

BUNDESSOZIALGERICHT



Im Namen des Volkes

Verkündet am
4. Juni 2019

Urteil

in dem Rechtsstreit

BSG Az.: **B 12 R 2/18 R**
LSG Rheinland-Pfalz 12.12.2017 - L 6 R 255/15
SG Trier 07.05.2015 - S 7 R 234/14

.....,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte:

.....,

g e g e n

Deutsche Rentenversicherung Bund,
Ruhrstraße 2, 10709 Berlin,

Beklagte und Revisionsklägerin,

beigeladen:

.....,

Der 12. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die mündliche Verhandlung vom 4. Juni 2019 durch den Präsidenten Prof. Dr. Schlegel, den Richter Heinz und die Richterin Dr. Meßling sowie den ehrenamtlichen Richter Hehr und die ehrenamtliche Richterin Dr. Strauss für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten werden die Urteile des Landessozialgerichts Rheinland-Pfalz vom 12. Dezember 2017 und des Sozialgerichts Trier vom 7. Mai 2015 aufgehoben. Die Klage wird abgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Rechtsstreits in allen Rechtszügen mit Ausnahme der Kosten des Beigeladenen.

Der Streitwert wird für das Revisionsverfahren auf 5000 Euro festgesetzt.

G r ü n d e :

I

- 1 Die Beteiligten streiten über die Versicherungspflicht des beigeladenen Arztes in der gesetzlichen Rentenversicherung in seiner Tätigkeit als Bereitschaftsarzt in einer Geriatrischen Rehabilitationsklinik.
- 2 Die Klägerin ist eine Stiftung des öffentlichen Rechts, die unter anderem die Geriatrische Rehabilitationsklinik S. betreibt. Der beigeladene Facharzt für Allgemeinmedizin ist dort seit 1.1.2013 als Arzt im Bereitschaftsdienst tätig. Daneben ist er abhängig in einer niedergelassenen Praxis vollzeitbeschäftigt.
- 3 Am 11.12.2012 schlossen die Klägerin und der beigeladene Arzt einen "Honorarvertrag über freie Mitarbeit" folgenden Inhalts:
 - "§ 1 Dauer der freien Mitarbeit
Die freie Mitarbeit beginnt ab dem 1. Januar 2013.
 - § 2 Art der Tätigkeit
Bei der freien Mitarbeit handelt es sich um ärztliche Tätigkeiten im Rahmen des Bereitschaftsdienstes in der Geriatrischen Rehabilitationsklinik. Die Mitarbeiterin ist frei in ihrer Entscheidung, die ihr angebotenen Bereitschaftsdienste zu übernehmen oder abzulehnen. Es besteht keine Verpflichtung zur Bereitschaftsdienstleistung.
 - § 3 Vergütungsregelung
Für die tatsächlich geleistete Arbeit erhält die freie Mitarbeiterin ein Honorar in Höhe von 25,00 Euro pro Stunde. (Vergütung für Ärzte analog der jeweils gültigen Anlage 30 zu den AVR). Ein Anspruch auf Krankenbezüge, Erholungsurlaub oder sonstige bezahlte Freistellungen besteht nicht. Die tatsächlich erbrachte Leistung wird von der Honorarkraft in Rechnung gestellt. Die sozialrechtlichen Vorschriften über die Sozialversicherung und das Lohn- und Kirchensteuerrecht sind von der Honorarkraft zu beachten.
 - § 4 Sonstige Vereinbarungen
Weitere Vereinbarungen bestehen nicht. Spätere Vereinbarungen bedürfen zu ihrer Gültigkeit der Schriftform unter Bezug auf diesen Vertrag."

- 4 Der beigeladene Arzt übernahm auf dieser Grundlage im Jahr 2013 - außer im Juni und November - ein- bis zweimal monatlich Wochenend-Bereitschaftsdienste. Für Nacht- und Feiertagsdienste stellte er Zeitzuschläge in Rechnung (*5,30 Euro bzw 4,80 Euro*).
- 5 Auf Antrag des beigeladenen Arztes (*27.12.2013*) stellte die Beklagte fest, dass er seine Tätigkeit als Bereitschaftsarzt bei der Klägerin seit dem 1.1.2013 im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausübe. In dem Beschäftigungsverhältnis bestehe Versicherungsfreiheit in der gesetzlichen Krankenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung und keine Versicherungspflicht in der sozialen Pflegeversicherung wegen Geringfügigkeit. In der gesetzlichen Rentenversicherung (GRV) bestehe Versicherungspflicht (*Bescheide vom 23.4.2014, Widerspruchsbescheid vom 23.6.2014*).
- 6 Das SG hat den angefochtenen Bescheid aufgehoben und festgestellt, dass Versicherungspflicht in der GRV nicht bestehe (*Urteil vom 7.5.2015*). Das LSG hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen (*Urteil vom 12.12.2017*). Die gesetzlichen Regelungen zur Erbringung und Abrechnung allgemeiner Krankenhausleistungen ließen auch den Einsatz selbstständiger Ärzte zu. Nach der vertraglichen Vereinbarung sei der beigeladene Arzt frei gewesen, die ihm angebotenen Bereitschaftsdienste anzunehmen oder abzulehnen. Es bestehe kein Anspruch auf Krankenbezüge, Erholungsurlaub oder sonstige Freistellungen. Das Vertragsverhältnis sei entsprechend der schriftlichen Vereinbarung gelebt worden. Der beigeladene Arzt habe bei der Durchführung der Bereitschaftsdienste keinem Weisungsrecht der Klägerin betreffend Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung unterlegen. Die Vorgabe gewisser Eckpunkte und die Ausrichtung der Tätigkeit nach den Bedürfnissen der Patienten liege in der Natur der Sache. Weder das allenfalls geringe Unternehmerrisiko noch die Höhe des Honorars ließen den Schluss auf ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis zu. Ausschlaggebend sei auch nicht, dass der beigeladene Arzt im Außenverhältnis nicht erkennbar als Selbstständiger aufgetreten sei, im Verhinderungsfalle nicht für Ersatz sorgen müssen und persönliche Leistungserbringung geschuldet habe. Dass er nicht Vertragspartei der Patienten sei, spreche nicht gegen eine selbstständige Tätigkeit. Dies gelte auch für die Haftung der Klägerin für schuldhafte Fehler des beigeladenen Arztes. Aus dem fehlenden umfassenden Einflussrecht der Klinik möge sich ein höheres Haftungsrisiko ergeben, dies gelte aber generell für die Heranziehung Dritter zur Vertragserfüllung.
- 7 Mit ihrer Revision rügt die Beklagte die Verletzung von § 7 Abs 1 SGB IV. Für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung sei ohne Relevanz, ob eine Honorararztstätigkeit grundsätzlich (arbeits-)rechtlich möglich sei. Der Honorarvertrag habe keine Regelungen hinsichtlich der Ausgestaltung der Tätigkeit enthalten, ein Weisungsrecht sei nicht ausgeschlossen. Es könne daher nur auf die tatsächlichen Verhältnisse ankommen. Das LSG habe die Umstände, die auf eine Eingliederung und das Fehlen eines Unternehmerrisikos hindeuteten, nicht nachvollziehbar als untergeordnet und in der "Natur der Sache" liegend beurteilt. Die Klinik habe den beigeladenen Arzt bei Ausführung ihrer Vertragspflichten eingesetzt. Dabei sei er im Rahmen eines

arbeitsteiligen und wechselseitigen Zusammenwirkens mit weiteren Mitarbeitern tätig geworden. Er sei auch auf die sächliche und personelle Infrastruktur der Klinik angewiesen gewesen. Entscheidend seien die Verhältnisse nach Annahme des jeweiligen Einzelauftrags. Nehme der beigeladene Arzt einen Bereitschaftsdienst an, sei er an die ihm zugewiesenen Patienten sowie vorgegebene Dienstzeiten gebunden und in die hierarchische Struktur eingegliedert. Er arbeite mit Pflegekräften zusammen und sei diesen gegenüber zwangsläufig weisungsbefugt. Insgesamt habe er keinen Gestaltungsspielraum, der über denjenigen der angestellten Ärzte hinausgehe. Er sei im Außenverhältnis nicht als Selbstständiger aufgetreten und habe im Verhinderungsfalle nicht für Ersatz zu sorgen gehabt. Mit seiner Annahme, dass das Letztentscheidungsrecht während des Bereitschaftsdienstes beim beigeladenen Arzt liege, habe das LSG die Grenzen freier Beweiswürdigung überschritten und den Amtsermittlungsgrundsatz verletzt.

- 8 Die Beklagte beantragt,
die Urteile des Landessozialgerichts Rheinland-Pfalz vom 12. Dezember 2017 und des Sozialgerichts Trier vom 7. Mai 2015 aufzuheben sowie die Klage abzuweisen.
- 9 Die Klägerin beantragt,
die Revision der Beklagten zurückzuweisen.
- 10 Sie verteidigt die angegriffene Entscheidung.

II

- 11 Die Revision der Beklagten ist erfolgreich. Die Urteile des LSG und des SG sind aufzuheben und die Klage ist abzuweisen. Der beigeladene Arzt war in seiner streitbefangenen Tätigkeit bei der Klägerin beschäftigt und damit versicherungspflichtig in der GRV.
- 12 A. Das LSG ist mit § 7 Abs 1 SGB IV und den durch die Rechtsprechung des BSG hierzu aufgestellten Grundsätzen vom richtigen Maßstab zur Beurteilung des Vorliegens von Beschäftigung ausgegangen (*hierzu I.*). Für die Beurteilung einer honorarärztlichen Tätigkeit gelten keine abweichenden Maßstäbe (*hierzu II.*). Aufgrund der Feststellungen des LSG überwiegen die Indizien für die Annahme von Beschäftigung, ohne dass es auf die Verfahrensrüge der Beklagten ankäme (*hierzu III.*). Ein etwaiger Fachkräftemangel im Gesundheitswesen ändert nichts an dem gefundenen Ergebnis (*hierzu IV.*). Die maßgeblichen Vorschriften des Versicherungs- und Beitragsrechts verletzen auch keine Grundrechte der Beteiligten (*hierzu V.*).
- 13 I. Im streitigen Zeitraum unterlagen Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt waren, der Versicherungspflicht in der GRV (*vgl § 1 S 1 Nr 1 SGB VI*). 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>).

14 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, so 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).

15 II. Für die Tätigkeit sog Honorarärzte in Krankenhäusern gelten keine abweichenden Maßstäbe. Insbesondere spielt es 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. 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>. Auch die arbeitsrechtliche Einordnung prägt die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung nicht vor. Angesichts des besonderen Schutzzwecks der Sozialversicherung besteht kein vollständiger Gleichklang zwischen arbeitsrechtlichem Arbeitnehmer- und sozialversicherungsrechtlichem Beschäftigtenbegriff. Das kommt im Wortlaut des § 7 Abs 1 S 1 SGB IV schon durch die Formulierung "insbesondere" zum Ausdruck (*zum Ganzen ausführlich Urteil vom selben Tag - B 12 R 11/18 R - mwN, zur Veröffentlichung in BSGE und SozR vorgesehen*).

- 16 III. Ausgehend von den dargestellten Abgrenzungsmaßstäben überwiegen die Indizien für das Vorliegen von Beschäftigung.
- 17 1. Dabei ist für die Beurteilung auf die jeweiligen Einzeleinsätze abzustellen. Denn nach den Feststellungen des LSG wurden die einzelnen Dienste individuell vereinbart. Erst durch die Zusage des beigeladenen Arztes entstand eine rechtliche Verpflichtung, den zugesagten Dienst auch tatsächlich zu leisten. 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>*).
- 18 2. Zur tatsächlichen Durchführung der Vertragsbeziehung hat das LSG festgestellt, dass dem beigeladenen Arzt jeweils zwei Monate im Voraus freie Termine für Wochenend-Bereitschaftsdienste übersandt wurden. Der Dienstplan wurde nach Sammlung der hierauf eingehenden Mitteilungen der Honorarärzte erstellt. Eine Anwesenheit von 17 Uhr bis 8 Uhr des Folgetages war vorgegeben. Der beigeladene Arzt verfügte bei der Klägerin über ein Zimmer mit Telefon und wurde bei Unklarheiten oder im Notfall von einer Schwester angerufen, die ihm den Sachverhalt schilderte. Er entschied dann, ob er "sich den Patienten anschaute" oder eine telefonische Anweisung ausreichte. Während des Bereitschaftsdienstes war der beigeladene Arzt in der Klinik der einzige anwesende Arzt. Er unterlag keiner Supervision und keinem Weisungsrecht des den Hintergrunddienst verrichtenden Chefarztes oder eines leitenden Arztes; eine Rücksprache mit diesen war freiwillig und lediglich beratend. Das fachliche Letztentscheidungsrecht hatte nach den Feststellungen des LSG der beigeladene Arzt, der keiner Kontrolle unterlag. Er verfügte nicht über ein eigenes Weisungsrecht gegenüber dem Klinikpersonal. Lediglich im Bedarfsfall zog er Pflegekräfte hinzu und erteilte er medizinische Anordnungen. Zu Anweisungen organisatorischer oder personeller Art war er nicht befugt. Der beigeladene Arzt war nicht in den alltäglichen Klinikdienst eingebunden. Weder führte er Visiten, Patientenaufnahmen und -entlassungen, Routineuntersuchungen oder Angehörigengespräche durch noch verordnete er Hilfsmittel oder schrieb er Arztbriefe. Er stellte nur die allgemein-medizinische Notfallvorsorge sicher. Anders als die anderen Ärzte nahm er nicht an Dienst- und Teambesprechun-

gen teil. Er unterlag keinen Urlaubsregelungen und war nicht zur Abstimmung seiner Urlaubsplanung mit den Beschäftigten und anderen Bereitschaftsdienstleistenden verpflichtet. Es bestand auch keine Verpflichtung zur Übernahme von Urlaubs- und Krankheitsvertretungen oder zum Tragen von Dienstbekleidung der Klägerin.

- 19 3. Der Senat kann offenlassen, ob die Verfahrensrügen der Beklagten hinsichtlich der Feststellungen des LSG zur Weisungsabhängigkeit und zum fachlichen Letztentscheidungsrecht des beigeladenen Arztes durchgreifen. Selbst auf Grundlage dieser Feststellungen ist von einer abhängigen Beschäftigung des beigeladenen Arztes auszugehen.
- 20 a) Ausgangspunkt der sozialversicherungsrechtlichen Beurteilung ist der im Vertrag zum Ausdruck kommende Wille der Parteien. Vertraglich haben die Klägerin und der beigeladene Arzt eine "freie Mitarbeit" vereinbart. Ein Anstellungsverhältnis sollte nicht begründet werden. Wenn aber wie vorliegend Divergenzen zwischen der Vertragsdurchführung und der Vereinbarung bestehen, 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>*).
- 21 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.
- 22 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 Honorärärzten. 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 selbst-

ständige 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.

- 23 d) Bereits auf der Grundlage der Feststellungen des LSG besteht eine die Tätigkeit derart prägende Eingliederung in die Organisations- und Weisungsstruktur des Krankenhauses, dass diese unabhängig von der Frage eines fachlichen Letztentscheidungsrechtes des beigeladenen Arztes für die Annahme von Beschäftigung ausreichend ist.
- 24 Weisungsgebundenheit und Eingliederung in den Betrieb stehen weder in einem Rangverhältnis zueinander noch müssen sie stets kumulativ vorliegen. Eine Eingliederung geht 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 Rspr 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.

25 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*).

26 Nach den Feststellungen des LSG ist das Tätigkeitsbild des beigeladenen Arztes zwar in Umfang und Inhalt mit demjenigen angestellter Krankenhausärzte nicht ohne Weiteres vergleichbar. Es ist jedoch unschädlich, wenn die umfassende Weisungsabhängigkeit des Krankenhausarztes nicht gegeben ist, sofern die Tätigkeit - wie hier - vollständig fremdbestimmt innerhalb des organisatorischen Betriebsablaufs eines Krankenhauses verrichtet wird. Selbst wenn - wie das LSG festgestellt hat - das Letztentscheidungsrecht in medizinischen Fragen stets beim beigeladenen Arzt selbst gelegen hätte, war er dennoch in die vom Krankenhaus bereitgestellte Infrastruktur organisatorisch, personell und sachlich vollständig eingebunden. Da er ausschließlich im Bereitschaftsdienst an Wochenenden tätig war, hat es für die Abgrenzung keinerlei Aussagekraft, dass er mit der kontinuierlichen Patientenversorgung im Tagdienst nicht befasst war. Seine dienende Teilhabe am Arbeitsprozess drückt sich auch gerade darin aus, dass er während seines Dienstes sogar alleiniger Ansprechpartner der Patienten und des Klinikpersonals war. Er erbrachte seine Notfallversorgung nicht anders als sonstige Krankenhausärzte. Er hatte eine Anwesenheitspflicht in der Klinik, hielt sich in einem durch die Klinik zur Verfügung gestellten Zimmer auf, musste jederzeit erreichbar sein und hatte so die durch die Klinik geschuldete Versorgung im Bedarfsfalle innerhalb der für den Bereitschaftsdienst vorgegebenen Organisationsabläufe zu erbringen und zu steuern. Dabei nutzte er die Infrastruktur der Klinik und arbeitete mit dem übrigen Personal arbeitsteilig zusammen.

- 27 e) Das LSG hat auch keine für Selbstständigkeit sprechenden Anhaltspunkte festgestellt, die ein derartiges Gewicht hätten, dass sie die Weisungsgebundenheit und Eingliederung des beigeladenen Arztes auch nur annähernd hätten auf- oder überwiegen können. Insbesondere war er keinem nennenswerten Unternehmerrisiko ausgesetzt. Er erhielt einen festen Lohn für geleistete Stunden und hatte keinen Verdienstausschlag zu befürchten. Für ihn bestand auch nicht die Chance, durch unternehmerisches Geschick seine Arbeit so effizient zu gestalten, dass er das Verhältnis von Aufwand und Ertrag zu seinen Gunsten entscheidend hätte beeinflussen können. Da es lediglich auf eine Betrachtung der konkreten Tätigkeit ankommt, ist das einzig in Betracht kommende Risiko des beigeladenen Arztes, von der Klägerin keine weiteren Folgeaufträge zu erhalten, für die Frage seines Status in der konkreten Tätigkeit irrelevant.
- 28 f) Für die Abgrenzung ist es nicht von Bedeutung, ob die honorarärztliche Tätigkeit als Haupterwerbsquelle oder - wie hier - 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 GRV § 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*).
- 29 g) 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*). Dies war beim beigeladenen Arzt nach den Feststellungen des LSG der Fall, da er seine Bereitschaftsdienste für die Klägerin mit seiner daneben ausgeübten Angestelltentätigkeit koordinieren musste. Eine gewisse Dispositionsfreiheit des Auftragnehmers kommt aber nicht entscheidend zum Tragen, wenn sie - wie hier - schon insoweit berücksichtigt wird, als für die Beurteilung auf den jeweiligen Einzelauftrag abgestellt wird. Im Übrigen war

zwischen den Vertragsparteien von vornherein nur die Ableistung von Bereitschaftsdiensten vereinbart worden.

- 30 h) 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>*). Es ist vorliegend schon deshalb nicht ausschlaggebend, weil weder vom LSG festgestellt noch ersichtlich ist, dass das vereinbarte Honorar deutlich über dem Arbeitsentgelt eines vergleichbar eingesetzten sozialversicherungspflichtig Beschäftigten liegt und dadurch Eigenvorsorge zulässt.
- 31 IV. Ein etwaiger Fachkräftemangel im Gesundheitswesen ändert nichts an dem gefundenen 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 Jahresarbeitstagung 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.
- 32 V. Die einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen des Versicherungs- und Beitragsrechts verletzen keine Grundrechte der Klägerin und des beigeladenen Arztes.
- 33 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.
- 34 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*).

- 35 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.
- 36 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 5400 § 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 Juris 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*).
- 37 B. Die Kostenentscheidung beruht auf § 197a Abs 1 S 1 Teils 3 SGG iVm § 154 Abs 2, § 162 Abs 3 VwGO.

38 C. Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 197a Abs 1 S 1 Teils 1 SGG iVm § 63 Abs 2, § 52 Abs 2, § 47 Abs 1 GKG.