

BUNDESSOZIALGERICHT



Im Namen des Volkes

Urteil

in dem Rechtsstreit

Az: 1 RR 4/92

AOK Schleswig-Holstein - Die Gesundheitskasse -,
Kiel, Gartenstraße 9,

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) Betriebskrankenkasse Systemtechnik
Hamburg/Wedel (früher: Betriebskrankenkasse
Telefunken Systemtechnik Hamburg),
Hamburg, Behringstraße 120,

2) Deutsche Aerospace AG (früher: Telefunken
Systemtechnik GmbH),



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



Wedel, Industriestraße 23 - 33,

Prozeßbevollmächtigter zu 1) und 2):

.....,

3) AOK - Die Gesundheitskasse für Hamburg,

Hamburg, Pappelallee 22-26,

vertreten durch den AOK-Bundesverband,

Bonn, Kortrijker Straße 1.

Der 1. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die mündliche Verhandlung vom 29. Juni 1994 durch den Präsidenten Prof. Dr. R e i t e r, die Richterin Dr. W o l f f und den Richter K u m m e r sowie den ehrenamtlichen Richter B l u m e und die ehrenamtliche Richterin G i e ß l e r für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Schleswig-Holsteinischen Landesozialgerichts vom 16. Juni 1992 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin und die Beigeladene zu 3) haben die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen zu 2) für das Revisionsverfahren gesamtschuldnerisch zu tragen. Im übrigen sind außergerichtliche Kosten für das Revisionsverfahren nicht zu erstatten.



Gründe:

I

Streitig ist, ob die Genehmigung des Anschlusses mehrerer Betriebe der zu 2) beigeladenen Arbeitgeberin an die zu 1) beigeladene Betriebskrankenkasse (BKK) rechtmäßig war.

Im Januar 1988 wurde die D. von der A. übernommen und in deren Geschäftsbereich "Marine- und Sondertechnik" eingegliedert. Bei der D. bestand die BKK DEBEG GmbH, deren Name anlässlich der Übernahme in "BKK Marine- und Sondertechnik der AEG AG", später in "BKK Telefunken Systemtechnik Hamburg" und neuerdings in "BKK Systemtechnik Hamburg/Wedel" umgeändert wurde. Deren Geschäftsbereich erstreckte sich auf Betriebe der ehemaligen D. in Hamburg, Bremen, Bremerhaven, Brunsbüttel, Cuxhaven, Duisburg, Emden, Kiel, Koblenz, Lübeck, Mainz und Wilhelmshaven.

Im Oktober 1988 beantragte die A. - Geschäftsbereich Marine- und Sondertechnik - beim Bundesversicherungsamt (BVA), den Anschluß von drei selbständigen Betrieben in Schenefeld und Wedel - einschließlich dreier unselbständiger Betriebsteile dieser Betriebe in Hamburg - an die beigeladene BKK zu genehmigen. Durch den Anschluß war bei der damaligen Allgemeinen Ortskrankenkasse (AOK) Pinneberg, die seit 1. April 1994 in der AOK Schleswig-Holstein aufgegangen ist, ein Verlust von 376 Mitgliedern (damaliger Bestand: 61.562 Mitglieder) und bei der AOK Hamburg ein Verlust von 135 Mitgliedern (damaliger Bestand: 347.240 Mitglieder) zu erwarten. Das BVA gab das Verfahren an das Versicherungsamt des Kreises Pinneberg ab, in dessen Bezirk die selbständigen Betriebe in Schenefeld und Wedel liegen. Dieses führte die erforderlichen Anhörungen und die Abstimmung nach § 225a der Reichsversicherungsordnung (RVO) aF mittels Abstimmungsbriefen durch. Es wurden 324 gültige Stimmen abgegeben; davon waren 180 für die Anschlußerrichtung und 144 dagegen. Eine Stimme und 53 Abstimmungsbriefe wurden als ungültig gewertet (51 Abstimmungsbriefe wegen fehlender Beifügung eines gültigen Abstimmungsausweises; 2 Abstimmungsbriefe wegen fehlenden Abstimmungsumschlags). Nachdem die Anhörung der AOK Lübeck wegen 14 bei ihr versicherter Arbeitnehmer nachgeholt worden war, genehmigte das BVA mit Bescheid vom 23. Dezember 1988 den Anschluß mit Wirkung zum 1. Februar 1989. Hierüber ergingen gleichlautende Bescheide sowohl an die bisherige Klägerin, die AOK Pinneberg, als auch an die beigeladene AOK Hamburg und die AOK Lübeck.

Gegen den ihr erteilten Bescheid erhob die AOK Pinneberg beim Sozialgericht (SG) Itzehoe Anfechtungsklage, die sie nach Ablauf des 1. Februar 1989 und nach Rücknahme ihres Antrags auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung in eine Klage auf Feststellung der



Rechtswidrigkeit der Anschlußerrichtungsgenehmigung änderte. Die Klägerin rügte ua, daß nicht das Versicherungsamt Pinneberg, sondern das Versicherungsamt Hamburg für die Durchführung der Abstimmung zuständig gewesen wäre und daß die Abstimmung unter Verstoß gegen geltendes Recht durch Abstimmungsbriefe durchgeführt worden sei. Da 53 Wahlbriefe ungültig gewesen seien, hätte es bei ordnungsgemäßer Abstimmung zu einer ablehnenden Mehrheit kommen können. Auch hätten die 14 in Lübeck tätigen Mitarbeiter (des unselbständigen Betriebsteils in Hamburg, Steinhöft 9) mit abstimmen müssen. Nach dem seit 1. Januar 1989 geltenden Recht seien auch die Ersatzkassenmitglieder abstimmungsberechtigt gewesen. Außerdem sei die D. ein unselbständiger Betriebsteil im Geschäftsbereich Marine- und Sondertechnik der A. geworden, so daß deren BKK (die Beigeladene zu 1)) zum 31. Dezember 1987 hätte geschlossen werden müssen. Darüber hinaus sei sie, die Klägerin, durch den Verlust von 359 Mitgliedern in ihrer Bestands- und Leistungsfähigkeit gefährdet worden, obwohl sich die Gefahr einer Beitragserhöhung um 0,1% nicht verwirklicht habe.

Das SG Itzehoe hat die Klage abgewiesen (Urteil vom 7. Juni 1990). Gegen dieses Urteil haben die AOK Pinneberg und die Beigeladene zu 3) Berufung eingelegt. Das Schleswig-Holsteinische Landessozialgericht (LSG) hat die Berufung der Beigeladenen zu 3) als unzulässig verworfen und die Berufung der Klägerin zurückgewiesen (Urteil vom 16. Juni 1992). In den Entscheidungsgründen wird ua ausgeführt, daß die Berufung der Beigeladenen zu 3), die vor dem SG Hamburg selbst Klage erhoben habe, unzulässig sei, weil sie durch das angefochtene Urteil nicht beschwert sei. Die nach dem 1. Februar 1989 als Fortsetzungsfeststellungsklage zulässige Klage der Klägerin sei unbegründet, weil die nach dem hier noch anzuwendenden Recht der RVO erteilte Genehmigung der Anschlußerrichtung rechtmäßig gewesen sei. Sowohl die Errichtungsvoraussetzungen des § 248 RVO aF als auch die erforderliche Zustimmung der Arbeitnehmer hätten vorgelegen. Insbesondere sei bei einer zu erwartenden Bedarfssatzsteigerung um 2,63 vH durch den Verlust von 376 Mitgliedern eine Gefährdung der Leistungsfähigkeit der Klägerin nicht zu erkennen (Hinweis auf BSGE 58, 254). Die Genehmigung der Anschlußerrichtung sei auch nicht deshalb rechtswidrig, weil die zu 1) beigeladene BKK zum 31. Dezember 1987 hätte geschlossen werden müssen; denn die D. sei auch nach Übernahme durch die A. ein selbständiger Betrieb geblieben, weil sie - wie bisher - über einen eigenen Leitungsapparat mit eigener Personalverwaltung und unveränderter Auftragsabwicklung sowie über einen eigenen Vertrieb verfügt habe. Auch aus § 253 Abs 2 iVm § 225a RVO aF habe sich kein Grund für die Versagung der Genehmigung ergeben. Materielle Voraussetzung für die Genehmigung sei allein das Abstimmungsergebnis, das nach § 225a RVO aF zutreffend ermittelt worden sei. Danach komme es nicht darauf an, ob die Mehrheit der Abstimmungsberechtigten mit "ja" gestimmt habe; entscheidend sei vielmehr, ob die Mehrheit der abgegebenen gültigen Stimmen für die Anschlußerrichtung gewesen sei. Die ungültigen Abstimmungsbriefe und die ungültige Stimme seien den Nein-Stimmen nicht hinzuzurechnen, weil sich bei ihnen



ein Erklärungswille nicht erkennen lasse. Soweit weitere Fehler im Abstimmungsverfahren geltend gemacht worden seien, hätten sie nach dem Grundgedanken des § 42 des Zehnten Buchs des Sozialgesetzbuchs (SGB X) für eine wirksam gewordene Anschlußerrichtung keine Bedeutung. Ziele die begehrte Feststellung der Rechtswidrigkeit der Anschlußerrichtungsgenehmigung ausschließlich darauf ab, eine Teilschließung zu erreichen, könne es nur darauf ankommen, ob die Voraussetzungen für das Schließungsverfahren vorlägen. Dies sei aber nur dann der Fall, wenn die Errichtung materiell rechtswidrig gewesen sei. Lügen - wie hier - die materiellen Errichtungsvoraussetzungen vor, sei es sinnlos, eine wirksame Anschlußerrichtung wegen Verfahrensfehlern zu beseitigen, wenn sie mit demselben materiell-rechtlichen Ergebnis neu genehmigt werden müßte (Hinweis auf BSGE 59, 122, 132).

Mit der - vom LSG zugelassenen - Revision rügt die Klägerin eine Verletzung der §§ 225a, 253 RVO aF. Die Anschlußerrichtung habe nicht genehmigt werden dürfen und müsse daher durch Teilschließung rückgängig gemacht werden. Insbesondere sei die Feststellung des Abstimmungsergebnisses fehlerhaft. Denn die ungültigen Stimmen seien bei der Ermittlung der "Mehrheit der abstimmenden beteiligten volljährigen Arbeitnehmer" als Nein-Stimmen zu berücksichtigen gewesen mit der Folge, daß sich die Mehrheit gegen die Anschlußerrichtung ausgesprochen habe. Nach dem Wortlaut des Gesetzes sei die Anzahl der Zustimmenden ins Verhältnis zur Anzahl der Abstimmenden gesetzt. Abstimmende seien alle, die als wahlberechtigte Personen an der Abstimmung teilgenommen hätten. Da der Abstimmungsgegenstand lediglich eine Beantwortung mit "ja" oder "nein" erlaube, sei eine Stimmenthaltung begrifflich ausgeschlossen, so daß sowohl eine Stimmenthaltung als auch eine sonstige Ungültigkeit der Stimtabgabe wie eine Verweigerung der Befürwortung der Errichtung bzw Anschlußerrichtung zu werten seien. Das LSG habe auch zu Unrecht sonstige Mängel im Abstimmungsverfahren unberücksichtigt gelassen. Es treffe nicht zu, daß Form- und Verfahrensfehler für die Schließung einer BKK bzw für die Beseitigung einer Anschlußerrichtung grundsätzlich unerheblich seien; vielmehr begründeten sie ein berechtigtes Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit der Errichtungsgenehmigung, wenn durch solche Form- und Verfahrensfehler auch Verstöße gegen die materiellen Errichtungsvoraussetzungen nicht auszuschließen seien. Dies sei hier der Fall; denn es sei nicht auszuschließen, daß bei Einhaltung eines ordnungsgemäßen Abstimmungsverfahrens ein anderes Abstimmungsergebnis erzielt worden wäre.

Die Beigeladene zu 3) hat sich der Revisionsbegründung der Klägerin angeschlossen.

Die Klägerin und die Beigeladene zu 3) beantragen,

das Urteil des Schleswig-Holsteinischen Landessozialgerichts vom 16. Juni 1992, soweit es die Klägerin betrifft, und das Urteil des Sozialgerichts Itzehoe vom 7. Juni 1990 aufzuheben und festzustellen,



daß die mit Bescheid der Beklagten vom 23. Dezember 1988 erteilte Anschlußerrichtungsgenehmigung rechtswidrig ist, hilfsweise, das Urteil des Schleswig-Holsteinischen Landessozialgerichts aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen.

Die Beklagte und die Beigeladenen zu 1) und 2) beantragen, die Revision zurückzuweisen.

Die Beklagte hält das angefochtene Urteil für zutreffend und meint, entgegen der Ansicht der Klägerin ergebe sich die Mehrheit iS des § 225a Abs 1 RVO aF aus dem Verhältnis der Ja-Stimmen zu den Nein-Stimmen, wobei ungültige Stimmen nicht mitzuzählen seien. Allerdings dürften die zurückgewiesenen Abstimmungsbriefe nicht als ungültige Stimmabgabe gewertet werden; vielmehr habe eine Teilnahme von Abstimmungsberechtigten überhaupt nicht stattgefunden, soweit deren Wahlbriefen (in 51 Fällen) kein oder kein gültiger Abstimmungsausweis beigelegt habe. Eine entsprechende Wertung werde auch in § 39 Abs 4 Satz 2 des Bundeswahlgesetzes und § 75 Abs 2 Satz 5 der Bundeswahlordnung getroffen. Da nur eine Stimme ungültig abgegeben worden sei, habe die Mehrheit der Ja-Stimmen nicht in Frage gestellt werden können. Selbst wenn man dieser Auffassung nicht folge, könne jedenfalls die Anzahl der insgesamt eingegangenen Abstimmungsbriefe bei der Feststellung, ob die Mehrheit der Arbeitnehmer iS des § 225a RVO zugestimmt habe, nicht mitberücksichtigt werden. Denn ein bestimmter Erklärungswille sei - wie auch im Zivilrecht für verschiedene Rechtsgebiete vertreten werde - weder den Stimmenthaltungen noch den ungültigen Stimmen (einschließlich der zurückgewiesenen Abstimmungsbriefe) beizulegen. Hinsichtlich der von der Klägerin gerügten weiteren Mängel im Abstimmungsverfahren habe das LSG zu Recht darauf hingewiesen, daß bei einer wirksam gewordenen Anschlußerrichtung unter Berücksichtigung der Schließungsvorschriften Verfahrensfehler außer Betracht bleiben müßten, wenn die materiellen gesetzlichen Errichtungsvoraussetzungen im Errichtungszeitpunkt vorgelegen hätten. Das sei hier der Fall gewesen.

Die Beigeladenen zu 1) und 2) schließen sich den Ausführungen der Beklagten an und machen ergänzend geltend, daß es nach Errichtung einer Krankenkasse für deren Schließung der Feststellung bedürfe, daß die Mehrheit iS von § 225a RVO aF nicht zugestimmt habe. Dies könne hier jedoch nicht festgestellt werden.

II

Die Revision der Klägerin hat keinen Erfolg. Der Bescheid vom 23. Dezember 1988, mit dem die beklagte Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch das hier zuständige BVA



(vgl BSGE 59, 122, 124 f), die Anschlußerrichtung an die beigeladene BKK genehmigt hat, ist nicht rechtswidrig.

Klägerin ist jetzt die AOK Schleswig-Holstein, die seit 1. April 1994 an die Stelle der bisher klagenden AOK Pinneberg getreten ist. Mit dem Übergang ihrer Rechte und Pflichten auf die neugegründete AOK Schleswig-Holstein liegt zwar ein Fall der Funktionsnachfolge und des Parteiwechsels kraft Gesetzes vor. Eine solche Änderung ist aber auch im Revisionsverfahren zulässig (vgl dazu BSGE 62, 269, 270 = SozR 1200 § 48 Nr 14).

Gegenstand der Revision ist das angefochtene Urteil nur insoweit, als das LSG die Berufung der Klägerin zurückgewiesen hat. Soweit die Berufung der Beigeladenen zu 3) als unzulässig verworfen worden ist, hat weder die Klägerin noch die Beigeladene zu 3) selbst Revision eingelegt. Mit ihrem Schriftsatz vom 1. Dezember 1992, der am 3. Dezember 1992 beim Bundessozialgericht (BSG) eingegangen ist, hat die Beigeladene zu 3) ausdrücklich nur zum Revisionsvorbringen der Klägerin Stellung genommen und sich diesem sowie den Anträgen der Klägerin angeschlossen. Damit ist eine selbständige Revision, die im übrigen nicht fristgerecht eingelegt worden wäre, weil das Urteil des LSG der Beigeladenen zu 3) bereits im August 1992 zugestellt worden ist, nicht eingelegt worden.

In der Sache ist das LSG zutreffend davon ausgegangen, daß sich die Rechtmäßigkeit der Genehmigung nicht nach den Vorschriften des am 1. Januar 1989 in Kraft getretenen Fünften Buchs des Sozialgesetzbuchs (SGB V) richtet, sondern nach den bis dahin geltenden Vorschriften der RVO (aF). Denn die Genehmigung ist - ungeachtet dessen, daß die Anschlußerrichtung erst zu dem in der Genehmigung festgesetzten Zeitpunkt, dem 1. Februar 1989, wirksam geworden ist - noch unter der Geltung des alten Rechts erteilt worden (vgl BSGE 68, 228, 231 f). Nach dem damals geltenden § 253 RVO aF durfte die Genehmigung zur Errichtung einer BKK nur versagt werden, wenn ua die Voraussetzungen der §§ 248, 225a RVO aF nicht erfüllt waren. Diese Vorschriften sind auch auf die sog Anschlußerrichtung entsprechend anzuwenden, wenn auch unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Anschlußverfahrens (vgl BSGE 7, 169, 174). Ähnlich sieht heute § 149 SGB V vor, daß die Vorschriften über die Errichtung bzw das Errichtungsverfahren (§§ 147 Abs 1 Nr 3, 148 SGB V) entsprechend gelten, wenn eine BKK auf weitere Betriebe desselben Arbeitgebers ausgedehnt wird.

Das LSG ist ferner zutreffend davon ausgegangen, daß der Übergang von der ursprünglich als Anfechtungsklage erhobenen Klage zur Fortsetzungsfeststellungsklage gem § 131 Abs 1 Satz 3 des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) zulässig war. Die Genehmigung der Errichtung einer BKK stellt nämlich einen rechtsgestaltenden Verwaltungsakt dar, mit dessen Wirksamwerden die BKK zu dem in der Genehmigung festgelegten Zeitpunkt ins Leben tritt. Da sich die Wirkung der Genehmigung mit der



Errichtung der BKK bzw der Anschlußerrichtung in dem Sinne erledigt hat, daß bei Rechtswidrigkeit der Genehmigung die Errichtung der BKK bzw die Anschlußerrichtung nicht mehr durch Aufhebung der Genehmigung beseitigt, sondern nur noch durch Schließung der Kasse bzw der Auflösung der Anschlußerrichtung in einem gesonderten Verfahren erreicht werden kann, war richtige Klageart die Klage auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Anschlußerrichtungsgenehmigung, weil diese Feststellung zur Schließung der BKK bzw des Anschlusses führen kann (vgl dazu BSGE 59, 122, 126 ff = SozR 2200 § 253 Nr 2; BSGE 68, 228, 229 = SozR 3-2500 § 147 Nr 1; aA Kopp, Anm zu BSG, Urteil vom 28. September 1993, SGB 1994, S 229 f, 235/236). Das Schließungsverfahren richtet sich seit dem 1. Januar 1989 nach § 153 SGB V. Der auch für die Anschlußerrichtung entsprechend geltende § 153 Abs 1 Nr 2 SGB V setzt für die Einleitung des Schließungsverfahrens voraus, daß die BKK nicht hätte ausgedehnt werden dürfen, weil die gesetzlichen Voraussetzungen dafür nicht vorgelegen haben. Da dies im Hinblick auf die von der Klägerin gerügten Rechtsverstöße nicht auszuschließen ist und sie durch die Anschlußerrichtung Mitglieder verloren hat, besteht für die begehrte gerichtliche Feststellung der Rechtswidrigkeit des Genehmigungsbescheides ein berechtigtes Interesse. Denn damit kann die Klägerin erreichen, daß das - für die Genehmigung wie für die Schließung zuständige - BVA die (Teil-) Schließung anordnet, sofern nicht die fehlenden gesetzlichen Errichtungsvoraussetzungen zwischenzeitlich eingetreten sind (vgl BSGE 59, 122, 131 f).

Dabei fehlt es an der auch für die Fortsetzungsfeststellungsklage erforderlichen Rechtsverletzung iS von § 54 Abs 1 SGG vorliegend nicht insoweit, als die Klägerin mit ihrer Revision nur noch eine Verletzung des § 225a RVO aF - fehlende Zustimmung der Arbeitnehmer - rügt. Ungeachtet der Frage, ob diese Vorschrift jedenfalls mittelbar auch dem Schutz der von einer Anschlußerrichtung betroffenen AOK dient, kann auch ein Verstoß gegen Rechtsvorschriften, die allein öffentlichen Interessen oder den Interessen Dritter dienen, eine Rechtsverletzung iS von § 54 Abs 1 SGG begründen, wenn zumindest die Möglichkeit besteht, daß bei strikter Beachtung der in Frage stehenden Vorschriften der Verwaltungsakt für den Kläger günstiger ausgefallen, dh die Genehmigung versagt worden wäre (vgl dazu Kopp, VwGO, 9. Aufl, § 42 Rz 43 f, 46, 46a mwN, § 113, Rz 47). Die Klägerin kann daher den Genehmigungsbescheid grundsätzlich unter allen rechtlichen Gesichtspunkten überprüfen lassen, sofern die Möglichkeit besteht, daß bei ihrer Beachtung die Genehmigung hätte versagt werden müssen (zu Zeitpunkt und Umfang der Überprüfung vgl auch Peters in KassKomm, § 158 SGB V Rz 11f, 12, 13). Das gilt insbesondere hinsichtlich des Vorliegens der materiell-rechtlichen Errichtungsvoraussetzungen, zu denen auch § 225a RVO aF gehört. Denn bei fehlender Zustimmung der Arbeitnehmer im Sinne dieser Regelung hätte die BKK nicht ausgedehnt und die Genehmigung nicht erteilt werden dürfen (§ 253 Abs 2 RVO aF). Dabei geht der Senat davon aus, daß einer fehlenden Zustimmung im Sinne des § 225a RVO aF eine ungültige Abstimmung gleichzustellen ist und daß eine Berufung auf die Verletzung von



Vorschriften über das Abstimmungsverfahren und das Abstimmungsrecht jedenfalls dann nicht ausgeschlossen ist, wenn die Möglichkeit besteht, daß sich derartige Fehler auf das Abstimmungsergebnis und damit auf die Genehmigung ausgewirkt haben. Das Gesetz sieht weder für die Abstimmung noch für sonstige Teile des Errichtungsverfahrens ein selbständiges Anfechtungsverfahren bzw eine gerichtliche Vorabentscheidung vor, so daß etwaige Fehler erst mit der Entscheidung der Aufsichtsbehörde über die Genehmigung überprüft werden können.

Die Genehmigung ist jedoch - was das LSG im Ergebnis zutreffend angenommen hat - nicht deshalb rechtswidrig, weil die erforderliche Zustimmung der Arbeitnehmer iS des § 225a RVO aF gefehlt hätte bzw die Abstimmung an Fehlern leidet, die sich auf das Abstimmungsergebnis und damit auf die Genehmigungsentscheidung hätten auswirken können. Nach dieser Regelung durften Betriebskrankenkassen nur errichtet werden, wenn "die Mehrheit der abstimmenden beteiligten volljährigen Arbeitnehmer zugestimmt hat". Diese Voraussetzung war erfüllt. Nach den Feststellungen des LSG, die insoweit nicht mit begründeten Revisionsrügen angegriffen und daher für den Senat bindend sind (§ 163 SGG), sind bei der mittels Briefwahl durchgeführten Abstimmung insgesamt 378 Wahlbriefe eingegangen; davon sind 53 Wahlbriefe als ungültig zurückgewiesen worden, weil 51 Briefen kein gültiger Wahlausweis beigelegt war und bei 2 Briefen der Abstimmungsumschlag (Wahlzettelumschlag) gefehlt hat. Von den verbleibenden 325 Stimmen waren 180 für und 144 gegen die Anschlußerrichtung; 1 Stimme war ungültig. Danach trifft das vom Versicherungsamt festgestellte Abstimmungsergebnis zu, daß die Mehrheit iS des § 225a RVO aF zugestimmt hat.

Dieses Ergebnis ist nicht bereits deshalb fehlerhaft, weil an der Abstimmung auch die Ersatzkassenmitglieder hätten beteiligt werden müssen. Auch wenn insoweit unterstellt würde, daß bei ihrer Teilnahme die erforderliche Mehrheit nicht zustande gekommen wäre, wäre die Genehmigung nicht rechtswidrig. Denn wie der erkennende Senat zu § 225a RVO aF bereits entschieden hat, gehörten zu den "beteiligten" Arbeitnehmern iS dieser Vorschrift nicht die versicherungspflichtigen und von der Mitgliedschaft bei einer gesetzlichen Krankenkasse befreiten Ersatzkassenmitglieder (BSGE 61, 244, 251 = SozR 2200 § 225a Nr 2). Diese waren mithin nicht abstimmungsberechtigt, weil sie bei der Anschlußerrichtung nicht Mitglieder der BKK geworden wären. Daß der Gesetzgeber mit dem Gesundheits-Reformgesetz (GRG vom 20. Dezember 1988, BGBl I, 2477) den Kreis der "Beteiligten" auf die Ersatzkassenmitglieder erstreckt hat (§ 148 Abs 2 Satz 1 SGB V idF des GRG <aF>: "... Arbeitnehmer, die der Krankenkasse nach der Errichtung angehören oder angehören können"), ist im vorliegenden Fall unbeachtlich. Denn es handelt sich bei § 148 Abs 2 SGB V aF um eine erst ab 1. Januar 1989 geltende Rechtsänderung und nicht etwa um eine Klarstellung (authentische Interpretation) des bisher schon geltenden Rechts.



Das vom Versicherungsamt festgestellte Abstimmungsergebnis ist auch nicht insofern fehlerhaft, als den 180 Stimmen für die Anschlußerrichtung nicht nur die 144 Nein-Stimmen, sondern auch die als ungültig zurückgewiesenen Wahlbriefe (53) hätten gegenübergestellt werden müssen, weil sie wie Nein-Stimmen zu werten wären. Maßgeblich ist nach § 225a RVO aF die Mehrheit der "Abstimmenden", sofern sie "beteiligt" und "volljährig" waren. Abstimmende sind danach nur diejenigen Arbeitnehmer, die - ausgewiesen als beteiligt und volljährig - berechtigt an der Abstimmung teilgenommen haben, die also vor der Wahlhandlung (Abstimmung) ihre Wahlberechtigung durch den erforderlichen Wahlausweis (Abstimmungsausweis) dargetan und nur deshalb zur Wahlhandlung (Abstimmung) zugelassen worden sind. Nicht den Abstimmenden zuzurechnen sind daher von vornherein diejenigen Arbeitnehmer, deren Abstimmungsbriefe wegen fehlender Beifügung eines gültigen Abstimmungsausweises zurückgewiesen worden sind. Gleiches gilt für diejenigen, deren Wahlbriefumschlag kein Wahlumschlag bzw Stimmzettelumschlag beigelegt war. Einsender derartiger Wahlbriefe können nicht als "Wähler" (Abstimmende) gelten, weil sie schon vor der eigentlichen Wahlhandlung als nicht teilnahmeberechtigt zurückgewiesen worden sind. Entsprechend sieht § 39 Abs 4 Satz 2 des Bundeswahlgesetzes (BWG) vor, daß die Einsender zurückgewiesener Wahlbriefe nicht als Wähler gezählt werden und daß ihre Stimmen nicht als abgegeben gelten. Eine Zurückweisung von Wahlbriefen findet nach dem BWG ua statt, wenn dem Wahlbriefumschlag kein gültiger Wahlschein beiliegt (§ 39 Abs 4 Satz 1 Nr 2) oder wenn dem Wahlbriefumschlag kein oder kein amtlicher Wahlumschlag beigelegt ist (§ 39 Abs 4 Satz 1 Nr 3, 7). Derartig (als ungültig) zurückgewiesene Wahlbriefe sind von sonstigen ungültigen Stimmen zu unterscheiden, bei denen sich die Ungültigkeit auf den Inhalt des Stimmzettels und die Form der Abgabe der Stimme bezieht (vgl § 39 Abs 1 BWG). Auch die Wahlordnung für die Sozialversicherung (SVWO idF der Bekanntmachung vom 23. Januar 1992, BGBl I, S 115) unterscheidet insoweit - wenn auch nicht mit gleicher Deutlichkeit (vgl § 52) - zwischen einer Ungültigkeit der Stimmabgabe, die bei der Briefwahl schon aufgrund der Prüfung des Wahlbriefumschlags, des Wahlausweises und des ungeöffneten Stimmzettelumschlags erklärt wird (§ 50 Abs 2) und einer solchen, bei der der Stimmzettel für ungültig erklärt wird (§ 51 Abs 4 Satz 3). Die für ungültig erklärten Wahlbriefe sind schon vor Ermittlung des Wahlergebnisses - als nicht abgegebene Stimmen - auszuscheiden. Dementsprechend können sie auch bei der Ermittlung des Abstimmungsergebnisses iS von § 225a RVO aF von vornherein nicht mitgezählt werden, weil die Einsender nicht "Abstimmende" sind. Auch ist es nach dem Wortlaut dieser Regelung ausgeschlossen, daß das Nichtabstimmen im Ergebnis als Stimme gegen die Errichtung zu werten wäre. Denn die erforderliche Mehrheit ist dort nur auf die "Abstimmenden" bezogen, also auf diejenigen, die an der Abstimmung berechtigt teilgenommen haben, mögen sie sich dann bei der eigentlichen Wahlhandlung auch ihrer Stimme enthalten oder ungültig gestimmt haben. Anders als § 148 Abs 2 Satz 1 SGB V, der in seiner ab 1. Januar 1993 geltenden neuen Fassung durch das



Gesundheitsstrukturgesetz (GSG vom 21. Dezember 1992, BGBl I, 2266) auf "die Mehrheit der im Betrieb Beschäftigten" abstellt, also auf die Hälfte der Zahl aller dort Beschäftigten, kann sich das Nichtwählen bei § 225a RVO aF nicht als Stimme gegen die Errichtung bzw Anschlußerrichtung auswirken (vgl zur Neuregelung durch das GSG Peters in KassKomm, § 148 SGB V Rz 3). Es bedarf daher im vorliegenden Fall keiner weiteren Prüfung der Frage, ob mit der "Mehrheit der Abstimmenden" eine einfache Mehrheit gemeint ist (mehr Ja-Stimmen als Nein-Stimmen) oder ob statt dessen die qualifizierte Mehrheit aller (berechtigt) Abstimmenden in dem Sinne maßgeblich ist, daß auch Stimmenthaltungen sowie ungültige Stimmzettel dieser "Abstimmenden" wie Nein-Stimmen zu werten sind. Denn nach den Feststellungen des LSG ist nur eine der abgegebenen Stimmen ungültig gewesen. Diese konnte aber bei keiner der vorgenannten Alternativen auf das Abstimmungsergebnis einen Einfluß haben.

Nicht rechtswidrig ist der Genehmigungsbescheid auch insoweit, als die Klägerin eine Verletzung von Vorschriften über das Abstimmungsverfahren bzw von Abstimmungsgrundsätzen rügt. Auch Verstöße gegen derartige Verfahrensvorschriften sind, anders als das LSG meint, für die Frage einer Verletzung der Klägerin in eigenen Rechten bzw geschützten Rechtspositionen jedenfalls dann erheblich, wenn die Möglichkeit besteht, daß sie sich auf das Ergebnis der Verwaltungsentscheidung (hier auf die Zustimmung der Arbeitnehmer zur Anschlußerrichtung und deren Genehmigung) ausgewirkt haben.

Die Klägerin kann sich insoweit von vornherein nicht darauf berufen, daß für die Durchführung der Abstimmung nicht das Versicherungsamt des Kreises Pinneberg, sondern das der Stadt Hamburg örtlich zuständig gewesen sei. Denn ein (möglicher) Verstoß gegen derartige Zuständigkeitsregelungen kann sich nicht auf das Abstimmungsverhalten der Arbeitnehmer und damit auch nicht auf das Abstimmungsergebnis auswirken.

Auch soweit die Klägerin rügt, daß die Abstimmung nicht (ausschließlich) mittels Abstimmungsbriefen habe durchgeführt werden dürfen, und wenn der Senat insoweit unterstellt, daß bei einer Abstimmung "in Person an der Urne" das Abstimmungsergebnis hätte anders ausfallen und zu einer Ablehnung der Genehmigung hätte führen können, kann die Klage keinen Erfolg haben. Denn das Versicherungsamt war nicht gehindert, sich für die Briefwahl zu entscheiden. § 225a RVO aF schreibt hinsichtlich des Abstimmungsverfahrens in Abs 1 Satz 2 lediglich vor, daß die Abstimmung geheim ist. Er überläßt im übrigen die Durchführung des Abstimmungsverfahrens dem Versicherungsamt und ermächtigt die oberste Verwaltungsbehörde, die erforderlichen Ausführungsbestimmungen zu erlassen. Weder in Schleswig-Holstein, wo die Abstimmung durchgeführt worden ist, noch auf Bundesebene sind (für bundesunmittelbare BKK'en; vgl dazu im einzelnen Reinhold, BKK 1959, 34, 38 f)



derartige Ausführungsbestimmungen erlassen worden. Ob auf die früheren Ausführungsbestimmungen des Preußischen Ministers für Volkswohlfahrt vom 27. Oktober 1930 (Volkswohlfahrt 1930, Spalte 932) über das Abstimmungsverfahren bei der Errichtung von Krankenkassen zurückzugreifen ist, kann dahinstehen. Auch wenn diese Bestimmungen - ihre Fortgeltung unterstellt - grundsätzlich die Abstimmung in Person an der Wahlurne vorsehen, durfte das Versicherungsamt die Briefwahl anordnen. Dies schon deshalb, weil die genannten Bestimmungen den Sonderfall einer Anschlußerrichtung nicht berücksichtigen, bei der - wie hier - eine Vielzahl von in unterschiedlichen Orten gelegenen Betrieben und Betriebsteilen betroffen und deshalb die Briefwahl im Interesse einer möglichst weitgehenden Beteiligung an der Abstimmung in besonderem Maße zweckmäßig sein kann. Die Briefwahl als solche verletzt nicht den Grundsatz der freien und geheimen Wahl, weil dem Wahlberechtigten zugemutet werden kann, in seinem Bereich selbst für die Wahrung des Wahlheimnisses und die Wahlfreiheit Sorge zu tragen (BVerfG NJW 1982, S 869). Auch verstößt die Briefwahl als alleinige Möglichkeit der Willensbekundung nicht gegen sonstige Wahlrechtsgrundsätze. Sie trägt vielmehr dem Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl in besonderem Maße Rechnung, der besagt, daß grundsätzlich alle Wähler an der Wahl sollen teilnehmen können, und entspricht im übrigen auch dem Wahlsystem in der Sozialversicherung. Denn der Gesetzgeber hat für die Wahlen der Selbstverwaltungsorgane in der Sozialversicherung seit 1. Juli 1977 ausschließlich die Wahl durch briefliche Stimmabgabe angeordnet (§ 54 Abs 1 Satz 1 SGB IV). Damit sollte insbesondere die Stimmabgabe erleichtert und die Wahlbeteiligung erhöht werden. Wenn das Versicherungsamt in Anlehnung an diesen Grundsatz mit der Bestimmung der Briefwahl dem Ziel, bei den betroffenen Betrieben eine möglichst weitgehende Beteiligung an der Abstimmung zu erreichen, ein besonderes Gewicht beigemessen hat, ist das nicht zu beanstanden. Im übrigen hat weder die Klägerin dargelegt, daß und warum mit der brieflichen Stimmabgabe eine übermäßige Einschränkung oder Gefährdung der Grundsätze der unmittelbaren, freien, gleichen und geheimen Wahl verbunden gewesen wäre, noch sind Anhaltspunkte dafür ersichtlich, daß die vom Versicherungsamt erteilten Hinweise für die Briefwähler unrichtig oder unvollständig gewesen wären oder Anlaß zu Mißverständnissen hätten geben können.

Die Klägerin hat aber auch sonst keine Fehler gerügt, die auf das Abstimmungsergebnis hätten von Einfluß sein können. Der Einwand, daß 14 bei der AOK Lübeck versicherte Arbeitnehmer des unselbständigen Betriebsteils in Hamburg, Steinhöft 9, an der Abstimmung hätten beteiligt werden müssen, ist insoweit unerheblich; denn auch wenn angenommen wird, daß alle 14 Arbeitnehmer wahlberechtigt gewesen wären und gegen die Anschlußerrichtung gestimmt hätten, hätte dies die Zustimmung der Mehrheit der Abstimmenden nicht zugunsten der Klägerin verändert.



Eine Fehlerhaftigkeit der Abstimmung ergibt sich schließlich auch nicht daraus, daß die erforderliche Mehrheit für die von der Anschlußerrichtung betroffenen drei Betriebe (einschließlich der unselbständigen Betriebsteile) jeweils getrennt für jeden Betrieb hätte ermittelt werden müssen. Eine solche Trennung des Abstimmungsverfahrens für die einzelnen Betriebe, wie sie für § 148 Abs 2 Satz 1 SGB V (sowohl idF des GRG als auch des GSG) aus dessen Wortlaut ("im Betrieb") hergeleitet wird (vgl Peters in KassKomm, § 148 SGB V, Rz 3 aE), ist indessen weder dem Wortlaut des § 225a RVO aF noch seinem Sinn zu entnehmen. Er schreibt lediglich eine nach Gruppen - der Arbeitgeber und Arbeitnehmer - getrennte Abstimmung vor und bezieht den Begriff der Arbeitnehmer auf alle diejenigen, die von der Errichtung bzw Erweiterung der Krankenkasse in dem Sinne betroffen werden können, daß sie Mitglieder der neuen Kasse werden (so auch Peters, Handbuch der Krankenversicherung, § 225a S 17/802; ferner Krauskopf/Schroeder-Printzen, Soziale Krankenversicherung, § 225a RVO Anm 3; LSG Rheinland-Pfalz, BKK 1955, 390; Reinhold, BKK 1959, 34, 38; aA Heinze in GK Sozialvers, Bd 5, RVO, § 225a Anm 5, Stand: Juli 1984; zum Streitstand auch Brackmann, Handbuch der Sozialversicherung, Bd I/2, S 327b mwN). Daß damit die Arbeitnehmer eines selbständigen Betriebes durch die Arbeitnehmer eines anderen Betriebes majorisiert werden könnten, hat der Gesetzgeber offenbar hingenommen, weil es sich um die Arbeitnehmer desselben Arbeitgebers handelt, der die Errichtung bzw Anschlußerrichtung beantragt hat.

Die Klägerin kann schließlich die Rechtswidrigkeit der Genehmigung auch nicht darauf stützen, daß die zu 1) beigeladene BKK nach der Übernahme der D. durch die A. rechtswidrig fortbestanden habe, weil sie nach § 273 Abs 1 Nr 1 RVO aF wegen des Verlustes der Selbständigkeit des übernommenen Betriebes habe geschlossen werden müssen. Ob die Klägerin im Anschlußerrichtungsverfahren überhaupt noch geltend machen kann, daß die beigeladene BKK zu Unrecht fortbestehe, oder ob sie insoweit in einem gesonderten Verfahren die Feststellung ihrer Zuständigkeit für deren Mitglieder hätte geltend machen müssen, kann offenbleiben. Denn das LSG hat zu der Frage, ob die D. bei der Übernahme ihre betriebliche Selbständigkeit beibehalten hat, detaillierte Feststellungen getroffen, die von der Klägerin nicht angegriffen worden und daher für den erkennenden Senat bindend sind (§ 163 SGG). Diese Feststellungen rechtfertigen die Annahme, daß die D. infolge der Übernahme nicht eingegangen, sondern weiterhin selbständiger Betrieb geblieben ist, weil er über einen selbständigen Leitungsapparat verfügte, dem hinsichtlich der Gesamtheit der eingesetzten Arbeitsmittel wesentliche für die Führung eines Betriebes typische Entscheidungsspielräume verblieben (BSGE 59, 87, 89 = SozR 2200 § 245 Nr 4 mwN).

Da die Klägerin im übrigen gegen die Entscheidung des LSG, daß eine Gefährdung ihrer Leistungsfähigkeit iS von § 248 Nr 1 RVO aF unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des BSG nicht vorliegt (BSGE 58, 254 = SozR 2200 § 250 Nr 10; vgl auch BSGE 68, 228,



232 = SozR 3-2200 § 248 Nr 1), Einwendungen nicht mehr erhoben hat, war ihre Revision zurückzuweisen.

An dieser Entscheidung war das Revisionsgericht auch nicht deshalb gehindert, weil die AOK Lübeck hätte notwendig beigeladen werden müssen (§ 75 Abs 2 SGG). Denn die Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der angegriffenen Genehmigung der Anschlußerrichtung greift nicht unmittelbar in deren Rechtssphäre ein. Hierfür ist zwar als Vorfrage von Bedeutung, ob die bei der AOK Lübeck versicherten Arbeitnehmer des Beigeladenen zu 2) an der Abstimmung hätten beteiligt werden müssen. Da die Beurteilung dieser Vorfrage aber nicht an der Rechtskraftwirkung teilnimmt, wird durch die Entscheidung des Gerichts nicht in das Rechtsverhältnis der AOK Lübeck zur Beklagten eingegriffen. Soweit es um die Gefährdung der Leistungsfähigkeit der AOK Lübeck geht, besteht im Verhältnis zur Klägerin keine Identität des Streitgegenstandes, so daß eine Beiladung auch insoweit nicht notwendig war.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.

Die Aufwendungen der Beigeladenen zu 1) sind nicht erstattungsfähig, weil sie eine Körperschaft des öffentlichen Rechts ist (§ 193 Abs 4 Satz 1 SGG). Der mit Wirkung ab 1. Januar 1993 durch Art 15 Nr 2 GSG eingefügte § 193 Abs 4 Satz 2 SGG war vorliegend schon deshalb nicht anzuwenden, weil das Revisionsverfahren vor dem 1. Januar 1993 begonnen hat (vgl Urteil des BSG vom 30. März 1993 - 3 RK 1/93 - = SozR 3-1720 § 17a Nr 2). Da die zu 2) beigeladene Arbeitgeberin den obsiegenden Beklagten unterstützt hat, sind ihre außergerichtlichen Kosten durch die Klägerin und die Beigeladene zu 3) als Gesamtschuldner zu erstatten.

