

## L 1 KR 25/04

Land  
Hamburg  
Sozialgericht  
LSG Hamburg  
Sachgebiet  
Krankenversicherung  
Abteilung  
1  
1. Instanz  
SG Hamburg (HAM)  
Aktenzeichen  
S 22 KR 246/01  
Datum  
03.02.2004  
2. Instanz  
LSG Hamburg  
Aktenzeichen  
L 1 KR 25/04  
Datum  
16.03.2005  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
-

Datum  
-

Kategorie

Urteil

1. Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Hamburg vom 3. Februar 2004 wird zurückgewiesen. 2. Außergerichtliche Kosten sind nicht zu erstatten. 3. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Zwischen den Beteiligten ist die Einbeziehung der Gehälter der Gesellschafter-Geschäftsführer in die Bemessungsgrundlage der Künstlersozialabgabe (KSA) für die Jahre 1995 bis 1999 streitig.

Unternehmensgegenstand der Klägerin ist die Werbeberatung, die Erstellung von Werbekonzepten, die Ausführung von Werbegrafik, das Grafik-Design und die zugehörigen Dienstleistungen und Handelsgeschäfte. Vom 1. Juli 1992 bis zum 30. Juni 1999 hatte die Klägerin zwei Gesellschafter-Geschäftsführer (Frau G. und Herr Z.), die jeweils 50 % des Stammkapitals hielten. Mit Wirkung ab 1. Juli 1999 und jedenfalls bis zum Ende des hier streitigen Zeitraums hielten drei Gesellschafter-Geschäftsführer (zusätzlich Frau B.) jeweils ein Drittel des Stammkapitals. Die Gesellschafter-Geschäftsführer waren alle alleinvertretungsberechtigt und von den Beschränkungen des [§ 181](#) Bürgerliches Gesetzbuch befreit. Frau G. und Herr Z. erhielten im Jahre 1992 ein monatliches Gehalt von 8.000 DM brutto zuzüglich je einem Monatsgehalt als Urlaubs- und Weihnachtsgeld und einer Tantieme von 15 % des handelsrechtlichen Jahresüberschusses (Geschäftsführerverträge vom 24. Juli 1992). Die weitere Entwicklung ihrer Gehälter ist nicht offen gelegt worden. Mit Frau B. war im Geschäftsführervertrag vom 24. Juni 1999 ein Jahresgehalt von 120.000 DM zuzüglich je einem Monatsgehalt als Urlaubs- und Weihnachtsgeld und einer Tantieme von 15 % des Steuerbilanzgewinns vereinbart.

Mit Widerspruchsbescheid vom 17. Dezember 1997 hatte die Beklagte die grundsätzliche Abgabepflicht der Klägerin zur Künstlersozialversicherung (KSV) festgestellt. Mit Bescheiden vom 13. Januar 1998, 6. November 1998, 13. Juli 1999 und 14. April 2000 erfolgte die Feststellung der für die Jahre 1992 bis 1999 zu zahlenden KSA auf Basis der von der Klägerin abgegebenen Meldungen, in denen keine Angaben zu den Gehältern der Gesellschafter-Geschäftsführer enthalten waren. Die Klägerin war auch im Weiteren nicht bereit, die Höhe dieser Gehälter mitzuteilen.

Mit Bescheid vom 14. August 2000 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 23. Februar 2001 berechnete die Beklagte die Abgabe zur KSV unter Einbeziehung der auf 112.000 DM geschätzten jährlichen Einkünfte von jeweils zwei Gesellschafter-Geschäftsführern neu und nahm die entgegenstehenden früheren Bescheide zurück. Die Abgabe wurde für den streitbefangenen Zeitraum nunmehr auf insgesamt 40.978,98 DM festgesetzt.

Das Sozialgericht hat die gegen die hiergegen gerichtete Klage mit Urteil vom 3. Februar 2004 abgewiesen. Die Bescheide der Beklagten seien nicht zu beanstanden. Zu Recht habe sie in die Bemessungsgrundlage der KSA die geschätzten Gehälter für die Gesellschafter-Geschäftsführer mit einbezogen. Diese seien als selbständige Künstler/Publizisten tätig gewesen.

Dagegen hat die Klägerin Berufung eingelegt. Die Gesellschafter-Geschäftsführer übten keine künstlerische oder publizistische Tätigkeit aus. Die den Gesellschaftszweck prägenden werblichen Leistungen würden von den für die Gesellschaft tätigen Angestellten und freien Mitarbeitern erbracht. Die Aufgabe der Gesellschafter-Geschäftsführer bestehe darin, die Firmenleistungen zu koordinieren und zu beaufsichtigen. Frau G.'s Aufgaben seien die Akquisition von Kunden, die Kundenberatung, die Budgetplanung, die Kostenerstellung und -kontrolle, Recherchetätigkeiten sowie Markt- und Zielgruppenanalyse gewesen. Herr Z. sei in erster Linie für organisatorische und beaufsichtigende Tätigkeiten zuständig gewesen. Beide Gesellschafter-Geschäftsführer seien hauptsächlich damit beschäftigt gewesen, für die Kunden der Klägerin eine strategische Kommunikationsberatung durchzuführen, indem sie zunächst eine umfassende Analyse der

bestehenden Verhältnisse, insbesondere eine Unternehmens-, Markt- und Zielgruppenanalyse erstellt und aufgrund der so ermittelten Daten ein Konzept zur Darstellung der Kunden in der Öffentlichkeit und am Markt entwickelt hätten.

Die Klägerin beantragt, das Urteil des Sozialgerichts Hamburg vom 3. Februar 2004 sowie den Bescheid der Beklagten vom 14. August 2000 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 23. Februar 2001 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Sie ist der Auffassung, die erstinstanzliche Entscheidung sei nicht zu beanstanden.

Die Beklagte hat mit dem bei Gericht am 7. März 2005 eingegangenen Schreiben die bisher ihren Bescheiden fehlenden Ermessenserwägungen nachgeholt.

Wegen des Sachverhalts im Einzelnen wird auf die in der Sitzungsniederschrift vom 16. März 2005 aufgeführten Akten und Unterlagen verwiesen. Sie sind Gegenstand der mündlichen Verhandlung und Beratung des Senats gewesen.

Entscheidungsgründe:

Die statthafte, form- und fristgerecht eingelegte und auch im Übrigen zulässige Berufung der Klägerin (vgl. [§§ 143, 144, 151](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG)) ist nicht begründet. Das sozialgerichtliche Urteil ist im Ergebnis nicht zu beanstanden. Die angegriffenen Bescheide sind rechtmäßig. Die Beklagte hat in die Bemessungsgrundlage für die KSA zu Recht die Gehälter für die Gesellschafter-Geschäftsführer mit einbezogen. Diese üben – wie das Sozialgericht zutreffend dargelegt hat – eine selbständige publizistische Tätigkeit aus.

Gemäß § 27 Abs. 1a Künstlersozialversicherungsgesetz (KSVG) (in der ab 1. Januar 1998 bis zum 30. Juni 2001 gültigen Fassung, a.F.) darf ein Abgabebescheid mit Wirkung für die Vergangenheit zuungunsten des zur Abgabe Verpflichteten zurückgenommen werden, wenn die Meldung der Summe der sich nach § 25 KSVG ergebenden Beträge unrichtige Angaben enthält. Die Meldungen enthielten hier unrichtige Angaben, weil in ihnen jeweils die Gehälter der Gesellschafter-Geschäftsführer nicht mit aufgeführt waren. Allerdings steht die Rücknahme fehlerhafter Bescheide gemäß § 27 Abs. 1a KSVG a.F. im Ermessen der Beklagten. Dieses Ermessen hat zwar in den angefochtenen Bescheiden keinen Niederschlag gefunden. Jedoch hat die Beklagte die ursprünglich den Bescheiden fehlende Ermessensausübung mit dem am 7. März 2005 bei Gericht eingegangenen Schreiben nachgeholt. Die Nachholung einer unterlassenen Ermessensausübung ist gemäß [§ 41 Abs. 1 Nr. 2](#) Zehntes Buch Sozialgesetzbuch bis zum Abschluss der letzten Tatsacheninstanz zulässig. Diese Vorschrift ist hier anwendbar, denn bei ihrem Inkrafttreten am 1. Januar 2001 war das Widerspruchsverfahren noch nicht abgeschlossen. Die angestellten Ermessenserwägungen sind nicht zu beanstanden, insbesondere sind sie ermessensfehlerfrei.

Unter Anwendung der Vorschriften des KSVG und der Verordnung zur Durchführung des KSVG vom 23. Mai 1984 ([BGBl. I S. 709](#) – DVKSVG) – in den bis zum 30. Juni 2001 geltenden Fassungen – sind auch die Entgelte der Gesellschafter-Geschäftsführer in die Bemessungsgrundlage der KSA mit einzubeziehen.

Bemessungsgrundlage der KSA sind nach 25 Abs. 1 Satz 1 KSVG (in der ab 1.1.1989 geltenden Fassung) u. a. die Entgelte für künstlerische oder publizistische Werke oder Leistungen, die ein u.a. nach § 24 Abs. 1 oder 2 KSVG zur Abgabe Verpflichteter im Rahmen der dort aufgeführten Tätigkeiten im Laufe eines Kalenderjahres an selbstständige Künstler oder Publizisten zahlt, auch wenn diese selbst nach diesem Gesetz nicht versicherungspflichtig sind. Diese Voraussetzungen liegen für die hier von der Beklagten zugrunde gelegten Entgelte vor.

Die Klägerin ist dem Grunde nach abgabepflichtig gemäß § 24 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KSVG (in der ab 1.1.89 geltenden Fassung). Denn die Bescheide der Beklagten vom 24. Juni 1997 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 17. Dezember 1997 (später hinsichtlich der Höhe der zu leistenden Beträge geändert durch Bescheid vom 13. Januar 1998) stehen vorliegend nicht zur Überprüfung. Sie erzeugen vielmehr Tatbestandswirkung.

Zu Recht ist die Beklagte davon ausgegangen, dass die Gesellschafter-Geschäftsführer der Klägerin eine Tätigkeit als selbständige Künstler bzw. Publizisten verrichten.

Nach den in ständiger Rechtsprechung entwickelten Kriterien zur Abgrenzung von abhängiger Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit ist versicherungspflichtiger Arbeitnehmer nur, wer von einem Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Dies erfordert eine Eingliederung in den Betrieb und die Unterordnung unter das Weisungsrecht des Arbeitgebers, insbesondere in Bezug auf Zeit, Dauer und Ort der Arbeitsausführung. Auch wenn das Weisungsrecht – vor allem bei Diensten höherer Art – erheblich eingeschränkt sein kann, darf es nicht vollständig entfallen. Demgegenüber wird die selbständige Tätigkeit durch das Unternehmerrisiko sowie durch das Recht und die Möglichkeit gekennzeichnet, über die eigene Arbeitskraft, den Arbeitsort und die Arbeitszeit frei zu verfügen. Nach diesen Grundsätzen beantwortet sich auch die Frage, ob die Tätigkeit des Geschäftsführers einer GmbH, dessen Organstellung allein eine Abhängigkeit gegenüber der Gesellschaft bzw. den Gesellschaftern nicht ausschließt, eine abhängige Beschäftigung oder eine selbständige Tätigkeit darstellt. Ist der Geschäftsführer, wie hier, am Kapital der Gesellschaft beteiligt (sog. Gesellschafter-Geschäftsführer), stellen der Umfang der Kapitalbeteiligung und das Ausmaß des sich daraus für ihn ergebenden Einflusses auf die Gesellschaft ein wesentliches Merkmal dar. Wer kraft seiner Gesellschafterrechte die für das Arbeitnehmerverhältnis typische Abhängigkeit von einem Arbeitgeber vermeiden kann, kann nicht Arbeitnehmer der Gesellschaft sein. Für GmbH-Gesellschafter, die über mindestens die Hälfte des Stammkapitals der Gesellschaft verfügen und damit einen maßgebenden Einfluss auf deren Entscheidungen besitzen, ist stets ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis zur GmbH zu verneinen (BSG 17.6.99 - [B 3 KR 1/98 R, SozR 3-5425 § 25 Nr. 13](#)).

Für die Zeit bis 30. Juni 1999 waren die beiden Gesellschafter-Geschäftsführer Z. und G. schon aufgrund der Kapitalbeteiligung von jeweils 50 % nicht abhängig beschäftigt. Aber auch im zweiten Halbjahr 1999 übten die Gesellschafter-Geschäftsführer trotz der Verringerung des Kapitalanteils eine selbständige Tätigkeit aus, denn bei gemeinsamer Führung des Betriebes blieben alle drei Gesellschafter-Geschäftsführer weisungsfrei. Die Gesellschafter-Geschäftsführer waren jeweils berechtigt und verpflichtet, die Gesellschaft nach Maßgabe der Gesetze

sowie des Gesellschaftsvertrages allein zu vertreten und die Geschäfte der Gesellschaft allein zu führen (§ 1 Geschäftsführervertrag B.). Einschränkungen in der Geschäftsführung erfolgten – außer durch Gesetz oder Satzung – nur durch die (im streitigen Zeitraum nicht vorhandene) Geschäftsordnung und durch den Geschäftsführervertrag selbst. Danach waren bestimmte Geschäfte genehmigungsbedürftig (Aufzählung in § 4 Geschäftsführervertrag B.), wie z.B. Kreditaufnahmen von mehr als 10.000 DM. Für die Annahme eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses genügt dies nicht (BSG 8.12.87 – [7 RAr 25/86](#), [BB 1989, 72](#) und 29.10.86 – [7 RAr 43/85](#), [BB 1987, 406](#)). Es fehlen die eine abhängige Beschäftigung prägenden Merkmale der Unterordnung unter das Weisungsrecht eines Arbeitgebers in Bezug auf Zeit, Dauer und Ort der Arbeitsausführung. Hierzu stellten die Geschäftsführerverträge ausdrücklich klar, dass die Gesellschafter-Geschäftsführer an bestimmte Arbeitszeiten nicht gebunden waren (§ 2 Geschäftsführervertrag B.). Darüber hinaus war geregelt, dass die Gesellschafter-Geschäftsführer der Gesellschaft dann zur Verfügung zu stehen hatten, wenn es das Wohl der Gesellschaft erforderte. Vorgaben hinsichtlich Dauer und Ort der Arbeitsausführung bestanden nicht. Ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis folgt auch nicht aus dem Umstand, dass die Gesellschafterversammlung u.a. über die Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern zu entscheiden hatte (§ 8 Nr. 9e des Gesellschaftsvertrages), denn hierdurch wird nur die Sachentscheidungsbefugnis der Gesellschafter-Geschäftsführer begrenzt (BSG 8.12.87, [aaO](#)). Im Gesamtbild sind die wenigen vertraglichen Beschränkungen der freien Handlungsmöglichkeit (Verpflichtung zu Überstunden, Einbringen der gesamten Arbeitskraft sowie Genehmigungserfordernis für eine Nebentätigkeit und Wettbewerbsverbot) gegenüber den Merkmalen, welche eine selbständige Tätigkeit prägen (fehlende Weisungsgebundenheit in Bezug auf Zeit, Dauer und Ort der Arbeitsleistung, Beteiligung am Kapital der Gesellschaft, zumindest teilweise erfolgsabhängige Vergütung) von untergeordneter Bedeutung.

Die Gesellschafter-Geschäftsführer übten auch eine künstlerische bzw. publizistische Tätigkeit im Sinne des § 25 Abs. 1 KSVG aus.

Bei einer – wie bei der Geschäftsführung – aus mehreren Tätigkeitsbereichen zusammengesetzten gemischten Tätigkeit, für die ein einheitliches Entgelt gezahlt wird, kann von einem Entgelt für eine künstlerische (bzw. publizistische) Tätigkeit nur dann ausgegangen werden, wenn die künstlerischen (bzw. publizistischen) Elemente das Gesamtbild der Tätigkeiten prägen. Notwendige Geschäftstätigkeiten, die als Annex einer selbständigen Ausübung eines Berufs typisch sind, wie Reisen, Organisation und Verwaltung, stehen einer Wertung als künstlerische bzw. publizistische Tätigkeit nicht entgegen (vgl. BSG 17.6.99, [aaO](#)).

Hier lag eine dem Bereich der Publizistik zuzuordnende Tätigkeit vor, welche die Klägerin als "strategische Kommunikationsberatung" umschreibt. Zwar ist das Leitbild publizistischer Tätigkeit die Arbeit des Schriftstellers oder Journalisten, aber das KSVG ist hierauf nicht beschränkt, denn § 2 Abs. 2 KSVG formuliert ausdrücklich "oder in anderer Weise publizistisch tätig ist". Nach der Rechtsprechung des BSG ist der Begriff daher weit auszulegen. Zum Bereich "Wort/Publizistik" gehört auch der "Fachmann für Öffentlichkeitsarbeit oder Werbung" (§ 2 Abs. 1 Nr. 8 KSVGdV), der mit Hilfe von Druckerzeugnissen oder elektronischen Medien eine an die Öffentlichkeit gerichtete Aussage erzeugt (vgl. BSG 17.6.99, [aaO](#)). Die Gesellschafter-Geschäftsführer erzeugten zwar nicht selbst Werbeträger, Grafiken oder (Werbe-)texte, denn dieser handwerkliche Teil der Arbeit wurde von den im Betrieb tätigen Arbeitnehmern oder extern erbracht. Jedoch entwickelten und besprachen die Gesellschafter-Geschäftsführer das Gesamtkonzept mit den jeweiligen Kunden, indem sie unter Analyse der bestehenden Situation dem Kunden Vorschläge unterbreiteten, wie sich dieser am vorteilhaftesten in der Öffentlichkeit und am Markt darstellen könne. Als übergeordnete Tätigkeit in der Werbung gehört auch dies zur Publizistik (so auch BSG 24.7.03 – [B 3 KR 37/02 R](#), [SozR 4-5425 § 25 Nr 1](#) – hinsichtlich der Leitung einer Werbeagentur). Der zwangsläufig damit verbundene Aufwand für Kundenwerbung und Kundenbetreuung ist kein eigener Tätigkeitsbereich, sondern der Tätigkeit in der Werbung zuzuordnen (vgl. BSG 17.6.99, [aaO](#)). Nach der eingehenden Beschreibung der Tätigkeit der Gesellschafter-Geschäftsführer Z. und G. durch diese selbst (Vernehmung im erstinstanzlichen Verfahren) ist der Senat der Überzeugung, dass die kaufmännischen und organisatorischen Arbeitsanteile bei einer Firma mit wenigen künstlerisch oder publizistisch tätigen Angestellten (im Jahre 1999 waren dies vier) und freien Mitarbeitern so nachgeordnet waren, dass sie nicht den Tätigkeitsschwerpunkt der zwei bzw. später drei Gesellschafter-Geschäftsführer bilden konnten. Abgesehen davon sind die kaufmännischen und organisatorischen Arbeiten ohnehin dem publizistischen oder künstlerischen Bereich zuzuordnen (so auch BSG 24.7.03, [aaO](#)).

Da die Klägerin auf Aufforderung hin die Höhe der Vergütungen nicht mitgeteilt hat, durfte die Beklagte gemäß § 27 Abs. 1 Satz 3 die Summe der sich nach § 25 ergebenden Abgabe schätzen. Bei dieser Schätzung hat die Beklagte ein jährliches Gehalt pro Gesellschafter-Geschäftsführer in Höhe von 112.000 DM zugrunde gelegt und dieses – auch für das zweite Halbjahr 1999 – auf zwei Gesellschafter-Geschäftsführer hochgerechnet. Damit dürfte sie von zu niedrigen Beträgen ausgegangen sein, denn der im Jahre 1999 mit der dritten Gesellschafter-Geschäftsführerin geschlossene Geschäftsführervertrag sieht als Vergütung ein Jahresgehalt von 120.000 DM zuzüglich Weihnachts- und Urlaubsgeld sowie Tantieme vor, so dass die zugrunde gelegten Jahresbezüge aus 1992 inzwischen als überholt betrachtet werden müssen. Dies bedarf im Rahmen der hier vorliegenden Anfechtungsklage allerdings keiner weiteren Betrachtung.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#) und entspricht dem Ausgang des Rechtsstreits in der Hauptsache.

Der Senat hat die Revision nicht zugelassen, weil die Voraussetzungen des [§ 160 Abs. 2 Nr. 1 oder Nr. 2 SGG](#) nicht vorliegen.

Rechtskraft  
Aus  
Login  
HAM  
Saved  
2005-06-13