung enthalten müßten. Hätte Dr. C. dies auf eine entsprechende Anzeige geprüft, wäre er verpflichtet gewesen, die Aufsichtsbehörde einzuschalten, weil er selbst nach § 17 Abs 1 Satz 2 SGB X der Besorgnis der Befangenheit ausgesetzt gewesen sei. Denn sein Verhalten und das der genannten Beamten habe spätestens ab Ende 1987 Zweifel daran begründet, ob sie unparteiisch über die Anträge der Beigeladenen zu 1) und 7) entscheiden würden. Jedenfalls hätten die von der Entscheidung des Bundesversicherungsamtes betroffenen Ortskrankenkassen bei genauer Kenntnis der Vorgänge im Bundesversicherungsamt erhebliche Zweifel daran haben können, daß die Genehmigungsbehörde ihre berechtigten Belange sachgerecht in den Entscheidungsprozeß einbeziehen würde. Bei Durchsicht der Verwaltungsakten dränge sich der Eindruck auf, daß - wie der Vermerk vom 14. März 1988 zeige - von Beginn des Verfahrens an allein nach einem Weg gesucht worden sei, im Sinne der Antragstellerinnen zu entscheiden. Dagegen hätte zumindest bis Mitte 1988 eine andere



Entscheidung sehr viel näher gelegen, nämlich die Ablehnung der Errichtung der geplanten Betriebskrankenkassen wegen Fehlens der gesetzlichen Voraussetzungen, vor allem im Hinblick auf die zu geringe Zahl von versicherungspflichtigen AOK-Mitgliedern. Die Beamten seien weit über die Beratungspflicht hinausgegangen, die der Genehmigungsbehörde allen Antragstellern gegenüber obliege. Sie hätten durch ihr Verhalten den betroffenen Allgemeinen Ortskrankenkassen einen Grund für die Besorgnis der Befangenheit (§ 17 Abs 1 SGB X) gegeben. Die Mitwirkung befangener Beamter am Verwaltungsverfahren mache die Errichtungsgenehmigung rechtswidrig. Gleichwohl habe bis zum 31. Januar 1988 kein Anspruch auf Aufhebung der Genehmigungsentscheidung bestanden, weil der Verfahrensfehler nicht zur Nichtigkeit der Bescheide nach § 40 SGB X geführt habe und keine andere Entscheidung in der Sache hätte getroffen werden können. Die gesetzlichen Voraussetzungen für die von der Beklagten ausgesprochenen Genehmigungen hätten vorgelegen. Die Mehrheit der volljährigen Beschäftigten der Beigeladenen zu 1) und 7) habe der Errichtung der Betriebskrankenkassen gemäß § 225a Abs 2 RVO aF zugestimmt. Auf die Dauer des Bestehens der Mitgliedschaft könne dabei ebenso wenig abgestellt werden wie auf die Motive, die die einzelnen Beschäftigten bewogen hätten, einer Ortskrankenkasse beizutreten. Auch die Einflußnahme des Arbeitgebers auf Beschäftigte, von der Ersatzkasse in eine Allgemeine Ortskasse zu wechseln, habe rechtlich keine Bedeutung. Die Abstimmung werde nicht dadurch ungültig, daß an ihr zahlreiche Mitglieder von Ortskrankenkassen teilgenommen hätten, die den Ortskrankenkassen nur beigetreten seien, um abstimmungsberechtigt zu werden.

Mit den - vom Senat zugelassenen - Revisionen rügen die Klägerin und die Beigeladene zu 6) eine Verletzung der Vorschriften der §§ 16, 17, 40 sowie 42 SGB X und des § 225a RVO aF und machen zur Begründung geltend: Die Bescheide der Beklagten seien gemäß § 40 Abs 1 SGB X nichtig. Sie seien mit einem besonders schweren offenkundigen Fehler behaftet. Die Beklagte selbst habe konzeptionell und durch Mittelsmänner faktisch alles getan, um das von ihr gewünschte Ergebnis, nämlich die Herstellung der Abstimmungsvoraussetzungen, herbeizuführen. Dadurch seien die Bescheide rechtsfehlerhaft zustande gekommen. Entgegen der Auffassung des LSG könne nicht aus § 40 Abs 3 Nr 2 SGB X und dem Stufenverhältnis von §§ 16 und 17 SGB X geschlossen werden, daß die Bescheide nur rechtswidrig, aber nicht nichtig seien. § 40 Abs 3 Nr 2 SGB X nehme die Fälle des § 16 Abs 1 Nr 1 SGB X aus. Folglich könnten Fälle, in denen Beteiligte für eine Behörde tätig würden, deren Verwaltungsakt nichtig machen. Dem liege der Gedanke zugrunde, daß die in § 16 Abs 1 Nr 1 SGB X genannten Personen der Gefahr unterlägen, nach subjektiven anstatt nach objektiven Aspekten Einfluß auf das Verfahren zu nehmen. Aus der Sicht eines unbefangenen Beobachters verbleibe hinsichtlich des Verhaltens der Mitarbeiter der Beklagten nicht nur Mißtrauen in die unparteiische Amtsführung, sondern dränge sich der Eindruck der offensichtlichen Parteilichkeit der Beklagten auf. Das Mitwirken von Beteiligten für die Behörde in einem Verwaltungsverfahren sei durch § 16 SGB X verboten. Die am Verwaltungsverfahren



mitwirkenden Amtswalter, die sachverhaltsgestaltend initiativ würden, um dem Antragsteller zu seinem Begehren zu verhelfen, stellten sich mit diesem auf eine Stufe. Das LSG habe § 42 SGB X in Bezug auf das Herbeiführen der Voraussetzungen des § 225a RVO aF falsch interpretiert. Es subsumiere das Verhalten der namentlich benannten Amtswalter lediglich unter § 17 SGB X. Dabei verkenne es, daß das Verhalten zum Ziel gehabt habe, die materiellen Voraussetzungen zu schaffen, um den beantragten Verwaltungsakt zu erlassen. Das könne nicht lediglich als Verfahrensfehler qualifiziert werden. § 42 SGB X sei daher nicht anwendbar. Hinzu komme, daß eine andere Entscheidung in der Sache hätte getroffen werden können. Hätten die Beamten der Beklagten nämlich nicht durch ihr Verhalten die Voraussetzungen für die Durchführung der Abstimmung geschaffen, hätte diese nicht erfolgen können und die Beklagte wäre nicht in der Lage gewesen, die angefochtenen Errichtungsgenehmigungen auszusprechen. Im übrigen habe die Genehmigung aber auch deshalb versagt werden müssen, weil den Betrieben der Beigeladenen zu 1) und 7) nicht - wie dies § 245 RVO aF zum Zeitpunkt der Entscheidung der Aufsichtsbehörde vorausgesetzt habe - jeweils regelmäßig 450 versicherungspflichtige Abstimmungsberechtigte angehört hätten. Die Ersatzkassenmitglieder seien nämlich nur kurzfristig in die für sie zuständigen AOKn eingetreten, so daß von einer regelmäßigen Zugehörigkeit der erforderlichen Zahl der Abstimmungsberechtigten keine Rede sein könne.

Die Klägerin und die Beigeladene zu 6) beantragen,

das Urteil des Landessozialgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen vom 2. Oktober 1991 und das Urteil des Sozialgerichts Köln vom 4. September 1989 aufzuheben und festzustellen, daß die Bescheide der Beklagten vom 20. Dezember 1988 nichtig sind,

hilfsweise festzustellen,

daß die Bescheide der Beklagten vom 20. Dezember 1988 rechtswidrig sind.

Die Beklagte beantragt,

die Revisionen zurückzuweisen.

Sie hält die angefochtene Entscheidung im Ergebnis für zutreffend. Entgegen der Ansicht des LSG habe jedoch kein Grund vorgelegen, der geeignet gewesen sei, Mißtrauen gegen die unparteiische Amtsausübung der Beamten zu rechtfertigen, die am Genehmigungsverfahren mitgewirkt hätten. Es liege damit kein Verfahrensfehler vor. Schon deshalb komme eine Nichtigkeit der Bescheide nicht in Betracht. Soweit das LSG seine Auffassung darauf stütze, daß spätestens zu Beginn des Jahres 1988 das Verfahren mit einem Ablehnungsbescheid hätte abgeschlossen werden können, habe es die Verwaltungsvorgänge unrichtig beurteilt. Es entspreche normalem Verwaltungshandeln, einen abschließenden Bescheid erst dann zu treffen, wenn alle rechtlichen und tatsächlichen Fragen ausreichend erörtert worden seien. Daran habe es



aber zu dem genannten Zeitpunkt noch gefehlt, zumal die Antragstellerinnen zu allen Anstrengungen bereit gewesen seien, die Genehmigungsvoraussetzungen noch herbeizuführen. Die Erörterung der rechtlichen Gegebenheiten in der Besprechung vom 18. März 1988 gehe entgegen der Ansicht des LSG auch nicht über die Beratungspflichten hinaus, die der Genehmigungsbehörde allen Antragstellern gegenüber oblägen. Die Genehmigungsbescheide seien somit nicht verfahrensfehlerhaft zustandegekommen. Aber selbst wenn ein Verfahrensfehler iS von § 17 SGB X vorläge, hätte er nicht die Nichtigkeit der Verwaltungsakte zur Folge. Denn selbst bei der Mitwirkung einer von vornherein gemäß § 16 Abs 1 Satz 1 Nr 2 - 6 SGB X ausgeschlossenen Person sei ein Verwaltungsakt nicht schon aus diesem Grunde nichtig (§ 40 Abs 3 Nr 2 SGB X).

Die Beigeladenen zu 3) und 8) schließen sich den Ausführungen der Klägerin an. Die Beigeladene zu 8) macht dazu ergänzend geltend: Eine offensichtliche Parteinahme eines Amtsträgers könne - entgegen der Auffassung des LSG - zur Nichtigkeit des Verwaltungsakts führen. Die §§ 16 und 17 SGB X seien keine bloßen formalen Ordnungsvorschriften, sondern würden aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitet. Sie sollten sicherstellen, daß das Handeln der Behörden nach Möglichkeit von persönlich-subjektiven Einflüssen freigehalten werde und auch der bloße Schein möglicher Parteilichkeit vermieden werde. Nach den genannten Vorschriften sei dementsprechend bereits die Mitwirkung von Personen ausgeschlossen bzw auszuschließen, bei denen die rein abstrakte Möglichkeit der Befangenheit bestehe. Da das Gesetz den Kreis der Personen, deren Mitwirkung kraft Gesetzes bzw kraft Anordnung ausgeschlossen sei, sehr weit ziehe, mache es durchaus Sinn, wenn § 40 Abs 3 Nr 2 SGB X bestimme, daß die bloße Mitwirkung ausgeschlossener Personen allein kein Nichtigkeitsgrund sei. Sei ein beteiligter Amtsträger nicht lediglich der Befangenheit verdächtig, sondern habe sich die vom Gesetz gesehene Gefahr durch konkrete Handlungen des Amtsträgers realisiert, dann könne § 40 Abs 3 Nr 2 SGB X keine Anwendung finden.

Die Beigeladenen zu 1) und 7) beantragen,
die Revisionen der Klägerin und der Beigeladenen zu 6) zu verwerfen,
hilfsweise zurückzuweisen.

Sie machen ua geltend, für die Fortsetzungsfeststellungsklage bestehe kein Feststellungsinteresse, da schon nach dem Vortrag der Revisionsklägerinnen nur ein Verfahrensfehler vorliegen könne. Es würde aber für die begehrte Feststellung nicht ausreichen, wenn die Genehmigungsbescheide unter Verstoß gegen Verfahrensvorschriften erlassen worden wären. Denn insoweit müsse beachtet werden, daß hier § 42 SGB X anzuwenden sei und daß die Feststellung der Rechtswidrigkeit daher das Fehlen materiellrechtlicher Voraussetzungen für die erteilten Genehmigungen



voraussetze. Im übrigen könne bei zutreffender Wertung der Verwaltungsvorgänge von einer Voreingenommenheit der Beamten, die am Genehmigungsverfahren mitgewirkt hätten, nicht die Rede sein. Dies gelte auch im Hinblick auf den Vermerk vom 14. März 1988. In ihm seien lediglich - unter Berücksichtigung der zwischen dem Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung und dem Bundesversicherungsamt streitigen Frage der Abstimmungsberechtigung der versicherungspflichtigen Ersatzkassenmitglieder - die rechtlichen Aspekte erörtert und vier Alternativen entwickelt worden. Die Akten gäben aber keinerlei Anhalt für ein zu beanstandendes Zusammenwirken von Mitarbeitern des Bundesversicherungsamtes und der beigeladenen Arbeitgeber.

Die Beigeladenen zu 2) und 4) schließen sich dem Antrag der Beigeladenen zu 1) und 7) an.

II

Die Revisionen der Klägerin und der Beigeladenen zu 6) haben keinen Erfolg.

1. Der Senat kann nicht prüfen, ob das SG Köln für die Entscheidung örtlich zuständig war und ob das Urteil des LSG, soweit es unausgesprochen von der Zuständigkeit des SG Köln ausgegangen ist, zutrifft. Dies ergibt sich aus der im sozialgerichtlichen Verfahren gemäß § 202 SGG entsprechend anwendbaren Vorschrift des § 549 Abs 2 der Zivilprozeßordnung <ZPO> (BSGE 10, 233, 236 = SozR Nr 1 zu § 549 ZPO; BSG SozR 1750 § 549 Nr 1).

2. Mit dem Hauptantrag begehrt die Klägerin die Feststellung, daß die Genehmigungsbescheide der Beklagten vom 20. Dezember 1988 nichtig sind. Diese Feststellungsklage ist zulässig. Nach § 55 Abs 1 Nr 4 SGG kann mit der Klage die Feststellung der Nichtigkeit eines Verwaltungsakts begehrt werden, wenn der Kläger ein berechtigtes Interesse an der baldigen Feststellung hat. Das ist im vorliegenden Falle zu bejahen. Wenn nämlich die Bescheide der Beklagten vom 20. Dezember 1988 nichtig sind, dann konnten sie keine rechtliche Wirkung entfalten (vgl BVerwGE 35, 334, 335), und es fehlte damit die für die Errichtung einer Betriebskrankenkasse erforderliche Genehmigung iS des staatlichen Errichtungsakts (vgl die hier noch anwendbare Vorschrift des § 253 Abs 1 RVO aF). Das würde aber bedeuten: Die Betriebskrankenkassen der Beigeladenen zu 1) und 7) wären ohne ausreichende Rechtsgrundlage errichtet worden und müßten "rückabgewickelt" werden. Damit stünde aber auch fest, daß die Klägerin keine Mitglieder an die - aus den beiden Betriebskrankenkassen hervorgegangene - Beigeladene zu 2) verloren hätte.



3. Die Feststellungsklage ist jedoch nicht begründet. Auch wenn der Senat - wofür insbesondere der in den Verwaltungsakten enthaltene Vermerk vom 14. März 1988 sprechen könnte - davon ausgeht, daß das Verhalten der Beamten, die beim Bundesversicherungsamt am Verwaltungsverfahren mitgewirkt haben, geeignet war, Mißtrauen gegen ihre unparteiische Amtsausübung zu rechtfertigen (§ 17 Abs 1 Satz 1 SGB X), sind die Genehmigungsbescheide vom 20. Dezember 1988 nicht nichtig. Dies ergibt sich aus einer Auslegung der § 40 iVm §§ 16 und 17 SGB X, die den Sinn und Zweck dieser Regelungen hinreichend berücksichtigt.

Nach § 40 Abs 1 SGB X ist ein Verwaltungsakt nichtig, wenn er an einem besonders schwerwiegenden Fehler leidet und dies bei verständiger Würdigung aller in Betracht kommenden Umstände offenkundig ist. Diese Vorschrift enthält eine Generalklausel zur Beurteilung der Nichtigkeit von Verwaltungsakten. Ihr folgt in § 40 Abs 2 SGB X ein Katalog von Fällen, in denen - ohne Rücksicht auf das Vorliegen der Voraussetzungen des Abs 1 - der Verwaltungsakt stets nichtig ist, und in § 40 Abs 3 SGB X ein sog Negativkatalog, der typisiert diejenigen Fälle umfaßt, bei denen nach dem Willen des Gesetzgebers der Verwaltungsakt - trotz eines erheblichen Mangels - nicht nichtig sein soll. Von dem Negativkatalog werden auch diejenigen Verwaltungsakte erfaßt, an denen eine nach § 16 Abs 1 Satz 1 Nr 2 - 6 SGB X ausgeschlossene Person mitgewirkt hat (vgl § 40 Abs 3 Nr 2 SGB X). Diese Ausnahme beruht auf folgender Erwägung: Auch wenn eine nach § 16 Abs 1 Satz 1 Nr 2 - 6 SGB X ausgeschlossene Person mitgewirkt hat, kann der Verwaltungsakt dem materiellen Recht entsprechen, also richtig sein (vgl dazu BR-Drucks 269/70, S 51 zu § 34 Abs 3 Nr 2 des Entwurfs des Verwaltungsverfahrensgesetzes <VwVfG>; BT-Drucks 8/2034, S 533 zu §§ 36 bis 41 des Entwurfs des SGB X). Die Mitwirkung der ausgeschlossenen Personen soll - jedenfalls in der Regel - nicht dazu führen, daß die Verwaltungsentscheidung keinerlei Wirkung entfaltet. Vielmehr ist die Entscheidung lediglich anfechtbar, also rechtswidrig (Stelkens/Sachs in Stelkens/Bonk/Leonhardt, VwVfG, Komm, 3. Aufl, § 44 RdNr 97; Klappstein in Knack, VwVfG, Komm, 3. Aufl, § 44 RdNr 6.2; Schroeder-Printzen in Schroeder-Printzen/Engelmann/Schmalz/Wiesner/von Wulffen, SGB X, Komm, 2. Aufl, § 40 Anm 6.2), und es muß dann gemäß § 42 SGB X geprüft werden, ob keine andere Entscheidung in der Sache hätte getroffen werden können.

Obwohl § 17 SGB X nicht in dem Negativkatalog des § 40 Abs 3 SGB X aufgeführt ist, gilt dessen Rechtsfolge - keine Nichtigkeit - auch dann, wenn in einem Verwaltungsverfahren für eine Behörde eine Person tätig wird, bei der die Besorgnis der Befangenheit besteht. Denn die Besorgnis der Befangenheit rechtfertigt - jedenfalls für sich allein - keineswegs immer den Schluß, daß der von dem befangenen Beamten erlassene Verwaltungsakt auch dem materiellen Recht widerspricht. Es besteht auch sonst kein Grund, bei der Anwendung des § 40 SGB X danach zu differenzieren, ob Personen an einer Verwaltungsentscheidung mitgewirkt haben, die nach § 16 Abs 1 Satz 1 Nr 2 - 6 SGB X



oder nach § 17 SGB X nicht tätig werden durften (im Ergebnis wie hier Clausen in Knack, VwVfG § 21 RdNr 5; Bonk in Stelkens/Bonk/Leonhardt, VwVfG § 21 RdNr 19; Kopp, VwVfG, Komm, 5. Aufl, § 21 RdNr 12; Pickel, rv 1986, 61, 65). Der Unterschied der beiden Fallgruppen liegt lediglich darin, daß der Gesetzgeber in § 16 Abs 1 SGB X typische Fälle erfaßt hat, bei denen er bestimmte Personen von der Mitwirkung stets ausschließen will, während es nach § 17 SGB X auf die Umstände des Einzelfalles ankommt, ob der betroffene Behördenmitarbeiter von der Mitwirkung ausgeschlossen sein soll oder nicht (vgl dazu Borgs in Meyer/Borgs-Maciejewski, VwVfG, 2. Aufl, Vorbem 4 vor § 20; s auch Kopp, aaO, § 21 RdNr 1 - 3 und von Wulffen in Schroeder-Printzen ua, SGB X § 17 RdNr 1).

Für die Anwendung des § 40 Abs 1 SGB X auf einen Verwaltungsakt, den ein befangener Amtswalter erlassen hat, spricht - entgegen der Auffassung der Revisionsklägerinnen - auch nicht, daß der Negativkatalog des § 40 Abs 3 SGB X den Fall ausnimmt, in dem jemand amungsverfahren mitwirkt, der selbst Beteiligter ist (§ 16 Abs 1 Nr 1 SGB X). Denn dieser Fall darf nicht mit dem Tätigwerden eines befangenen Behördenmitarbeiters iSv § 17 SGB X gleichgesetzt werden. Bei demjenigen, der selbst Beteiligter ist, liegt es nahe, daß er bei der Entscheidung nur seine eigenen Interessen im Auge gehabt hat (vgl dazu Schroeder-Printzen, aaO, § 40 Anm 6.2; Stelkens/Sachs in Stelkens/Bonk/Leonhardt, § 44 RdNr 97; Kopp, § 44 RdNr 54). Dagegen wird der befangene Behördenmitarbeiter nur für einen anderen, nämlich für die öffentlich-rechtliche Körperschaft oder Anstalt, tätig, deren Behörde er angehört, so daß es grundsätzlich nicht um seine eigenen Interessen geht.

Ob wegen der Worte "ist nicht schon deshalb nichtig" in § 40 Abs 3 SGB X jedenfalls dann Nichtigkeit des Verwaltungsaktes angenommen werden muß, wenn sich die Mitwirkung der an sich ausgeschlossenen Person auf den Gang des Verwaltungsverfahrens ausgewirkt hat (so wohl Kopp, aaO, § 44 RdNr 52; Stelkens/Sachs, aaO, § 44 RdNr 98; Meyer, aaO, § 44 RdNr 4), kann der Senat hier offen lassen. Nach der Auffassung der Revisionsklägerinnen hat zwar erst das "parteiische" Verhalten der Beamten des Bundesversicherungsamts die Beigeladenen zu 1) und 7) dazu veranlaßt, Betriebsangehörige, die den Ersatzkassen angehörten, zum Übertritt zu AOKn aufzufordern und damit die - nach Auffassung der Aufsichtsbehörde - für die Errichtung der beiden Betriebskrankenkassen erforderliche Zahl versicherungspflichtiger AOK-Mitglieder sicherzustellen. Selbst wenn im naturwissenschaftlichen Sinne ein Ursachenzusammenhang zwischen dem Verhalten der Beamten des Bundesversicherungsamts und dem entsprechenden Tätigwerden der Arbeitgeber gegeben sein sollte, würde dies nicht genügen, um die - als gebundene Entscheidung und nicht als Ermessensentscheidung zu erlassende (Krauskopf/Schroeder-Printzen, Soziale Krankenversicherung, Komm, RVO § 253 Anm 3) - Errichtungsgenehmigung nach der Generalklausel des § 40 Abs 1 SGB X als nichtig zu beurteilen. Von einer Auswirkung des



parteiischen Verhaltens eines Beamten auf das Verwaltungsverfahren kann nämlich nur gesprochen werden, wenn der Beamte entscheidend auf den Ausgang des Verfahrens Einfluß nehmen, zB wenn er die Voraussetzungen für die Genehmigung selbst schaffen kann. Ist der Ausgang des Verfahrens dagegen von der Entschließung anderer Personen und ihrem Handeln abhängig, dann darf nicht der gesamte weitere Verlauf des Verwaltungsverfahrens und insbesondere sein Ausgang auf das Verhalten des Amtswalters zurückgeführt werden. Selbst wenn der Antragsteller oder andere Personen dem Vorschlag eines Beamten folgen, ist der Vorschlag nur eine unter mehreren Bedingungen. Bei einer rechtlichen Bewertung dieser Bedingungen kommt - jedenfalls wenn der Amtswalter lediglich legale Möglichkeiten aufgezeigt hat - dem Vorschlag gegenüber dem Verhalten des Antragstellers oder weiterer betroffener Personen nur untergeordnete Bedeutung zu, so daß es im rechtlichen Sinne an der Kausalität zwischen Vorschlag und Ausgang des Verwaltungsverfahrens fehlt. So liegen die Dinge hier.

Den Beigeladenen zu 1) und 7) blieb es selbst überlassen, aus den im Vermerk vom 14. März 1988 dargestellten Alternativen ihre Schlüsse zu ziehen und sich für oder gegen eine Werbung zum Übertritt versicherungspflichtiger Ersatzkassenmitglieder zu AOKn zu entscheiden. Die von den Beamten des Bundesversicherungsamts aufgezeigte, von den Revisionsklägerinnen kritisierte Alternative widerspricht als solche auch nicht dem Gesetz. Es gibt keine Normen, die es dem Arbeitgeber untersagen, bei seinen Betriebsangehörigen für einen Kassenwechsel zu werben, um die - nach Ansicht der Aufsichtsbehörde - notwendige Zahl der Abstimmungsberechtigten sicherzustellen. Der Erfolg der "Werbeaktion" - und damit die Verwirklichung des "Vorschlags" der Beamten - hing aber auch von der freien Willensentschließung der in den Betrieben der Beigeladenen zu 1) und 7) beschäftigten Arbeitnehmer ab.

Es kommt hinzu, daß die Beamten des Bundesversicherungsamts bei den im Vermerk vom 14. März 1988 entwickelten Alternativen von Vorstellungen ausgegangen sind, die der Senat nicht teilt. Der erkennende Senat hat in der Entscheidung vom 8. April 1987 - 1 RR 14/85 - (BSGE 61, 244, 250 ff), auf die der Vermerk Bezug nimmt, nur angenommen, daß versicherungspflichtige und von der Mitgliedschaft bei einer gesetzlichen Krankenkasse befreite Ersatzkassenmitglieder nicht zu den iS des § 225a Abs 1 Satz 1 RVO aF "beteiligten", dh abstimmungsberechtigten Arbeitnehmern gehören. Aus dem Urteil kann aber nicht hergeleitet werden, daß versicherungspflichtige Ersatzkassenmitglieder nicht bei der nach § 245 Abs 1 RVO aF für die Errichtung einer Betriebskrankenkasse notwendigen Zahl von 450 Versicherungspflichtigen, die regelmäßig im Betrieb beschäftigt sein müssen, mitberücksichtigt werden dürften (vgl dazu auch Peters, Handbuch der Krankenversicherung, Teil II, RVO § 245 Anm 6 und 8). Etwas anderes ergab sich auch nicht aus § 253 RVO aF. Zwar hieß es dort, daß die Genehmigung nur verweigert werden darf, wenn ua die Kasse nicht die vorgeschriebene Zahl von Mitgliedern hat. Diese Regelung, die sich nur auf § 245 RVO aF beziehen kann,



bedeutet nicht, daß die Genehmigung von einer Mindestzahl von 450 versicherungspflichtigen AOK-Mitgliedern abhängig wäre. Vielmehr mußten in dem Betrieb nur mindestens 450 Versicherungspflichtige beschäftigt sein. Nur dann konnte die Genehmigungsbehörde bei ihrer Entscheidung davon ausgehen, daß die zu errichtende Betriebskrankenkasse genügend Mitglieder haben wird, um "lebensfähig" zu sein. Wenn § 253 Abs 2 RVO aF von der "vorgeschriebenen Mitgliederzahl" spricht, kann es sich also nur um die voraussichtliche, bei der Genehmigung noch nicht endgültig feststehende Mitgliederzahl der zu errichtenden Betriebskrankenkasse handeln. Der von den Beamten im Vermerk angesprochene Wechsel von Ersatzkassenmitgliedern zu AOKn war also gar nicht erforderlich, um die vom Gesetz verlangten Voraussetzungen für die Genehmigungen zu erfüllen; denn beide Betriebe hatten schon vor der "Werbeaktion" der Beigeladenen zu 1) und 7) die erforderliche Zahl versicherungspflichtiger Betriebsangehöriger.

Es widerspricht - entgegen der Auffassung der Revisionsklägerinnen - auch nicht dem Gesetz, daß die Beklagte mit der Entscheidung über die Genehmigung der Errichtung von Betriebskrankenkassen gewartet hat, bis die nach ihrer Auffassung jeweils erforderliche Zahl von versicherungspflichtigen AOK-Mitgliedern erreicht war. Zwar kann eine Behörde - wie sich aus § 26 Abs 7 SGB X ergibt - Fristen setzen, um ein Verwaltungsverfahren zum Abschluß zu bringen (vgl dazu von Wulffen, aaO, § 26 RdNr 5). Sie muß dabei aber auch auf die Belange des Antragstellers Rücksicht nehmen und ihm Gelegenheit einräumen, notwendige Angaben zu ergänzen oder Unterlagen beizubringen. Nichts anderes kann für das Genehmigungsverfahren zur Errichtung einer Betriebskrankenkasse gelten. Auch hier ist die Aufsichtsbehörde nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, dem Antragsteller die Möglichkeit zu geben, Hindernisse für die Genehmigung zu beseitigen. Daß das Bundesversicherungsamt die Anträge der Beigeladenen zu 1) und 7) nicht sofort abgelehnt hat, ist deshalb kein ausreichender Grund anzunehmen, daß sich das von den Revisionsklägerinnen als "parteiisch" angesehene Verhalten der Beamten des Bundesversicherungsamts offensichtlich auf den Ausgang des Genehmigungsverfahrens ausgewirkt hätte.

4. Auch der Hilfsantrag der Revisionsklägerinnen, festzustellen, daß die Bescheide der Beklagten vom 20. Dezember 1988 rechtswidrig sind, kann keinen Erfolg haben. Prozessual war für diesen Antrag der - hier schon im Verfahren vor dem SG erfolgte - Übergang von der ursprünglich erhobenen Anfechtungsklage auf die Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 131 Abs 1 Satz 3 SGG notwendig. Gegen den Wechsel der Klageart bestehen rechtlich keine Bedenken. Die Genehmigung der Errichtung einer Krankenkasse stellt einen gestaltenden Verwaltungsakt dar (BSGE 59, 122, 126 f = BSG SozR 2200 § 253 Nr 2). Wird die Genehmigung wirksam, tritt die Kasse zu dem in der Genehmigung für die Errichtung festgelegten Zeitpunkt ins Leben. Selbst wenn die Genehmigung rechtswidrig ist, kann die Errichtung nicht durch Aufhebung der



Genehmigung, sondern nur durch Auflösung oder Schließung der Betriebskrankenkasse in einem gesonderten Verfahren, das sich seit dem 1. Januar 1989 nach § 152 und § 153 des SGB V richtet, erreicht werden, und zwar nur mit Wirkung für einen künftigen Zeitpunkt (vgl dazu BSGE 59, 122, 126 ff = BSG SozR 2200 § 253 Nr 2; BSGE 68, 228, 229 = SozR 3-2200 § 248 Nr 1). Da die Genehmigungsbescheide vom 20. Dezember 1988 - wie im einzelnen ausgeführt - nicht nichtig sind, sind die Betriebskrankenkassen zu dem in den Genehmigungsbescheiden vorgesehenen Zeitpunkt am 1. Februar 1989 ins Leben getreten. Für das anhängige Klageverfahren ergibt sich daraus rechtlich folgende Konsequenz: Die Genehmigungsbescheide haben ihre Wirkung entfaltet und haben sich durch die Errichtung der beiden Betriebskrankenkassen der Beigeladenen zu 1) und 7) erledigt (§ 131 Abs 1 Satz 3 SGG), jedenfalls in dem Sinne, daß für die Schließung der aus den beiden Betriebskrankenkassen inzwischen hervorgegangenen Beigeladenen zu 2) die Aufhebung der Genehmigungsbescheide nicht ausreicht (BSGE 59, 122, 126 = SozR 2200 § 253 Nr 2; BSGE 68, 228, 229 = SozR 3-2200 § 248 Nr 1).

Die Revisionsklägerinnen haben - entgegen der Auffassung der Beigeladenen zu 1), 2), 4) und 7) - auch ein berechtigtes Interesse (vgl § 131 Abs 1 Satz 3 SGG) an der von ihnen begehrten Feststellung. Denn diese Feststellung ist Voraussetzung für eine spätere Schließung der Betriebskrankenkasse, weil nach der dann anwendbaren Vorschrift des § 153 Abs 1 Nr 2 SGB V ein Schließungsverfahren nur eingeleitet werden darf, wenn die Betriebskrankenkasse nicht hätte errichtet werden dürfen, dh die Voraussetzungen für die Genehmigungen nicht vorgelegen haben. Daraus ergibt sich: Ein Rechtsschutzinteresse der Revisionsklägerinnen besteht nur, wenn aufgrund der Klage auch geprüft werden kann, ob die von der Beklagten erteilten Genehmigungen mit dem materiellen Recht in Einklang stehen. Diese Möglichkeit ist gegeben. Insbesondere haben die Revisionsklägerinnen auch materiellrechtliche Rügen erhoben. So ist von ihnen geltend gemacht worden, daß den Betrieben der Beigeladenen zu 1) und 7) nicht jeweils - wie dies nach § 245 Abs 1 RVO aF zum Zeitpunkt der Genehmigung erforderlich gewesen sei - 450 versicherungspflichtige Abstimmungsberechtigte regelmäßig angehört hätten und daß wegen des "erkauften" Kassenwechsels zahlreicher Betriebsangehöriger die erfolgte Abstimmung ungültig sei.

Der Senat konnte ebenso wie bei der Prüfung, ob die Genehmigungsbescheide nichtig sind, auch hier offen lassen, ob die Beamten des Bundesversicherungsamtes durch ihr Verhalten einen Grund für die Besorgnis der Befangenheit (§ 17 Abs 1 SGB V) gegeben haben. Selbst wenn man davon ausgeht, daß sie mit den von ihnen entwickelten Vorschlägen zur Errichtung der Betriebskrankenkassen der Beigeladenen zu 1) und 7) ihre Rechte und Pflichten bei der Beratung von Antragstellern überschritten bzw verletzt haben und einseitig zugunsten dieser Beteiligten tätig geworden sind, liegt eine die Schließung der Betriebskrankenkassen rechtfertigende Rechtswidrigkeit nicht vor. Denn die hier gebotene Anwendung des § 42 SGB X (vgl BSGE 59, 122, 131 = SozR 2200



§ 253 Nr 2) läßt Form- und Verfahrensfehler, die bei Erteilung der Genehmigung vorgelegen haben mögen, außer Betracht. Maßgeblich ist für die Schließung nämlich nur, daß die Betriebskrankenkasse wegen Fehlens der gesetzlichen Voraussetzungen nicht hätte errichtet werden dürfen.

Ob die Genehmigungen rechtmäßig waren, richtet sich nicht nach den Vorschriften des am 1. Januar 1989 in Kraft getretenen SGB V (vgl dazu Art 1 und 79 des Gesundheits-Reformgesetzes <GRG> vom 20. Dezember 1988 - BGBl I 2477), sondern noch nach den bis dahin geltenden Vorschriften der RVO. Maßgebend ist nämlich bei einer Fortsetzungsfeststellungsklage wie bei der Anfechtungsklage (vgl dazu BVerwGE 2, 55, 58 ff; BSGE 5, 246, 247; 14, 71, 76; 15, 127, 131 und 161, 168; 43, 1, 5; 68, 228, 231) die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt, in dem der angefochtene bzw später erledigte Verwaltungsakt erlassen worden ist (Meyer-Ladewig, SGG, 5. Aufl, § 131 RdNr 7).

Soweit die Revisionsklägerinnen geltend machen, die Betriebskrankenkassen hätten nicht errichtet werden dürfen, weil nicht jeweils 450 versicherungspflichtige Abstimmungsberechtigte regelmäßig in den Betrieben der Beigeladenen zu 1) und 7) zum Zeitpunkt der Genehmigung beschäftigt gewesen seien, verkennen die Revisionsklägerinnen - wie die Beamten, die am Genehmigungsverfahren mitgewirkt haben - die Anforderungen der hier noch anzuwendenden gesetzlichen Vorschriften für die Errichtung einer Betriebskrankenkasse. § 245 Abs 1 RVO aF verlangte lediglich, daß in dem Betrieb, für den der Inhaber eine Betriebskrankenkasse errichten will, mindestens 450 Versicherungspflichtige beschäftigt sind. Dabei kam es nicht darauf an, welcher Krankenkasse die Beschäftigten angehörten. Sie konnten auch versicherungspflichtige Ersatzkassenmitglieder sein (Peters, Handbuch der Krankenversicherung, RVO § 245 Anm 6 und 8; Krauskopf/Schroeder-Printzen, aaO, RVO § 245 Anm 2.3.). Denn im Rahmen des § 245 Abs 1 RVO aF war - schon nach dem Wortlaut dieser Vorschrift - nicht entscheidend, ob die Beschäftigten abstimmungsberechtigt ("beteiligt") sind. Die Voraussetzungen des § 245 Abs 1 RVO aF wurden auch erfüllt, wenn die Zahl 450 nur unter Berücksichtigung nicht abstimmungsberechtigter Beschäftigter (zB noch nicht volljähriger Versicherungspflichtiger - vgl § 225a RVO aF -) erreicht wurde. Dies entsprach auch dem Sinn und Zweck des § 245 Abs 1 RVO aF. Die dort geforderte Mindestzahl der Versicherungspflichtigen sollte nur sicherstellen, daß die zu gründende Betriebskrankenkasse genügend Mitglieder hat und damit voraussichtlich "lebensfähig" sein wird. In den Betrieben der Beigeladenen waren - wie sich aus den Feststellungen des LSG ergibt - in dem hier maßgeblichen Zeitpunkt jeweils mehr als 450 Versicherungspflichtige regelmäßig beschäftigt.

Die erteilten Errichtungsgenehmigungen sind auch nicht deshalb rechtswidrig, weil an der Abstimmung über die Errichtung der Betriebskrankenkassen Betriebsangehörige teilgenommen haben, die auf Veranlassung ihrer Arbeitgeber von den Ersatzkassen zu



AOKn übergetreten sind. Es verstößt - entgegen der Auffassung der Revisionsklägerinnen - nicht gegen § 225a Abs 1 Satz 1 RVO aF, wenn zum Zwecke der Errichtung einer Betriebskrankenkasse Ersatzkassenmitglieder zu AOKn übertreten, um die nach § 245 Abs 1 RVO aF für die Errichtung einer Betriebskrankenkasse vermeintlich notwendige Zahl der Abstimmungsberechtigten zu erreichen. Für die Frage, ob die Abstimmung über die Errichtung der Betriebskrankenkassen fehlerhaft war, spielt die Dauer der Mitgliedschaft in der AOK rechtlich keine Rolle. Entsprechende zeitliche Grenzen kannte die RVO nicht. Deshalb genügte die Zugehörigkeit zur AOK am Tage der Abstimmung. Unzutreffend ist auch die Auffassung der Revisionsklägerinnen, soweit sie die Genehmigung mit der Begründung angreifen, die Abstimmung beruhe auf einer Manipulation, ihr Ergebnis sei durch die Beigeladenen zu 1) und 7) "erkauft". Den unangegriffenen Tatsachenfeststellungen des LSG, die für den Senat gemäß § 163 SGG verbindlich sind, läßt sich nicht entnehmen, daß die Unternehmen auf das Abstimmungsverhalten der Betriebsangehörigen unrechtmäßig Einfluß genommen hätten. Dafür bestehen auch sonst keinerlei Anhaltspunkte. Deshalb ist davon auszugehen, daß sich die Abstimmungsberechtigten in freier und geheimer Wahl für oder gegen die Errichtung der Betriebskrankenkassen entscheiden konnten. Daß sich die Beigeladenen zu 1) und 7) für eine positive Entscheidung ihrer Mitarbeiter eingesetzt haben, steht dem nicht entgegen. Denn die hier noch anwendbaren Vorschriften der RVO schlossen eine Werbung des Arbeitgebers für die Errichtung einer Betriebskrankenkasse nicht aus. Auch der Umstand, daß sich die Beigeladenen zu 1) und 7) bereit erklärt hatten, bei einem Übertritt von der Ersatzkasse zur AOK durch Übernahme der Beitragsdifferenz den Betriebsangehörigen mögliche finanzielle Belastungen von der Hand zu halten, macht die Abstimmungen nicht rechtswidrig. Auch insoweit handelte es sich lediglich um eine - aus der Sicht der Beigeladenen zu 1) und 7) notwendige - Maßnahme, um die erforderliche Zahl der Abstimmungsberechtigten zu erreichen, nicht aber um eine finanzielle Zusage für ein bestimmtes Abstimmungsverhalten. Selbst wenn man davon ausgeht, daß die Zusage etliche Betriebsangehörige bei ihrer Entscheidung für einen Kassenwechsel beeinflusst hat, kann die Rechtmäßigkeit der Abstimmungen deshalb nicht mit Erfolg in Zweifel gezogen werden. Ob dies anders zu beurteilen wäre, wenn die Beigeladenen zu 1) und 7) mit gesetzwidrigen Mitteln ihre Betriebsangehörigen zum Wechsel der Kassenmitgliedschaft veranlaßt hätten, läßt der Senat ausdrücklich offen. Die hier von den Arbeitgebern übernommene Verpflichtung stand jedenfalls nicht im Widerspruch zum damals geltenden Recht.

Zutreffend hat das LSG aufgrund seiner Tatsachenfeststellungen ferner angenommen, daß die Genehmigungsbescheide mit der Regelung des § 248 Nr 1 RVO aF in Einklang stehen. Danach durfte eine Betriebskrankenkasse nur errichtet werden, wenn sie den Bestand oder die Leistungsfähigkeit einer AOK nicht gefährdet. Diese Voraussetzungen für die Erteilung der Errichtungsgenehmigungen waren erfüllt.



Nach der Rechtsprechung des BSG zum Recht, das bis zum 31. Dezember 1988 gegolten hat, kann die Gefährdung der Leistungsfähigkeit einer Ortskrankenkasse regelmäßig erst dann angenommen werden, wenn der infolge von Mitgliederverlusten zu erhöhende Bedarfssatz der betroffenen AOK den durchschnittlichen Bedarfssatz der Vergleichskassen um etwa 20% überschreitet (BSG SozR 2200 § 250 Nr 10; BSGE 68, 228, 233 = SozR 3-2200 § 248 Nr 1). Diese Rechtsprechung hat das Berufungsgericht seiner Entscheidung zugrundegelegt und aufgrund der für die Klägerin und die Beigeladenen zu 6) und 8) ermittelten statistischen Angaben eine Gefährdung der Leistungsfähigkeit der betroffenen Ortskrankenkassen verneint. Im einzelnen ergibt sich folgendes Bild: Der Bedarfssatz der Klägerin lag im Zeitpunkt der Erteilung der Genehmigung um 5,7% über dem landesdurchschnittlichen Bedarfssatz der Ortskrankenkassen in Nordrhein-Westfalen. Die Errichtung der Betriebskrankenkassen bei den Beigeladenen zu 1) und 7) führte zu einem Mitgliederverlust von allenfalls 0,2%. Ein nennenswerter Einfluß auf die Höhe des Bedarfssatzes ist damit nicht gegeben, so daß eine Gefährdung der Leistungsfähigkeit ausscheidet. Die Beigeladene zu 6) muß durch die Errichtung der beiden Betriebskrankenkassen den Verlust von 53 Mitgliedern hinnehmen. Dies macht einen Mitgliederrückgang von 0,03% aus. Durch seinen Einfluß auf den Bedarfssatz wird die von der Rechtsprechung für das alte Recht gesetzte Grenze einer 20%igen Bedarfssatzüberschreitung nicht annähernd erreicht. Die Überschreitung betrug zum maßgeblichen Zeitpunkt lediglich 9,32%. Für die Beigeladene zu 8) bedeutet die Errichtung der Betriebskrankenkassen einen Verlust von 42 Mitgliedern. Ihr Bedarfssatz überschritt 1987 den hier zum Vergleich heranzuziehenden (vgl BSGE 68, 228, 235 f = SozR 3-2200 § 248 Nr 1) durchschnittlichen Bedarfssatz aller Ortskrankenkassen im Bundesgebiet um 13,2%. Durch einen Mitgliederverlust von weniger als 0,01% des gesamten Mitgliederbestandes wird - wie das LSG ebenfalls zu Recht festgestellt hat - die maßgebliche Grenze ebensowenig erreicht.

Es kann daher davon ausgegangen werden, daß die Leistungsfähigkeit der Klägerin und der Beigeladenen zu 6) und 8) durch die Errichtung der beiden Betriebskrankenkassen nicht gefährdet wird. Auch die Beteiligten haben gegen diese - schon vom LSG - getroffene Feststellung im Revisionsverfahren keine Einwendungen erhoben.

Nach alledem waren die Revisionen der Klägerin und der Beigeladenen zu 6) zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG. Im vorliegenden Verfahren war die mit Wirkung ab 1. Januar 1993 durch Art 15 Nr 2 des Gesundheitsstrukturgesetzes vom 21. Dezember 1992 (BGBl I, 2266) eingefügte Vorschrift des § 193 Abs 4 Satz 2 SGG schon deshalb nicht anzuwenden, weil das Revisionsverfahren vor dem 1. Januar 1993 begonnen hat (vgl BSG, Urteil vom 30. März 1993 - 3 RK 1/93 -). Die vorinstanzlichen Kostenentscheidungen mußte der Senat zugunsten der Beigeladenen zu 1) und 7)



ändern. Denn als juristische Personen des Privatrechts haben sie Anspruch auf Erstattung ihrer außergerichtlichen Kosten, wenn sie - wie hier - als Beigeladene nicht den unterliegenden Beteiligten unterstützt haben. Der Senat war bei seiner Entscheidung insoweit nicht an das Verbot der reformatio in peius gebunden (BSGE 62, 131, 136 = SozR 4100 § 141b Nr 40).



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)