

## **B 12 R 12/18 R**

Land  
Bundesrepublik Deutschland  
Sozialgericht  
Bundessozialgericht  
Sachgebiet  
Rentenversicherung  
Abteilung

12  
1. Instanz  
SG Braunschweig (NSB)  
Aktenzeichen  
S 64 KR 430/12

Datum  
25.07.2014  
2. Instanz  
LSG Niedersachsen-Bremen  
Aktenzeichen

L 1 R 511/14  
Datum  
26.10.2017

3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
B 12 R 12/18 R

Datum  
04.06.2019  
Kategorie

Urteil

Auf die Revision des Beigeladenen zu 1. wird das Urteil des Landessozialgerichts Niedersachsen-Bremen vom 26. Oktober 2017 aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landessozialgericht zurückverwiesen.

Gründe:

I

1

Die Beteiligten streiten um die Versicherungspflicht des beigeladenen Arztes nach dem Recht der Arbeitsförderung in seiner Tätigkeit in dem von der Klägerin betriebenen Krankenhaus.

2

Die klagende gGmbH ist Trägerin eines städtischen Klinikums (im Folgenden: klagendes Klinikum). Der Beigeladene zu 1. ist Facharzt für Radiologie. Am 3.5.2010 und 24.8.2010 schloss er - vermittelt über die Agentur "d." - mit dem klagenden Klinikum Verträge über die Tätigkeit als "Vertretungsarzt" in der Zeit vom 19.7. bis 31.10.2010, die auszugsweise folgenden Inhalt hatten:

"1. Der Auftraggeber ist die [Klägerin]. Der Auftraggeber sucht für den Bereich Radiologie und Nuklearmedizin einen Facharzt für Diagnostische Radiologie für den Zeitraum vom 19.07.2010 bis zum 30.09.2010 [01.10.2010 bis zum 31.10.2010].

2. Der Vertretungsarzt ist Facharzt für Diagnostische Radiologie und wird die Patienten des Auftraggebers in zeitlich begrenztem Umfang behandeln. Er ist für die ordnungsgemäße medizinische Leistungserbringung verantwortlich und erbringt seine Leistungen selbständig und höchstpersönlich. Der Vertretungsarzt ist NICHT in die Organisationsstruktur der Klinik eingebunden, soweit dies nicht für die Ausübung seiner ärztlichen Tätigkeit erforderlich ist. Er unterliegt nur insoweit der Weisungsbefugnis, als dies für den Ablauf der klinischen Arbeit in der Abteilung erforderlich ist. Der Vertretungsarzt steht zum Auftraggeber weder in einem Angestelltenverhältnis noch in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis und ist in seiner Verantwortung, in Diagnostik und Therapie unabhängig und nur dem Gesetz verpflichtet.

3. Dem Vertretungsarzt steht es frei, sich innerhalb der Vertragslaufzeit in den Dienstplan einzutragen. Er ist nicht verpflichtet bestimmte Dienstzeiten zu übernehmen. Die Klinik ist nicht verpflichtet, ihn für bestimmte Dienstzeiten einzuteilen.

4. [ ]

5. [ ]

6. Unterkunft [und Verpflegung] wird [werden] vom Auftraggeber gestellt.

7. Das Vertragsverhältnis beginnt am 19.07.2010 [01.10.2010] und endet am 30.09.2010 [31.10.2010]. Eine Kündigung bedarf der Schriftform. Das Recht zur außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund bleibt unberührt. Bei Bedarf kann das Vertragsverhältnis in gegenseitigem Einvernehmen verlängert werden.

8. Der Vertretungsarzt erhält für seine Tätigkeit ein Honorar in Höhe von 100 Euro pro Stunde. Bereitschafts- und Wochenenddienste werden mit 100 %[, Rufbereitschaftsdienste mit 30 %] des Stundensatzes vergütet. Steuern und Versicherungsbeiträge führt der Vertretungsarzt selbst ab.

9. [ ...]

10. [ ]

11. Das vereinbarte Pauschalhonorar wird nach Rechnungsstellung gezahlt. Die Abrechnung erfolgt über [die Vermittlungsagentur].

12. [ ]

13. Der Vertretungsarzt wurde für die Laufzeit des Honorarvertrages von der [Vermittlungsagentur] vermittelt.

14. Die [Vermittlungsagentur] hat einen Gruppenvertrag Haftpflicht abgeschlossen für die persönliche gesetzliche Haftpflicht der durch [die Vermittlungsagentur] vermittelten Ärzte. Beiden Parteien ist bekannt, dass hierdurch lediglich ein subsidiärer Versicherungsschutz besteht, der nur greift, wenn der Arzt entweder über den Auftraggeber nicht oder nicht ausreichend versichert ist und zumindest selbst über eine eigene Restrisiko-Versicherung verfügt. [ ]

15. Von der Möglichkeit des Abschlusses eines Anstellungsvertrages ist in Anwendung des Grundsatzes der Vertragsfreiheit bewusst kein Gebrauch gemacht worden. Eine Umgehung arbeitsrechtlicher oder arbeitsgesetzlicher Schutzvorschriften ist nicht beabsichtigt. Dem Vertragsarzt soll vielmehr die volle Entscheidungsfreiheit bei der Verwertung seiner Arbeitskraft belassen werden. Eine über den Umfang dieser Vereinbarung hinausgehende persönliche, wirtschaftliche oder soziale Abhängigkeit wird nicht begründet.

16. [ ]

17. [ ]"

3

Der beigelegene Arzt rechnete Stunden im Tagdienst und Stunden aktiver Bereitschaftsdienste mit 100 Euro sowie Rufbereitschaftsdienste mit 50 Euro, ab 1.10.2010 mit 30 Euro ab. Dabei überstiegen die Zeiten für Bereitschaft diejenigen für Tagdienste häufig um mehr als das Doppelte. Insgesamt zahlte das klagende Klinikum dem beigelegenen Arzt im streitigen Zeitraum ein Honorar von 111 515 Euro und an die Vermittlungsagentur eine Vermittlungsprovision von rund 9000 Euro, die sich aus einem Prozentsatz des abgerechneten Honorars berechnete. Die Verträge beruhten auf einem gleichlautenden Muster der Vermittlungsagentur.

4

Am 27.6.2011 beantragte das klagende Klinikum die Feststellung des sozialversicherungsrechtlichen Status des beigelegenen Arztes. Nach Anhörung stellte die DRV Bund mit an ihn und das klagende Klinikum gerichteten Bescheiden fest, dass die Tätigkeit im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt worden sei und Versicherungspflicht in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV), sozialen Pflegeversicherung (sPV) und nach dem Recht der Arbeitsförderung bestehe (Bescheide vom 6.12.2011, Widerspruchsbescheide vom 30.10.2012).

5

Vor dem SG hat die Beklagte ein vom klagenden Klinikum angenommenes Teilerkenntnis abgegeben, wonach Versicherungspflicht in GKV und sPV wegen Überschreitens der Jahresarbeitsentgeltgrenze nicht bestehe. Das SG hat die angefochtenen Bescheide im Übrigen aufgehoben und festgestellt, dass die Tätigkeiten des beigelegenen Arztes im Zeitraum 19.7.2009 bis 31.10.2010 keine abhängige sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisse gewesen seien. Es spreche kein einziges der von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien eindeutig für oder gegen eine abhängige Beschäftigung. Sozialversicherungspflicht könne deshalb nicht festgestellt werden (Urteil vom 25.7.2014). Auf die Berufung der Beklagten hat das LSG das Urteil des SG aufgehoben und die Klage abgewiesen (Urteil vom 26.10.2017). Es hat auf die Ausführungen des SG zu den Rechtsgrundlagen und Unterscheidungsmerkmalen zwischen abhängiger und selbstständiger Beschäftigung Bezug genommen. Eine selbstständige Tätigkeit scheitere an der Eingliederung in den Betrieb des klagenden Klinikums und am Fehlen eines Unternehmerrisikos. Der beigelegene Arzt habe die Gerätschaften des klagenden Klinikums unentgeltlich nutzen können. Das Personal der Röntgenabteilung habe ihm zugearbeitet. Seine Leistungen seien nicht von ihm selbst, sondern vom klagenden Klinikum abgerechnet worden. Er habe zu vorher festgelegten Zeiten Tagdienste übernommen, an die sich Bereitschaftsdienste angeschlossen hätten.

6

Der beigelegene Arzt rügt mit seiner vom Senat zugelassenen Revision einen Verstoß gegen [§ 7 Abs 1 SGB IV](#). Das LSG habe keine nachvollziehbare Gewichtung der herangezogenen Indizien vorgenommen. Zudem habe es vertraglich vereinbarte Umstände als Gegenstand eines einseitigen Weisungsrechts eingeordnet. Die Tätigkeit von selbstständigen Honorarärzten im Krankenhaus sei im Krankenhausrecht vorgesehen, sodass eine Einbindung in den Dienstbetrieb nicht ohne Weiteres angenommen werden könne. Auch komme der Honorarhöhe entscheidende Indizwirkung zu. Das LSG habe gegen den Grundsatz des rechtlichen Gehörs verstoßen, indem es die fehlende Entrichtung eines Nutzungsentgeltes als Indiz herangezogen habe. Diese Tatsache sei zu keinem Zeitpunkt thematisiert worden und er habe keine Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten. Das LSG habe bei seiner Bezugnahme auf die Entscheidungsgründe des Urteils des SG die in Bezug genommenen Teile entgegen [§ 153 Abs 2 SGG](#) nicht genau bezeichnet.

7

Der Beigeladene zu 1. beantragt, das Urteil des Landessozialgerichts Niedersachsen-Bremen vom 26. Oktober 2017 aufzuheben und die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Sozialgerichts Braunschweig vom 25. Juli 2014 zurückzuweisen.

8

Die Beklagte beantragt, die Revision des Beigeladenen zu 1. zurückzuweisen.

9

Sie verteidigt das angefochtene Urteil.

10

Die übrigen Beteiligten haben keine Anträge gestellt.

II

11

Die zulässige Revision des beigeladenen Arztes ist iS der Aufhebung und Zurückverweisung begründet.

12

A. Das angefochtene Urteil des LSG ist jedoch nicht bereits deshalb aufzuheben, weil es gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens infolge einer Überraschungsentscheidung verstoßen hätte. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ([Art 103 Abs 1 GG](#), [§ 62 SGG](#)) soll zwar verhindern, dass die Beteiligten durch eine Entscheidung überrascht werden, die auf Rechtsauffassungen, Tatsachen oder Beweisergebnissen beruht, zu denen sie sich nicht äußern konnten. Daher darf ein Urteil nicht auf tatsächliche oder rechtliche Gesichtspunkte gestützt werden, die bisher nicht erörtert worden sind, wenn dadurch der Rechtsstreit eine unerwartete Wendung nimmt. Allerdings ist das Gericht nicht verpflichtet, die Beteiligten auf eine in Aussicht genommene Beweiswürdigung hinzuweisen oder die für die richterliche Überzeugungsbildung möglicherweise leitenden Gründe zuvor mit den Beteiligten zu erörtern (BSG Urteil vom 26.9.2017 - [B 1 KR 31/16 R](#) - [BSGE 124, 162](#) = SozR 4-7862 § 7 Nr 1, RdNr 27 mwN). Weshalb dem LSG gleichwohl eine unangekündigte Auseinandersetzung mit dem von der Beklagten bereits in der den übrigen Beteiligten zur Kenntnis gegebenen Berufungsbegründung vorgetragene Aspekt des fehlenden Entgelts für die Nutzung der Einrichtungen des Krankenhauses verwehrt gewesen sein soll, hat die Revision nicht aufgezeigt (vgl BSG Urteil vom 14.3.2018 - [B 12 KR 13/17 R](#) - [BSGE 125, 183](#) = SozR 4-2400 § 7 Nr 35, RdNr 14).

13

B. Rechtsgrundlage für die angefochtenen Bescheide ist [§ 7a Abs 1 S 1 SGB IV](#). Danach können die Beteiligten eine Entscheidung beantragen, ob eine Beschäftigung vorliegt. Ob die Beklagte danach zutreffend eine Versicherungspflicht nach dem Recht der Arbeitsförderung wegen einer Beschäftigung festgestellt hat, kann der Senat nicht abschließend entscheiden. Es bedarf weiterer Feststellungen dazu, ob die Vertragsbeziehungen zwischen dem beigeladenen Arzt und der Vermittlungsagentur ein Beschäftigungsverhältnis zwischen dem Arzt und dem klagenden Klinikum ausschließen.

14

Gerichte und Verwaltung müssen im Statusfeststellungsverfahren zwar nur prüfen, ob Beschäftigungsverhältnisse gerade zwischen den Beteiligten des Auftragsverhältnisses - hier dem beigeladenen Arzt und dem klagenden Klinikum - vorliegen. Der Antrag auf Statusfeststellung kann nach [§ 7a Abs 1 S 1 SGB IV](#) durch die am Auftragsverhältnis Beteiligten gestellt werden. Diese Prüfung nach [§ 7a Abs 1 S 1 SGB V](#) schließt es aber nicht aus, auch die weiteren Rechtsbeziehungen zu betrachten, die den Einsatz des beigeladenen Arztes prägen. Wird eine vermeintlich selbstständige Tätigkeit im Rahmen weiterer Vertragsbeziehungen zwischen dem Auftraggeber und Dritten erbracht, sind im Rahmen eines Statusfeststellungsverfahrens auch diese weiteren Vertragsbeziehungen zu berücksichtigen (vgl BSG Urteil vom 14.3.2018 - [B 12 KR 12/17 R](#) - SozR 4-2400 § 7 Nr 34 RdNr 33).

15

In Betracht kommen vorliegend vertragliche Beziehungen zwischen dem beigeladenen Arzt und der Vermittlungsagentur sowie zwischen dem klagenden Klinikum und der Vermittlungsagentur. Diese Rechtsverhältnisse haben sich jedenfalls insoweit auf die Tätigkeit des beigeladenen Arztes für das klagende Klinikum ausgewirkt, als die Vermittlungsagentur nicht nur den beigeladenen Arzt an das klagende Klinikum vermittelt, sondern auch die Abrechnung der von ihm geleisteten Stunden zumindest nach den vertraglichen Vereinbarungen übernehmen sollte, eine den beigeladenen Arzt in seiner Tätigkeit bei dem klagenden Klinikum umfassende Haftpflichtversicherung unterhielt und für jede vom beigeladenen Arzt geleistete Stunde ein Vermittlungshonorar abrechnete. Dabei ist allerdings bisher nicht geklärt, welche Verpflichtungen und vertraglichen Beziehungen das klagende Klinikum, aber auch der beigeladene Arzt gegenüber der Vermittlungsagentur hatten, insbesondere ist ungeklärt, ob sich die gelebten Vertragsbeziehungen des beigeladenen Arztes zur Vermittlungsagentur ihrerseits möglicherweise als Beschäftigungsverhältnis darstellten. Wäre er gegenüber der Vermittlungsagentur zu einer Leistungserbringung an das klagende Klinikum verpflichtet gewesen, käme eine Arbeitnehmerüberlassung in Betracht. In einer solchen Konstellation wäre auch eine Delegation von Weisungsbefugnissen der Agentur an das klagende Klinikum denkbar. Das Vorliegen einer Arbeitnehmerüberlassung erscheint insofern schon im Hinblick auf die eigene Abrechnung der Agentur und die übrigen Umstände (Verwendung von ihr gestellten Vertragsformularen, Stundennachweisen, usw) nicht gänzlich ausgeschlossen. Hätte die Vermittlungsagentur in diesem Fall als Verleiherin die nach [§ 1 Abs 1 S 1 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz](#) erforderliche Erlaubnis, könnte ein Beschäftigungsverhältnis zwischen dem beigeladenen Arzt und der Vermittlungsagentur bestanden haben, das ein Beschäftigungsverhältnis zum klagenden Klinikum ausschließen könnte. Die Auswirkungen der Leistungsbeziehungen innerhalb des

Vertragsgeflechts auf das Rechtsverhältnis des beigeladenen Arztes und des klagenden Klinikums sind danach vom LSG auch im Hinblick darauf aufzuklären, ob und ggf welche Weisungen der beigeladene Arzt von der Vermittlungsagentur bzw in deren Absprache mit dem klagenden Klinikum erhalten oder ob die Vermittlungsagentur ihr Weisungsrecht dahingehend ausgeübt hat, dass der beigeladene Arzt in die Organisation des klagenden Klinikums eingegliedert wurde. Insoweit ist zu beachten, dass sich das Weisungsrecht eines Arbeitgebers je nach den Umständen auch darauf erstrecken kann, dass der Beschäftigte zur Arbeitsleistung in die Betriebe von Endkunden entsandt wird, da die Dienstleistung auch dann fremdbestimmt bleibt (vgl BSG Urteil vom 14.3.2018 - [B 12 KR 12/17 R](#) - SozR 4-2400 § 7 Nr 34 RdNr 34 mwN). Im Rahmen der Gesamtabwägung muss das LSG auf Grundlage entsprechender Ermittlungen und Feststellungen insbesondere auch berücksichtigen, wie die Vertragsbeziehung zwischen dem Klinikum und der Vermittlungsagentur ausgestaltet war. Denn hieraus ergeben sich Rückschlüsse im Hinblick auf eine Eingliederung und Weisungsunterworfenheit des beigeladenen Arztes. Sofern das LSG zum Ergebnis kommt, dass die Vertragsbeziehungen des beigeladenen Arztes zur Vermittlungsagentur eine Beschäftigung beim klagenden Klinikum nicht ausschließen, wird es die gelebten Vertragsverhältnisse weiter aufzuklären haben.

16

C. Zur Beurteilung des Vorliegens von Beschäftigung ist das LSG in der angegriffenen Entscheidung mit [§ 7 Abs 1 SGB IV](#) und den durch die Rechtsprechung des BSG hierzu aufgestellten Grundsätzen vom richtigen Maßstab ausgegangen (hierzu I.). Für die Beurteilung einer honorarärztlichen Tätigkeit gelten keine abweichenden Maßstäbe (hierzu II.). Das LSG hat die Maßstäbe zutreffend für die hier zu beurteilende Tätigkeit des beigeladenen Arztes für das klagende Klinikum konkretisiert (hierzu III.). Ein etwaiger Fachkräftemangel im Gesundheitswesen ändert nichts an der Anwendbarkeit dieser Maßstäbe (hierzu IV.). Die maßgeblichen Vorschriften des Versicherungs- und Beitragsrechts verletzen selbst bei Annahme einer Versicherungspflicht keine Grundrechte der Beteiligten (hierzu V.). Zur Anwendung dieser Maßstäbe hat das LSG noch weitere Feststellungen zu den tatsächlichen Verhältnissen zu treffen (hierzu VI.).

17

I. In den streitigen Zeiträumen unterlagen Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt waren, der Versicherungspflicht nach dem Recht der Arbeitsförderung (vgl [§ 25 Abs 1 S 1 SGB III](#)). Beschäftigung ist gemäß [§ 7 Abs 1 SGB IV](#) die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis (S 1). Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers (S 2). Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG setzt eine abhängige Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Diese Weisungsgebundenheit kann - vornehmlich bei Diensten höherer Art - eingeschränkt und zur "funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein. Demgegenüber ist eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand beschäftigt oder selbstständig tätig ist, richtet sich danach, welche Umstände das Gesamtbild der Arbeitsleistung prägen und hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (stRspr; vgl zum Ganzen zB BSG Urteil vom 16.8.2017 - [B 12 KR 14/16 R](#) - [BSGE 124, 37](#) = SozR 4-2400 § 7 Nr 31, RdNr 17 (Kreishandwerksmeister) und BSG Urteil vom 31.3.2017 - [B 12 R 7/15 R](#) - [BSGE 123, 50](#) = SozR 4-2400 § 7 Nr 30, RdNr 21 (Erziehungsbeistand); BSG Urteil vom 30.4.2013 - [B 12 KR 19/11 R](#) - SozR 4-2400 § 7 Nr 21 RdNr 13 mwN; zur Verfassungsmäßigkeit der Abgrenzung zwischen Beschäftigung und selbstständiger Tätigkeit vgl BVerfG (Kammer) Beschluss vom 20.5.1996 - [1 BvR 21/96](#) - [SozR 3-2400 § 7 Nr 11](#)). Die Zuordnung einer Tätigkeit nach deren Gesamtbild zum rechtlichen Typus der Beschäftigung oder selbstständigen Tätigkeit setzt voraus, dass alle nach Lage des Einzelfalls als Indizien in Betracht kommenden Umstände festgestellt, in ihrer Tragweite zutreffend erkannt und gewichtet, in die Gesamtschau mit diesem Gewicht eingestellt und nachvollziehbar, dh den Gesetzen der Logik entsprechend und widerspruchsfrei gegeneinander abgewogen werden (BSG Urteil vom 23.5.2017 - [B 12 KR 9/16 R](#) - [BSGE 123, 180](#) = SozR 4-2400 § 26 Nr 4, RdNr 24 (Taxifahrer)).

18

Bei der Statusbeurteilung ist regelmäßig vom Inhalt der zwischen den Beteiligten getroffenen Vereinbarungen auszugehen, den die Verwaltung und die Gerichte konkret festzustellen haben. Liegen schriftliche Vereinbarungen vor, ist neben deren Vereinbarkeit mit zwingendem Recht auch zu prüfen, ob mündliche oder konkludente Änderungen erfolgt sind. Schließlich ist auch die Ernsthaftigkeit der dokumentierten Vereinbarungen zu prüfen. Erst auf der Grundlage der so getroffenen Feststellungen über den (wahren) Inhalt der Vereinbarungen ist eine wertende Zuordnung des Rechtsverhältnisses zum Typus der Beschäftigung oder selbstständigen Tätigkeit vorzunehmen und in einem weiteren Schritt zu prüfen, ob besondere Umstände vorliegen, die eine hiervon abweichende Beurteilung notwendig machen (BSG Urteil vom 18.11.2015 - [B 12 KR 16/13 R](#) - [BSGE 120, 99](#) = SozR 4-2400 § 7 Nr 25, RdNr 17 mwN).

19

II. Für die Beurteilung der hier umstrittenen Tätigkeit von sog Honorärärzten gelten keine abweichenden Maßstäbe. Eine bloße Bezeichnung als "Honorararzt" kennzeichnet sozialversicherungsrechtlich kein besonderes Tätigkeitsbild, ist aber von anderen Ausübungsformen ärztlicher Tätigkeit im Krankenhaus abzugrenzen (hierzu 1.). Es spielt keine entscheidende Rolle, ob nach der Verkehrsanschauung anerkannt ist, dass so bezeichnete Honorärärzte im Krankenhaus selbstständig tätig sind oder zumindest sein können (hierzu 2.). Auch auf die Einordnung von Honorarverträgen durch die Arbeitsgerichte kommt es nicht an, da ein vollständiger Gleichklang zwischen dem Arbeitnehmer- und dem Beschäftigtenbegriff nach [§ 7 Abs 1 SGB IV](#) nicht besteht (hierzu 3.).

20

1. Der Begriff des Honorararztes ist nicht legaldefiniert und umfasst verschiedene Ausübungsformen und Vertragsgestaltungen. Er wird im Sprachgebrauch der Verfahrensbeteiligten verwendet, um Tätigkeiten zu beschreiben, die die Vertragsparteien als freiberuflich bzw selbstständig verstehen. Nach der Rechtsprechung des BGH und des BVerfG ist - hinsichtlich der Leistungs- und Abrechnungsbefugnis - unter einem Honorararzt ein zeitlich befristet freiberuflich auf Honorarbasis tätiger (Fach-)Arzt zu verstehen, der aufgrund eines Dienstvertrages im stationären und/oder ambulanten Bereich des Krankenhauses ärztliche Leistungen für einen Krankenhausträger erbringt,

ohne bei diesem angestellt oder als Beleg- oder Konsiliararzt tätig zu sein (BGH Urteil vom 16.10.2014 - [III ZR 85/14](#) - [BGHZ 202, 365](#); BGH Urteil vom 10.1.2019 - [III ZR 325/17](#) - [NJW 2019, 1519](#) = Juris RdNr 13; BVerfG Nichtannahmebeschluss vom 3.3.2015 - [1 BvR 3226/14](#) - Juris RdNr 14). Abzugrenzen ist der Begriff des Honorararztes demnach von denjenigen der Beleg- und Konsiliarärzte, für die andere vergütungsrechtliche Vorgaben und regulatorische Rahmenbedingungen gelten. Es kann offenbleiben, unter welchen Umständen Belegärzte im Krankenhaus im Einzelnen sozialversicherungsrechtlich selbstständig tätig sind. Denn bei der Tätigkeit des beigeladenen Arztes handelt es sich nach dem Gesamtzusammenhang der Feststellungen des LSG nicht um eine belegärztliche Tätigkeit. Der beigeladene Arzt behandelte bzw untersuchte im Rahmen seiner Tätigkeit keine eigenen Patienten, sondern ausschließlich die des klagenden Klinikums. Belegärzte sind hingegen nach der Legaldefinition in [§ 121 Abs 2 SGB V](#) - auch bei Abschluss eines Honorarvertrages iS von [§ 121 Abs 5 SGB V](#) - nicht am Krankenhaus angestellte Vertragsärzte, die berechtigt sind, ihre Patienten im Krankenhaus unter Inanspruchnahme der hierfür bereitgestellten Dienste, Einrichtungen und Mittel vollstationär oder teilstationär zu behandeln, ohne hierfür vom Krankenhaus eine Vergütung zu erhalten. Ob der beigeladene Arzt als Konsiliararzt tätig war, hat das LSG nicht festgestellt. Der Begriff des Konsiliararztes ist nicht legaldefiniert. Ein Konsilium ist nach ärztlichem Sprachgebrauch die Besprechung zweier oder mehrerer Ärzte nach vorausgegangener Untersuchung des Kranken zwecks Stellung der Diagnose oder Festlegung des Heilplans (BSG Urteil vom 18.2.1970 - [6 RKA 29/69](#) - [BSGE 31, 33](#), 37 = SozR Nr 3 zu GOÄ = Juris RdNr 21). Wesentliches Merkmal einer konsiliarärztlichen Tätigkeit ist, dass die Hinzuziehung zu einem Konsil stets im Einzelfall erfolgt (Quaas in Quaas/Zuck/Clemens, Medizinrecht, 4. Aufl 2018, § 16 RdNr 142; Wigge in Schnapp/Wigge, Handbuch des Vertragsarztrechts, 3. Aufl 2017, § 6 RdNr 300). Gegen einen Einsatz des beigeladenen Arztes als Konsiliararzt spricht jedoch, dass er nach den Feststellungen des LSG Dienste am Tag und in der Bereitschaft, vor allem im Hintergrunddienst übernahm. Dagegen spricht weiterhin, dass der beigeladene Arzt nach Stunden und nicht nach Patientenzahlen abrechnete. Wie seine Tätigkeit im Einzelnen tatsächlich ausgestaltet war, insbesondere ob der beigeladene Arzt nach den Vorstellungen der Vertragsparteien und in der tatsächlichen Vertragsdurchführung nur im Einzelfall herangezogen wurde, wird das LSG noch festzustellen haben.

21

2. Es spielt keine Rolle, ob nach der Verkehrsanschauung anerkannt ist, dass "Honorarärzte im Krankenhaus" selbstständig tätig sind oder sein können. Die Abgrenzung zwischen Beschäftigung und Selbstständigkeit erfolgt nicht abstrakt für bestimmte Berufs- und Tätigkeitsbilder. Es ist daher möglich, dass ein und derselbe Beruf - je nach konkreter Ausgestaltung der vertraglichen Grundlagen in ihrer gelebten Praxis - entweder in Form der Beschäftigung oder als selbstständige Tätigkeit ausgeübt wird. Maßgebend sind stets die konkreten Umstände des individuellen Sachverhalts (vgl dazu BSG Urteil vom 18.11.2015 - [B 12 KR 16/13 R](#) - [BSGE 120, 99](#) = SozR 4-2400 § 7 Nr 25, RdNr 32 mwN (Rackjobbing II); ferner bereits zB BSG Urteil vom 25.5.2011 - [B 12 R 13/09 R](#) - SozR 4-2600 § 2 Nr 14 RdNr 11 mwN (Tagesmutter); BSG Urteil vom 28.9.2011 - [B 12 R 17/09 R](#) - Juris RdNr 30 (Hauswirtschaftliche Pflegerin); BSG Beschluss vom 25.7.2011 - [B 12 KR 114/10 B](#) - SozR 4-1500 § 160 Nr 22 RdNr 10-13 (Arzt als pharmazeutisch-wissenschaftlicher Fachreferent); BSG Urteil vom 24.3.2016 - [B 12 KR 20/14 R](#) - SozR 4-2400 § 7 Nr 29 RdNr 25 (Physiotherapeutin)).

22

3. Die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung ist auch nicht dadurch vorgeprägt, dass sog Honorararztverträge in der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung bisher überwiegend als freie Dienstverhältnisse qualifiziert werden (vgl Thüringer LAG Beschluss vom 29.4.2010 - [1 Ta 29/10](#); Hessisches LAG Urteil vom 30.11.2015 - [16 Sa 583/15](#); Hessisches LAG Urteil vom 14.1.2013 - [16 Sa 1213/12](#); LAG Hamm Beschluss vom 7.2.2011 - [2 Ta 505/10](#); LAG Düsseldorf Urteil vom 6.2.2018 - [3 Sa 632/17](#)). Es besteht kein vollständiger Gleichklang des arbeitsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs mit dem Beschäftigtenbegriff nach [§ 7 SGB IV](#). Nach [§ 7 Abs 1 S 1 SGB IV](#) ist Beschäftigung die nichtselbstständige Arbeit, "insbesondere in einem Arbeitsverhältnis". Daraus folgt, dass grundsätzlich eine Beschäftigung vorliegt, wenn ein Arbeitsverhältnis besteht; allerdings auch, dass eine Beschäftigung auch dann vorliegen kann, wenn kein Arbeitsverhältnis vorliegt; Beschäftigung ist nicht gleichzusetzen mit dem Arbeitsverhältnis (BAG Beschluss vom 30.8.2000 - [5 AZB 12/00](#) - AP Nr 75 zu § 2 ArbGG 1979 = Juris RdNr 11). Die arbeitsgerichtliche Entscheidungspraxis beruht im Wesentlichen darauf, dass der privatautonomen Entscheidung der Vertragsparteien im Arbeitsrecht eine besondere Bedeutung beigemessen wird. Die Sozialversicherung dient hingegen neben der sozialen Absicherung des Einzelnen auch dem Schutz der Mitglieder der Pflichtversicherungssysteme, die in einer Solidargemeinschaft zusammengeschlossen sind. Die Träger der Sozialversicherung sind Einrichtungen des öffentlichen Rechts. Dies schließt es aus, dass über die rechtliche Einordnung einer Tätigkeit allein die von den Vertragsschließenden getroffenen Vereinbarungen entscheiden (BSG Urteil vom 29.1.1981 - [12 RK 63/79](#) - [BSGE 51, 164](#) = SozR 2400 § 2 Nr 16 = Juris RdNr 24 (Bausparkassenvertreter); zum weiteren Schutzzweck: Schutz der Allgemeinheit vor mangelnder Eigenvorsorge des Einzelnen vgl BSG Urteil vom 16.8.2017 - [B 12 KR 14/16 R](#) - [BSGE 124, 37](#) = SozR 4-2400 § 7 Nr 31, RdNr 31; BSG Urteil vom 5.12.2017 - [B 12 R 10/15 R](#) - SozR 4-2400 § 8 Nr 7 RdNr 22).

23

III. Das LSG ist zutreffend davon ausgegangen, dass die sozialversicherungsrechtliche Einordnung der Tätigkeit des beigeladenen Arztes für das klagende Klinikum einer Gesamtwürdigung der für und gegen eine abhängige Beschäftigung sprechenden Indizien bedarf.

24

1. Für die Beurteilung ist auf die jeweiligen Einzeleinsätze abzustellen. Wird - wie hier - eine Tätigkeit auf der Grundlage von Einzelverträgen ausgeübt, liegt eine hinreichend konkrete Rechtsbeziehung, die ihrerseits Grundlage für eine Beschäftigung im Sinne von der [§ 7 Abs 1 S 1 SGB V](#) sein kann, immer erst in den durch Einzelverträge begründeten Beauftragungen. Bei Vertragsgestaltungen dieser Art ist für die Frage der Versicherungspflicht grundsätzlich jeweils auf die Verhältnisse abzustellen, die während der Ausführung der jeweiligen Einzelaufträge bestehen (BSG Urteil vom 24.3.2016 - [B 12 KR 20/14 R](#) - SozR 4-2400 § 7 Nr 29 RdNr 17 (Physiotherapeutin); BSG Urteil vom 18.11.2015 - [B 12 KR 16/13 R](#) - [BSGE 120, 99](#) = SozR 4-2400 § 7 Nr 25, RdNr 19 (Rackjobbing II); BSG Urteil vom 28.5.2008 - [B 12 KR 13/07 R](#) - Juris RdNr 26 (Verkehrspilot)).

25

a) Ausgangspunkt der sozialversicherungsrechtlichen Beurteilung ist der im Vertrag zum Ausdruck kommende Wille der Parteien. Bestehen Divergenzen zwischen der Vertragsdurchführung und der Vereinbarung, geht die gelebte Praxis der formellen Vereinbarung grundsätzlich

vor (vgl BSG Urteil vom 29.1.1981 - [12 RK 63/79](#) - [BSGE 51, 164](#) = SozR 2400 § 2 Nr 16 = Juris RdNr 24; BSG Urteil vom 30.10.2013 - [B 12 KR 17/11 R](#) - Juris RdNr 28 (telefonische Gesprächspartnerin)).

26

b) Bei der Gewichtung der Indizien ist zu berücksichtigen, dass die ärztliche Tätigkeit im Krankenhaus Besonderheiten aufweist. Deshalb können einzelne Gesichtspunkte, die sonst eine Tätigkeit als abhängig oder selbstständig kennzeichnen, von vornherein nicht als ausschlaggebende Abgrenzungsmerkmale herangezogen werden. Ärzte handeln bei medizinischen Heilbehandlungen und Therapien grundsätzlich frei und eigenverantwortlich. Hieraus kann aber nicht ohne Weiteres auf eine selbstständige Tätigkeit geschlossen werden. Dies ergibt sich bereits daraus, dass nach ganz herrschender Meinung selbst Chefärzte als Arbeitnehmer zu qualifizieren sind (BAG Urteil vom 27.7.1961 - [2 AZR 255/60](#) - [BAGE 11, 225](#); BSG Urteil vom 29.9.1965 - [2 RU 169/63](#) - [BSGE 24, 29](#) = SozR Nr 1 zu § 539 RVO; BGH Beschluss vom 26.2.1998 - [III ZB 25/97](#) - [NJW 1998, 2745](#)). Umgekehrt kann nicht allein wegen der Benutzung von Einrichtungen und Betriebsmitteln des Krankenhauses zwingend eine abhängige Beschäftigung angenommen werden.

27

c) Der Versorgungsauftrag eines Krankenhauses sowie die Regelungen über die Erbringung und Vergütung von Krankenhausleistungen, zur Qualitätssicherung im Krankenhaus und zum Patientenschutz haben zwar keine zwingende, übergeordnete und determinierende Wirkung hinsichtlich des sozialversicherungsrechtlichen Status von im Krankenhaus tätigen sog Honorarärzten. Entsprechendes hat der Senat für ein Zulassungserfordernis in der ambulanten Versorgung bereits entschieden. Regulatorische Vorgaben sind jedoch bei der Gewichtung der Indizien zur Statusbeurteilung zu berücksichtigen (BSG Urteil vom 24.3.2016 - [B 12 KR 20/14 R](#) - SozR 4-2400 § 7 Nr 29 (Physiotherapeutin) und jüngst BSG Urteil vom 4.9.2018 - [B 12 KR 11/17 R](#) - SozR 4-2400 § 7a Nr 10, auch zur Veröffentlichung in BSGE vorgesehen). Der Senat muss insoweit nicht entscheiden, ob und in welchem Umfang eine selbstständige honorarärztliche Tätigkeit im Krankenhaus leistungs- und vergütungsrechtlich zulässig ist. Dass BGH und BVerfG davon in gewissem Umfang ausgehen, ist für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung des konkreten Arbeitseinsatzes unerheblich. Ebenfalls offenbleiben kann, nach welchen Maßstäben zu beurteilen ist, ob ein Krankenhaus bei einem nahezu ausschließlichen oder dauerhaft in erheblichem Umfang bestehenden Einsatz von selbstständigen Honorarärzten (noch) über eine ausreichende, dem Versorgungsauftrag entsprechende Personalausstattung ([§ 39 Abs 1 S 3](#), [§ 107 Abs 1 Nr 2](#), [§ 109 Abs 4 S 2 SGB V](#) bzw im Pflegesatzrecht § 17 Abs 2 Krankenhausfinanzierungsgesetz, § 8 Abs 1 S 3 Krankenhausentgeltgesetz - KHEntgG) verfügt. Jedenfalls müssen Krankenhäuser nach [§ 107 Abs 1 SGB V](#) selbst über ausreichende, dem Versorgungsauftrag entsprechende diagnostische und therapeutische Möglichkeiten verfügen (Nr 2), wozu insbesondere jederzeit verfügbares besonders geschultes Personal gehört (Nr 3). Ein Krankenhaus hat nach § 2 Abs 3 KHEntgG zudem sicherzustellen, dass die nicht fest angestellten Ärzte die gleichen Anforderungen wie die fest im Krankenhaus angestellten Ärzte erfüllen. Dies setzt einen maßgeblichen Einfluss des Krankenhauses auf ihre Tätigkeit voraus (Wahl in Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, 3. Aufl 2016, § 107 RdNr 26). Neben dem Erfordernis und Nachweis entsprechender fachlicher Qualifikationen bestehen umfassende Sicherstellungspflichten des Krankenhauses, die zu einer weitreichenden Einbindung der Ärzte in die Qualitätssicherungs- und Kontrollmechanismen führen (vgl [BT-Drucks 17/9992 S 26](#)). Diese regulatorischen Rahmenbedingungen bedingen im Regelfall die Eingliederung ärztlichen Krankenhauspersonals in die Organisations- und Weisungsstruktur des Krankenhauses. Für eine nur ausnahmsweise in Betracht kommende selbstständige Tätigkeit im sozialversicherungsrechtlichen Sinne müssen daher gewichtige Indizien bestehen.

28

Lediglich ergänzend sei darauf hingewiesen, dass hier auch nicht darüber zu entscheiden ist, ob es für Krankenhäuser rechtlich überhaupt möglich ist, in größerem Umfang nicht auf fest angestellte, sondern von Leiharbeitsunternehmen punktuell entlehene Ärzte zurückzugreifen.

29

d) Weisungsgebundenheit und Eingliederung in den Betrieb stehen weder in einem Rangverhältnis zueinander, noch müssen sie stets kumulativ vorliegen. Entgegen der Auffassung des beigeladenen Arztes geht eine Eingliederung nicht zwingend mit einem umfassenden Weisungsrecht des Krankenhauses einher. Die in [§ 7 Abs 1 S 2 SGB IV](#) genannten Merkmale sind schon nach dem Wortlaut der Vorschrift nur "Anhaltspunkte" für eine persönliche Abhängigkeit, also im Regelfall typische Merkmale einer Beschäftigung und keine abschließenden Bewertungskriterien (vgl auch [BT-Drucks 14/1855 S 6](#)). So hat der Senat bereits 1962 im Anschluss an die Rechtsprechung des BAG zu Chefärzten ([BAGE 11, 225](#)) ausgeführt, dass das Weisungsrecht insbesondere bei sog Diensten höherer Art - heute würde man von Hochqualifizierten oder Spezialisten sprechen - aufs Stärkste eingeschränkt sein kann. Dennoch kann die Dienstleistung in solchen Fällen fremdbestimmt sein, wenn sie ihr Gepräge von der Ordnung des Betriebes erhält, in deren Dienst die Arbeit verrichtet wird. Die Weisungsgebundenheit des Arbeitnehmers verfeinert sich in solchen Fällen "zur funktionsgerechten, dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" (BSG Urteil vom 29.3.1962 - [3 RK 74/57](#) - [BSGE 16, 289](#), 294 = SozR Nr 30 zu § 165 RVO (Prediger)). Der Gesetzgeber hat das vom Senat entwickelte Kriterium der Weisungsgebundenheit wie das der Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers in [§ 7 Abs 1 S 2 SGB IV](#) ausdrücklich aufgegriffen.

30

Die Bedeutung des Merkmals der Eingliederung in [§ 7 Abs 1 S 2 SGB IV](#) wird nicht durch die Änderung von [§ 611a BGB](#) mit Wirkung vom 1.4.2017 (Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze vom 21.2.2017, [BGBl I 258](#)) in Frage gestellt. Die Eingliederung ist dort in der Definition des Arbeitsvertrages zwar nicht mehr genannt. Hieraus wird teilweise abgeleitet, dass das Kriterium für die Bestimmung der Arbeitnehmereigenschaft nicht mehr von Bedeutung sei, sondern allein die Weisungsbefugnis des Arbeitgebers entscheide (zur Entstehungsgeschichte von [§ 611a BGB](#) instruktiv Stindt, NZS 2018, 481 ff; zum Verhältnis der Topoi Weisungsbindung, fremdbestimmte Arbeit und persönliche Abhängigkeit im Arbeitsrecht Preis, NZA 2018, 817 ff; für ein Festhalten am Kriterium der Eingliederung Wank, AuR 2017, 140, 143 f; für ein Fortleben des Merkmals als Erscheinungsform der Fremdbestimmung Preis in ErfK, 19. Aufl 2019, [§ 611a BGB](#) RdNr 41; Jousen in BeckOK Arbeitsrecht, Stand 1.6.2019, [§ 611a BGB](#) RdNr 25). Die für das Sozialversicherungsrecht maßgebende Vorschrift des [§ 7 Abs 1 S 2 SGB IV](#) hat der Gesetzgeber jedoch nicht geändert. Zudem ist der

Gesetzesbegründung zu [§ 611a BGB](#) zu entnehmen, dass Vorschriften, die eine abweichende Definition des Arbeitnehmers, des Arbeitsvertrages oder des Arbeitsverhältnisses vorsehen, um einen engeren oder weiteren Geltungsbereich festzulegen, unberührt bleiben sollen ([BT-Drucks 18/9232 S 31](#)).

31

e) Für die Abgrenzung ist es nicht von Bedeutung, ob die honorarärztliche Tätigkeit als Haupteinverdienstquelle oder im Nebenerwerb ausgeübt wird und ob es sich um kurzfristige und seltene Arbeitseinsätze oder um eine verstetigte Geschäftsbeziehung handelt. Eine versicherungspflichtige Beschäftigung setzt voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Dazu gehört nicht eine wirtschaftliche Abhängigkeit (BSG Urteil vom 24.10.1978 - [12 RK 58/76](#) - [SozR 2200 § 1227 Nr 19](#) = Juris RdNr 11 (Propagandistin); BSG Urteil vom 30.6.2009 - [B 2 U 3/08 R](#) - Juris RdNr 19 (Profirennreiter)). Eine wirtschaftliche Abhängigkeit steht auch einem objektiven Weisungsrecht nicht gleich (BSG Urteil vom 31.3.2017 - [B 12 R 7/15 R](#) - [BSGE 123, 50](#) = SozR 4-2400 § 7 Nr 30, RdNr 35 (Erziehungsbeistand)). Das Sozialversicherungsrecht ordnet Versicherungspflicht nicht nur für unbefristete Dauerbeschäftigungen an. Vielmehr sind - sofern die Geringfügigkeitsgrenzen überschritten sind - auch zeitlich befristete Arbeitseinsätze der Sozialversicherungs- und Beitragspflicht unterworfen. Für unständig Beschäftigte sieht das Sozialversicherungsrecht ebenfalls spezielle Regelungen vor, ohne generell Versicherungsfreiheit anzuordnen (vgl für das Recht der Arbeitsförderung und die gesetzliche Rentenversicherung [§ 27 Abs 3 Nr 1 SGB III](#), [§ 163 Abs 1 SGB VI](#)). Eine zusätzlich hauptberuflich ausgeübte selbstständige Tätigkeit hat lediglich für die Kranken- und Pflegeversicherung Bedeutung ([§ 5 Abs 5 SGB V](#), [§ 20 Abs 1 S 1 SGB XI](#)).

32

f) Etwas anderes gilt auch nicht dann, wenn der beigeladene Arzt für mehrere Auftraggeber tätig oder hierzu grundsätzlich bereit war. Eine Tätigkeit für mehrere Auftraggeber erhält erst in der Zusammenschau mit weiteren typischen Merkmalen einer selbstständigen Tätigkeit Gewicht, wie zB einem werbenden Auftreten am Markt für die angebotenen Leistungen (BSG Urteil vom 18.11.2015 - [B 12 KR 16/13 R](#) - [BSGE 120, 99](#) = SozR 4-2400 § 7 Nr 25, RdNr 28). Zwar hat der Senat entschieden, dass eine Tätigkeit für andere Auftraggeber ein Indiz für eine ganz erhebliche Dispositionsfreiheit in Bezug auf die zu beurteilende Tätigkeit sein kann, wenn sie in relevantem Umfang oder sogar schwerpunktmäßig stattfindet, weil sie dann die zeitliche Verfügbarkeit des Auftragnehmers erheblich einschränkt (BSG Urteil vom 4.9.2018 - [B 12 KR 11/17 R](#) - SozR 4-2400 § 7a Nr 10 RdNr 23, auch zur Veröffentlichung in [BSGE](#) vorgesehen). Das gilt aber nicht, wenn - wie hier - die Dispositionsfreiheit des Auftragnehmers schon insoweit berücksichtigt wird, als für die Beurteilung auf den jeweiligen Einzelauftrag abgestellt wird. Im Übrigen war der beigeladene Arzt nach den Feststellungen des LSG im streitigen Zeitraum ausschließlich für das klagende Klinikum tätig.

33

g) Die Honorarhöhe ist nur eines von vielen in der Gesamtwürdigung zu berücksichtigenden Indizien (vgl BSG Urteil vom 31.3.2017 - [B 12 R 7/15 R](#) - [BSGE 123, 50](#) = SozR 4-2400 § 7 Nr 30, RdNr 50 (Erziehungsbeistand)). Sie ist als Ausdruck des Parteiwillens zu werten. Dem Willen der Vertragsparteien kommt nach der Rechtsprechung des Senats jedoch generell nur dann überhaupt eine potentielle Bedeutung zu, wenn dieser Wille den festgestellten sonstigen tatsächlichen Verhältnissen nicht offensichtlich widerspricht und er durch weitere Aspekte gestützt wird bzw die übrigen Umstände gleichermaßen für Selbstständigkeit wie für eine Beschäftigung sprechen (vgl BSG Urteil vom 13.7.1978 - [12 RK 14/78](#) - SozR 2200 § 1227 Nr 17 S 38 f; zur Situation eines non-liquet BSG Urteil vom 14.3.2018 - [B 12 R 3/17 R](#) - [BSGE 125, 177](#) = SozR 4-2400 § 7 Nr 36, RdNr 13 (Musiklehrer); Schlegel in Küttner, Personalbuch, 26. Aufl 2019, Arbeitnehmer (Begriff) RdNr 82). Nur unter diesen Voraussetzungen ist der in einem Vertrag dokumentierte Parteiwille überhaupt als ein auf Selbstständigkeit deutendes Indiz in die Gesamtabwägung einzustellen; hierdurch wird eine Selbstständigkeit jedoch nicht vorfestgelegt. Dabei ist das Gewicht des Indizes umso geringer, je weniger eindeutig die Vertragsgestaltung ist und je stärker die Widersprüche zu den tatsächlichen Verhältnissen sind. Zugleich schwächt es die potentielle Bedeutung ab, wenn wegen eines erheblichen Ungleichgewichts der Verhandlungspositionen nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden kann, dass alle Vertragsparteien in gleicher Weise die Möglichkeit hatten, ihre Wünsche bzgl der Ausgestaltung des sozialversicherungsrechtlichen Status durchzusetzen (vgl BAG Urteil vom 9.6.2010 - [5 AZR 332/09](#) - AP Nr 121 zu § 611 BGB Abhängigkeit = Juris RdNr 33; BSG Urteil vom 18.11.2015 - [B 12 KR 16/13 R](#) - [BSGE 120, 99](#) = SozR 4-2400 § 7 Nr 25, RdNr 26 (Rackjobbing II)).

34

Diese Einschränkung der indiziellen Bedeutung der Honorarhöhe ergibt sich daraus, dass die Sozialversicherung auch dem Schutz der Interessen der Mitglieder von in Pflichtversicherungssystemen zusammengeschlossenen Solidargemeinschaften verpflichtet ist. Den Beteiligten steht keine Dispositionsfreiheit in dem Sinne zu, dass sich der Auftraggeber durch die Vereinbarung eines Zuschlages zu einem üblichen Stundenlohn eines vergleichbaren abhängig Beschäftigten von der Sozialversicherungspflicht "freikaufen" kann. Ebenso führt eine überlegene Verhandlungsposition von Auftragnehmern schon aus Gleichbehandlungsgründen für sich genommen nicht dazu, dass sie aufgrund möglicher Eigenvorsorge aus den Pflichtversicherungssystemen entlassen wären. Das Recht der Sozialversicherung wird beherrscht vom Grundsatz der Solidarität aller abhängig Beschäftigten. Dieser Grundsatz schließt es aus, die Versicherungspflicht über die gesetzlich geregelten Tatbestände hinaus von einem individuellen Schutzbedürfnis abhängig zu machen, zumal dieses Schutzbedürfnis sich beim Einzelnen im Laufe der Zeit wandeln kann. Wenn die Versicherungspflicht solchen Wandlungen folgen würde, wäre die Gefahr einer negativen Risikoauslese gegeben (BSG Urteil vom 10.9.1975 - [3/12 RK 6/74](#) - [BSGE 40, 208](#), 209 = [SozR 2200 § 169 Nr 1 S 2](#) = Juris RdNr 10; vgl auch BSG Urteil vom 12.10.2000 - [B 12 RA 2/99 R](#) - [SozR 3-2600 § 2 Nr 5 S 32](#) = Juris RdNr 19; Schlegel in Küttner, Personalbuch, 26. Aufl 2019, Arbeitnehmer (Begriff) RdNr 57).

35

IV. Ein etwaiger Fachkräftemangel im Gesundheitswesen führt zu keinem anderen Ergebnis. Für Unternehmer bestehende Schwierigkeiten, qualifizierte Beschäftigte zu gewinnen, und Erfordernisse einer Kostenoptimierung sind für die sozialversicherungsrechtliche Einordnung einer Tätigkeit nicht relevant (vgl auch Berchtold, 26. Sozialrechtliche Jahresarbeitsstagung 2014, 241, 254). Dies gilt selbst für etwaige Versorgungsprobleme im Gesundheitswesen. Entsprechende Tatsachen sind ungeachtet dessen weder vom LSG festgestellt worden noch

sind sie offenkundig. Da der Senat in einer Vielzahl ähnlich gelagerter Verfahren über die Abgrenzung zwischen selbstständiger Tätigkeit und abhängiger Beschäftigung und in der Folge Versicherungspflicht bei verschiedenen Gesundheitsberufen zu entscheiden hatte, hat er rein informatorisch zur Sammlung von Prozessstoff eine Befragung und Anhörung von Verbänden und Kostenträgern durchgeführt. Daraus haben sich keine eindeutigen Anhaltspunkte dafür ergeben, dass der flexible Einsatz von Honorarkräften im Gesundheitswesen für die Aufrechterhaltung der Versorgung unerlässlich wäre. Finden Einrichtungen der Daseinsvorsorge wie Krankenhäuser nicht genügend Personal, das bereit ist, ein Arbeitsverhältnis mit dem Krankenhaus einzugehen, weil die Arbeitsbedingungen als nicht attraktiv angesehen werden (Bezahlung, Arbeitszeiten, Schicht- und sonstige Dienste), können Krankenhäuser und Ärzte die insoweit bestehenden Probleme nicht dadurch lösen, dass sie einen Honorarvertrag vereinbaren. Zwingende Regelungen des Sozialversicherungsrechts können nicht dadurch außer Kraft gesetzt werden, dass Arbeitsverhältnisse als Honorartätigkeit bezeichnet werden.

36

V. Die einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen des Versicherungs- und Beitragsrechts verletzen auch dann keine Grundrechte des beigeladenen Arztes und des klagenden Klinikums, wenn das LSG aufgrund der weiteren Ermittlungen zu dem Ergebnis kommen sollte, dass der beigeladene Arzt aufgrund seiner Tätigkeit beim klagenden Klinikum der Versicherungspflicht nach dem Recht der Arbeitsförderung unterlag.

37

1. Der Schutzbereich der Berufsfreiheit in [Art 12 Abs 1 GG](#) wird durch die Annahme eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses und der daraus folgenden Sozialversicherungspflicht nicht berührt.

38

a) Für Steuer- und Abgabevorschriften ist seit langem anerkannt, dass sie nur dann an [Art 12 Abs 1 GG](#) zu messen sind, wenn sie in einem engen Zusammenhang zur Ausübung eines Berufes stehen und objektiv eine berufsregelnde Tendenz erkennen lassen. Hat eine Vorschrift hingegen keine Berufs-, sondern Beitragspflichten zum Gegenstand, steuert der Gesetzgeber insoweit weder die Wahl noch die Ausübung des Berufes (BVerfG Nichtannahmebeschluss vom 3.6.2013 - [1 BvR 131/13](#) ua - [BVerfGK 20, 327](#), 331 f = Juris RdNr 18; BVerfG Nichtannahmebeschluss vom 26.6.2007 - [1 BvR 2204/00](#) - [SozR 4-2600 § 2 Nr 10](#) RdNr 27). [§ 7 Abs 1 S 1 SGB IV](#) regelt keine Berufspflichten, sondern allgemein die Merkmale der Beschäftigung als Grundlage der Versicherungs- und Beitragspflicht. Selbst wenn nach den Umständen des Einzelfalls manche Dienstleistungen praktisch nur in Form einer abhängigen Beschäftigung verrichtet werden können, wird [Art 12 GG](#) dadurch nicht verletzt (BSG Beschluss vom 11.5.1993 - [12 BK 62/91](#) - Juris RdNr 3).

39

b) Auch die grundrechtlich geschützte Vertragsfreiheit wird durch die sozialversicherungsrechtliche Einordnung einer konkreten Tätigkeit nicht beschnitten. Maßstab ist auch insoweit [Art 12 Abs 1 GG](#); das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit gemäß [Art 2 Abs 1 GG](#) tritt im Bereich beruflicher Betätigung als Prüfungsmaßstab zurück (BVerfG Beschluss vom 23.10.2013 - [1 BvR 1842/11](#) ua - [BVerfGE 134, 204](#) RdNr 67). Welchen vertraglichen Inhalt ein Arbeitsverhältnis haben soll, wird durch die Frage nach der Beitragspflichtigkeit der vereinbarten und praktizierten Tätigkeit jedoch nicht berührt.

40

2. Die gesetzliche Anordnung der Zwangsmitgliedschaft und damit verbundener Beitragspflichten ist zwar ein Eingriff in den Schutzbereich des [Art 2 Abs 1 GG](#) (vgl BVerfG Beschluss vom 18.2.1998 - [1 BvR 1318/86](#) ua - [BVerfGE 97, 271](#), 286 = [SozR 3-2940 § 58 Nr 1](#) S 7; BVerfG Beschluss vom 9.9.2003 - [1 BvR 558/99](#) - [BVerfGE 109, 96](#), 111 = [SozR 4-5868 § 1 Nr 2](#) RdNr 38). Beschränkungen des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit sind jedoch im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung zulässig. Im Spannungsverhältnis zwischen der individuellen Freiheit und den Anforderungen einer sozialstaatlichen Ordnung verfügt der Gesetzgeber über einen weiten Gestaltungsspielraum (vgl [BVerfGE 29, 221](#), 235 = [SozR Nr 7](#) zu [Art 2 GG](#); [BVerfGE 44, 70](#), 89 = [SozR 5420 § 94 Nr 2 S 1 f](#)). Die Sozialversicherungspflicht dient dabei einem legitimen Zweck und ist geeignet, angemessen und verhältnismäßig im engeren Sinne. Sie schützt - wie bereits ausgeführt - neben den Betroffenen selbst auch die Allgemeinheit vor einer übermäßigen Inanspruchnahme der staatlichen Gemeinschaft (vgl BVerfG Nichtannahmebeschluss vom 26.6.2007 - [1 BvR 2204/00](#) - [SozR 4-2600 § 2 Nr 10](#) RdNr 29). Der Gesetzgeber darf dabei einen generalisierenden Maßstab anlegen und davon ausgehen, dass diejenigen Personen, die ihre Arbeitskraft in den Dienst anderer stellen, im Allgemeinen auf diese Beschäftigung zur Erlangung ihres Lebensunterhalts angewiesen und daher sozial schutzbedürftig sind (vgl [BVerfGE 18, 257](#), 270 f = [SozR Nr 55](#) zu [Art 3 GG](#); BVerfG Nichtannahmebeschluss vom 31.8.2004 - [1 BvR 945/95](#) - [SozR 4-2600 § 7 Nr 2](#) RdNr 13 = Juris RdNr 12).

41

VI. Der Vertrag zwischen dem beigeladenen Arzt und dem klagenden Klinikum deutet zunächst auf eine selbstständige Tätigkeit hin. Der beigeladene Arzt und das klagende Klinikum vereinbarten, dass ein Angestelltenverhältnis oder arbeitnehmerähnliches Verhältnis nicht begründet werden sollte, und betonten diesen Willen dadurch, dass der beigeladene Arzt Steuern und Versicherungsbeiträge selbst abführen sollte. Eine Einbindung des beigeladenen Arztes in die Organisationsstruktur des Klinikums war danach ausdrücklich ausgeschlossen soweit es nicht für die Ausübung der ärztlichen Tätigkeit erforderlich war. Die Weisungsbefugnis des klagenden Klinikums war vertraglich auf das Notwendige eingeschränkt und der beigeladene Arzt war frei, sich in den Dienstplan einzutragen. Für eine Eingliederung des beigeladenen Arztes in die Organisationsstruktur des klagenden Klinikums spricht allerdings die Bezeichnung als "Vertretungsarzt", die die Vertretung eines anderen Arztes indiziert. Der Vertrag verhält sich allerdings nicht dazu, welchen Status der zu vertretende Arzt im klagenden Klinikum hatte.

42

Zur tatsächlichen Durchführung der Vertragsbeziehung hat das LSG für den Senat bindend ([§ 163 SGG](#)) festgestellt, dass der beigeladene Arzt seine Tätigkeit in den Räumen des klagenden Klinikums ausübte und die technischen Anlagen und die Zuarbeit durch das Personal der Röntgenabteilung des klagenden Klinikums unentgeltlich nutzen konnte. Seine Leistungen rechnete er selbst gegenüber dem klagenden Klinikum ab. Er behandelte unmittelbar keine Patienten, war nicht auf der Station tätig, nahm nicht an Visiten teil, vertrat - entgegen der Bezeichnung im Vertrag - keine anderen Ärzte, schrieb keine Arztbriefe und war weder an Aufnahmen noch Entlassungen von Patienten beteiligt. Er bearbeitete aber nicht nur Akten und befundete radiologische Aufnahmen, sondern übernahm auch Bereitschaftsdienste. Der beigeladene Arzt vereinbarte seine Dienstzeiten frei, war dann aber an sie gebunden.

43

Es fehlt jedoch an Feststellungen zur konkreten Ausgestaltung der Dienste, insbesondere zur Organisation der Abteilung für Radiologie im klagenden Klinikum und die Einbindung des beigeladenen Arztes in die Organisationsabläufe innerhalb des Krankenhauses. Das LSG ist zwar im Ansatz zutreffend davon ausgegangen, dass es das Wesen von Bereitschaftsdiensten ist, zur Verfügung zu stehen, wenn ein Notfall eintritt und der Dienstleistende im Zusammenspiel mit anderen Mitarbeitern des Krankenhauses umgehend zur Diagnose und Versorgung der Patienten tätig werden muss. Es fehlen aber Feststellungen dazu, ob diese Annahme auch bei den vom beigeladenen Arzt durchgeführten Bereitschaftsdiensten konkret zutrifft. Denkbar wären eine Tätigkeit als Konsiliararzt ebenso wie eine weitgehende Einbindung in die Strukturen des Krankenhauses während der Zeiten der Ruf- und aktiven Bereitschaft. Das LSG wird zu ermitteln haben, ob der beigeladene Arzt während der Rufbereitschaft jederzeit ins Krankenhaus gerufen werden konnte, dort ggf allein verantwortlich für die Erstellung und Auswertung von Aufnahmen und insofern gegenüber dem Personal des Krankenhauses weisungsbefugt war. Dafür spricht zumindest, dass der beigeladene Arzt in großem Umfang Zeiten der Rufbereitschaft, im Vergleich dazu aber nur in sehr geringem Umfang Zeiten aktiver Bereitschaft abrechnete. Insofern wird festzustellen sein, ob er in diesen Zeiten tatsächlich im Krankenhaus war und wie seine Tätigkeit sich in diesen Zeiten darstellte.

44

Im Hinblick auf die tatsächlichen geleisteten Tagdienste wird insbesondere zu klären sein, ob die Abteilung für Radiologie als Abteilung des klagenden Klinikums geführt wurde, ob es dort eigenes Personal beschäftigte, wie der beigeladene Arzt konkret in diesem Gefüge tätig wurde und wie etwa die Abrechnung seiner Leistungen im Verhältnis zu den übrigen Abteilungen des Krankenhauses sowie mit den Patienten und deren Kostenträgern erfolgte. Auch insofern ist die Tätigkeit des beigeladenen Arztes von einer Tätigkeit eines Konsiliararztes abzugrenzen. Denkbar ist ggf eine Mischttätigkeit mit lediglich konsiliarärztlichen Elementen, die differenziert zu betrachten und in der anzustellenden Gesamtabwägung zu berücksichtigen sind.

45

D. Die Kostenentscheidung bleibt der das Verfahren abschließenden Entscheidung des LSG vorbehalten.

Rechtskraft

Aus

Login

BRD

Saved

2019-10-17