

## **B 12 KR 3/01 R**

Land  
Bundesrepublik Deutschland  
Sozialgericht  
Bundessozialgericht  
Sachgebiet  
Krankenversicherung  
Abteilung  
12  
1. Instanz  
SG Oldenburg (NSB)  
Aktenzeichen  
-

Datum  
07.12.1999  
2. Instanz  
LSG Niedersachsen-Bremen  
Aktenzeichen  
-

Datum  
19.12.2000  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
B 12 KR 3/01 R

Datum  
06.09.2001  
Kategorie  
Urteil

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landessozialgerichts Niedersachsen vom 19. Dezember 2000 aufgehoben. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Oldenburg vom 7. Dezember 1999 wird zurückgewiesen. Außergerichtliche Kosten sind auch im Berufungs- und im Revisionsverfahren nicht zu erstatten.

Gründe:

I

Die Beteiligten streiten über die Wählbarkeit einer Krankenkasse.

Der Kläger war von Oktober 1975 bis Juni 1980 abhängig beschäftigt und versicherungspflichtiges Mitglied einer Betriebskrankenkasse (BKK). Anschließend nahm er eine versicherungspflichtige Beschäftigung als Hafenarbeiter bei einer Gesellschaft auf. Deswegen wurde er pflichtversichertes Mitglied einer Allgemeinen Ortskrankenkasse (AOK), deren Rechtsnachfolgerin die beklagte AOK ist. Der Kläger kündigte mit Schreiben vom 14. Juli 1998 seine Mitgliedschaft bei der Beklagten zum 1. Januar 1999 und wählte gleichzeitig die BKK. Diese stellte dem Kläger unter dem 5. Oktober 1998 eine Mitgliedsbescheinigung aus, die er seiner Arbeitgeberin im Oktober 1998 vorlegte.

Als die Beklagte von der Wahl der BKK erfuhr, stellte sie gegenüber dem Kläger mit Bescheid vom 6. August 1998 fest, daß sie die Kündigung nicht anerkenne und der Kläger über den 31. Dezember 1998 hinaus ihr Mitglied bleibe. Die BKK sei für den Kläger nicht wählbar. Den Widerspruch des Klägers wies die Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 28. September 1998 zurück.

Der Kläger hat Klage erhoben und geltend gemacht, er dürfe die BKK wählen. Das Sozialgericht (SG) hat die BKK beigeladen (Beigeladene zu 1) und die Klage mit Urteil vom 7. Dezember 1999 abgewiesen. Der Kläger hat Berufung eingelegt. Im Berufungsverfahren ist die Arbeitgeberin beigeladen worden (Beigeladene zu 2). Das Landessozialgericht (LSG) hat der Berufung mit Urteil vom 19. Dezember 2000 stattgegeben und festgestellt, daß der Kläger Mitglied der Beigeladenen zu 1) geworden sei. Er habe allerdings kein Wahlrecht nach Nr 3 oder Nr 4 des [§ 173 Abs 2 Satz 1](#) des Fünften Buches Sozialgesetzbuch - Gesetzliche Krankenversicherung (SGB V) gehabt, weil sich der Zuständigkeitsbereich der Beigeladenen zu 1) nicht auf den Betrieb der Beigeladenen zu 2) erstrecke und die Beigeladene zu 1) nicht geöffnet sei. Die Wählbarkeit der BKK folge aber aus Nr 5 des [§ 173 Abs 2 Satz 1 SGB V](#). Diese Vorschrift gestatte es, nach zwischenzeitlicher Mitgliedschaft bei einer anderen Kasse zur letzten Kasse vor Beginn der Versicherungspflicht zurückzukehren (= Rückkehrrecht).

Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision der Beklagten. Sie rügt eine Verletzung des [§ 173 Abs 2 Satz 1 Nr 5 SGB V](#). Die Vorschrift sei dahin zu verstehen, daß der Versicherte lediglich bei der letzten Kasse bleiben könne, also iS eines Bleiberechts, nicht jedoch iS des vom LSG angenommenen Rückkehrrechts.

Die Beklagte beantragt,  
das Urteil des LSG vom 19. Dezember 2000 aufzuheben und die Berufung des Klägers gegen das Urteil des SG vom 7. Dezember 1999 zurückzuweisen.

Der Kläger und die Beigeladene zu 1) beantragen,  
die Revision zurückzuweisen.

Sie halten das Urteil des LSG für zutreffend.

Die Beigeladene zu 2) hat sich nicht geäußert.

II

Die Revision der beklagten AOK ist begründet. Entgegen der Ansicht des LSG ist ihr Bescheid rechtmäßig. Mit ihm hat die Beklagte festgestellt, daß der Kläger über den 31. Dezember 1998 hinaus ihr Mitglied geblieben ist, weil er die beigeladene BKK nicht wirksam wählen konnte.

Die Beklagte war befugt, diese Feststellung gegenüber dem Kläger durch Bescheid zu treffen. Ein Versicherungspflichtiger kann die zuständige Krankenkasse seit dem 1. Januar 1996 nach den §§ 173 ff SGB V i d F des Art 1 Nr 116 des Gesundheitsstrukturgesetzes (GSG) vom 21. Dezember 1992 (BGBl I S 2266) durch Wahl bestimmen. Die Ausübung des Wahlrechts ist in § 175 SGB V geregelt. Dessen Abs 4 regelt, wie während einer bestehenden Mitgliedschaft eine neue Kasse gewählt werden kann. Der Versicherungspflichtige ist zwölf Monate an seine Wahl gebunden (Satz 1). Danach ist die Kündigung mit einer Frist von drei Monaten zum Ende des Kalenderjahres möglich (Satz 2). Die Kündigung wird wirksam, wenn das Mitglied innerhalb der Kündigungsfrist eine Mitgliedschaft bei einer anderen Kasse durch eine Mitgliedsbescheinigung nachweist (bis zum 30. Juni 1997 Satz 3; seit 1. Juli 1997 Satz 4).

Die Unwirksamkeit der Kündigung kann sowohl zwischen den beteiligten Kassen durch Feststellungsklage, als auch von der abgewählten Kasse gegenüber dem kündigenden Versicherten durch Bescheid geltend gemacht werden (vgl BSG [SozR 3-2500 § 175 Nr 3, 4](#)). Voraussetzung für die Wirksamkeit der Kündigung ist nach § 175 Abs 4 Satz 4 SGB V die Mitgliedschaft bei einer anderen Kasse, die durch rechtzeitige Vorlage der Mitgliedsbescheinigung nachgewiesen wird. Deshalb kann die abgewählte Kasse, auch wenn die Kündigung wie hier nach Ablauf der Frist des Satz 1 und innerhalb der Frist des Satz 2 erfolgt, die Unwirksamkeit der Kündigung mit der Begründung feststellen, es sei eine nicht wählbare Kasse gewählt worden. Ob diese Feststellung aus Gründen der Rechtssicherheit nur zeitlich befristet getroffen werden kann, etwa spätestens nach der Abmeldung durch den Arbeitgeber, ist hier nicht zu entscheiden. Die Feststellung der Beklagten, die Kündigung sei unwirksam, war allerdings im Zeitpunkt, als der Bescheid erlassen wurde, noch nicht rechtmäßig. Da der Kläger die Fristen des § 175 Abs 4 Satz 1 und 2 SGB V eingehalten hatte, konnte eine Feststellung über die Unwirksamkeit der Kündigung rechtmäßig erst am 1. Januar 1999 getroffen werden. Erst zu diesem Zeitpunkt stand fest, ob die Kündigung wirksam wurde, weil der Kläger eine andere wählbare Kasse gewählt und die Mitgliedsbescheinigung rechtzeitig vorgelegt hatte. Der Bescheid ist jedoch mit dem 1. Januar 1999 rechtmäßig geworden, weil bis zu diesem Zeitpunkt die Kündigung nicht wirksam geworden ist.

Der Kläger ist nicht Mitglied der Beigeladenen zu 1) geworden. Diese ist für den Kläger nicht wählbar. Der Kläger konnte die Beigeladene zu 1) nicht nach Nr 3 des § 173 Abs 2 Satz 1 SGB V wählen, denn er ist nicht in einem Betrieb beschäftigt, für den die Beigeladenen zu 1) als BKK besteht. Diese ist für Beschäftigte im Betrieb der Beigeladenen zu 2) nicht zuständig. Sie hat sich nach den Feststellungen des LSG nicht für betriebsfremde Mitglieder geöffnet, so daß auch das Wahlrecht nach Nr 4 des § 173 Abs 2 Satz 1 SGB V nicht besteht.

Der Kläger hat schließlich nicht das Wahlrecht nach Nr 5 des § 173 Abs 2 Satz 1 SGB V. Nach dieser Vorschrift können Versicherungspflichtige die Kasse wählen, bei der vor Beginn der Versicherungspflicht zuletzt eine Mitgliedschaft bestanden hat. Die Vorschrift ergänzt die Wahlrechte, die nach Nr 1 bis 4 des § 173 Abs 2 Satz 1 SGB V bestehen. Die Wählbarkeit der in Nr 1 bis 4 genannten Kassen ist auf Versicherte beschränkt, die im Zeitpunkt des beabsichtigten Kassenwechsels entweder einen örtlichen Bezug zur gewählten Kasse haben oder in dem Betrieb beschäftigt sind, für den die BKK oder Innungskrankenkasse (IKK) besteht. Diese Beschränkungen werden in der folgenden Nr 5 für die Kasse aufgehoben, bei der schon eine Mitgliedschaft bestanden hat. Die Mitgliedschaft braucht nur "zuletzt" und nicht unmittelbar vor Beginn der Versicherungspflicht bei der früheren Kasse bestanden zu haben, wie dies etwa für das vor dem 1. Januar 1996 nach § 185 Abs 2 Nr 3 SGB V bestehende Wahlrecht der Versicherungsberechtigten galt, die vorher nach § 10 SGB V versichert waren. Für das Wahlrecht nach Nr 5 des § 173 Abs 2 Satz 1 SGB V bedeutet dies zunächst, daß bei Beginn eines Versicherungspflicht-Tatbestandes die frühere Kasse stets wählbar ist, wenn zwischen dem Ende der Mitgliedschaft bei ihr und dem Beginn der Versicherungspflicht keine Mitgliedschaft bei einer anderen gesetzlichen Kasse bestanden hat. Es kann also nicht nur eine bestehende Mitgliedschaft fortgesetzt, sondern in dem genannten Fall auch eine Mitgliedschaft wieder begründet werden. Damit hat der Versicherungspflichtige ein Bleiberecht bei der letzten Kasse.

Eine weitergehende Bedeutung hat der Gesetzestext "vor Beginn der Versicherungspflicht ... zuletzt eine Mitgliedschaft bestanden hat" in Nr 5 des § 173 Abs 2 Satz 1 SGB V jedoch nicht. Der Wortlaut kann zwar so verstanden werden, daß während eines Versicherungspflicht-Tatbestandes die Kasse, bei der vorher die Mitgliedschaft bestanden hat, immer wieder gewählt werden kann, dh ein Rückkehrrecht auch nach zwischenzeitlicher Mitgliedschaft bei einer anderen Kasse oder sogar bei mehreren anderen Kassen besteht. Die Vorschrift müßte dann so gelesen werden, als ob sie lautete: "Wählbar ist die Krankenkasse, bei der vor Beginn der Versicherungspflicht zuletzt eine Mitgliedschaft bestanden hat, solange der Versicherungspflicht-Tatbestand unverändert fortbesteht." Faßt man die Vorschrift hingegen wie die Beklagte nur iS eines Bleiberechts auf, müßte sie, um eindeutig zu sein, etwa lauten: "Wählbar ist zu Beginn des Versicherungspflicht-Tatbestandes die Kasse, bei der vor Beginn der Versicherungspflicht zuletzt eine Mitgliedschaft bestanden hat." Keiner der beiden klarstellenden Zusätze ist jedoch in der Vorschrift enthalten.

Nach dem Sinn der Vorschrift ist die Auslegung iS eines Bleiberechts zutreffend. Das Wahlrecht nach Nr 5 des § 173 Abs 2 Satz 1 SGB V soll dem Versicherten die kontinuierliche Mitgliedschaft bei derselben Kasse ermöglichen, auch wenn ein neues Wahlrecht entstanden ist und ohne diese Kontinuitätsregelung die bisherige Kasse nach Nr 1 bis 4 des § 173 Abs 2 Satz 1 SGB V nicht wählbar wäre. Sie ist als Kontinuitätsvorschrift notwendig, da nach dem derzeit noch geltenden Recht bei jeder Änderung des Versicherungspflicht-Tatbestandes, etwa durch Aufnahme einer neuen Beschäftigung, die zuständige Kasse durch Neuausübung des Wahlrechts zu bestimmen ist (BSGE 83, 48 = BSG [SozR 3-2500 § 175 Nr 2](#)).

Demgegenüber kann das vom Kläger beanspruchte Rückkehrrecht, dh die erneute Wahl einer an sich nicht wählbaren Kasse aus einer inzwischen bestehenden Mitgliedschaft bei einer anderen Kasse heraus, nicht mit einer angestrebten Kontinuität gerechtfertigt werden. Der Versicherte steht nach der Abwahl der früheren und der Wahl einer neuen Kasse zu der früheren Kasse in keinem anderen Verhältnis als zu jeder anderen Kasse. Das gilt auch für Versicherte wie den Kläger, bei dem der Zuständigkeitswechsel von der früheren BKK zur neuen AOK

noch vor 1996 nach den damals geltenden Vorschriften (ohne Wahlrecht) eingetreten ist. Für ein Rückkehrrecht zur früheren Kasse fehlt nunmehr eine Rechtfertigung. Sie kann nicht in einem niedrigen Beitragssatz der früheren Kasse oder in einer ideellen Verbundenheit mit ihr gesehen werden. Denn läge dieser Sinn der Regelung in Nr 5 des [§ 173 Abs 2 Satz 1 SGB V](#) zugrunde, wäre unverständlich, warum nur die Rückkehr zur letzten Kasse und nicht auch zu einer noch früheren Kasse gestattet ist, welche diese Rückkehrmotive ebenfalls erfüllt. Ebenso wäre bei Annahme eines Rückkehrrechts unverständlich, daß dieses nur für die Dauer des unveränderten Versicherungspflicht-Tatbestandes bestünde, weil die Vorschrift auf den Zustand vor Beginn der Versicherungspflicht abstellt.

Der Einwand, die Vorschrift habe bei einem Verständnis nur als Bleiberecht keine Bedeutung, weil nach [§ 175 Abs 3 Satz 2 SGB V](#) auch bei Nichtausübung des Wahlrechts die letzte Kasse zuständig bleibt, greift nicht durch. Nr 5 des [§ 173 Abs 2 Satz 1 SGB V](#) war in der jetzigen Fassung schon im Entwurf des GSG enthalten. Darin war als Folge einer Nichtausübung der Wahl zunächst vorgesehen, daß die zur Meldung verpflichtete Stelle den Versicherungspflichtigen ab Eintritt der Versicherungspflicht bei einer nach [§ 173 SGB V](#) wählbaren Kasse anzumelden hatte ([§ 175 Abs 3 Satz 2 SGB V](#) idF des Entwurfs, [BT-Drucks 12/3608 S 25](#)). Nach dem Entwurf zum GSG war die Nr 5 des [§ 173 Abs 2 Satz 1 SGB V](#) damit zur Begründung eines Bleiberechts notwendig. Allerdings ist der Entwurf des [§ 175 Abs 3 Satz 2 SGB V](#) während des Gesetzgebungsverfahrens dahin geändert worden, daß der Arbeitgeber den Versicherten in erster Linie bei der letzten Kasse anzumelden hat (Halbsatz 1). Erst wenn eine solche Kasse nicht vorhanden ist, hat der Meldepflichtige den Versicherten bei einer wählbaren Kasse anzumelden (Halbsatz 2). Diese Regelung ist vom Bundestags-Ausschuß für Gesundheit vorgeschlagen, in den Materialien aber nicht begründet worden (vgl Beschlussempfehlung und Bericht [BT-Drucks 12/3930 S 63](#) und [12/3937 S 17](#)). Es kann jedoch nicht angenommen werden, daß durch diese Änderung im Entwurf des [§ 175 Abs 3 Satz 2 SGB V](#) die Nr 5 des [§ 173 Abs 2 Satz 1 SGB V](#) von seiner ursprünglichen Funktion als Bleiberecht zu einem Rückkehrrecht erweitert worden ist. Im übrigen könnte ohne die Nr 5 des [§ 173 Abs 2 Satz 1 SGB V](#) durchaus Streit darüber entstehen, ob ein Arbeitgeber bei der Meldung nach [§ 175 Abs 3 Satz 2 SGB V](#) die Meldung auch bei einer solchen Kasse als letzter Kasse vorzunehmen hat, die nach Nr 1 bis 4 des [§ 173 Abs 2 Satz 1 SGB V](#) vom Versicherten nicht wählbar ist.

Die zum 1. Januar 2002 in Kraft tretenden Änderungen durch das Gesetz zur Neuregelung der Krankenkassenwahlrechte vom 27. Juli 2001 ([BGBl I S 1946](#)) rechtfertigen keine andere Auslegung des [§ 173 Abs 2 Satz 1 Nr 5 SGB V](#). Nunmehr wird mit einer Änderung des Versicherungspflicht-Tatbestandes allerdings kein neues Wahlrecht mehr eingeräumt. Die Kassenwahl ist vielmehr stets für 18 Monate bindend ([§ 175 Abs 4 Satz 1 SGB V](#) idF des Art 1 Nr 1 Buchst c des Gesetzes vom 27. Juli 2001). Als Bleiberecht hat Nr 5 des [§ 173 Abs 2 Satz 1 SGB V](#) bei einer bestehenden Mitgliedschaft und einer Änderung des Versicherungspflicht-Tatbestandes damit künftig keine Bedeutung mehr, weil die Änderung des Versicherungspflicht-Tatbestandes, etwa durch Wechsel des Beschäftigungsverhältnisses, kein neues Wahlrecht begründet. Die Vorschrift hat jedoch weiterhin Bedeutung, wenn vor Beginn eines Versicherungspflicht-Tatbestandes keine Mitgliedschaft bestanden hat und dann auf die letzte vorherige Mitgliedschaft in der gesetzlichen Krankenversicherung zurückgegriffen werden kann. Als Rückkehrrecht verstanden, wäre die Nr 5 des [§ 173 Abs 2 Satz 1 SGB V](#) jedoch nach Inkrafttreten der Neuregelung insgesamt widersprüchlich. Wenn Dauer der Mitgliedschaft bei einer Kasse und Wahlrecht von Änderungen des Versicherungspflicht-Tatbestandes unabhängig sind, ist es unverständlich, daß einerseits aus einer bestehenden Mitgliedschaft heraus ein Rückkehrrecht zu einer früheren Kasse bestehen, dieses andererseits aber auf die Dauer eines unveränderten Versicherungspflicht-Tatbestandes beschränkt sein soll. Als Rückkehrrecht müßte Nr 5 des [§ 173 Abs 2 Satz 1 SGB V](#) nach dem 1. Januar 2001 vielmehr ohne Anknüpfung an einen bestimmten Versicherungspflicht-Tatbestand gelten, weil Änderungen des Versicherungspflicht-Tatbestandes für das Wahlrecht keine Bedeutung mehr haben. Der Wortlaut der unveränderten Vorschrift knüpft dieses Wahlrecht jedoch weiterhin an die Mitgliedschaft "vor Beginn der Versicherungspflicht".

Die Auslegung der Vorschrift iS eines Rückkehrrechts ist schließlich entgegen der Ansicht des LSG nicht deshalb geboten, weil seit der Einführung der Kassenwahlrechte zum 1. Januar 1996 als Grundsatz gelten soll, daß alle Kassen wählbar sind. Dieser Grundsatz besteht nur mit den Einschränkungen des [§ 173 Abs 2 Satz 1 Nr 1 bis 4 SGB V](#). Die Ausnahmen davon in Nr 5 und 6 sind wegen einer Sonderbeziehung zu den nach dieser Vorschrift wählbaren Kassen eingeräumt. Der Umfang dieser Ausnahme in Nr 5 kann nicht allein wegen des allgemeinen Prinzips der freien Kassenwahl ausdehnend ausgelegt werden.

Hiernach waren auf die Revision der Beklagten das Urteil des LSG aufzuheben und die Berufung des Klägers gegen das Urteil des SG zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung folgt aus [§ 193](#) des Sozialgerichtsgesetzes.

Rechtskraft

Aus

Login

FSB

Saved

2003-08-22