

L 8 R 233/15

Land
Nordrhein-Westfalen
Sozialgericht
LSG Nordrhein-Westfalen
Sachgebiet
Rentenversicherung
Abteilung
8

1. Instanz
SG Köln (NRW)
Aktenzeichen
S 33 R 1184/14

Datum
30.01.2015
2. Instanz
LSG Nordrhein-Westfalen
Aktenzeichen
L 8 R 233/15

Datum
16.05.2018
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
B 12 R 23/18 R
Datum
-

Kategorie
Urteil

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Köln vom 30.1.2015 wird zurückgewiesen. Die Beklagte trägt 75 % der außergerichtlichen Kosten des Klägers in beiden Rechtszügen. Im Übrigen findet keine Kostenerstattung statt. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten im Rahmen eines Betriebsprüfungsverfahrens ([§ 28p Abs. 1](#) Sozialgesetzbuch Viertes Buch [SGB IV]) über die Versicherungspflicht des Klägers nach dem Recht der Arbeitsförderung in den Zeiträumen vom 6. bis 24.4.2009, vom 4.5. bis 26.6.2009 und vom 1.9. bis 23.12.2009 in seiner Tätigkeit als Assistenzarzt in der Abteilung für Innere Medizin der Klinik S der Beigeladenen zu 1).

Die Beigeladene zu 1) ist Trägerin der Klinik S in C. Die Abteilung für Innere Medizin dieser Klinik stellte die Patientenversorgung mit - einschließlich der Honorarärzte - 15 Ärzten, darunter einem Chefarzt, drei Oberärzten und 12 Stationsärzten sicher. Es handelte sich um eine allgemeinmedizinische Klinik mit dem Schwerpunkt Gastroenterologie, zu der auch eine Intensivstation gehörte. Von den Krankheitsbildern her wurde das gesamte Spektrum der Inneren Medizin behandelt. Eine Station wurde mit zwei Stationsärzten besetzt.

Der am 00.00.1945 geborene Kläger ist Facharzt für Allgemeinmedizin. Vor seiner Tätigkeit für die Beigeladene zu 1) war der Kläger mit einem Partner in einer Privatpraxis tätig. Bei seiner Tätigkeit für die Beigeladene zu 1) nahm er die Aufgaben eines Stationsarztes ausschließlich in den Tagdiensten mit der üblichen Arbeitszeit von 8:00 Uhr bis 16:30 Uhr, nicht in Bereitschafts- und Nachtdiensten wahr. Dabei arbeitete der Kläger regelmäßig an fünf Tagen in der Woche und regelmäßig länger als 8 Stunden täglich, teilweise bis zu 11 ³/₄ Stunden, bei einer halbstündigen Pause, durchschnittlich 45 Stunden pro Woche. Alle Arbeitsstunden erhielt der Kläger mit einem Honorar von 70,00 EUR je Stunde vergütet.

Der Tätigkeit des Klägers für die Beigeladene zu 1), die jeweils über die FAA FachArztAgentur GmbH in C vermittelt wurde, lagen mündliche und schriftliche Vereinbarungen zwischen Kläger und Beigeladener zu 1) zugrunde. Für die Zeiträume vom 6. bis 24.4.2009 und vom 4.5. bis 26.6.2009 galten mündliche Vereinbarungen. Weder der Kläger noch die Beigeladene zu 1) konnten für diesen Zeitraum einen von beiden Seiten unterzeichneten Vertrag beibringen. Die mündlichen Vereinbarungen entsprachen inhaltlich dem schriftlichen Vertragsentwurf, der am 28.4.2009 von einem Vertreter der Beigeladenen zu 1), aber nicht von dem Kläger unterzeichnet worden war. Dieser Entwurf lautete auszugsweise wie folgt:

" ...

§ 1

Der Honorarvertreter wird vom 06.04.09 bis einschließlich 24.04.09 und vom 04.05.09 bis einschließlich 19.06.2009 in der Abteilung Innere Medizin der Medizinischen Klinik S die Aufgaben eines Assistenzarztes wahrnehmen und in dieser auch Zeit am Bereitschaftsdienst teilnehmen. Die Bereitschaftsdienste werden nach Absprache im Rahmen des für die Abteilung gültigen Dienstplanes geleistet.

§ 2

Der Honorarvertreter verpflichtet sich, die ihm übertragenen Aufgaben gewissenhaft persönlich wahrzunehmen, mit dem Leitenden Arzt der Abteilung und dem übrigen Personal der Abteilung sowie den sonstigen Mitarbeitern der Klinik zusammenzuarbeiten und über alle ihm bei seiner Vertragserfüllung bekannt werdenden Angelegenheiten Verschwiegenheit zu wahren.

§ 3

Der Arzt erklärt, dass er die Erlaubnis zur Ausübung des ärztlichen Berufs in der Bundesrepublik Deutschland besitzt und dass er über die notwendigen fachlichen Kenntnisse zur Erfüllung der ihm zu übertragenden Aufgaben verfügt.

§ 4

Für den in § 1 genannten Zeitraum erhält der Honorarvertreter für die Erledigung seiner vertraglichen Verpflichtungen ein Honorar in Höhe von EUR 70,00 pro Stunde. Die Bereitschaftsdienste werden mit EUR 52,50 pro Stunde an Wochentagen und EUR 52,50 pro Stunde an Wochenendtagen und Feiertagen abgegolten.

Zusätzlich wird dem Honorarvertreter für den genannten Zeitraum von der Klinik eine Unterkunft sowie die kostenlose Teilnahme an der Personalverpflegung zur Verfügung gestellt. Mit dem vereinbarten Honorar sowie der Zurverfügungstellung von Kost und Logis sind alle dem Honorarvertreter entstehenden Kosten gleich welcher Art abgegolten.

§ 5

Die Vertragsschließenden sind sich darüber einig, daß durch diesen Vertrag ein Angestelltenverhältnis nicht begründet wird. Das Honorar wird ohne Lohnsteuerabzug gezahlt und unterliegt daher der Veranlagung nach dem jeweils gültigen Einkommensteuergesetz. Für die Abführung der Einkommensteuer ist der Honorarvertreter selbst verantwortlich.

§ 6

Die Klinik haftet für die Tätigkeit des Honorarvertreters wie für die übrigen Mitarbeiter der Klinik.

§ 7

Der Vertrag ist von beiden Parteien mit einer Frist von 7 Tagen, ohne Angaben von Gründen, kündbar.

§ 8

Nebenabreden sind nicht getroffen worden. Änderungen und Ergänzungen dieses Vertrages bedürfen der Schriftform."

Der Tätigkeit des Klägers für die Beigeladene zu 1) im Zeitraum vom 1.9. bis 31.10.2009 lag der am 14.5.2009 von einem Vertreter der Beigeladenen zu 1) und am 18.5.2009 vom Kläger unterschriebene schriftliche Vertrag zugrunde, der auszugsweise wie folgt lautete:

" ...

§ 1

Der Honorarvertreter wird vom 01.09.09 bis einschließlich 31.10.09, mit der Option der Verlängerung, in der Abteilung Innere Medizin der Medizinischen Klinik S die Aufgaben eines Assistenzarztes wahrnehmen und in dieser auch Zeit am Bereitschaftsdienst teilnehmen. Die Bereitschaftsdienste werden nach Absprache im Rahmen des für die Abteilung gültigen Dienstplanes geleistet.

§§ 2 - 8 ... (identisch mit den §§ 2 - 8 des Entwurfs für die Zeiträume vom 6. bis 24.4.2009 und vom 4.5. bis 19.6.2009)"

Für die Tätigkeit des Klägers für die Beigeladene zu 1) in dem Zeitraum vom 4.11. bis 23.12.2009 galten mündliche Vereinbarungen, die inhaltlich dem Vertragsentwurf für den vorgenannten Zeitraum entsprachen. Dieser Entwurf wies denselben Wortlaut auf wie der schriftliche Vertrag für den Zeitraum vom 1.9. bis 31.10.2009 vom 14./18.5.2009.

Der Kläger erhielt von der Beigeladenen zu 1) folgende Vergütung im Jahr 2009:

(Im Original: Tabelle)
Hier nur auszugsweise:

Monat April: Summe = 9.922,50

Monat Mai: Summe = 10.255,00

Monat Juni: Summe = 15.767,50

Juli - - -

August - - -

Monat September: Summe = 11.095,00

Monat Oktober: Summe = 13.405,00

Monat November: Summe = 15.627,50

Monat Dezember: Summe = 12.180,00

Im Rahmen der ab dem 19.5.2012 bei der Beigeladenen zu 1) durchgeführten Betriebsprüfung machte der Kläger unter dem 18.6.2012 Angaben in dem Fragebogen zur sozialversicherungsrechtlichen Feststellung, auf die Bezug genommen wird.

Mit dem an den Kläger adressierten Bescheid vom 19.10.2012 stellte die Beklagte anlässlich der bei der Beigeladenen zu 1) durchgeführten Betriebsprüfung fest, dass für den Kläger als Auftragnehmer dieses Unternehmens ein Beschäftigungsverhältnis gegen Arbeitsentgelt nach [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) in der von ihm als Honorararzt ausgeübten Tätigkeit vom 1.4.2009 bis lfd. und lediglich Versicherungs- und Beitragspflicht zur Arbeitslosenversicherung besteht. Gerade der Umstand, dass Honorarärzte übergangsweise bei Bestehen von Personalengpässen (Urlaub, Krankheit etc.) eingesetzt wurden, spreche für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung und - möglicherweise auch kurzfristigen - Eingliederung in die Arbeitsorganisation, da diese Tätigkeiten übernahmen, die normalerweise von den festangestellten Mitarbeitern durchgeführt würden. Der Kläger sei als Honorararzt (Facharzt für Innere Medizin) im Städt. Klinikum C tätig geworden. In dieser Funktion habe er Regeldienste und Bereitschaftsdienste sowie Vertretungsdienste und Patientenvisiten in seinem Krankenhaus übernommen, d.h. er sei wie die angestellten Ärzte in die Arbeitsorganisation seines Krankenhauses eingebunden gewesen. Die von ihm durchgeführten Tätigkeiten würden außerhalb der vereinbarten Einsatzzeiten von einem angestellten Stationsarzt durchgeführt. Seine Tätigkeiten habe er im Hause des Städtischen Klinikum C und unter kostenloser Nutzung der ihm zur Verfügung gestellten Arbeitsmittel, vorgegebenen Öffnungszeiten und in Vertretung für festangestellte Ärzte durchgeführt. Seine Arbeitsleistungen seien auf Rechnung gegenüber dem Städtischen Klinikum C erbracht und nicht nach der Gebührenordnung für Ärzte liquidiert worden. Ihm entstünden bei der und für die Tätigkeit für das Klinikum C keine Betriebskosten z.B. für mithelfendes Personal, Arbeitsmaterial, Nutzung der Sprech- und Behandlungszimmer, Telefon etc. Auch trage er kein Risiko, seine Arbeitskraft vergeblich einzusetzen, denn er erhalte die Patienten von seiner Klinik zugewiesen und rechne nicht - wie sonst bei selbständigen Ärzten üblich - in eigenem Namen und auf eigene Rechnung nach bestimmten Gebührensätzen - in Abhängigkeit von unterschiedlich erbrachten Leistungen - direkt mit den von ihm ggf. behandelten Patienten bzw. den Krankenkassen und sonstigen Leistungsträgern ab. Vielmehr erhalte er unabhängig vom Arbeitsanfall (viele oder wenige Patientenversorgungen, unterschiedliche Schwierigkeitsgrade der Versorgungen) und unabhängig vom Erfolg seiner Arbeitsleistung für den absolvierten Dienst die im Vorhinein fest vereinbarte Vergütung. Kranken- und Pflegeversicherungspflicht ergebe sich aufgrund der Entgelthöhe nicht. Von der Rentenversicherungspflicht sei er aufgrund der Mitgliedschaft in der berufsständischen Versorgungseinrichtung (Ärzteversorgung) befreit.

Hiergegen erhob der Kläger am 16.11.2012 Widerspruch. Der Dienstleistungs- und Berufsausübungsfreiheit werde es - auch unter europarechtlichen Gesichtspunkten - nur gerecht, wenn die Beklagte grundsätzlich von einer Selbständigkeit honorarärztlicher Tätigkeit in Krankenhäusern ausgehe. Die Eingliederung eines Erwerbstätigen in eine "äußere Arbeitsorganisation" trete zurück, wenn nur die Ziele seiner Tätigkeit vorgegeben seien, die Art und Weise, wie diese Ziele erreicht würden, aber der eigenen Entscheidung überlassen bleibe. So liege der Fall hier. Bei einer Eingliederung in die äußere Arbeitsorganisation falle eine weitgehende inhaltliche Unabhängigkeit stärker ins Gewicht, was bei Fachärzten und erfahrenen Praktikern in der Regel der Fall sei, wovon auch die landesgesetzlichen Berufsordnungen der Ärzte ausgingen. Dies gelte für die vereinbarte Aufgabenerledigung durch ihn, den Kläger. Die völlig fehlende rechtliche Verzahnung mit dem übrigen ärztlichen Personal des Krankenhauses und damit die deutliche rechtliche Unterscheidbarkeit von angestellten Ärzten dürfe nicht außer Acht gelassen werden. Mit ihm seien nur die Ziele des Auftrags, z.B. die ordnungsgemäße Versorgung der Patienten auf bestimmten Stationen oder in der Notaufnahme nach den Regeln der ärztlichen Kunst vereinbart worden. Die Art und Weise, wie diese Ziele konkret erreicht würden, bliebe der eigenen Entscheidung überlassen. Bei ihm als spezialisiertem Arzt mit jahrzehntelanger Erfahrung sei von einer "weitgehenden inhaltlichen Unabhängigkeit" bei der Auftragserledigung auszugehen. Er habe weisungsfrei im Rahmen der ärztlichen berufsrechtlichen Regeln gearbeitet. Dass er dabei nur die Patienten versorgt habe, die das Krankenhaus auf der zu betreuenden Station aufgenommen habe, dass er sich aufgrund eigener Entscheidung in bestimmten Fällen mit dem Chefarzt bzw. dessen Vertreter ausgetauscht bzw. beraten habe, dass er bei der Patientenversorgung das Pflegepersonal des Krankenhauses herangezogen habe, dass er die sachlichen Mittel und Medikamente des Krankenhauses eingesetzt habe, folge aus der Natur des Auftrags und aus der vorherigen Vereinbarung. Nach der Gesetzesbegründung zu § 2 Krankenhausentgeltgesetz (KHEntgG) habe der Gesetzgeber ausdrücklich zur Förderung der Rechtssicherheit bei der Einordnung des Status von nicht im Krankenhaus angestellten Honorarärzten beitragen wollen. Danach entspreche der Einsatz von im Krankenhaus nicht fest angestellten Honorarärzten bei der Erbringung allgemeiner Krankenhausleistungen einer bereits weit verbreiteten Praxis. Die "weit verbreitete Praxis" habe sich durch den Einsatz selbständig tätiger Honorarärzte gebildet. Dies entspreche der Üblichkeit in anderen EU-Staaten.

Mit dem Widerspruchsbescheid vom 17.7.2014 wies die Beklagte den Widerspruch des Klägers zurück. Auf dessen Gründe wird Bezug genommen.

Mit seiner zum Sozialgericht (SG) Köln am 15.8.2014 erhobenen Klage hat der Kläger sein Begehren weiterverfolgt. Er hat sein bisheriges Vorbringen wiederholt und vertieft. Ergänzend hat er ausgeführt: Vorliegend gehe es um die Klärung einer Grundsatzfrage und nicht lediglich um eine Einzelfallprüfung. Honorarärzte in Deutschland seien selbständig. Dies entspreche der Vertragspraxis und dem europäischen Standard. Die Beklagte erkenne, dass im Krankenhausrecht die Tätigkeit von Honorarärzten als neuer Typus selbständiger Arbeit anerkannt sei, wie er sich aus der sozialen Wirklichkeit ergebe. Auf die Neuregelung des § 2 KHEntgG zum 1.1.2013 werde verwiesen. Es liege bei in Krankenhäusern tätigen Ärzten selbständige Tätigkeit vor, wenn Arbeitszeit und Arbeitsinhalt vertraglich festgelegt seien, wobei Wünsche des Arztes berücksichtigt worden seien. Entscheidend sei, dass die vertragliche Gestaltung von Arbeitszeit und Arbeitsinhalt verhandelbar gewesen seien. Dieser Sachverhalt habe beim Kläger unstreitig vorgelegen. Bereitschaftsdienste hätten in jedem Fall zuvor vereinbart werden müssen. Er habe darauf bestanden und habe darauf bestehen können, dass seine Wünsche beachtet würden. Er habe das Recht gehabt, Bereitschaftsdienste abzulehnen, ohne sich der Vertragsverletzung schuldig zu machen. Er habe seine zeitlichen Wünsche bei der Erstellung des Dienstplanes jeweils in vollem Umfang durchgesetzt. Dass seine Arbeitszeiten in Dienstplänen dokumentiert worden seien, sei statusneutral. Ein einseitiges Weisungsrecht der Beigeladenen zu 1) habe nicht bestanden. Der Dienstvertrag sei vom Arbeitsvertrag abzugrenzen. Die Regelungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB), die für beide gemeinsam gälten, könnten nicht als Abgrenzungskriterien herangezogen werden. Die Höchstpersönlichkeit sei kein Indiz für abhängige Beschäftigung, da dies dem davon abzugrenzenden Dienstvertrag nach [§ 613 BGB](#) gleichfalls immanent sei. Aus [§ 618 Abs. 1 BGB](#) folge sowohl der Ort der Dienstleistung als auch, dass keine eigenen Materialien genutzt werden, so dass sich auch daraus kein taugliches Abgrenzungskriterium ergebe. [§ 618 BGB](#) bestimme im Übrigen, dass Dienstleistungen unter der Anordnung oder der Leitung des Dienstberechtigten erbracht werden könnten. Die Beklagte habe nicht beachtet, dass diese Weisungsrechte des Dienstgebers von arbeitsvertragsrelevanten Weisungen zu unterscheiden und

Letztere konkret darzulegen seien. Der Umstand, dass er ein Honorar nur für tatsächlich erbrachte einzelne Stunden erhalten habe, mache das wirtschaftliche Risiko seiner Tätigkeit deutlich und unterscheide ihn so von angestellten Ärzten. Man werde der Beurteilung eines unternehmerischen Risikos dabei nur gerecht, wenn für die wirtschaftliche Tätigkeit ein Jahreszeitraum, nicht ein Einzelauftrag betrachtet werde.

Der Kläger hat beantragt,

1. Der Bescheid vom 19.10.2012 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 17.7.2014 wird insoweit aufgehoben,
 - a) als darin die Versicherungspflicht nach dem Recht der Arbeitsförderung festgestellt wurde und
 - b) die Versicherungsfreiheit in der gesetzlichen Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung ausgehend von einer abhängigen Beschäftigung i.S.d. [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) nur aufgrund der Versicherungsfreiheitstatbestände festgestellt wurde.
2. Es wird festgestellt, dass eine aufgrund eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses i.S.d. [§ 7 SGB IV](#) begründete Versicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung für die Tätigkeit des Klägers als Arzt bei der Klinikum C gGmbH in der Zeit von "1.4.2009 bis lfd." nicht bestand.
3. Die Beklagte trägt die außergerichtlichen und gerichtlichen Kosten des Klägers.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat zunächst auf den Inhalt des Widerspruchsbescheides verwiesen. Es könne nicht allein darauf abgestellt werden, zu welchem Vertragstyp der zwischen dem Kläger und der Beigeladenen zu 1) geschlossene Vertrag zu rechnen sei. Ausschlaggebend seien bei der im Einzelfall vorzunehmenden Abwägung immer die tatsächlichen Verhältnisse. Auch die Formulierung in § 2 Abs. 1 KHEntgG, die auch nicht fest angestellte Ärztinnen und Ärzte einschließe, sei sozialversicherungsrechtlich nicht maßgeblich, um eine selbständige Tätigkeit zu begründen. Vertraglich sei eine Vollzeittätigkeit des Klägers geregelt gewesen. Der Umfang der Dienste sei nach dem Bedarf des Klinikums bemessen gewesen. Er habe seine Arbeitszeiten nicht im Wesentlichen frei gestalten können. Seine Einsätze seien über Dienstpläne geregelt gewesen, an die er gebunden gewesen sei. Ein Unternehmerrisiko nach Maßgabe der BSG-Rechtsprechung habe nicht bestanden.

Das SG Köln hat mit Urteil vom 30.1.2015 die Klage abgewiesen. Auf die Entscheidungsgründe wird verwiesen.

Gegen das ihm am 5.2.2015 zugestellte Urteil hat der Kläger nach Ablehnung der Zulassung der Sprungrevision mit Beschluss des SG vom 13.3.2015, der ihm am 17.3.2015 zugestellt worden ist, am 26.3.2015 Berufung eingelegt. Er wiederholt sein gesamtes Vorbringen. Vertiefend stellt er heraus: Der Vertragstyp "Honorararzt im Krankenhaus" sei nicht nur anlässlich der Änderung von § 2 KHEntgG mit Wirkung ab 1.1.2013 klarstellend gesetzlich anerkannt worden, sondern auch durch die Neuregelung der Anforderungen an die Fortbildung für Fachärzte, die auch für selbständig tätige Honorarärzte gelte (Beschluss des Gemeinsamen Bundesausschusses vom 18.10.2012 mit den Tragenden Gründen, veröffentlicht am 7.11.2012 im Bundesanzeiger). Da der Gesetzgeber ([BT-Drs. 7/4122, S. 31](#)) die Frage der Versicherungspflicht arbeits- und daher zivilrechtlich habe geklärt wissen wollen, komme eine Beantwortung nach sozialversicherungsrechtlichen Grundsätzen nicht in Betracht. Sowohl nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (i.R.d. Frage der Abrechnungsfähigkeit seiner Leistungen [BGH, Urteile v. 16.10.2014, [III ZR 85/14](#) und [III ZR 80/14](#)]) als auch des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG, Beschluss v. 3.3.2015, [1 BvR 3226/14](#) zur Beschränkung der Abrechnung von Wahlleistungen auf Ärzte mit eigener Liquidationsberechtigung) seien selbständige Honorarärzte als grundsätzlich zulässig erachtet worden. Das SG habe unberücksichtigt gelassen, dass es eine statusneutrale Einordnung in die äußere Ordnung eines Betriebes (Eckpunkte-Rechtsprechung) gebe, die von einer indizierenden Einordnung in die Arbeitsorganisation zu unterscheiden sei. Was aus der Natur der Sache folge, könne nicht durch arbeitsrechtliche Weisungen geprägt werden. In inhaltlicher Hinsicht entscheide der Honorararzt frei. Arbeitsvertraglicher Weisungen bedürfe es nicht. Die Beklagte habe eine Untersuchung der üblichen Vergütungshöhe unterlassen. Zudem habe sie nicht bedacht, dass ein Unternehmerrisiko dadurch entstehe, dass lediglich geleistete Stunden vergütet würden. Dies stelle eine untypische Vergütungsform in abhängigen Beschäftigungsverhältnissen dar. Die Ermittlung des Unternehmerrisikos unter Berücksichtigung des [§ 627 BGB](#) fehle gänzlich. Das Fehlen eines Anspruchs auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall sei als Indiz für selbständige Tätigkeit anzusehen.

Im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat am 16.5.2018 hat der Vertreter der Beklagten folgenden Bescheid erlassen:

"Ich hebe den Bescheid vom 19.10.2012 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 17.7.2014 auf und stelle fest, dass der Kläger, Herr Dr. H, in den Zeiträumen vom 2.11. bis 17.12.2010, vom 2.1. bis 30.6.2011, vom 1.8. bis 30.9.2011, vom 17.10. bis 16.12.2011 und vom 2.1. bis 1.6.2012 in seiner Tätigkeit als Assistenzarzt in der Abteilung für Innere Medizin der Klinik S der Beigeladenen zu 1) nicht der Versicherungspflicht nach dem Recht der Arbeitsförderung unterlag."

Der Kläger hat dieses Teil-Anerkenntnis angenommen und beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Köln vom 30.1.2015 zu ändern und festzustellen, dass der Kläger in seiner Tätigkeit als Stationsarzt in der Inneren Abteilung der Klinik S der Beigeladenen zu 1) in den Zeiträumen vom 6. bis 24.4.2009, vom 4.5. bis 26.6.2009 und vom 1.9. bis 23.12.2009 nicht der Versicherungspflicht nach dem Recht der Arbeitsförderung unterlag.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das angefochtene Urteil. Wesentliche neue Gesichtspunkte seien in der Berufungsbegründung nicht vorgetragen worden. Sie gehe weiter davon aus, dass der Kläger weisungsgebunden und in die Arbeitsorganisation der Beigeladenen zu 1) eingegliedert tätig gewesen sei. Ergänzend führt sie aus: Nach den gesetzlichen Bestimmungen des Entgeltfortzahlungsgesetzes (EntgFG) hätten Arbeitnehmer

grundsätzlich einen Anspruch auf Fortzahlung ihres Arbeitsentgelts im Krankheitsfall für sechs Wochen. Dies gelte auch für zur Aushilfe beschäftigte Arbeitnehmer, wenn die Beschäftigungsdauer vier Wochen übersteige. Der Anspruch entstehe nach vierwöchiger ununterbrochener Dauer des Arbeitsverhältnisses ([§ 3 Abs. 3 EntgFG](#)). Auch wenn die Beigeladene zu 1) - ggf. absprachegemäß - einem mehr als vier Wochen beschäftigten Arbeitnehmer, hier: dem Kläger, im Falle von Krankheit keine Entgeltfortzahlung gewähre, existiere der generelle Anspruch dennoch ([§ 32](#) Erstes Buch Sozialgesetzbuch). Auch für die Nichtgewährung von Entgelt bei Urlaub bzw. sonstiger Verhinderung gelte, dass die vertraglichen Regelungen die betroffenen Arbeitskräfte nicht dadurch zu selbstständig Tätigen werden ließen; vielmehr müsse hier die besondere Situation für den Einsatz als (Vertretungs-)Arzt berücksichtigt werden. Diese Personen suchten sich ihre Dienstzeitsätze selbst aus und würden nicht einen Zeitpunkt wählen, an dem sie eigentlich im Urlaub oder aus anderen Gründen verhindert seien.

Der Senat hat die von Kläger der Beigeladenen zu 1) gestellten Rechnungen nebst Stundennachweisen ("Abrechnungen Honorarvertretung") beigezogen, auf deren Inhalt Bezug genommen wird.

Die Beigeladene zu 1) hat auf Nachfrage des Senats noch die sich nach dem Tarifvertrag für Ärzte an kommunalen Krankenhäusern 2009 (TV-Ärzte/VKA) richtende tarifliche Vergütung angestellter Assistenzärzte mitgeteilt, die monatlich max. 4.582,03 EUR betrug (Entgeltgruppe I, Stufe 5 der Entgeltabelle, Anlage KB 1 zum TV-Ärzte/VKA). Auf den weiteren Inhalt der Entgeltabelle wird Bezug genommen.

Der Senat hat in der mündlichen Verhandlung am 16.5.2018 den Kläger persönlich gehört und den Zeugen Dr. Q uneidlich vernommen. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme und der persönlichen Anhörung des Klägers wird auf die Sitzungsniederschrift verwiesen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Streitakten und der Verwaltungsakte der Beklagten, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sind, Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

I. Der Senat hat in Abwesenheit eines Vertreters der Beigeladenen zu 2) bis 4) verhandeln und entscheiden können, da diese in den ordnungsgemäßen Terminmitteilungen auf diese Möglichkeit hingewiesen worden sind.

II. Gegenstand des Berufungsverfahrens ist nach dem vom Kläger im Verhandlungstermin vor dem Senat am 16.5.2018 angenommenen Teil-Anerkenntnis der Beklagten gem. [§ 101 Abs. 2](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) nur noch die Feststellungsklage, mit der der Kläger die Feststellung der Versicherungsfreiheit in seiner Tätigkeit als Stationsarzt für die Beigeladene zu 1) vom 6.4. bis 24.4.2009, vom 4.5. bis 26.6.2009 und vom 1.9. bis 23.12.2009 begehrt.

III. Die am 26.3.2015 bei dem zuständigen Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen (LSG NRW) schriftlich eingelegte Berufung des Klägers gegen das Urteil des SG vom 30.1.2015 ist zulässig, insbesondere ist sie gemäß den [§§ 143, 144 SGG](#) ohne gerichtliche Zulassung statthaft sowie form- und fristgerecht binnen eines Monats nach der am 17.3.2015 erfolgten Zustellung des Beschlusses vom 13.3.2015, mit dem das SG die Zulassung der Sprungrevision abgelehnt hatte, eingelegt worden ([§§ 151 Abs. 1, 161 Abs. 3, 64 Abs. 1, 3, 63 SGG](#)).

IV. Die Berufung des Klägers ist unbegründet. Die gem. [§ 55 Abs. 1 Nr. 1 SGG](#) statthafte Feststellungsklage ist zwar zulässig, sie ist jedoch unbegründet. Das SG hat die Klage insoweit zu Recht abgewiesen. Denn der Kläger unterlag in seiner Tätigkeit als Stationsarzt auf einer Station der Inneren Abteilung der Klinik S der Beigeladenen zu 1) vom 6.4. bis 24.4.2009, vom 4.5. bis 26.6.2009 und vom 1.9. bis 23.12.2009 der Versicherungspflicht nach dem Recht der Arbeitsförderung. Diese Tätigkeit übte er im Rahmen von befristeten entgeltlichen Beschäftigungsverhältnissen aus.

1. Ermächtigungsgrundlage für Statusentscheidungen der Beklagten im Betriebsprüfungsverfahren auch gegenüber einem Beschäftigten ist [§ 28p Abs. 1 Satz 5 SGB IV](#) (s. BSG, U. v. 17.12.2014, B [12 R 13/14 R](#), juris). Nach dieser Vorschrift erlassen die Träger der Rentenversicherung im Rahmen der Prüfung Verwaltungsakte zur Versicherungspflicht und Beitragshöhe der Arbeitnehmer in der Sozialversicherung gegenüber den Arbeitgebern, aber auch gegenüber den Beschäftigten.

Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer Beschäftigung ist [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#). Danach ist Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers. Voraussetzung ist, 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 er dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Diese Weisungsgebundenheit kann 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 abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, richtet sich ausgehend von den genannten Umständen nach dem Gesamtbild der Arbeitsleistung und hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (BSG, Urteil v. 18.11.2015, [B 12 KR 16/13 R](#), SozR 4-2400 § 7 Nr. 25; Urteil v. 11.11.2015, [B 12 KR 10/14 R](#), SozR 4-2400 § 7 Nr. 28; Urteil v. 11.11.2015, [B 12 KR 13/14 R](#), SozR 4-2400 § 7 Nr. 26; jeweils m.w.N.; zur Verfassungsmäßigkeit dieser Abgrenzung: BVerfG, Beschluss v. 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 bzw. der selbstständigen Tätigkeit setzt dabei 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, d.h. den Gesetzen der Logik entsprechend und widerspruchsfrei gegeneinander abgewogen werden (BSG, Urteil v. 18.11.2015, [a.a.O.](#); Urteil v. 29.7.2015, [B 12 KR 23/13 R](#), SozR 4-2400 § 7 Nr. 24).

Zur Abgrenzung von Beschäftigung und Selbständigkeit ist regelmäßig vom - wahren und wirksamen - Inhalt der zwischen den Beteiligten getroffenen Vereinbarungen auszugehen. Auf dieser Grundlage ist eine wertende Zuordnung des Rechtsverhältnisses zum Typus der abhängigen Beschäftigung oder selbstständigen Tätigkeit vorzunehmen und in einem weiteren Schritt zu prüfen, ob besondere Umstände vorliegen, die eine hiervon abweichende Beurteilung notwendig machen (vgl. hierzu im Einzelnen BSG, Urteil v. 24.3.2016, [B 12 KR 20/14 R](#), SozR 4-2400 § 7 Nr. 29, Urteil v. 18.11.2015, [a.a.O.](#); Urteil v. 29.7.2015, [a.a.O.](#)).

2. Nach diesen Kriterien richtet sich auch die Beurteilung der Tätigkeit des Klägers für die Beigeladene zu 1).

a) Die Abgrenzung zwischen abhängiger Beschäftigung und selbstständiger Tätigkeit erfolgt auf der Grundlage der konkreten Ausgestaltung im Einzelfall und nicht anhand von Berufs- oder Tätigkeitskatalogen (BSG, Urteil v. 18.11.2015, [a.a.O.](#) m.w.N.; Urteil v. 20.3.2013, [B 12 R 13/10 R](#), SozR 4-2400 § 7 Nr. 19). Aus diesem Grund ist es unerheblich, ob sich - wie der Kläger meint - ein von der Verkehrsanschauung akzeptiertes Berufsbild des "Honorararztes" etabliert hat. Vielmehr verbleibt es dabei, dass ärztliche Tätigkeiten abhängig von der jeweiligen vertraglichen Gestaltung sowohl in abhängiger Beschäftigung als auch in selbstständiger Tätigkeit ausgeübt werden können.

b) Eine davon abweichende gesetzliche Festlegung, wonach honorarärztliche Tätigkeiten generell als selbstständig einzustufen wären, besteht nicht und hat insbesondere im Streitzeitraum nicht bestanden.

Das gilt zunächst für die Änderung von § 2 Abs. 1 KHEntgG und die Einfügung von § 2 Abs. 3 KHEntgG durch Art. 3 Ziff. 01 Psych-Entgeltgesetz v. 21.7.2012 ([BGBl. I, S. 1613](#)), die erst zum 1.1.2013 und damit nach dem Streitzeitraum in Kraft getreten sind und schon deshalb für die Feststellung des sozialversicherungsrechtlichen Status des Beigeladenen zu 1) nicht herangezogen werden können. Dieselben Überlegungen gelten für die Neuregelung der Anforderungen an die Fortbildung der Fachärzte in 2012 (vgl. Beschluss des Gemeinsamen Bundesausschusses v. 18.10.2012 mit den Tragenden Gründen, veröffentlicht am 7.11.2012 im Bundesanzeiger).

§ 1 Abs. 2 BÄO, wonach es sich bei dem Beruf des Arztes um einen freien Beruf handelt, ist für die Statusbeurteilung nicht aussagekräftig (für das Berufsrecht der Apotheker: Senat, Urteil v. 5.10.2016, [L 8 R 250/14](#), juris). Diese Norm hindert insbesondere nicht, eine ärztliche Tätigkeit im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses auszuüben.

In §§ 2 Abs. 3, 3 ASiG wird zwischen angestellten und selbstständigen Betriebsärzten nicht unterschieden. Wieso in diesen Vorschriften eine normative Statusaussage liegen soll, erschließt sich dem Senat nicht.

[§ 23c Abs. 2 SGB IV](#) in der Fassung von Art 1a Nr. 2 Buchst. b) Heil- und Hilfsmittelversorgungsgesetz v. 4.4.2017 ([BGBl. I, S. 778](#)) ist mit Wirkung vom 11.4.2017 in Kraft getreten und hat im Streitzeitraum ebenfalls noch nicht gegolten. Abgesehen davon betrifft die Vorschrift den hier nicht einschlägigen Fall der Notärzte im Rettungsdienst.

c) Soweit sich der Kläger auf die Rechtsprechung des BGH oder des BVerfG beruft, führt dies im vorliegenden Zusammenhang nicht weiter. Zwar haben diese Gerichte in den von dem Kläger herangezogenen Entscheidungen einen Honorararzt als Facharzt beschrieben, "der im stationären und/oder ambulanten Bereich des Krankenhauses ärztliche Leistungen für den Krankenhausträger erbringt, ohne bei diesem angestellt oder als Belegarzt oder Konsiliararzt tätig zu sein." Er werde zeitlich befristet freiberuflich auf Honorarbasis tätig, wobei das Honorar mit dem Krankenhausträger frei und unabhängig von den Vorgaben der Gebührenordnung für Ärzte vereinbart werde und mangels Anstellung des Honorararztes keinen tarifvertraglichen Bindungen unterliege (BGH, Urteil v. 16.10.2014, [III ZR 85/14](#), [BGHZ 202, 365](#); BVerfG, Beschluss v. 3.3.2015, [1 BvR 3226/14](#), [NZS 2015, 502](#)). Die im vorliegenden Verfahren zu klärende Frage, ob der Kläger bei der Beigeladenen zu 1) in diesem Sinne "angestellt" war, wird bei dieser Definition vorausgesetzt und gerade nicht beantwortet.

d) Die von dem Kläger gegen die vom BSG entwickelten sozialversicherungsrechtlichen Abgrenzungskriterien erhobenen Einwände sind nicht überzeugend.

aa) Dem von dem Kläger postulierten weitestgehenden Gleichklang von Arbeits- und Sozialversicherungsrecht steht schon entgegen, dass Sozialversicherungsrecht als öffentliches Recht im Gegensatz zum Arbeitsrecht nicht der Disposition der Vertragsparteien unterliegt (BSG, Urteil v. 29.1.1981, [12 RK 63/79](#), SozR 2400 § 2 Nr. 16). Dementsprechend kommt dem Willen der Vertragsparteien, eine selbstständige Tätigkeit begründen zu wollen, Bedeutung nur dann 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 (ständige Rspr.; zuletzt BSG, Urteil v. 14.3.2018, [B 12 R 3/17 R](#), m.w.N., zur Veröffentlichung in BSGE und SozR 4-2400 § 7 Nr. 36 vorgesehen).

bb) Bei der danach auf der Grundlage des [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) und der hierzu entwickelten Abgrenzungskriterien vorzunehmenden öffentlich-rechtlichen Statusfeststellung kann insbesondere auf das Merkmal der Eingliederung gemäß [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV](#) nicht verzichtet werden. An diesem als maßgeblich für eine abhängige Beschäftigung sprechenden Kriterium (vgl. dazu auch Schlegel, NZA-Beilage 2016, 13, 15, u.a. mit dem Beispiel des angestellten Krankenhausarztes) hat der Gesetzgeber im Übrigen auch nach Einführung des [§ 611a BGB](#) durch Art 2 des Gesetzes zur Änderung des AUG und anderer Gesetze v. 21.2.2017 ([BGBl. I, S. 258](#)) weiterhin festgehalten, indem er gerade keine Änderung des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV](#) angeordnet hat.

3. Ausgangspunkt der sozialversicherungsrechtlichen Statusbeurteilung ist danach das praktizierte Vertragsverhältnis der Beteiligten, wie es sich aus den getroffenen Vereinbarungen ergibt bzw. aus der gelebten Beziehung erschließen lässt.

Im Streitzeitraum wurde der Kläger jeweils aufgrund der mit der Beigeladenen zu 1) - mündlich oder schriftlich - geschlossenen Verträge (im Folgenden: Honorarverträge [HV]) mit im Wesentlichen identischen Inhalt befristet für diese tätig (Zeiträume vom 6. bis 24.4.2009, vom 4.5. bis 26.6.2009 und vom 1.9. bis 23.12.2009).

In den Zeiträumen vom 6. bis 24.4.2009 und vom 4.5. bis 26.6.2009 war der Kläger auf der Grundlage von mündlichen Vereinbarungen tätig, die nach den übereinstimmenden Angaben des Klägers und der Beigeladenen zu 1) inhaltlich dem einseitig von einem Vertreter der Beigeladenen zu 1) am 28.4.2009 unterzeichneten Vertragsentwurf entsprachen. Weder der Kläger noch die Beigeladene zu 1) konnten für diesen Zeitraum einen von beiden Vertragsparteien unterzeichneten Vertrag beibringen. Im Zeitraum vom 1.9. bis 31.10.2009 galt der schriftliche, von einem Vertreter der Beigeladenen zu 1) am 14.5.2009 und vom Kläger am 18.5.2009 unterschriebene Vertrag. Mit diesen Regelungen galt dieser Vertrag nach den übereinstimmenden Angaben des Klägers und der Beigeladenen zu 1) aufgrund mündlicher Vereinbarung auch für den Zeitraum vom 1.11. bis 23.12.2009.

Danach war der Kläger verpflichtet, die Aufgaben eines Assistenzarztes in der Abteilung für Innere Medizin der Medizinischen Klinik S der

Beigeladenen zu 1) im Regeldienst in der Zeit von überwiegend ca. 8:00 Uhr bis mindestens ca. 16:30 Uhr und zusätzlichen Überstunden bis teilweise 20:45 (einschließlich 30 Minuten Pause) wahrzunehmen (§ 1 Satz 1 HV). Als Gegenleistung hierfür erhielt er ein Stundenhonorar von 70,00 EUR. Die genau geleisteten Tätigkeitszeiten ergeben sich dabei im Einzelnen aus den "Abrechnungen Honorarvertretung", auf die Bezug genommen wird.

Zur Leistung von Bereitschaftsdiensten war der Kläger nicht verpflichtet. Dies folgt aus der Vertragspraxis, die insoweit als konkludente Vereinbarung zu werten ist. Der Kläger leistete in den Streitzeiträumen keinen einzigen Bereitschaftsdienst. Dies begründete er nachvollziehbar damit, dass er diese aufgrund seines Alters und der Gefahr der Überforderung nicht leisten konnte und entsprechend ablehnte.

In der Tätigkeit als Assistenzarzt auf der Station, also als Stationsarzt hatte der Kläger die ihm übertragenen Aufgaben gewissenhaft persönlich wahrzunehmen und mit dem Leitenden Arzt der Abteilung und dem übrigen Personal der Abteilung sowie den sonstigen Mitarbeitern der Klinik zusammenzuarbeiten (§ 2 HV).

Zusätzlich hatte die Beigeladene zu 1) dem Kläger eine Unterkunft und die kostenlose Teilnahme an der Personalverpflegung zur Verfügung zu stellen (§ 5 HV).

4. Auf der Grundlage dieser vertraglichen Vereinbarungen unterlag der Kläger zwar keinem Weisungsrecht der Klägerin hinsichtlich des Ortes der Arbeit [dazu unter b)], wohl aber jedenfalls im Sinne einer funktionsgerecht dienenden Teilnahme am Arbeitsprozess einem Weisungsrecht hinsichtlich der Arbeitszeit [dazu unter c)] und erst recht einem arbeitnehmertypisch umfassenden Weisungsrecht hinsichtlich der Art und Weise der Arbeit [dazu unter d)].

a) Weisungsgebunden arbeitet, wer - im Umkehrschluss zu [§ 84 Abs. 1 Satz 2](#) Handelsgesetzbuch (HGB) - nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann (std. Rspr.: BAG, Urteil v. 21.7.2015, [9 AZR 484/14](#), [NZA 2016, 344](#) ff.; Urteil v. 25.9.2013, [10 AZR 282/12](#), [NJW 2013, 3672](#) ff.; Urteil v. 15.2.2012, [10 AZR 301/10](#), [NZA 2012, 731](#) ff.; jeweils m.w.N.). Die Einschränkungen der Gestaltungsfreiheit müssen nicht auf einzelnen Anordnungen des Arbeitgebers beruhen. Vielmehr kann die Weisungsgebundenheit - namentlich bei einer Tätigkeit höherwertiger Art, wie sie im vorliegenden Fall zu beurteilen ist - auch zu einer "funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess verfeinert sein" (BSG, Urteil v. 29.6.2016, [B 12 R 5/14 R](#), USK 2016-48; Urteil v. 24.3.2016, [B 12 KR 20/14 R](#), SozR 4-2400 § 7 Nr. 29; Urteil v. 18.11.2015, [a.a.O.](#); jeweils m.w.N.). Eigenverantwortlichkeit und inhaltliche Freiheiten bei der Aufgabenerfüllung sind erst dann ein aussagekräftiges Indiz für Selbständigkeit, wenn sie nicht mehr innerhalb des Rahmens einer derartigen dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess zu verorten sind und insbesondere eigennützig durch den Auftragnehmer zur Steigerung seiner Verdienstchancen eingesetzt werden können (BSG, Urteil v. 18.11.2015, [a.a.O.](#)). Die Beurteilung hängt dabei auch von der Art der jeweiligen Tätigkeit ab (BAG, a.a.O.). Größere Spielräume, die auch abhängig Beschäftigten aufgrund der Natur ihrer Tätigkeit zustehen, können dabei nicht als maßgebendes Kriterium für die Abgrenzung von selbständiger Tätigkeit von abhängiger Beschäftigung herangezogen werden (BSG, Urteil v. 25.4.2012, a.a.O.; Senat, Urteil v. 15.2.2017, [L 8 R 86/13](#)).

b) Ausgehend davon bestand keine Weisungsgebundenheit des Klägers hinsichtlich des Ortes seiner Arbeit. Denn dieser war in den Verträgen mit der von der Beigeladenen zu 1) unterhaltenen Klinik und der dortigen Abteilung für Innere Medizin vertraglich vereinbart und aufgrund dessen einer arbeitgeberseitigen Weisung nicht mehr zugänglich ([§ 106 Abs. 1 GewO](#)). Der insoweit bestehenden Weisungsfreiheit kommt allerdings im Rahmen der Gesamtabwägung kein allzu großes Gewicht zu, weil entsprechende Vereinbarungen auch mit einem angestellten Stationsarzt getroffen werden können, dem dann ebenfalls keine abweichende arbeitgeberseitige Weisung erteilt werden könnte.

c) Hinsichtlich der Arbeitszeit folgt eine Weisungsgebundenheit des Klägers jedenfalls im Sinne einer funktionsgerecht dienenden Teilnahme am Arbeitsprozess aus der in § 1 Satz 1 HV vereinbarten Verpflichtung, die Aufgaben eines Assistenzarztes in der Abteilung für Innere Medizin wahrzunehmen.

aa) Da die Beigeladene zu 1) aufgrund Personalmangels darauf angewiesen war, dass der Kläger die von ihm vertraglich übernommene Rolle des Assistenzarztes ausfüllte, ist diese Regelung zunächst nach Treu und Glauben sowie mit Rücksicht auf die Verkehrssitte ([§ 157 BGB](#)) dahin auszulegen, dass der Kläger - ggf. auch aufgrund eines einseitigen Konkretisierungsrechts der Beigeladenen zu 1) - anwesend sein musste, soweit dies zur Erfüllung der Aufgaben eines Stationsarztes erforderlich war. Dementsprechend arbeitete der Kläger tatsächlich, obwohl dies nicht ausdrücklich vertraglich geregelt war, werktätig zu den von der Beigeladenen zu 1) festgelegten Arbeitszeiten des Regeldienstes von 8:00 Uhr bis 16:30 Uhr und sogar vielfach hierüber hinaus bis zu Arbeitszeiten von 11 ¾ Stunden, pro Woche durchschnittlich ca. 45 Stunden.

bb) Aus der Übernahme der Aufgaben eines Assistenzarztes, verbunden mit der Verpflichtung zur Zusammenarbeit mit dem Leitenden Arzt, folgt darüber hinaus aber dessen einseitiges Bestimmungsrecht hinsichtlich der zeitlichen Strukturierung der Abläufe im Laufe eines Arbeitstages. Eine andere Auslegung der Vertragsklausel etwa dahingehend, dass dem Kläger nennenswerte, über die Freiheiten eines angestellten Assistenzarztes hinausgehende Gestaltungsmöglichkeiten hinsichtlich seiner Arbeitszeit verblieben, wäre angesichts des Personalmangels in der Abteilung für Innere Medizin, den die Tätigkeit des Klägers mit beheben sollte und der sehr häufig eine über einen 8-stündigen Arbeitstag deutlich hinaus gehende Mehrarbeit des Klägers erforderte, lebensfremd und mit den Auslegungsgrundsätzen des [§ 157 BGB](#) unvereinbar. Die Verträge sind im Übrigen auch nach eigenen Angaben des Klägers in der mündlichen Verhandlung vor dem SG in diesem Sinne gelebt worden. So begann beispielsweise der Tagdienst jeweils mit einer morgendlichen Übergabebesprechung, an der alle nacht- und tagdiensthabenden Ärzte teilnahmen und bei der die Ärzte des Tagdienstes von denen des Nachtdienstes über die Vorgänge in der Nacht unterrichtet wurden. Der Kläger nahm ebenfalls - sofern er radiologische Untersuchungen veranlasst hatte - an der täglich nachmittags um 15 Uhr stattfindenden Röntgenbesprechung teil, bei der die Radiologen die Ärzte, die radiologische Untersuchungen veranlasst hatten, über die von ihnen erhobenen Befunde informierten.

d) Ein umfassendes und arbeitnehmertypisches Weisungsrecht der Beigeladenen zu 1) bzw. des bei ihr angestellten Leitenden Arztes bestand demgegenüber hinsichtlich der Art und Weise, wie der Kläger seine Aufgaben zu verrichten hatte.

§ 2 HV regelte jeweils das Recht der Beigeladenen zu 1), dem Kläger auch einseitig Aufgaben zu "übertragen". Nur so konnte die Beigeladene zu 1) ihrer Verpflichtung zur Behandlung der von ihr aufgenommenen Patienten entsprechend den allgemein anerkannten fachlichen Standards (§ 630a Abs. 2 BGB) entsprechen. Damit hat sie sich die Rechtsmacht gesichert, die Aufgaben eines Assistenzarztes bei Erforderlichkeit auch durch Einzelweisungen zu konkretisieren. In welchem Umfang sie in der täglichen Arbeitsroutine von diesem Weisungsrecht tatsächlich Gebrauch machte, ist dabei nicht erheblich. Denn andernfalls hinge die versicherungsrechtliche Beurteilung im Wesentlichen davon ab, ob die Tätigkeit aus Sicht des Rechtsmachtinhabers beanstandungsfrei ausgeübt wurde (vgl. Senat, Urteil v. 5.10.2016, [L 8 R 250/14](#), juris).

Abgesehen davon machte die Beigeladene zu 1) durch den damaligen Leitenden Arzt, den Zeugen Dr. Q, von ihrem einseitigen Recht, die Arbeitspflicht des Klägers durch Weisungen zu konkretisieren, in der täglichen Vertragspraxis aber auch durchgängig Gebrauch. So hat der Zeuge Dr. Q glaubhaft bekundet, dass er die Entscheidungen zum Einsatz der Assistenzärzte auf den Stationen traf und seine Kontrollfunktion als Oberarzt hinsichtlich der Einhaltung des erforderlichen Facharztstandards wahrnahm und bei Nichteinhaltung dieses Standards die Konsequenzen für den betroffenen Arzt bis zur fristlosen Beendigung des Vertragsverhältnisses veranlasste. Hieran änderte nichts, dass der Zeuge auch bekundet hat, dass er aufgrund der Personalmangelsituation zur Vermeidung von Meinungsverschiedenheiten und Unstimmigkeiten ein von Wertschätzung und Einbeziehung in Entscheidungsprozesse geprägtes Arbeitsklima schuf, da dies an der durch den Zeugen wahrgenommenen Rechtsmacht der Beigeladenen zu 1) nichts änderte, zumal dessen Ausführungen verdeutlichen, dass er als Leitender Arzt die maßgebliche Ausgestaltung der Entscheidungsprozesse bestimmte.

Zur Sicherstellung der erforderlichen Kontinuität der Patientenbehandlung wurden die Entscheidungen zum Einsatz der Ärzte auf den Stationen durch den Zeugen Dr. Q für Zeiträume von mindestens einer Woche oder längere Zeiträume getroffen. Soweit der Kläger eine Begebenheit dargestellt hat, bei der der Zeuge ihn gefragt hatte, ob er bestimmte Station übernehmen könne, da aufgrund des schwierigen Pflegepersonals keiner dorthin wolle, beschreibt dies zum Einen, dass der Kläger in den Entscheidungsprozess mit einbezogen wurde, es zum Anderen aber der Zeuge Dr. Q war, der diesen Prozess in Händen hielt und bei einer ausgebliebenen Zusage des Klägers zur Sicherstellung der Patientenversorgung hätte entscheiden müssen, welcher Stationsarzt auf dieser Station tätig werden musste, ohne dass der Kläger rechtlich befugt gewesen wäre, eine entsprechende Weisung an ihn zu verhindern oder zu missachten.

Darüber hinaus bestimmte die Beigeladene zu 1) verbindlich für den Kläger, dass er bestimmte Untersuchungen wie sonographische, echokardiographische und gastroenterologische Untersuchungen selbst nicht vornehmen durfte, sondern diese den Oberärzten vorbehalten waren. Auf die von der Beigeladenen zu 1) einseitig dem Kläger vorgegebene Verpflichtung zum Informationsaustausch mit den Ärzten des Nachtdienstes im Rahmen der morgendlichen Übergabegespräche sowie mit den Radiologen bei den Röntgenbesprechungen wurde bereits hingewiesen.

5. Der Kläger wurde dabei unter Eingliederung in die Arbeitsorganisation der Beigeladenen zu 1) tätig. Voraussetzung hierfür ist, dass Arbeitsziel und der betriebliche Rahmen vom Auftraggeber gestellt oder auf seine Rechnung organisiert werden. Sie kann selbst dann noch gegeben sein, wenn lediglich der Geschäfts- oder Betriebszweck vorgegeben und es dem Beschäftigten überlassen wird, welche Mittel er zur Erreichung der Ziele einsetzt (vgl. Segebrecht in jurisPK-SGB IV, 3. Aufl. 2016, § 7 Rdnr. 87 ff. m.w.N.). Ausgehend davon ist unter Berücksichtigung der strukturellen, personellen und organisatorischen Gegebenheiten eine Eingliederung des Klägers in die von der Beigeladene zu 1) vorgegebene betriebliche Ordnung zu bejahen.

a) Der Kläger nutzte die vom Krankenhaus der Beigeladenen zu 1) bereitgestellte organisatorische, personelle und sächliche Infrastruktur nicht etwa zur Erbringung von Leistungen im eigenen Namen. Vielmehr wurde er von der Beigeladenen zu 1) zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten gegenüber ihren Patienten im Sinne funktionsgerecht dienender Teilhabe am therapeutischen Prozess und dabei zur Durchführung bloßer Teilleistungen eingesetzt.

aa) Die Beigeladene zu 1) - und nicht etwa der Kläger - schloss mit den in ihrer Klinik behandelten Patienten Behandlungsverträge (zur Rechtsbeziehung mit den gesetzlich versicherten Patienten vgl. Hesral in jurisPK-SGB V, 3. Aufl. 2016, § 72 Rdnr. 4 ff.), der allein sie verpflichtete und zur Abrechnung ihrer Leistungen gegenüber den Patienten oder der jeweiligen Krankenkasse berechnete. Zur Erfüllung dieser Verpflichtungen setzte die Beigeladene zu 1) den Kläger funktionsgerecht dienend, nämlich in der ihm vertraglich zugewiesenen Funktion als Assistenz- und Stationsarzt, ein.

bb) In diesem Rahmen nahm der Kläger zur Ausfüllung von Vakanzen Aufgaben wahr, die sonst angestellten Assistenz- bzw. Stationsärzten der Beigeladenen zu 1) oblagen. Dementsprechend bezeichneten die HVE den Kläger als "Honorarvertreter".

cc) Der Kläger nahm - pflicht- und erwartungsgemäß - an den erforderlichen morgendlichen (Übergabe-)Besprechungen zu Dienstbeginn bzw. den nachmittäglichen Röntgenbesprechungen teil. Bei einer akuten Verschlechterung des Zustandes eines Patienten und der Erhebung von wichtigen Befunden durch die Oberärzte erfolgte der fachliche Austausch des Klägers mit den Oberärzten. Er war bereits vertraglich zur Zusammenarbeit mit dem Leitenden Arzt, dem übrigen Personal der Abteilung und den sonstigen Mitarbeitern der Klinik und damit zum arbeitsteiligen Zusammenwirken verpflichtet (§ 2 HV).

dd) Bei seiner Tätigkeit griff der Kläger auf die ihm jeweils bereitgestellte Patientendokumentation zurück. Er verfasste Arztbriefe, die neben ihm auch der Chef- und der Oberarzt unterzeichneten. Der Kläger stimmte sich mit dem zweiten Stationsarzt ab, welcher Arzt welche Patienten auf der Station betreute. Des Weiteren stimmte sich der Kläger mit den übrigen Ärzten, dabei sowohl mit anderen Honorarärzten als auch mit den angestellten Ärzten ab, wer sich um die Versorgung von Notfallpatienten kümmerte. Entsprechend der engen Zusammenarbeit aller Ärzte beschrieb der Kläger in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat diese Zusammenarbeit als Teamarbeit, da die ärztliche Arbeit auf der Station immer Teamarbeit ist und nie als Soloarbeit funktionieren kann. Diese Praxis entsprach der vertraglichen Verpflichtung des Klägers zur Zusammenarbeit mit den übrigen Mitarbeitern der Abteilung (§ 2 HV).

ee) Der Kläger war ferner in die Qualitäts- und Kontrollmechanismen der Klinik eingebunden. Bestimmte weitergehende Untersuchungen wie sonographische, echokardiographische und gastroenterologische Untersuchungen waren den Oberärzten vorbehalten. Neben den Visiten der Stationsärzte fanden Visiten der Oberärzte statt. Insbesondere bei diesen Visiten nahmen sie nach den glaubhaften Bekundungen des Zeugen Dr. Q ihre Kontrollfunktion als Oberärzte wahr, um sicher zu stellen, dass die Behandlungen den fachärztlichen

Anforderungen entsprachen.

6. Wesentliche Indizien, die für eine selbstständige Tätigkeiten sprechen könnten, sind nicht ersichtlich.

a) In Bezug auf die ausgeübte Tätigkeit unterlag der Kläger keinem ausschlaggebenden unternehmerischen Risiko. Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG (vgl. BSG, Urteil v. 28.5.2008, [B 12 KR 13/07 R](#), USK 2008-45) ist maßgebliches Kriterium hierfür, ob eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft auch mit der Gefahr des Verlustes eingesetzt wird, der Erfolg des Einsatzes der tatsächlichen oder persönlichen Mittel also ungewiss ist. Erforderlich ist ein Risiko, das über das Risiko hinausgeht, für den Arbeitseinsatz kein Entgelt zu erzielen (Segebrecht, a.a.O., Rdnr. 94).

aa) Das allgemeine Risiko, außerhalb der Erledigung einzelner Aufträge zeitweise die eigene Arbeitskraft nicht verwerten zu können (Auftragsrisiko), ist kein Risiko bezüglich der einzelnen Einsätze (BSG, Urteil v. 31.3.2017, [a.a.O.](#)), sondern entspricht dem Risiko des befristet beschäftigten Arbeitnehmers, im Anschluss an das befristete Arbeitsverhältnis nicht unmittelbar erneut eine Beschäftigung zu finden.

bb) Eine solche Ungewissheit ist auch nicht festzustellen, soweit es um den Einsatz der Arbeitskraft des Klägers geht. Denn er erhielt ein erfolgsunabhängiges Entgelt in Höhe von 70,00 EUR pro Stunde, womit sichergestellt war, dass er auch seine Überstunden vergütet erhielt. Damit setzte er insoweit seine Arbeitskraft nicht mit der Gefahr des Verlustes ein (vgl. Schlegel, a.a.O., wonach eine Vergütung, die ohne Rücksicht auf den Arbeitserfolg gezahlt wird, Ausdruck abhängiger Beschäftigung ist). Das durch ihn getragene Risiko der Insolvenz der Beigeladenen zu 1) entspricht dem Risiko, welches auch ein Arbeitnehmer hinsichtlich seines Arbeitgebers trägt. Soweit der Kläger darauf verweist, dass die Vereinbarung einer stundenbezogenen Vergütung für eine selbstständige Tätigkeit spreche, vermag der Senat dem nicht zu folgen. Die Vereinbarung von Stundenlöhnen ist auch Arbeits- bzw. Tarifverträgen nicht fremd.

cc) Ein ins Gewicht fallender Kapitaleinsatz des Klägers ist gleichfalls nicht erkennbar. Für die Dauer des Aufenthaltes wurden ihm Kost und Logis gestellt (§ 4 Abs. 2 HV).

dd) Wesentliche, über die Haftung eines Arbeitnehmers hinausgehende Haftungsrisiken sind ebenfalls nicht erkennbar. Nach außen haftete die Beigeladene zu 1) für die Tätigkeit des Klägers (§ 6 HV). Im Innenverhältnis zum Arbeitgeber haften auch Arbeitnehmer (vgl. [§ 619a BGB](#)).

ee) Dem Umstand, dass dem Kläger vertraglich keine Ansprüche auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und auf bezahlten Urlaub eingeräumt wurden, kommt keine maßgebliche Indizwirkung zu. Vertraglicher Regelungen hierzu bedurfte es nicht, da sich etwaige Ansprüche aus den Regelungen des EntgFG und des BUrlG ergeben. Die Annahme, dass der Kläger entsprechende Ansprüche nicht hatte, ist zudem Folge der (im vorliegenden Fall unzutreffenden) Annahme, eine selbstständige Tätigkeit begründet zu haben (BSG, Urteil v. 18.11.2015, [a.a.O.](#)).

ff) Der Kläger trug schließlich auch nicht mit Rücksicht auf [§ 627 Abs. 1 BGB](#) ein erhebliches unternehmerisches Risiko. Diese Vorschrift ist im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses nicht anwendbar. Sie setzt also - ebenso wie das Fehlen von Ansprüchen auf Entgeltfortzahlung - das Vorliegen einer selbstständigen Tätigkeit voraus und kann daher nicht zu deren Begründung herangezogen werden.

b) Der Kläger hatte im Streitzeitraum keine eigene, unabhängig vom Betrieb der Beigeladenen zu 1) bestehende Betriebsstätte. Es ist insbesondere nicht ersichtlich, dass er über eine Büroorganisation verfügt hätte, die über ein häusliches Arbeitszimmer, wie man es auch bei Arbeitnehmern findet, hinausging (vgl. BSG, Urteil v. 18.11.2015, [a.a.O.](#) m.w.N.).

c) Die Bestimmung über den Einsatz der eigenen Arbeitskraft war beim Kläger bereits durch die Verpflichtung, die der Beigeladenen zu 1) geschuldeten Leistungen persönlich zu erbringen (§ 2 HV), eingeschränkt. Gleiches gilt über die freie Verfügbarkeit hinsichtlich der eigenen Arbeitszeit.

Es ist zudem nicht Ausdruck einer besonderen Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft bzw. einer im Wesentlichen selbst gestaltbaren Arbeitszeit, dass der Kläger im Rahmen von befristeten Zeiträumen von teilweise unter einem Monat tätig geworden war. Hierbei handelt es sich insbesondere nicht um eine Vertragsgestaltung, die typischerweise nur bei selbstständiger Tätigkeit anzutreffen ist. Vielmehr hat der Gesetzgeber dem im Wirtschaftsleben anzutreffenden Typus der kurzzeitigen, ggf. auch nur stunden- oder tageweise bestehenden Beschäftigungsverhältnisse, die neben- und nacheinander mit verschiedenen Arbeitgebern bestehen, z.B. in [§ 8 Abs. 1 Nr. 2 SGB IV](#) und [§ 27 Abs. 3 Nr. 1 SGB III](#) Rechnung getragen (vgl. zur untergeordneten Bedeutung, ob eine Tätigkeit nur stundenweise ausgeübt wird: BSG, Urteil v. 23.6.1982, [7 RA 98/80](#), SozR 4100 § 13 Nr. 6 Rdnr. 22; zur tage- bzw. stundenmäßigen Begrenzung einzelner Promotionaktionen: BSG, Urteil v. 11.3.2009, [B 12 R 11/07 R](#), [SozR 4-2400 § 7a Nr. 2](#) Rdnr. 27 ff.; zu kurzfristigen Gastspielverträgen und der Bewertung der erneuten Betätigung der Entschließungsfreiheit: BSG, Urteil v. 20.3.2013, [a.a.O.](#) Rdnr. 22 m.w.N.; zuletzt ausführlich zu Synchronsprechern: BSG, Urteil v. 31.3.2017, [B 12 KR 14/16 R](#), SozR 4-2600 § 163 Nr. 1 Rdnr. 35 m.w.N.).

d) Die Höhe der an den Kläger gezahlten Vergütung kann nach der neueren Rechtsprechung des BSG für eine selbstständige Tätigkeit sprechen (vgl. BSG, Urteil v. 31.3.2017, [B 12 R 7/15 R](#), SozR 4-2400 § 7 Nr. 30). Die genaue Ausgestaltung dieses Kriteriums ist zwar noch klärungsfähig (vgl. hierzu Senat, Urteil v. 30.8.2017, a.a.O.; Urteil v. 14.3.2018, [a.a.O.](#)), bei Stundenvergütungen von 70,00 EUR kann jedoch unbedenklich angenommen werden, dass diese sowohl die vergleichbaren Angestellten gezahlte Vergütung überschritt als auch hinreichende Eigenvorsorge erlaubte.

7. Zusammenfassend lassen sich hinsichtlich der im Gesetz ausdrücklich genannten Kriterien deutliche Merkmale einer Weisungsgebundenheit und Eingliederung feststellen. Wesentliche Unterschiede gegenüber angestellten Ärzten sind nicht erkennbar. Für eine selbstständige Tätigkeit spricht lediglich die Vergütungshöhe. Insgesamt überwiegen daher die für eine abhängige Beschäftigung sprechenden Indizien deutlich.

8. Anhaltspunkte für Versicherungsfreiheit bestehen nicht. Nach [§ 28 Abs. 1 Nr. 1 SGB III](#) ist versicherungsfrei, wer das Lebensjahr für den

Anspruch auf Regelaltersrente im Sinne des Sozialgesetzbuch Sechstes Buch (SGB VI) vollendet hat. Der Kläger erreichte die Regelaltersgrenze jedoch nach [§§ 35 Satz 2, 235 Abs. 2 Satz 1 SGB VI](#) mit 65 Jahren und damit erst nach Ende der streitbefangenen Zeiträume. Ferner liegt keine unständige Beschäftigung i.S.d. [§ 27 Abs. 3 Nr. 1 SGB III](#) vor, da der Kläger im Rahmen von befristeten Dauerschuldverhältnissen von jeweils nicht weniger als einer Woche Dauer tätig wurde.

9. Die Auslegung der [§§ 25 Abs. 1 Satz 1 SGB III](#), 7 Abs. 1 SGB IV dahingehend, dass in der Tätigkeit des Klägers für die Beigeladene zu 1) Versicherungspflicht nach dem Recht der Arbeitsförderung bestanden hat, verletzt die Beteiligten nicht in Grundrechten. Der Schutzbereich des [Art. 12 Abs. 1](#) Grundgesetz (GG) ist schon nicht berührt, weil es weder um die Wahl oder Ausübung des Berufs des Klägers geht, sondern um an die Berufsausübung anknüpfende Beitragspflichten des Arbeitgebers, der Klägerin. Die genannten Vorschriften haben keinerlei objektiv berufsregelnde Tendenz (vgl. BVerfG, Nichtannahmebeschluss v. 3.6.2013, [1 BvR 131/13](#) u.a., [BVerfGK 20, 327](#) ff.; Nichtannahmebeschluss v. 26.6.2007, [1 BvR 2204/00](#), [1 BvR 1355/03](#), [SozR 4-2600 § 2 Nr. 10](#)).

V. Die Kostenentscheidung beruht auf den [§§ 183, 193 SGG](#). Die Kostenbeteiligung der Beklagten folgt daraus, dass sie hinsichtlich der Anfechtungsklage vollständig und hinsichtlich der Feststellungsklage zum deutlich überwiegenden Teil unterlag.

VI. Der Senat hat die Revision gem. [§ 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG](#) wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache zugelassen.

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2018-12-05