

## RECHTSPRECHUNG

zeitig nachkommen zu können (§ 15a InsO). Dies gilt insbesondere bezüglich einer etwaigen Überschuldung, die bereits wesentlich früher als die Zahlungsunfähigkeit eintreten kann. Auch Ressortverteilungen innerhalb der Geschäftsleitung entbinden die Geschäftsführung nicht von Beobachtungs- und Überwachungspflichten hinsichtlich der wirtschaftlichen Entwicklung.

(3.) Die Insolvenzantragstellung allein suspendiert weder die Pflicht zur Zahlung von Steuern (§ 34 AO) und Sozialversicherungsabgaben (vgl. § 266a StGB), noch die Masseerhaltungspflicht nach §§ 64 GmbHG/92 AktG. Selbst bei gerichtlicher Anordnung von Verfügungsbeschränkungen ist der Geschäftsführer gehalten, im Rahmen seiner verbliebenen Befugnisse für die Erfüllung der öffentlich-rechtlichen Pflichten durch die Gesellschaft Sorge zu tragen. Anderen-

falls droht die persönliche Haftung für Steuern und Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung.

(4.) Während im Falle der Regelinsolvenz die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf den Insolvenzverwalter übergeht (§§ 80, 155 InsO), besteht die Verantwortlichkeit der Geschäftsleitung für sämtliche Belange der Gesellschaft in der Eigenverwaltung unverändert fort (§ 270 InsO). Der Aufgabenbereich wird ergänzt durch insolvenzspezifische Pflichten, die in der Regelinsolvenz der Insolvenzverwalter wahrnimmt. Deren Verletzung durch die Geschäftsführung unterliegt nach jüngster Rechtsprechung des BGH folgerichtig den für Insolvenzverwalter geltenden Haftungstatbeständen (§§ 60, 61 InsO). Denkt man diese Rechtsprechung konsequent fort, muss Gleiches bereits in der vorläufigen Eigenverwaltung gelten.

## RECHTSPRECHUNG

### Verhältnis von Statusfeststellungs- und Betriebsprüfungsverfahren – Sozialversicherungsrechtliche Beurteilung bei interdisziplinärer Zusammenarbeit im Praxisteam

SGB IV § 7 Abs. 1, § 7a, § 28p; Beitragsverfahrensordnung § 7 Abs. 1 S. 1, § 12 S. 1

**1. Zwischen einem Anfrageverfahren nach § 7a Abs. 1 S. 1 SGB IV und einem Betriebsprüfungsverfahren nach § 28p Abs. 1 S. 5 SGB IV besteht ein wechselseitiger Ausschluss nach dem Kriterium der zeitlichen Vorrangigkeit. Die Einleitung eines mit dem Anfrageverfahren nach § 7a SGB IV konkurrierenden Verfahrens zur Feststellung einer Beschäftigung liegt in der Ankündigung einer Betriebsprüfung nach § 28p Abs. 1 und 9 SGB IV iVm § 7 Abs. 1 S. 1, § 12 S. 1 Beitragsverfahrensordnung. (Ls. n. aml.)**

**3. Dem Leistungserbringerrecht der GKV kommt bezogen auf die sozialversicherungs- und beitragsrechtliche Rechtslage keine übergeordnete Wirkung zu. (Ls. n. aml.)**

**3. Die von nichtärztlichen Mitarbeitern erbrachten nichtärztlichen Leistungen, die von einem Arzt gegenüber der gesetzlichen Krankenversicherung abgerechnet werden, können von diesen sowohl in selbständiger Tätigkeit als auch in abhängiger Beschäftigung erbracht werden. (Ls. n. aml.)**

BSG, Urt. v. 4.9.2018 – B 12 KR 11/17 R

Vorinstanz: LSG Niedersachsen-Bremen v. 17.2.2016 – L 16/4 KR 346/12

#### Sachverhalt:

1 I. Streitig ist die Nachforderung von Sozialversicherungsbeiträgen nebst Säumniszuschlägen aufgrund einer Betriebsprüfung.

2 Die Klägerin ist Fachärztin für Kinder- und Jugendpsychiatrie sowie Psychotherapie. Die Beigeladene zu 1. ist Diplom-Psychologin, die Beigeladene zu 2. Diplom-Pädagogin. Beide Beigeladene waren bis 30.9.2004 in der Praxis der Klägerin zunächst angestellt. Am 18.10.2004 schlossen sie mit der Klägerin jeweils einen Vertrag über freie Mitarbeit ab. Die Beigeladene zu 6. (Bundesagentur für

Arbeit) gewährte ihnen für die Dauer von sechs Monaten ab Aufnahme der Tätigkeit Überbrückungsgeld.

3 Die Beigeladene zu 1. beantragte am 23.10.2007, die Beigeladene zu 2. am 11.12.2007 die Feststellung ihres sozialversicherungsrechtlichen Status bei der Deutschen Rentenversicherung (DRV) Bund. Nachdem die Beigeladene zu 1. auf den Vorrang einer angekündigten Betriebsprüfung hingewiesen worden war, stellte die beklagte DRV Braunschweig-Hannover aufgrund der von ihr am 13.12.2007 durchgeführten Betriebsprüfung die Versicherungspflicht der Tätigkeiten der Beigeladenen zu 1. v. 19.4.2005 bis 31.3.2008 und der Beigeladenen zu 2. v. 18.4.2005 bis 30.9.2005 sowie v. 1.6.2006 bis 31.3.2008 fest. In der Zeit v. 1.10.2005 bis 31.5.2006 sei die Beigeladene zu 2. bei der Klägerin geringfügig beschäftigt gewesen. Für die Zeit des Bezugs von Überbrückungsgeld werde Selbstständigkeit unterstellt. Es ergebe sich eine Nachforderung von Gesamtsozialversicherungsbeiträgen iHv 51.895,47 € einschließlich Säumniszuschlägen von 8.756 € (Bescheid v. 25.11.2008; Widerspruchsbescheid v. 23.7.2009).

4 Das SG hat den angefochtenen Bescheid der Beklagten aufgehoben (Urteil v. 9.5.2012). Das LSG hat das Urteil des SG aufgehoben und die Klage abgewiesen (Urteil v. 17.2.2016). Die Arbeit der Beigeladenen zu 1. und 2. für die Klägerin habe sich nur unwesentlich von ihrer vorherigen Tätigkeit im Angestelltenverhältnis unterschieden. Es sei allein eine Änderung der „Papierform“ beabsichtigt gewesen. Die Beigeladenen zu 1. und 2. hätten Patienten der Klägerin behandelt und einen festen Stundensatz erhalten. Therapietermine seien grundsätzlich über die Praxis vereinbart worden. Die betrieblichen Notwendigkeiten hätten hierbei Absprachen erfordert. Trotz einer inhaltlichen Therapiefreiheit hätten die vertraglichen Regelungen Vorgaben zu Art und Inhalt der Leistungserbringung vorgesehen. Auch habe eine der Kontrolle durch die Klägerin dienende Dokumentationspflicht bestanden. Es komme nicht darauf an, dass die Beigeladene zu 2. schwerpunktmäßig auch in einer anderen Praxis tätig gewesen sei. Säumniszuschläge seien zu Recht erhoben worden. Die Klägerin habe eine sozialversicherungsrechtliche Klärung mindestens grob fahrlässig unterlassen.

5–8 Mit ihrer Revision rügt die Klägerin, die Beklagte hätte den angefochtenen Bescheid schon mangels Zuständigkeit nicht erlassen dürfen; werde – wie hier – ein Antrag auf Statusklärung nach § 7a SGB IV zeitlich vorrangig gestellt, sei allein die DRV

## RECHTSPRECHUNG

Bund funktionell zuständig. Unabhängig davon sei von einer selbstständigen Tätigkeit auszugehen und damit § 7 Abs. 1 SGB IV verletzt. (...)

**Gründe:**

9 II. Die Revision ist iSd Aufhebung und Zurückverweisung begründet (§ 170 Abs. 2 S. 2 SGG).

10 1. Rechtsgrundlage des angefochtenen Bescheids der Beklagten ist § 28p Abs. 1 S. 1 und 5 SGB IV. Danach prüfen die Träger der Rentenversicherung bei den Arbeitgebern, ob diese ihre Meldepflichten und ihre sonstigen Pflichten nach dem SGB IV, die im Zusammenhang mit dem Gesamtsozialversicherungsbeitrag stehen, ordnungsgemäß erfüllen; sie prüfen insbesondere die Richtigkeit der Beitragszahlungen und der Meldungen (§ 28a SGB IV) mindestens alle vier Jahre (S. 1). Die Träger der Rentenversicherung erlassen im Rahmen der Prüfung Verwaltungsakte zur Versicherungspflicht und Beitragshöhe in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung einschließlich der Widerspruchsbescheide gegenüber den Arbeitgebern (S. 5 Hs. 1).

11 2. Der Senat kann mangels ausreichender Feststellungen des LSG nicht darüber entscheiden, ob der angefochtene Bescheid rechtmäßig ist. Zwar ist grundsätzlich allein die Beklagte für Betriebsprüfungen bei der Klägerin und den Erlass entsprechender Bescheide zuständig. An dieser Regelungskompetenz fehlt es aber, wenn und soweit eine vorrangige Zuständigkeit der DRV Bund für die Feststellung der Sozialversicherungspflicht im Rahmen eines Statusfeststellungsverfahrens nach § 7a Abs. 1 S. 1 SGB IV besteht, weil im Zeitpunkt des Statusfeststellungsbegehrens das Betriebsprüfungsverfahren noch nicht eingeleitet war. Das LSG muss daher nach Zurückverweisung feststellen, wann die Beklagte das Betriebsprüfungsverfahren eingeleitet hat (dazu a und b) und – falls das Antragsverfahren vorrangig wäre –, ob die DRV Bund dessen Durchführung bindend abgelehnt hat (dazu c).

**Zwischen Antragsverfahren zur Statusfeststellung und sozialversicherungsrechtlichem Betriebsprüfungsverfahren besteht wechselseitiger Ausschluss nach zeitlicher Vorrangigkeit**

12 a) Zwischen einem Antragsverfahren nach § 7a Abs. 1 S. 1 SGB IV und einem Betriebsprüfungsverfahren nach § 28p Abs. 1 S. 5 SGB IV besteht ein wechselseitiger Ausschluss nach dem Kriterium der zeitlichen Vorrangigkeit. Dem bereits eingeleiteten Antragsverfahren kommt Sperrwirkung gegenüber einer Betriebsprüfung zu. Dasselbe gilt – zumindest vorläufig – umgekehrt. Dies folgt aus dem Wortlaut und der Regelungssystematik des § 7a Abs. 1 S. 1 SGB IV. Danach können die Beteiligten schriftlich eine Entscheidung der hierfür ausschließlich zuständigen DRV Bund (§ 7a Abs. 1 S. 3 SGB IV) beantragen, ob eine Beschäftigung vorliegt, es sei denn, „die Einzugsstelle oder ein anderer Versicherungsträger hatte im Zeitpunkt der Antragstellung ‚bereits‘ ein Verfahren zur Feststellung einer Beschäftigung eingeleitet“. Unter diese konkurrierenden Verfahren fallen das Einzugsstellenverfahren nach § 28h Abs. 2 S. 1 SGB IV und das Betriebsprüfungsverfahren nach § 28p Abs. 1 S. 5 SGB IV (BSG v. 29.6.2016 – B 12 R 5/14 R, NZS 2018, 671). Dieser Regelung bedürfte es nicht, hätten die genannten Verfahren nicht (teilweise) den gleichen Inhalt und wären sie rechtlich nicht gleichwertig. § 7a SGB IV ermächtigt nicht zur bloßen (unzulässigen) Elementenfeststellung einer abhängigen

Beschäftigung, sondern verpflichtet nach ständiger Rechtsprechung zur Feststellung der Versicherungspflicht (vgl. BSG v. 14.3.2018 – B 12 KR 12/17 R, SozR 4-2400 § 7 Nr. 34, BeckRS 2018, 14960 Rn. 15 mwN).

13 b) Ob das Antragsverfahren oder die genannten Verfahren der Einzugsstellen und der Rentenversicherungsträger als Prüfstellen vorrangig sind, bestimmt sich danach, welches Verfahren zeitlich früher eingeleitet wurde. Dies entspricht auch Sinn und Zweck der Regelung, divergierende Entscheidungen unterschiedlicher Versicherungsträger zu vermeiden (BSG v. 11.3.2009 – B 12 R 11/07 R, BSGE 103, 17, SozR 4-2400 § 7a Nr. 2, NJOZ 2010, 195, Rn. 16, 17, 22; vgl. zur Gleichwertigkeit der Verfahren auch bereits BSG-Urteile v. 4.6.2009 – B 12 KR 31/07 R, SozR 4-2400 § 7a Nr. 3, NZA-RR 2010, 435 Rn. 13 und B 12 R 6/08 R, BeckRS 2009, 72915). Die Einleitung eines mit dem Antragsverfahren nach § 7a SGB IV konkurrierenden Verfahrens zur Feststellung einer Beschäftigung liegt in der Ankündigung einer Betriebsprüfung nach § 28p Abs. 1 und 9 SGB IV iVm § 7 Abs. 1 S. 1, § 12 S. 1 Beitragsverfahrensordnung (vgl. BT-Drs. 14/1855, 7, zu Nr. 2 zu § 7a Abs. 1).

**Bei Betriebsprüfungsverfahren liegt maßgebliche Verfahrenseinleitung grundsätzlich in Prüfankündigung nach § 7 Abs. 1 S. 1 BVV**

14 Ein anderes Verwaltungsverfahren zur Feststellung einer Beschäftigung wird eingeleitet, wenn die Einzugsstelle oder der andere Rentenversicherungsträger nach außen erkennbar Ermittlungen zur Feststellung einer Beschäftigung in Gang gesetzt hat (*Knospe* in Hauck/Noftz, SGB IV, 07/08, K § 7a Rn. 25). Als Verwaltungsverfahren beginnt die Betriebsprüfung mit der nach außen wirkenden Tätigkeit (§ 8 SGB X), die als erster Akt einer zu einem Verwaltungsakt oder öffentlich-rechtlichen Vertrag führenden Folge von Verwaltungshandlungen angesehen werden kann (*Roller* in von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Aufl. 2014, § 8 Rn. 9). Entscheidend ist die Zielrichtung der Behörde und nicht, dass das Verfahrensziel auch tatsächlich erreicht wird. Der Begriff des Verwaltungsverfahrens ist zukunftsbezogen auf eine noch zu treffende Entscheidung gerichtet (*K. Palsherm* in Schlegel/Voelzke, juris-PK SGB X, 2. Aufl. 2017, § 8 Rn. 31). Die nach außen wirkende Tätigkeit in diesem Sinn liegt bei einem Betriebsprüfungsverfahren grundsätzlich in der Prüfankündigung nach § 7 Abs. 1 S. 1 BVV. Danach soll eine Betriebsprüfung dem Arbeitgeber oder der von ihm beauftragten Stelle (§ 12 S. 1 BVV) im Voraus angekündigt werden. Der Arbeitgeber soll dadurch in die Lage versetzt werden, seinen Mitwirkungspflichten nachzukommen und die Prüfung vorzubereiten.

15 Dem steht nicht entgegen, dass mit der Prüfankündigung häufig nicht feststeht, welche konkreten Rechtsverhältnisse Gegenstand der Prüfung sein werden. Die Prüfbehörden sind bei Arbeitgeberprüfungen nach § 28p SGB IV nicht zu einer vollständigen Überprüfung der versicherungsrechtlichen Verhältnisse aller Versicherten verpflichtet und dürfen sich grundsätzlich auf Stichproben beschränken (vgl. § 11 BVV). Die zeitlich vorrangige Einleitung eines Betriebsprüfungsverfahrens verdrängt daher das Antragsverfahren nur dann vollumfänglich und endgültig, soweit bei der Betriebsprüfung eine Entscheidung über dasjenige Rechtsverhältnis getroffen wird, das Gegenstand des Statusfeststellungsverfahrens ist. Eine Statusent-

## RECHTSPRECHUNG

scheidung der DRV Bund kann so lange nicht ergehen, wie das andere Verfahren zur Feststellung einer Beschäftigung nicht beendet ist. Hierüber ist der Antragsteller von der DRV Bund zu unterrichten und der Ausgang des anderweitigen Verfahrens ist abzuwarten. Wird im anderweitigen Verfahren eine Entscheidung über den Gegenstand des Statusfeststellungsverfahrens getroffen, ist das Anfrageverfahren von der DRV Bund durch einen Einstellungsbescheid zu beenden, sofern der Antragsteller seinen Antrag nicht zurücknimmt oder für erledigt erklärt. Ergeht in dem abgeschlossenen anderweitigen Verfahren keine Entscheidung über die das Statusfeststellungsbegehren betreffende Tätigkeit, hat die DRV Bund den Antrag nach § 7a Abs. 1 S. 1 SGB IV wieder aufzugreifen und das Anfrageverfahren durchzuführen. Allerdings ist der für die Betriebsprüfung zuständige Träger der Rentenversicherung bei einem nach deren Einleitung gestellten Statusfeststellungsantrag grundsätzlich gehalten, seine Prüfung auf das dem Anfrageverfahren zugrunde liegende Auftragsverhältnis zu erstrecken und hierüber eine Entscheidung zu treffen. Das dient der Verwaltungsvereinfachung und der Verwaltungspraktikabilität.

16 c) Sollte sich bei den nachzuholenden Ermittlungen des LSG ergeben, dass die Anfrageverfahren bei der DRV Bund vorrangig sind, wäre weiterhin zu prüfen, ob die Durchführung dieser Verfahren von der DRV Bund bindend durch Verwaltungsakt abgelehnt wurde. Nach den Feststellungen des LSG hat die Beklagte die Beigeladene zu 1. darauf hingewiesen, dass eine Entscheidung im Anfrageverfahren nicht ergehen könne. Es hat zu prüfen, ob sich auch die DRV Bund derart gegenüber den Beigeladenen zu 1. und 2. geäußert und damit eine bindende Entscheidung (§ 31 S. 1 SGB X, § 77 SGG) über die eigene Unzuständigkeit getroffen hat.

### Grundsätze zum Vorliegen einer Versicherungspflicht begründenden Beschäftigung

17 3. Die Feststellungen des LSG reichen auch nicht aus, um die Versicherungspflicht der Beigeladenen zu 1. und 2. in ihrer Tätigkeit für die Klägerin im streitigen Zeitraum abschließend zu beurteilen. Das LSG ist in seinem Urteil zutreffend von den in der Rechtsprechung des BSG zum Vorliegen von Versicherungspflicht begründender Beschäftigung aufgestellten Grundsätzen ausgegangen (hierzu a). Es hat seine Annahme einer Beschäftigung jedoch zu Unrecht auf die Regelungen des Leistungserbringerrechts der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) gestützt (hierzu b). Die Zuordnung des Rechtsverhältnisses zum Typus der Beschäftigung ist im Übrigen auch nicht auf Grundlage ausreichender Feststellungen zu den tatsächlichen Verhältnissen getroffen worden (hierzu c). Im wiedereröffneten Berufungsverfahren hat das LSG die besondere Ausgestaltung der Leistungserbringung und Abrechnung gegenüber der GKV im Bereich der sozialpädiatrischen Leistungen in den Blick zu nehmen (hierzu d).

18 a) Im streitigen Zeitraum unterlagen Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt waren, der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken-, Renten- und sozialen Pflegeversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung (vgl. § 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V, § 20 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB XI, § 1 S. 1 Nr. 1 SGB VI und § 25 Abs. 1 S. 1 SGB III). Beschäftigung ist gemäß § 7 Abs. 1 SGB IV die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis (S. 1). Anhaltspunkte für

eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers (S. 2). Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG setzt eine abhängige Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Diese Weisungsgebundenheit kann – vornehmlich bei Diensten höherer Art – eingeschränkt und zur „funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess“ verfeinert sein. Demgegenüber ist eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand beschäftigt oder selbstständig tätig ist, richtet sich danach, welche Umstände das Gesamtbild der Arbeitsleistung prägen und hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (stRspr; vgl. BSG v. 16.8.2017 – B 12 KR 14/16 R, SozR 4-2400 § 7 Nr. 31, DStR 2018, 144 Rn. 17 mwN, auch zur Veröffentlichung in BSGE vorgesehen und BSG v. 31.3.2017 – B 12 R 7/15 R, BSGE 123, 50, SozR 4-2400 § 7 Nr. 30, DStR 2017, 2500 Rn. 21 mwN; BSG v. 30.4.2013 – B 12 KR 19/11 R, SozR 4-2400 § 7 Nr. 21, BeckRS 2013, 73365 Rn. 13 mwN; zur Verfassungsmäßigkeit der Abgrenzung zwischen Beschäftigung und selbstständiger Tätigkeit vgl. BVerfG v. 20.5.1996 – 1 BvR 21/96, SozR 3-2400 § 7 Nr. 11, NJW 1996, 2644). 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 v. 23.5.2017 – B 12 KR 9/16 R, BSGE 123, 181, SozR 4-2400 § 26 Nr. 4, NZS 2017, 780 Rn. 24 mwN).

19 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. Diese sind ebenfalls nur maßgebend, soweit sie rechtlich zulässig sind. Schließlich ist auch die Ernsthaftigkeit der dokumentierten Vereinbarungen zu prüfen und auszuschließen, dass es sich hierbei um einen bloßen „Etikettenschwindel“ handelt, der uU als Scheingeschäft iSd § 117 BGB zur Nichtigkeit dieser Vereinbarungen und der Notwendigkeit führen kann, ggf. den Inhalt eines hierdurch verdeckten Rechtsgeschäfts festzustellen. 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 v. 18.11.2015 – B 12 KR 16/13 R, BSGE 120, 99, SozR 4-2400 § 7 Nr. 25, NJOZ 2016, 666 Rn. 17 mwN).

## RECHTSPRECHUNG

**Leistungserbringerrecht der GKV hat bezogen auf sozialversicherungs- und beitragsrechtliche Rechtslage zwar keine übergeordnete Wirkung, ...**

20 b) Dem Leistungserbringerrecht der GKV kommt bezogen auf die sozialversicherungs- und beitragsrechtliche Rechtslage keine übergeordnete Wirkung zu. Insbesondere kann einem Zulassungserfordernis nicht per se eine determinierende Wirkung in Bezug auf die Frage des Vorliegens von Beschäftigung entnommen werden, weil die Regelungen unmittelbar ausschließlich das Verhältnis zwischen Krankenkasse und zugelassenem Leistungserbringer betreffen (grundlegend BSG Urteil v. 24.3.2016 – B 12 KR 20/14 R, SozR 4-2400 § 7 Nr. 29, BeckRS 2016, 71461 Rn. 27 ff.). Die Ausführungen des LSG, dass in einer fremden, zur Leistungserbringung zugelassenen Praxis tätige nichtärztliche Leistungserbringer in der Regel abhängig beschäftigt seien, hält damit rechtlicher Überprüfung nicht stand.

21 c) Die Annahme des LSG, dass die Tätigkeiten der Beigeladenen zu 1. und 2. unabhängig von den Regelungen des Leistungserbringerrechts der GKV dem Typus der abhängigen Beschäftigung zuzuordnen seien, ist nicht durch ausreichende Feststellungen zu den tatsächlichen Verhältnissen gedeckt. Revisionsrechtlich verwertbare Feststellungen liegen dann nicht vor, wenn das Berufungsgericht den Vortrag der Beteiligten lediglich inhaltlich referiert und nicht erkennbar ist, welche Tatsachen es seiner Entscheidung aufgrund eigener Erkenntnis zugrunde gelegt hat (BSG v. 14.3.2018 – B 12 KR 12/17 R, SozR 4-2400 § 7 Nr. 34, BeckRS 2018, 14960 Rn. 27 ff.). Ein solcher Fall liegt hier vor. Das LSG hat sich im Tatbestand seines Urteils im Wesentlichen darauf beschränkt, das Vorbringen der Beteiligten im Verwaltungs- und Gerichtsverfahren wiederzugeben. In den Entscheidungsgründen nimmt es sodann Wertungen vor, die den Angaben der Beteiligten widersprechen, ohne dass hiervon abweichende ausreichende Feststellungen getroffen wurden.

22 Die Annahme des LSG, die Arbeit der Beigeladenen zu 1. und 2. habe sich nur unwesentlich von ihrer vorherigen Tätigkeit im Angestelltenverhältnis unterschieden, ist nicht durch ausreichende Tatsachenfeststellungen unterlegt. Nach den im angegriffenen Urteil wiedergegebenen Angaben der Beigeladenen zu 1. und 2. haben sich deren Tätigkeiten vielmehr wesentlich verändert. Beide Beigeladenen verfügten – anders als zur Zeit ihrer Tätigkeit im Angestelltenverhältnis – über eigene Praxisräume und konnten die Patienten der Klägerin auch dort behandeln. Dass sie dies nach den Annahmen des LSG nicht getan haben, erlaubt es nicht, die vertraglich eingeräumte Möglichkeit vollständig auszublenden und aus der Nutzung der Räumlichkeiten der Klägerin auf eine Einbindung in deren Betrieb zu schließen. Zwar spricht die Tätigkeit in den Räumen (und mit den Mitteln sowie dem Personal) des Vertragspartners für eine abhängige Beschäftigung. Jedoch begründet allein die organisatorische Einbindung von Aufgaben in einen Betrieb noch nicht die Stellung als abhängig Beschäftigter, weil bestimmte Aufgaben eines Betriebs, vor allem wenn sie eine gehobene spezielle Fachkunde erfordern, auch an selbstständig Tätige vergeben werden können. Ob sie selbstständig oder abhängig erfüllt werden, hängt dann davon ab, ob die Gestaltung der gegenseitigen Beziehung noch einen für eine selbstständige Tätigkeit der betreffenden Art typischen und nach der Eigenart

des Betriebs möglichen Freiraum lässt. Entscheidend ist daher, inwieweit tatsächlich Einschränkungen bei der Inanspruchnahme von Räumen, Geräten und Personal aufgrund Weisungen bestehen (BSG v. 9.12.1981 – 12 RK 4/81, SozR 2400 § 2 Nr. 19 S. 30, BeckRS 2018, 14960 Rn. 76). Das LSG hat nicht festgestellt, ob die Beigeladenen zu 1. und 2. sich selbst Zugang zu den Räumlichkeiten verschaffen konnten und ob eine Knappheit der Behandlungsräume mit erhöhtem Abstimmungsbedarf herrschte oder die Raumsituation nach Belieben eine jederzeitige Belegung erlaubte.

23 Die Beigeladenen zu 1. und 2. gaben der Praxis der Klägerin und deren Patienten nach eigenen Angaben die Termine vor und erhielten von der Klägerin keine inhaltlichen Weisungen für die Wahl der Therapie und die Behandlung selbst. Die getroffenen Feststellungen tragen auch insoweit die entgegenstehenden Annahmen des LSG nicht. Insbesondere hat das LSG die Einkünfte aus Tätigkeiten für andere Auftraggeber zu Unrecht als vollständig irrelevant beurteilt. Da auch Teilzeitbeschäftigte die Möglichkeit haben, in nennenswertem Umfang nebeneinander für mehrere Arbeitgeber tätig zu sein, erhält eine Tätigkeit für mehrere Auftraggeber zwar erst in der Zusammenschau mit weiteren typischen Merkmalen einer selbstständigen Tätigkeit Gewicht, wie zB einemwerbenden Auftreten am Markt für die angebotenen Leistungen (BSG v. 18.11.2015 – B 12 KR 16/13 R, BSGE 120, 99, SozR 4-2400 § 7 Nr. 25, NJOZ 2016, 666 Rn. 28). Wenn aber – wie vorliegend – in relevantem Umfang, bei der Beigeladenen zu 2. sogar schwerpunktmäßig, eine Tätigkeit für andere Auftraggeber stattfindet, sind solche anderweitigen Tätigkeiten ein Indiz für eine ganz erhebliche Dispositionsfreiheit in Bezug auf die zu beurteilende Tätigkeit. Dies folgt bereits daraus, dass sie die zeitliche Verfügbarkeit des Auftragnehmers erheblich einschränken. Das LSG muss daher feststellen, in welchem Umfang die Beigeladenen zu 1. und 2. für andere Auftraggeber tätig waren und wie sich dies auf ihre Tätigkeit für die Klägerin ausgewirkt hat. Der Verpflichtung der Beigeladenen zu 1. und 2. zur Dokumentation der Arbeitsergebnisse nach § 10 der Verträge kommt für sich genommen ebenfalls keine entscheidende Bedeutung zu. Denn das LSG hat nicht festgestellt, ob diese tatsächlich der Kontrolle der Arbeitsergebnisse durch die Klägerin oder der allgemeinen ärztlichen Dokumentationspflicht gegenüber den Patienten geschuldet war, die in den ärztlichen Berufsordnungen (vgl. etwa § 9 der Berufsordnung der Psychotherapeutenkammer Niedersachsen v. 30.11.2002, zuletzt geändert durch Beschluss v. 29.4.2017) niedergelegt ist und der Therapiesicherung, Beweissicherung und Rechenschaftslegung dient (BGH v. 27.6.1978 – VI ZR 183/76, BGHZ 72, 132 ff., NJW 1978, 2337).

**... muss aber bei Gewichtung der Indizien zur Statusbeurteilung jedenfalls berücksichtigt werden, wenn zwischen Beteiligten getroffene Vereinbarungen ausdrücklich Bezug darauf nehmen**

24 d) Das LSG hat auch die Bedeutung der hier maßgebenden Regelungen des Leistungserbringerrechts der GKV für die zu bewertenden Vertragsbeziehungen nicht hinreichend beachtet. Auch wenn den Vorgaben des Leistungserbringerrechts der GKV per se keine zwingende Wirkung für die sozialversicherungsrechtliche Rechtslage zukommt, müssen sie bei der Gewichtung der Indizien zur Statusbeurteilung zutreffend be-

## RECHTSPRECHUNG

rücksichtigt und eingeordnet werden. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die zwischen den Beteiligten getroffenen Vereinbarungen – wie hier – ausdrücklich Bezug auf sie nehmen. Nach § 1 der Verträge über die freie Mitarbeit in der Praxis der Klägerin bezog sich die Tätigkeit der Beigeladenen zu 1. und 2. jeweils auf Maßnahmen iSv § 3 Abs. 2 der Sozialpsychiatrie-Vereinbarung (SPV – vgl. Anlage 11 Bundesmantelvertrag Ärzte/Erstazkassen v. 1.7.1994, DÄ 1994, A-1988; für den Bereich der Primärkassen existierten im Wesentlichen identische regionale Vereinbarungen). Nach § 11 der Verträge war das freie Mitarbeiterverhältnis auflösend bedingt durch den Wegfall der SPV. Die SPV trifft Regelungen zur Erbringung und Abrechnung nichtärztlicher Leistungen im Rahmen sozialpädiatrischer und psychiatrischer Tätigkeit und dient der Förderung einer qualifizierten interdisziplinären Behandlung von Kindern und Jugendlichen in der ambulanten vertragsärztlichen Versorgung (vgl. § 85 Abs. 2 S. 4, § 43a SGB V).

**Von Arzt zu gewährleistende interdisziplinäre Zusammenarbeit kann sowohl durch Praxismitarbeiter als auch durch externe Kooperationspartner sichergestellt werden**

25 Das LSG hat bisher lediglich festgestellt, dass nach außen hin nur die Klägerin als verantwortliche Praxisbetreiberin aufgetreten sei und nur sie mit den gesetzlichen Krankenkassen abgerechnet habe. Das LSG muss nach Zurückverweisung weitergehend feststellen, ob und in welchem Umfang die Tätigkeit der Beigeladenen zu 1. und 2. vereinbarungsgemäß Maßnahmen iSd SPV umfasst hat. Die Abrechnung nichtmedizinischer Leistungen nichtärztlicher Mitarbeiter zulasten der GKV bedarf der Genehmigung durch die KÄV und erfolgt im Rahmen der SPV durch den an der Vereinbarung teilnehmenden Arzt. Die vom Arzt zu gewährleistende interdisziplinäre Zusammenarbeit kann – auch bei nichtärztlichen Leistungen – sowohl durch Mitarbeiter in der Praxis als auch durch Kooperationspartner außerhalb der Praxis sichergestellt werden, wobei die Koordination und Leitung in beiden Fällen durch den teilnehmenden Arzt erfolgt, sodass dieser im Außenverhältnis eine zentrale Rolle einnimmt. Eine Betreuung „eigener“ Patienten durch die nichtärztlichen Leistungserbringer ist dabei nicht vorgesehen. Der Arzt muss ein Mindestangebot nichtärztlicher Leistungen in der eigenen Praxis vorhalten. Durch die Schlüsselrolle des Arztes und die Möglichkeiten der Sicherstellung einer interdisziplinären und integrativen Zusammenarbeit im Praxisteam selbst oder in externen Kooperationen spiegelt sich die interne Organisation jedenfalls bei Leistungen nichtärztlicher Mitarbeiter nicht zwingend in der Wahrnehmung im Außenverhältnis wider. Insoweit hat das LSG zu klären, ob die Tätigkeit der Beigeladenen zu 1. und 2. gegenüber der KÄV als praxisinterne Mitarbeit oder als Kooperationen außerhalb der Praxis dargestellt wurde. Auch ist relevant, ob die Tätigkeiten der Beigeladenen zu 1. und 2. zur Herstellung der praxisinternen fachlichen Genehmigungsvoraussetzungen herangezogen wurden oder ob dies im Fall der Klägerin durch andere (angestellte) Mitarbeiter erfolgte. Die Bezugnahme auf § 3 Abs. 2 der SPV spricht dafür, dass die Beigeladenen zu 1. und 2. als dem Praxisteam zugehörig geführt wurden. Des Weiteren kann relevant sein, in welchem Umfang die Klägerin weitere Kooperationen pflegte, die das von den Beigeladenen zu 1. und 2. angebotene Leistungsspektrum abdeckten. Eine Heranziehung der Beigeladenen zu 1. und 2. lediglich unterstützend im Be-

darfsfall würde eher für eine (selbstständige) externe Kooperation sprechen, während ihre umfassende Beteiligung an einem hohen Anteil der SPV-Fälle ein Indiz für ihre weitreichende Einbindung in die Praxisorganisation und somit Beschäftigung wäre. Schließlich hat das LSG zu beachten, dass zumindest die Beigeladene zu 2. nach Aktenlage einer anderen Praxis, der Praxis S., vertraglich ab 29.8.2005 ein Stundenkontingent von ... Std/Woche zur Verfügung gestellt hat, das nach Aktenlage auch zunehmend abgerufen wurde und ihre Verfügbarkeit für die Klägerin einschränkte.

**Für Festsetzung von Säumniszuschlägen nach § 24 SGB IV schließt erst mindestens bedingter Vorsatz die unverschuldete Unkenntnis von Zahlungspflicht aus**

26 4. Für den Fall, dass sich bei erneuter Verhandlung und Entscheidung die Frage der Rechtmäßigkeit der festgesetzten Säumniszuschläge nach § 24 SGB IV stellt, weist der Senat darauf hin, dass nach seiner Rechtsprechung erst mindestens bedingter Vorsatz die unverschuldete Unkenntnis von der Zahlungspflicht ausschließt (BSG v. 9.11.2011 – B 12 R 18/09 R, BSGE 109, 254, SozR 4-2400 § 14 Nr. 13, DStR 2012, 662 Rn. 28 unter Verweis auf BSG v. 26.1.2005 – B 12 KR 3/04 R, SozR 4-2400 § 14 Nr. 7, BeckRS 2005, 40528; vgl. auch *Schlegel* in *Küttner*, *Personalsbuch* 2018, Stichwort „Säumniszuschlag“ Rn. 16). Zwar hat der Senat bereits wiederholt ausgeführt, dass es vorwerfbar sein kann, wenn ein Arbeitgeber bei Unklarheiten hinsichtlich der versicherungs- und beitragsrechtlichen Beurteilung einer Erwerbstätigkeit darauf verzichtet, die Entscheidung einer fachkundigen Stelle herbeizuführen (vgl. BSG v. 9.11.2011 – B 12 R 18/09 R, BSGE 109, 254, SozR 4-2400 § 14 Nr. 13, DStR 2012, 662 Rn. 33; BSG v. 24.3.2016 – B 12 KR 20/14 R, SozR 4-2400 § 7 Nr. 29, BeckRS 2016, 71461 Rn. 35). Damit soll jedoch nicht das gesamte Risiko der Einordnung komplexer sozialversicherungsrechtlicher Wertungsfragen den Arbeitgebern überantwortet werden. Ob von dem Verzicht auf eine Klärung auf mindestens bedingten Vorsatz geschlossen werden kann, ist eine Frage der sorgfältigen Beweiswürdigung im Einzelfall.

**Anmerkung:**

Zunächst war in der Entscheidung die Frage zu klären, wie das Verhältnis zwischen einem Anfrageverfahren bzw. Statusfeststellungsverfahren nach § 7a Abs. 1 S. 1 SGB IV und einem Betriebsprüfungsverfahren § 28p Abs. 1 S. 5 SGB IV einzuordnen ist. Vorliegend hatten die beiden Freiberuflerinnen im Oktober 2007 die Feststellung ihres sozialversicherungsrechtlichen Status als Selbständige bei der DRV Bund beantragt. Am 13.12.2007 war unabhängig bzw. parallel zu dem Statusverfahren eine Betriebsprüfung im Hinblick auf die Versicherungspflicht der beiden Freiberuflerinnen vorgenommen worden und im Rahmen dieser Betriebsprüfung war dann der Nachforderungsbescheid inklusive Säumniszuschlägen ergangen, der nun dem BSG vorlag. Der Senat arbeitet ausführlich heraus, dass zwischen einem Anfrageverfahren bzw. Statusverfahren nach § 7a Abs. 1 S. 1 SGB IV und einem Betriebsprüfungsverfahren nach § 28p Abs. 1 S. 5 SGB IV ein wechselseitiger Abschluss nach den Kriterien der zeitlichen Vorrangigkeit besteht. Ob ein solches Verfahren vorrangig ist, bestimmt sich also danach, welches Verfahren zeitlich früher eingeleitet wurde.

## RECHTSPRECHUNG

Dem steht auch nicht entgegen, so der Senat, dass mit der Prüfankündigung häufig noch nicht feststeht, welche konkreten Rechtsverhältnisse Gegenstand der Prüfung sein werden. Das zeitlich vorrangig eingeleitete Betriebsprüfungsverfahren verdrängt daher das Anfrageverfahren nur insoweit, wie bei der Betriebsprüfung auch eine Entscheidung über dasjenige Rechtsverhältnis getroffen wird, das Gegenstand des Statusfeststellungsverfahrens ist. Solange aber die Betriebsprüfung nicht beendet oder abgeschlossen ist, kann eine zeitlich nachrangige Statusentscheidung nicht ergehen. Da hierzu vom LSG noch Feststellungen zu treffen sind, wurde der Rechtsstreit schon insoweit zurückverwiesen.

Der 12. Senat hat es erfreulicherweise nicht bei diesen formalen Hinweisen belassen, sondern sich auch ausführlich materiell mit der Versicherungspflicht beschäftigt und dem LSG eine Fülle von Aufgaben für den zweiten Anlauf übertragen. Es beginnt mit den Hinweisen auf die ständige Rechtsprechung des BSG zur Abgrenzung der abhängigen Beschäftigung zur selbständigen Beschäftigung. Hierbei liest man keine Überraschungen, sondern findet sich wieder in den allgemeinen Abgrenzungskriterien, die sich aus einer Konkretisierung zum Themenkreis der persönlichen Abhängigkeit ergeben: Eingliederung in den Betrieb des Auftraggebers, Weisungsrecht des Auftraggebers im Hinblick auf Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausübung, eigenes Unternehmerrisiko, eigene Betriebsstätte, Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und der wichtige Grundsatz: Ob jemand beschäftigt oder selbständig tätig ist, richtet sich danach, welche Umstände das Gesamtbild der Arbeitsleistung prägen, und hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Dabei ist bei der Statusbeurteilung zunächst vom Inhalt der schriftlich oder mündlich getroffenen Vereinbarungen auszugehen. Und natürlich ist die Ernsthaftigkeit der dokumentierten Vereinbarung zu prüfen, um auszuschließen, dass es sich hierbei nur um einen bloßen „Etikettenschwindel“ handelt, wovon das LSG ausgegangen war.

Nach diesen allgemeinen rechtlichen Hinweisen wird das BSG konkret und schreibt dem LSG viele Punkte ins Kursbuch: Es reicht nicht, die Entscheidung auf eigene Erkenntnisse zu stützen, wenn diese nicht durch ausreichende Feststellungen zu den tatsächlichen Verhältnissen gedeckt sind. Noch weniger ist es zulässig, wenn Instanzgerichte Wertungen vornehmen, die den Angaben der Beteiligten widersprechen, ohne dass hiervon abweichende ausreichende Feststellungen getroffen wurden. Das LSG hatte angenommen, die Arbeit der zwei Freiberuflerinnen hätte sich nur unwesentlich von ihrer vorherigen Tätigkeit im Angestelltenverhältnis unterschieden, ohne hierzu ausreichende Tatsachenfeststellungen zu haben. Das war umso ärgerlicher, als die Freiberuflerinnen sehr konkrete Angaben gemacht hatten, inwieweit sich ihre Tätigkeit verändert hätte. Also hat das LSG nun die Aufgabe festzustellen, in welchem Umfang die Freiberuflerinnen für andere Auftraggeber tätig waren, wie sich dies auf ihre Tätigkeit für die Klägerin ausgewirkt hat, ob sie werbend am Markt aufgetreten sind, wie sie die Inanspruchnahme von Räumen, Geräten und Personal gestalten. Ferner hat das BSG dem LSG die Aufgabe zugewiesen, sich näher mit der interdisziplinären Zusammenarbeit zwischen Arzt und nicht ärztlichem Personal auch unter Berücksichtigung der Vorgaben des Leistungserbringerrechts der GKV zu beschäftigen. Der Aussage des LSG, in einer zugelassenen Pra-

xis Tätige, nicht ärztliche Leistungserbringer seien in der Regel abhängig beschäftigt, hat der 12. Senat des BSG eine klare Absage erteilt. Dem Leistungserbringerrecht der GKV kommt, so das BSG, keine übergeordnete Rolle zu, wenn es um die Frage der Statusermittlung geht.

Ein letzter Höhepunkt der Entscheidung des 12. Senats sind die Schlussausführungen zu den festgesetzten Säumniszuschlägen nach § 24 SGB IV. Hier weist der Senat darauf hin, dass nach seiner Rechtsprechung erst mindestens bedingter Vorsatz die unverschuldete Kenntnis von der Zahlungspflicht ausschließt. Damit widerspricht er der ganz überwiegenden Handhabung durch die Sozialversicherungsträger und auch die Instanzgerichte, wonach es schon vorwerfbar sei für den vermeintlichen Arbeitgeber, wenn er bei Unklarheiten hinsichtlich der versicherungs- und beitragsrechtlichen Beurteilung keine Statusentscheidung herbeiführt. Auch das BSG hatte sich in dieser Form wiederholt geäußert. Umso wichtiger ist auch der Schlusssatz in der Entscheidung vom 4.9.2018: „Ob von dem Verzicht auf eine Klärung auf mindestens bedingten Vorsatz geschlossen werden kann, ist die Frage einer sorgfältigen Beweisführung im Einzelfall. Damit soll nicht das gesamte Risiko der Einordnung komplexer sozialversicherungsrechtlicher Wertungsfragen dem Arbeitgeber überantwortet werden“.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass diese Entscheidung des 12. Senats des BSG für Auftraggeber von Freiberuflern, die es richtig machen wollen, Balsam für die Seele ist. Sozialversicherungsträger kommen mit ihrer Grundhaltung, dass bestimmte Tätigkeiten „in der Regel“ nur im abhängigen Beschäftigungsverhältnis erbracht werden können, immer weniger durch. Sie werden sich von ihren katalogartigen Fragestellungen lösen müssen, um ausreichende Feststellungen zu den tatsächlichen Verhältnissen des Einzelfalls treffen zu können. Dass der bedingte Vorsatz und damit die Festlegung von Säumniszuschlägen nicht mehr automatisch mit der Statusentscheidung „abhängige Beschäftigung“ verbunden sein soll, bringt wirtschaftliche Erleichterung. Aber nicht nur das: Die Entscheidung des 12. Senats des BSG passt auch ganz auf die Linie einer jüngeren Entscheidung des ersten Strafsenats des BGH v. 24.1.2018 – 1 StR 331/17 (DStR 2018, 1623 mAnm Reiserer). Auftraggeber von Freiberuflern wissen heute oder sollten wissen, dass bei einer fehlerhaften Einschätzung des Vertragsverhältnisses nicht nur die Nachzahlung der Gesamtsozialversicherungsbeiträge droht, sondern auch eine Strafbarkeit nach § 266a StGB. Es entsprach bisher der gefestigten Rechtsprechung der Strafgerichte, dass Arbeitgeber, die ein Statusfeststellungsverfahren nach § 7a SGB IV nicht durchgeführt hatten, später attestiert bekommen im Rahmen des Strafverfahrens, dass diese Fehleinschätzung vermeidbar gewesen wäre. Der bedingte Vorsatz wurde regelmäßig angenommen. Dies ist seit der Entscheidung des ersten Strafsenats vom 24.1.2018 so nicht mehr unumstößlich. Das heißt also, dass wir nun nicht nur seitens des obersten Sozialgerichts ein wenig Entspannung spüren, sondern auch von den Hütern der Strafgesetze. Ein kleines Aufatmen für Vertragspartner von freien Mitarbeitern, deren Selbständigkeit auf dem Prüfstand nicht standgehalten hat. Anlass zu Übermut oder Leichtsinn besteht aber keineswegs.