
Datum: 12.03.2015
Gericht: Landessozialgericht NRW
Spruchkörper: 5. Senat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: L 5 KR 91/12
ECLI: ECLI:DE:LSGNRW:2015:0312.L5KR91.12.00

Vorinstanz: Sozialgericht Köln, S 23 KR 22/09
Sachgebiet: Krankenversicherung
Rechtskraft: rechtskräftig

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Köln vom 12.12.2011 wird zurückgewiesen. Die Klägerin trägt die Kosten des Rechtsstreits. Die Revision wird zugelassen. Der Streitwert wird auf 32.489,09 Euro festgesetzt.

- Tatbestand: 1
- Die Beteiligten streiten um die Abgabepflicht der Klägerin nach § 24 Abs. 1 Nr. 1 bzw. § 24 Abs. 2 Künstlersozialversicherungsgesetz (KSVG) für die Zeit von 2002 bis Februar 2010. 2
- Die 1988 unter der Firma R Spielwaren GmbH gegründete und 2007 umfirmierte Klägerin hat die "Herstellung und den Ex- und Import von Spielwaren aller Art" zum Unternehmensgegenstand (Handelsregister B Amtsgericht T 000). Sie vertreibt Gesellschaftsspiele, Bau- und Legespiele in 48 Ländern auf allen Kontinenten. 3
- An der Herstellung eines von der Klägerin vertriebenen Gesellschaftsspiels sind Spieleautoren (fortan: Spielkonstrukteure), Spielrealisatoren, Illustratoren, Grafiker und Drucker beteiligt: Der Spielkonstrukteur denkt sich einen Spielmechanismus aus und legt unter den Grundkomponenten des Gesellschaftsspiels (Spielplan, -figuren, -karten etc.), die aus anderen Spielen zweckentfremdet oder selbst angefertigt werden, fest, welche Komponenten in welcher Stückzahl und mit welcher Funktion verwendet werden. Er definiert, welche Grundausstattung jeder Spieler zu Beginn erhalten soll, wie sich der Spielverlauf gestaltet und wie das Spiel endet. Der daraus entwickelte sog. "Prototyp" wird vom 4

Spielekonstrukteur zunächst allein und dann mit wechselnden Dritten mehrfach probeweise durchgespielt. Erforderlichenfalls wird der Prototyp (z.B. bei beim Testspiel auftretenden logischen Brüchen) modifiziert. Nach Abschluss dieses Vorgangs wird der Prototyp zusammen mit einer vom Spielekonstrukteur verfassten Spielanweisung, in der Spielmechanismus, Spielgeschehen und Spielregeln festgelegt und erläutert werden, an die Klägerin geschickt. Die bei der Klägerin versicherungspflichtig beschäftigten Spielrealisatoren unterziehen den Prototyp mehreren Testspielen, um herauszufinden, ob sich das Spiel für eine Vermarktung eignet und die Spielmechanik funktioniert. Ist ersteres der Fall, werden etwaige Mängel der Spielmechanik nach Rücksprache mit dem Spielekonstrukteur beseitigt. Sodann wird der Prototyp von den Spielrealisatoren in ein aktuell attraktives und vermarktungsfähiges Spielthema (z.B. Märchen, Science-Fiction, Mythen) eingebunden und mit einem passenden Titel und einem Logo versehen. Daneben wird die Spielanweisung so formuliert, dass sie von jedem Leser möglichst nach erstem Lesen verstanden werden kann. Externe Illustratoren gestalten nach den Vorgaben der Spielrealisatoren die zum Spielthema passenden Bildvorlagen, die Bebilderung der Spielanleitung und die dazu gehörenden Illustrationen. Die entsprechenden Druckvorlagen werden danach von bei der Klägerin angestellten Grafikern gefertigt und bei der Herstellung zum Druck bzw. Ausstanzen durch die Drucker verwandt. Bevor Spiel und Spielanleitung in den Druck gehen, werden sie dem Spielekonstrukteur nochmals zugesandt, damit er sie als "druckfertig" freigeben kann.

Mit den Spielekonstrukteuren schließt die Klägerin für jeden Prototyp, den sie als Spiel vermarkten will, einen sog. "Verlags-Vertrag". Darin überträgt der als "Autor" bezeichnete Spielekonstrukteur der Klägerin für die Dauer des Vertrags das ausschließliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung; er räumt der Klägerin auch das Recht zur Bearbeitung, Verwertung und Vergabe von Lizenzen ein, die Klägerin darf auch über die Erscheinungsweise, Gestaltung, Herstellung, Ausstattung, Anzahl und Höhe der Auflagen, den Verkaufspreis sowie die Werbe- und Vertriebsmaßnahmen und Vertriebswege entscheiden. Die Klägerin verpflichtet sich zur Vervielfältigung, Verbreitung und zur angemessenen Werbung. Als Vergütung des Spielekonstrukteurs sind ein Honorar und eine Beteiligung an den Nettoeinnahmen der Verwertung vorgesehen. Wegen der Einzelheiten der Verträge wird auf die beispielhaft von der Klägerin übersandten Verlagsverträge (Bl. 82 - 86 und Bl. 104 ff der Gerichtsakte) Bezug genommen.

5

Die Beklagte prüfte im April 2007 die grundsätzliche Abgabepflicht der Klägerin nach § 24 KSVG und stellte deren grundsätzliche Abgabepflicht zur Künstlersozialabgabe nach § 24 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und Abs. 2 KSVG fest (Erfassungsbescheid vom 13.3.2008). Die Klägerin betreibt ein Unternehmen, das nicht nur gelegentlich Aufträge an selbstständige Künstler und Publizisten erteilt. Wie es für einen Verlag typisch sei, stelle die Klägerin mit ihren Gesellschaftsspielen Druckwerke her, vervielfältige und vertreibe diese. Als Druckwerk sei das Spiel, zumindest aber die darin enthaltene Bedienungsanleitung anzusehen. Für die Jahre 2002 bis 2006 forderte die Beklagte von der Klägerin Künstlersozialabgaben in Höhe von 17.953,80 Euro (Abrechnungsbescheid vom 14.3.2008 in der Gestalt des Bescheids vom 26.6.2009).

6

Die Beklagte setzte die Künstlersozialabgabe für das Jahr 2007 gem. § 27 Abs. 1 Satz 3 KSVG anhand einer Schätzung basierend auf den Durchschnittswerten der Vorjahre auf 5.172,62 Euro fest (Abgabebescheid vom 11.6.2008 in der Gestalt der Bescheide vom 14.7.2008 und 20.8.2009). Für das Jahr 2008 forderte sie Künstlersozialabgaben in Höhe von 3.927,20 EUR ein und bestimmte die monatlichen Vorauszahlungen für Januar und Februar 2009 mit 414,15 EUR sowie für März 2009 bis Februar 2010 mit 293,87 Euro

7

(Abgabebescheid vom 15.4.2009 in der Gestalt des Bescheids vom 20.8.2009).

Die Beklagte wies die Widersprüche der Klägerin gegen den Erfassungs- und die Abgabenbescheide mit Widerspruchsbescheid vom 22.9.2009 zurück: Da die Klägerin im Rechtsverkehr und im Internet als "Verlag" auftrete und mit den Spielekonstrukteuren "Verlags"-Verträge geschlossen habe, sei nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG, Urteil vom 12.11.2003 -B 3 KR 10/03 R-) davon auszugehen, dass sie einen sonstigen Verlag i.S.v. § 24 Abs. 1 Nr. 1 KSVG betreibe. Die Gesellschaftsspiele seien Druckwerke und dienten der Unterhaltung eines breiten Publikums. Der Abgabepflicht nach § 24 Abs. 2 KSVG habe die Klägerin nicht ausdrücklich widersprochen. Die an Spielekonstrukteure gezahlten Entgelte habe sie zu Recht in die Bemessung einbezogen, da es sich um künstlerische bzw. publizistische Leistungen handele. Der Spielekonstrukteur sei der eigentliche Urheber der Spielidee. Er übertrage dem Verlag das Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung des Spiels und geriere sich wie ein Autor oder Drehbuchautor, der seinem Verlag Nutzungsrechte, die auch urheberrechtlich relevant sein, überlasse. Dass bei der Klägerin angestellte Spielerealisatoren die Spielerklärungen ausformulierten, sei unerheblich, da z.B. auch Redakteure Zeitungsartikel redigierten. Aus § 8 des Verlagsvertrags ergebe sich, dass der Autor der eigentliche Urheber sei, da er sein abschließendes Einverständnis zum Druck erteile. Sie sehe sich in ihrer Rechtsauffassung durch die Rechtsprechung des BSG zu Bedienungsanleitungen (Urteil vom 30.1.2001 -B 3 KR 7/00 R-) bestätigt; die dem Spiel beiliegenden Spielregeln seien wie Bedienungsanleitungen zum Spiel publizistische Werke. Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) habe die Verfassungsmäßigkeit der Künstlersozialabgabe in seinen Beschlüssen vom 18.4.1987 (2 BvR 909/82 u.a.) bestätigt: Der angestrebte Zweck des KSVG stelle eine vertretbare Erwägung des allgemeinen Wohls dar und rechtfertige eine entsprechende Einschränkung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit. Die Einbeziehung von Entgelten für Nicht-Versicherungspflichtige in die Bemessungsgrundlage sei verfassungsgemäß, um Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden. Die vom BVerfG aufgestellten Grundsätze für eine ungleiche Abgabenbelastung bei einem strukturellen Vollzugsdefizit seien nicht erfüllt, da es bei der Künstlersozialabgabe umfangreiche rechtliche Möglichkeiten zur gleichmäßigen Erhebung gebe (§§ 28, 29 KSVG, § 31 Abgabenordnung (AO)). Durch die Zuständigkeit der Deutschen Rentenversicherung für die der Erhebung zu Grunde liegende Betriebsprüfung werde auch eine flächendeckende Erhebung gewährleistet.

8

Mit ihrer am 9.10.2009 erhobenen Klage hat die Klägerin die Vorlage nach Art. 100 Grundgesetz (GG) gefordert: Das KSVG wahre die verfassungsrechtlich gebotene Gleichheit im Belastungserfolg nicht, weil die Abgabe zur Deckung des Kapitalbedarfs der Künstlersozialversicherung in der Vergangenheit willkürlich nur bei einem geringen Teil der Abgabepflichtigen erhoben worden sei. Bis 2009 habe das KSVG keine ausreichenden Regelungen für eine verfassungsgemäße Durchsetzung der Abgabenbelastung enthalten. Durch das 3. Änderungsgesetz vom 12.6.2007 habe sich daran nichts Wesentliches geändert: Die Entscheidungen des BVerfG zur Gleichmäßigkeit der Besteuerung und zum strukturellen Vollzugsdefizit (vom 27.6.1991 -2 BvR 1493/98- und vom 9.3.2004 -2 BvR 17/02-) seien auf die Künstlersozialabgabe übertragbar, sodass alle Steuerpflichtigen rechtlich und tatsächlich gleich zu belasten seien und der Gesetzgeber die Steuerehrlichkeit durch hinreichende Kontrollmöglichkeiten abstützen müsse. Diese Anforderungen erfülle das KSVG nicht. Anders als im Steuerrecht, wo eine gewisse Gestaltungshöhe für den Kunstbegriff erforderlich sei, habe die Trivialisierung des Kunstbegriffs durch die Sozialgerichtsbarkeit zum einen Ansturm auf die günstige Absicherung in der Künstlersozialversicherung geführt sowie zu einer Verdreifachung der Anzahl der Verwerter von 1996 bis 2007. Nach dem 3. Änderungsgesetz vom 12.6.2007 habe der finanzielle

9

Mehrbedarf der Künstlersozialkasse nicht durch die Veranlagung abgabepflichtiger Unternehmen gedeckt werden können, so dass der Abgabesatz erhöht worden sei. Da wegen des Prüfungsturnus der Deutschen Rentenversicherung erst ab 2011 eine flächendeckende Prüfung der Unternehmen möglich gewesen sei und bis dahin nur ein Teil die Abgabenlast habe tragen müssen, liege eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung der im "Ersten Prüfungsturnus" (2008 bis 2011) geprüften Verwerter vor. Im Grunde habe die Gesetzesänderung nur Einnahmeerhöhungen der Künstlersozialkasse bewirkt, ohne die Erhebungsregeln entsprechend anzupassen. Weder die Aufzeichnungs- und Vorlagepflichten (§§ 28 ff. KSVG) seien hier ausreichend noch enthalte die AO eine die Künstlersozialabgabe betreffende Ermittlungspflicht. Ihre allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz (GG)) werde durch den hohen bürokratischen Aufwand, den sie betreiben müsse, um die Begriffe "Künstler", "künstlerische Leistung" oder "nur gelegentliche Auftragserteilung" zu interpretieren und die Bemessungsgrundlagen zu ermitteln, verletzt. Da sie weder von der Künstlersozialabgabe profitiere noch mit Künstlern "ein kulturhistorisch gewachsenes besonderes Verhältnis symbiotischer Art" unterhalte, werde sie auch in ihrem Recht aus Art. 3 Abs. 1 GG verletzt. Der Rechtsstreit sei auch dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) vorzulegen, da Art. 33 Abs. 1 der 6. Richtlinie der Europäischen Gemeinschaft (EG-RL; ab dem 1.1.2007: Art. 401 MwStSystRL) es den Mitgliedsstaaten untersage, neben der Steuer, die als Mehrwertsteuer bestehe, eine weitere Steuer beizubehalten oder einzuführen, die den Charakter einer Umsatzsteuer habe.

Die angegriffenen Bescheide seien materiell rechtswidrig, da sie kein Verlag sei. Wie sie sich im Internet präsentiere, sei nach dem Rechtsgrundsatz "falsa demonstratio non nocet" unerheblich. Sie vervielfältige und verbreite keine Druckwerke i.S.v. § 7 Abs. 1 Landespressegesetz NRW, sondern vertreibe aus Würfeln, Spielfiguren, Spielkarten und Spielplänen bestehende Spiele, die in einer Stülpchachtel verpackt seien. Das Entwerfen eines Spielmechanismus sei keine publizistische oder künstlerische Tätigkeit sondern eher ein technischer Prozess; die Tätigkeit daher eher mit der eines Ingenieurs, Militärstrategen oder eines Logistikern vergleichbar. Die Spielekonstrukteure seien von Hause aus Mathematiker, Architekten und Elektroingenieure. Im Gegensatz zu Betriebs- und Bedienungsanleitungen für technische Geräte handele es sich bei den Spielerklärungen um ausschließlich an die Spielerealisatoren gerichtete Erläuterungen, die diese für den Endbenutzer umformulierten. Da der Spielerealisator nur entscheide, in welches Thema das Spiel einzubetten sei und Titel und Logo verlege, erbringe er ebenfalls keine eigenschöpferische Leistung. Konsequenterweise sei daher sowohl der Spielidee als auch den Spielregeln als bloßen Handlungsanweisungen ein urheberrechtlicher Schutz nach dem Urhebergesetz (UrhG) zu versagen (Urteil des LG Mannheim vom 19.2.2008 -7 O 240/0-). Da das Urheberrecht nicht deckungsgleich mit den in § 2 KSVG normierten künstlerischen und publizistischen Tätigkeiten sei, gehe der von der Beklagten gezogene Umkehrschluss, dass eine urheberrechtlich geschützte Tätigkeit zugleich auch eine künstlerische oder publizistische Tätigkeit sei, fehl. Unter Herausnahme der für die Spielekonstrukteure gezahlten Entgelte habe die Beklagte die Forderung für 2002-2006 um 10.7650,70 Euro, für 2007 um 2.929,65 Euro und für 2008 um 2.386,06 Euro zu reduzieren.

Die Klägerin hat beantragt,

den Bescheid über die Feststellung der Künstlersozialabgabepflicht vom 13.3.2008, den Bescheid über die Prüfung der Künstlersozialabgaben für den Zeitraum vom 1.1.2002 bis 31.12.2006 vom 14.3.2008, geändert durch den Bescheid vom 26.6.2009, den Bescheid über die Schätzung der Künstlersozialabgabe für das Jahr 2007 vom 11.6.2008, geändert durch den Bescheid vom 14.7.2008, geändert durch den Bescheid vom 20.8.2009, sowie den

Bescheid über die Abrechnung der Künstlersozialabgabe 2008 vom 15.4.2009, geändert durch den Bescheid vom 20.8.2009, jeweils in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 22.9.2009 wegen Unvereinbarkeit mit dem grundgesetzlich geschützten Recht der Klägerin sowie wegen materieller Rechtswidrigkeit vollumfänglich aufzuheben.

Die Beklagte hat beantragt,

13

die Klage abzuweisen.

14

Die Beklagte hat sich auf ihre Ausführungen im Verwaltungsverfahren bezogen und ihren Vortrag zur Verfassungsmäßigkeit des KSVG ergänzt. Der von der Klägerin gerügte Verstoß gegen Art. 33 Abs.1 der 6. EG-RL/ Art. 401/402 MwStSystRL entbehre jeder Grundlage. Bei der Künstlersozialabgabe handele es sich nicht um eine Steuer, da im Gegensatz zu § 3 Abs. 1 AO eine Zweckbindung vorliege und die Künstlersozialabgabe nicht in den allgemeinen Haushalt eingestellt werde, sondern als abgesondertes Vermögen verwaltet und für die Sozialversicherung der selbstständigen Künstler und Publizisten verwendet werde. Da die Leistung der Spielekonstrukteure genial sei, könnten sie nicht als bloße Techniker angesehen werden. Dass ihre Tätigkeit nicht im Künstlerbericht der Bundesregierung erwähnt werde, sei unschädlich, weil sich dieser Beruf erst ab den 1980iger Jahren entwickelt habe. Weitere gewichtige Indizien für die Einstufung als Künstler bzw. Publizist seien, dass Spiele ein Teil der hiesigen Kultur seien, der Verband der Spiele-Autoren-Zunft dem Rat für soziokulturelle Bildung angehöre und der Name des Spielekonstruktors auf dem Spielekarton genannt werde.

15

Die Klägerin hat eine Erklärung des früher für sie tätigen Spielerealisators E vom 21.10.2008, den mit Herrn Q am 26.4.2002 über das Spiel "G", den mit dem Zeugen I am 14.12.2005 über das Spiel "U" und den am 12.5.2008 mit Herrn C über das Spiel "X" geschlossenen Autoren-Vertrag vorgelegt. Hinsichtlich der Einzelheiten wird auf Band I der Gerichtsakte Bezug genommen. Des Weiteren hat die Klägerin vier Prototypen (sowie die daraus entwickelten Spiele "B", "G", "U" und "D") sowie weitere verkaufsfertige Spiele ohne die dazugehörigen Prototypen übersandt.

16

Das SG hat die Klage mit Urteil vom 12.12.2011 abgewiesen: Den verfassungs- und europarechtlichen Bedenken folge die Kammer nicht und schließe sich den Ausführungen des BVerfG im Beschluss vom 4.8.1987 an. Wegen der unterschiedlichen Zweckbestimmung sei die Rechtsprechung zum Vollzugsdefizit im Steuerrecht nicht auf den Bereich der Sozialversicherung übertragbar. Die Argumentation der Klägerin zum angeblichen strukturellen Vollzugsdefizit sei im Hinblick auf die Aufzeichnungs- und Vorlagepflichten nach §§ 28 und 29 KSVG im hohem Maße spekulativ und undifferenziert, da letztlich die Gewinnminderung auch eine geringere Besteuerung bedeute. Soweit Überschüsse durch Nacherhebung von Künstlersozialabgaben entstünden, sichere die Zweckbindung langfristig auch eine sachgemäße Verwertung. Der EuGH habe mit Urteil vom 8.3.2001 (C-68/99) hervorgehoben, dass den Mitgliedstaaten die Zuständigkeit für die Regelung ihrer Systeme der sozialen Sicherheit und die Festsetzung der Höhe der Beiträge obliege. Das Gemeinschaftsrecht unterscheide ausdrücklich zwischen Steuern, Abgaben und Gebühren, so dass Gründe, die Künstlersozialabgabe abweichend von der Rechtsprechung des BVerfG zu bewerten, nicht vorlägen. Darüber hinaus habe die Beklagte die Spielekonstrukteure zutreffend als Publizisten eingestuft, da dieser Begriff weit zu fassen sei; das BSG sehe auch das Verfassen von Bedienungsanleitungen als publizistische Tätigkeit an. Wer die Gesetzmäßigkeiten des Spiels entwerfe, die Endfassung des Spiels redigiere bzw. als druckfertig qualifiziere und auf dem Produkt namentlich genannt werde, leiste den entscheidenden Beitrag zum publizistischen Werk.

17

Gegen das ihr unter dem 12.1.2012 zugestellte Urteil hat die Klägerin am 10.2.2012 Berufung eingelegt und ergänzend vorgetragen, die angegriffenen Bescheide seien nichtig, weil sie von einer unzuständigen Behörde erlassen worden seien: Nach § 28 p Abs. 1 und 1a Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV) werde die Erfüllung der Pflichten der Arbeitgeber, die auch die Beachtung der Melde- und Entrichtungspflichten nach dem KSVG umfasse, durch die Träger der Rentenversicherung geprüft. Gem. § 35 Abs. 2 KSVG könne die Beklagte das Prüfungsrecht an sich ziehen und erforderliche Bescheide zur Abgabepflicht und Höhe der Künstlersozialabgabe erlassen, wenn sie den Rentenversicherungsträger nach Ausübung ihres Entschließungsermessens hierüber informiere. Da es im vorliegenden Fall an einer entsprechenden Vorabinformation des Rentenversicherungsträgers fehle, habe die Beklagte die Zuständigkeit nicht nach § 35 Abs. 2 KSVG an sich gezogen, sodass es bei der ab dem 15.6.2007 auf den Träger der Rentenversicherung übergegangenen Zuständigkeit verblieben sei. Die Klägerin hat im Übrigen ihre verfassungsrechtlichen und europarechtlichen Bedenken vertieft und ihre materiell-rechtlichen Bedenken ergänzt: Anders als ein Buchautor, der dem Verlag ein Manuskript vorlege und sich durch Hinweise des Verlags nach seiner freien Entscheidung zu Änderungen entschieße, lege der Spielekonstrukteur nur einen abstrakten spieltechnischen Entwurf vor und prüfe dessen Reiz. Er treffe keine zur Veröffentlichung bestimmte oder geeignete Aussage und leiste keinen textlichen Beitrag zur Erstellung der Spielanleitung. Dass er hinsichtlich der im Prototyp verwendeten Bestandteile gerade nicht versichern müsse, dass fremde Urheber- und Persönlichkeitsrechte verletzt seien, zeige, dass der Vertrag nicht auf die Erlangung künstlerischer oder publizistischer Leistungen gerichtet sei. Da er berechtigt sei, den Prototyp beliebig mit Fremdteilen, Kopien und Plagiaten zu bestücken, erbringe er offensichtlich keine künstlerische oder publizistische Leistung. Weil er kein Urheberrecht an der Ausgestaltung des Spiels habe, könne sich der Verlag über seine Korrekturen ohne weiteres hinwegsetzen. Bei der vertraglichen Regelung hinsichtlich der "Druckfertigkeit" handele es sich um ein Relikt aus dem von ihr als Muster verwendeten Vertrags eines Buchverlags. Auf den Endprodukten seien neben den Spielekonstrukteuren auch die Spielrealisatoren und Grafiker namentlich aufgeführt. Auch der Vergleich der verkaufsfertigen Stülpfachschachteln mit den in Buchstabenschachteln oder Klarsichtfolie befindlichen Prototypen, der Vergleich der Illustration, der Schachtelober- und -unterseiten, der Ordnungsmittel, der Spielbretter, der Auslagebretter, der Spielkarten und Spielfiguren von Prototyp und fertigem Spiel zeige, dass erhebliche Änderungen vorgenommen oder einzelne Elemente gar nicht vom Prototyp in das fertige Spiel übernommen worden seien.

Die Klägerin beantragt sinngemäß, 19

das Urteil des Sozialgerichts Köln vom 12.12.2011 aufzuheben und 20

die Nichtigkeit der streitbefangenen Bescheide festzustellen, 21

hilfsweise, 22

den Bescheid über die Feststellung der Künstlersozialabgabepflicht vom 13.3.2008, den Bescheid über die Prüfung der Künstlersozialabgaben für den Zeitraum vom 1.1.2002 bis 31.12.2006 vom 14.3.2008, geändert durch den Bescheid vom 26.6.2009, den Bescheid über die Schätzung der Künstlersozialabgabe für das Jahr 2007 vom 11.6.2008, geändert durch den Bescheid vom 14.7.2008, geändert durch den Bescheid vom 20.8.2009, sowie den Bescheid über die Abrechnung der Künstlersozialabgabe 2008 vom 15.4.2009, geändert durch den Bescheid vom 20.8.2009, jeweils in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 22.9.2009 aufzuheben, soweit darin Entgelte zur Künstlersozialabgabe herangezogen werden, die an Spielekonstrukteure gezahlt wurden. 23

Die Beklagte beantragt,	24
die Berufung zurückzuweisen.	25
Sie nimmt auf ihre bisherigen Ausführungen und das erstinstanzliche Urteil Bezug.	26
Im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 12.3.2015 sind der Spielekonstrukteur I und der Spielerealisator U als Zeugen vernommen worden. Hinsichtlich der Einzelheiten wird auf die Sitzungsniederschrift verwiesen.	27
Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die Verwaltungsakten der Beklagten, die Gerichtsakten und die von der Klägerin übersandten Unterlagen, Prototypen und verkaufsfertigen Spiele, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sind, Bezug genommen.	28
Entscheidungsgründe:	29
Die zulässige Berufung ist unbegründet.	30
Streitgegenstand ist die Abgabepflicht der Klägerin nach dem KSVG dem Grunde nach, die endgültige Festsetzung der Abgabeschuld für die Zeit vom 1.1.2002 bis 31.12.2008 sowie die Festsetzung der monatlichen Vorauszahlungen für Januar 2009 bis Februar 2010. Die Voraussetzungen des § 96 Sozialgerichtsgesetz (SGG) sind für weitere, während des Rechtsstreits erlassene Abrechnungsbescheide nicht erfüllt (BSG, Urteil vom 12.11.2003 -B 3 KR 10/03 R-, SozR 4-5425 § 24 Nr. 3, SozR 4-5425 § 2 Nr. 2, SozR 4-5425 § 25 Nr. 2 BSG SozR 3-5425 § 24 Nr. 17 sowie § 25 Nr. 11 und 13).	31
I. Hauptantrag	32
Die im Berufungsverfahren mit dem Hauptantrag geltend gemachte Nichtigkeitsfeststellungsklage (§ 55 Abs. 1 Nr. 4 i.V.m. § 99 Abs. 3 Nr. 2 SGG) ist zulässig, aber unbegründet. Der Erfassungsbescheid vom 13.3.2008 sowie die Abrechnungsbescheide vom 14.3.2008, geändert durch den Bescheid vom 26.6.2009, vom 14.7.2008, geändert durch den Bescheid vom 20.8.2009 und vom 15.4.2009, geändert durch den Bescheid vom 20.8.2009, alle in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 22.9.2009 sind nicht nichtig.	33
Nach § 40 Abs. 1 Zehntes Buch Sozialgesetzbuch (SGB X) ist ein Verwaltungsakt nichtig, soweit er an einem besonders schwerwiegenden Fehler leidet und dies bei verständiger Würdigung aller in Betracht kommenden Umstände offensichtlich ist (Generalklausel). Von einem besonders schwerwiegenden Fehler ist dann auszugehen, wenn die erlassende Behörde den Verwaltungsakt ohne jeden sachlichen Bezug zu ihrem Aufgabengebiet erlassen hat (sog "absolute sachliche Unzuständigkeit", siehe BSG, Urteil vom 14.12.1965 - RU 113/63- und vom 9.6.1999 -B 6 KA 76/97 R-).	34
Die Beklagte war für den Erlass der streitgegenständigen Bescheide sachlich zuständig. Die Erhebung der Künstlersozialabgabe erfolgt in einem zweistufigen Verfahren: Im ersten Schritt wird die Abgabepflicht festgestellt (Erfassungsbescheid); im zweiten Schritt wird die Höhe der Abgabeschuld festgesetzt (Abrechnungsbescheid). Nach der bis zum 14.6.2007 geltenden Rechtslage war nur die Künstlersozialkasse für den Erlass der Erfassungs- und Abgabebescheide zuständig (§§ 27 Abs. 1a Satz 1 und 35 Abs. 1 Satz 1 KSVG). Durch das 3. KSVGÄndG (BGBl. I S. 1034), in Kraft getreten zum 15.6.2007, wurde die Zuständigkeit zwischen der Künstlersozialkasse und der Deutschen Rentenversicherung aufgeteilt. Durch § 35 Abs. 1 Satz 2 KSVG (in der bis zum 31.12.2014 geltenden Fassung) wurde die Deutsche	35

Rentenversicherung im Rahmen der von ihr nach § 28 p Abs. 1a SGB IV vorzunehmenden Prüfung, ob die Arbeitgeber ihre Meldepflichten nach dem KSVG ordnungsgemäß erfüllen und die Künstlersozialabgabe rechtzeitig und vollständig entrichten, mit der Überwachung der abgabepflichtigen Arbeitgeber betraut. Die Zuständigkeit für den Erlass des Erfassungsbescheids verblieb weiterhin bei der Künstlersozialkasse, sie war bis zum 31.12.2008 auch weiterhin für den Erlass der Abgabebescheide zuständig (§ 27 Abs. 1a Satz 1 KSVG in der bis zum 31.12.2008 gültigen Fassung); ab dem 1.1.2009 gilt dies ebenfalls, es sei denn, diese werden von den Trägern der Deutschen Rentenversicherung im Rahmen ihrer Prüfung bei den Arbeitgebern nach § 28 p SGB IV erlassen. Lediglich hinsichtlich der Unternehmen ohne Beschäftigte und der Ausgleichsvereinigungen verblieb die gesamte Zuständigkeit (also incl. der Betriebsprüfung) bei der Künstlersozialkasse. Entgegen der klägerischen Auffassung wurde die Befugnis der Künstlersozialkasse, abweichend von § 28p Absatz 1a SGB IV selbst zu prüfen, ob Arbeitgeber ihre Meldepflichten nach dem KSVG ordnungsgemäß erfüllen und die Künstlersozialabgabe rechtzeitig und vollständig entrichten, erst zum 1.1.2015 eingeführt (§ 35 Abs. 2 KSVG).

Die von der Beklagten durchgeführte Betriebsprüfung begann mit der Ankündigung am 8.12.2006, wurde im April 2007 durchgeführt und nach einer Schlussbesprechung am 14.3.2008 abgeschlossen. Durch die Gesetzesänderung zum 15.6.2007 hätte die Betriebsprüfung der Klägerin ab diesem Zeitpunkt nicht mehr von der Beklagten, sondern von dem Rentenversicherungsträger abgeschlossen werden müssen, zumal weder das Gesetz noch die Gesetzesmaterialien (BT-Drs. 16/4648) Übergangsregelungen für zu diesem Zeitpunkt bereits begonnene Betriebsprüfungen vorsah. Der (zumindest) durch die unzuständig gewordene Behörde vorgenommene Abschluss der Betriebsprüfung führt jedoch nicht dazu, dass die Beklagte nicht mehr für den Erlass des Erfassungsbescheids vom 13.3.2008 sachlich zuständig war. Denn die Feststellung der Zugehörigkeit eines Unternehmens (wenn auch auf der Grundlage der Betriebsprüfung) nach § 24 KSVG oblag stets der Beklagten. 36

II. Hilfsantrag 37

Auch der Hilfsantrag der Klägerin hat keinen Erfolg. Das Sozialgericht hat die Anfechtungsklage mit Urteil vom 12.12.2011 zu Recht abgewiesen. Der Erfassungsbescheid vom 13.3.2008 sowie die Abrechnungsbescheide vom 14.3.2008, geändert durch den Bescheid vom 26.6.2009, vom 14.7.2008, geändert durch den Bescheid vom 20.8.2009 und vom 15.4.2009, geändert durch den Bescheid vom 20.8.2009, alle in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 22.9.2009, sind rechtmäßig und verletzen die Klägerin nicht in ihren Rechten nach § 54 Abs. 2 SGG. 38

Der Erfassungsbescheid und die Abrechnungsbescheide sind formell rechtmäßig, da die Beklagte -wie bereits ausgeführt- für deren Erlass insbesondere sachlich zuständig war. Sie sind auch materiell rechtmäßig. 39

Die Abgabepflicht kann alternativ auf § 24 Abs. 1 oder 2 KSVG gestützt werden (BSG, Urteil vom 25.11.2010 -B 3 KR 1/10 R-). Da die Beklagte die Abgabepflicht der Klägerin jedenfalls nach § 24 Abs. 2 KSVG zu Recht festgestellt hat (hierzu unter 2.), kann der Senat im Ergebnis offen lassen, ob die Klägerin auch nach § 24 Abs. 1 KSVG abgabeverpflichtet ist (hierzu unter 1.): 40

1. Abgabepflicht nach § 24 Abs. 1 KSVG 41

42

Unternehmen sind zur Künstlersozialabgabe verpflichtet, wenn sie ein im Katalog des § 24 Abs. 1 Nr. 1 bis 9 KSVG genanntes Unternehmen betreiben, da der Gesetzgeber davon ausgeht, dass sie typischerweise und entsprechend dem Zweck des Unternehmens künstlerische und publizistische Leistungen verwerten (BT-Drs. 11/2964, S. 18 zu Nr. 5). Dass die Klägerin nicht nur vorübergehend ein Unternehmen mit Gewinnerzielungsabsicht betreibt, ist unstrittig.

a. § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 KSVG

43

Nach § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 KSVG sind u.a. Unternehmen zur Künstlersozialabgabe verpflichtet, wenn sie einen Buch-, Presse- oder sonstigen Verlag betreiben. Bei Gesellschaftsspielen handelt es sich weder um Literatur, Presse oder Tonkunst. Ob die Klägerin einen "sonstigen Verlag" im Sinne des Gesetzes betreibt, kann der Senat im Ergebnis offen lassen.

44

Die Klägerin kann jedenfalls nicht bereits deshalb einem "sonstigen Verlag" zugeordnet werden, weil ihre im Handelsregister eingetragene Firma und der Unternehmensgegenstand auf eine Verlagstätigkeit hindeuten: Das BSG hat mit Urteil vom 12.11.2003 (-B 3 KR 10/03 R-) bei als Gesellschaft geführten Unternehmen, die auf Grund ihrer Rechtsform in das Handelsregister einzutragen sind, bei Beurteilung der Zugehörigkeit nach § 24 KSVG darauf abgestellt, welche Firma die Gesellschaft führt und welchen im Gesellschaftsvertrag niedergelegten (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 GmbH-Gesetz (GmbHG)) und aus der Handelsregistereintragung zu entnehmenden Unternehmensgegenstand (§ 8 Abs. 1 Nr. 1 und 6, § 10 Abs. 1 GmbHG) das Unternehmen hat. Das Handelsregister dokumentiere, in welcher Art und Weise ein Unternehmer im Rechtsverkehr gegenüber Dritten auftritt (§§ 9, 10, 15 Handelsgesetzbuch (HGB)). Sei der im Gesellschaftsvertrag niedergelegte Unternehmensgegenstand zutreffend im Handelsregister verzeichnet und bekannt gegeben, müsse sich die Gesellschaft an dieser Eintragung festhalten lassen (§§ 10,15 HGB), auch wenn sie tatsächlich nicht oder nicht mehr jenen Geschäftsgegenstand verfolge, der sich aus dem Handelsregister ergebe. Der im HRB Nr. 9965 des Registergerichts Siegburgs eingetragene Unternehmensgegenstand ("Die Herstellung, den Import und Export sowie den Groß- und Einzelhandel mit Spielwaren aller Art") deutet nicht klar und deutlich auf das Betreiben eines Verlags hin. Die Firmierungen (bis 2007: "R Spielwaren GmbH" und ab 2007 "R") enthalten schon dem Wortlaut nach (Spielwaren, Spiele) nach keinen zweifelsfreien Hinweis auf eine verlegerische Tätigkeit.

45

Die Betrachtungsweise der Beklagten, die Einordnung der Klägerin von der von ihr verwendeten Bezeichnung im Rechtsverkehr (die Klägerin bezeichnet sich in den Autorenverträgen und im Impressum ihrer Homepage www.r als "Verlag") abhängig zu machen, führt letztendlich zu zufälligen Ergebnissen, die mit der Unternehmenswirklichkeit wohlmöglich nichts gemein haben. Anders als bei der Wahl der Firma oder der Formulierung des im Handelsregister einzutragenden Unternehmensgegenstands werden Bezeichnungen im Internet (oft ohne juristischen Beistand einzuholen) von juristischen Laien gewählt. Anders als das Handelsregister bezweckt die Abgabepflicht nach § 24ff. KSVG auch nicht den Schutz des Rechtsverkehrs, sondern lediglich die Beteiligung der Abgabeverpflichteten an der Aufbringung der Mittel für die Künstlersozialversicherung. So hat auch das BSG entschieden, dass nicht alle Verlage abgabepflichtig sind, die sich als solche bezeichnen (z.B. Bierverlage); umgekehrt aber auch solche Unternehmen, die nicht als "Verlag" firmieren, sich aber tatsächlich mit der Vervielfältigung und Verbreitung von Medien auf eigene Rechnung befassen (z.B. Filmverleih), als "sonstige Verlage" zu behandeln sind (BSG, Urteil vom 4.3.2004 -B 3 KR 17/03 R-). Abgabeverpflichtet sollten daher nur diejenigen sein, die

46

tatsächlich eine der in § 24 KSVG genannten Voraussetzungen erfüllen (Finke/Brachmann/Nordhausen, KSVG, 4. Auflage 2009, § 24 Rz.40).

Die Frage, wer tatsächlich einen "Verlag" betreibt, wird durch das Gesetz nicht beantwortet, da das KSVG den Begriff nicht definiert. Auch der Gesetzgeber (BT-Drucks 9/26 S. 17) hat den Begriff nicht näher umschrieben, sondern nur darauf hingewiesen, dass die Gruppe der Vermarkter als Gesamtheit solidarisch im Wege der Umlage zur Finanzierung der Beiträge herangezogen werden soll. Dieser Intension entsprechend hat das BSG den Begriff "Verlag" zunächst weiter ausgelegt (vgl. BSG, Urteil vom 12.11.2003 - B 3 KR 10/03 R-) ohne ihn mangels Entscheidungserheblichkeit genau definieren zu müssen (vgl. BSG SozR 3-5425 § 25 Nr. 15 - Schulbuchverlag; BSG SozR 3-5425 § 1 Nr. 6 und § 25 Nr. 9 - Musikverlag; BSG SozR 3-5425 § 2 Nr. 12 und § 24 Nr. 20 - Zeitungsverlag; BSG SozR 3-5425 § 26 Nr. 2 = BSGE 78, 118 - Presse- und Kunstverlag; BSG SozR 3-5425 § 25 Nr. 6 - Romanverlag; BSG SozR 5425 § 2 Nr. 1 - Herausgabe eines Schwimm-Magazins). In seinen früheren Entscheidungen hat sich das BSG an § 1 des Gesetzes über das Verlagsrecht (VerlG) vom 19. Juni 1901 (RGBl S. 217) angelehnt. Danach ist Verleger derjenige, der Werke der Literatur, der Presse oder der Tonkunst zur Vervielfältigung und Verbreitung auf eigene Rechnung übernimmt (vgl. auch Finke/Brachmann/Nordhausen a.a.O. § 24 RdNr. 36 mwN). Da der Gesetzgeber die Tatbestände des § 24 Abs. 1 Satz 1 KSVG später wiederholt zur Beschränkung der Abgabelasten eingeschränkt hat, hat das BSG dem Rücksicht tragend eine Abgabepflicht nur (noch) für solche Unternehmen angenommen, deren wesentlicher Geschäftszweck auf die Vervielfältigung und Verbreitung von Informationsträgern (Medien) gerichtet ist. Wesentlich sei das Betreiben aller Geschäfte, die der Weitergabe, technischen Verarbeitung, der Verbreitung, dem Absatz und der Absatzvermittlung von Kulturgut dienen. Beispielsweise seien Warenkataloge keine Verlagsprodukte, da sie nicht zur Information, Bildung oder Unterhaltung eines breiteren Publikums dienen (BSG, Urteil vom 4.3.2004 -B 3 KR 17/03 R-).

Das von der Klägerin für die Herstellung und Verbreitung ihrer Gesellschaftsspiele genutzte Medium ist das Druckwerk (für die Einordnung von Computerspielen als Druckwerke siehe Finke/Brachmann/Nordhausen, a.a.O., § 24, Rz. 41):

Druckwerke sind alle mittels der Buchdruckerpresse oder eines sonstigen zur Massenherstellung geeigneten Vervielfältigungsverfahrens hergestellten und zur Verbreitung bestimmten Schriften, besprochenen Tonträger, bildlichen Darstellungen mit und ohne Schrift, Bildträger und Musikalien mit Text oder Erläuterungen (§ 7 Abs. 1 Landespressegesetz NRW). Zu den Druckwerken gehören auch die vervielfältigten Mitteilungen, mit denen Nachrichtenagenturen, Pressekorrespondenzen, Materndienste und ähnliche Unternehmungen die Presse mit Beiträgen in Wort, Bild oder ähnlicher Weise versorgen. Als Druckwerke gelten ferner die von einem presseredaktionellen Hilfsunternehmen gelieferten Mitteilungen ohne Rücksicht auf die technische Form, in der sie geliefert werden (Abs. 2).

Alle von der Klägerin hergestellten und zur Verbreitung bestimmten Gesellschaftsspiele (Auflistung sämtlicher Spiele siehe unter www.r) werden in einer bunt bedruckten Stülpchachtel verkauft, die das Spielmaterial und die Spielanleitung enthält. Die Spielanleitungen können auf der Homepage der Klägerin auch isoliert online abgerufen und als pdf -Datei ausgedruckt werden. Die vier Spiele "B", "U", "G" und "D" (auf die sich die mündliche Verhandlung vor dem Senat im Einverständnis mit den Beteiligten konzentriert hat) bestehen aus einem Spielbrett, Spielkarten, aus Holz gefertigten bunten Holzfiguren oder Spielsteinen sowie der Spielanleitung; ein Spiel beinhaltet Spielgeld. Das Material ist

teilweise in Plastiktüten bzw. Cellophanpapier verpackt bzw. muss aus einem Stanzkarton ausgestanzt werden. Alles befindet sich aufliegend bzw. in einem Tiefzeilkarton aus Plastik, der sich in die Stülpchachtel einfügt. Das Spielbrett, die Spielkarten, das Spielgeld und die Stülpchachtel werden anhand der von der Klägerin erstellten Druckvorlagen mittels eines zur Massenherstellung geeigneten Vervielfältigungsverfahrens hergestellt. Das Spielfeld und die Spielkarten sind bildliche Darstellungen mit und ohne Text bzw. Bildträger. Dass der Tiefzeilkarton aus Plastik, die Kunststoffhüllen und die Holzfiguren für sich genommen nicht den Druckwerken zuzuordnen sind, hindert die Einordnung des fertigen Spiels als Druckwerk nicht: Die aus Plastik bzw. Cellophan bestehenden Materialien dienen lediglich der Verpackung. So verlieren Bücher oder Tonträger ihren Charakter als Druckwerk auch nicht dadurch, dass sie beispielsweise in Plastik eingeschweißt werden. Die Holzfiguren bzw. Spielsteine treten schon mengenmäßig hinter den in jeder Stülpchachtel vorhandenen Druckwerken zurück. Zudem geht die Eigenschaft von Büchern oder Zeitschriften als Druckwerk nicht dadurch verloren, dass mit ihnen lose oder fest verbundene Gegenstände, die selbst keine Druckwerke sind, als Einheit verkauft werden (z.B. der Kochlöffel oder die Aussteckformen bei Koch- und Backbüchern, die Star-Wars-Sammelfigur beim Star-Wars-Comic oder bei Fühlbüchern die teilweise aus Plastik, Stoff oder Holz bestehenden Seiten).

Die Gesellschaftsspiele dienen ohne jeden Zweifel der Unterhaltung eines breiten Publikums. Hinsichtlich der Frage, ob die von der Klägerin vertriebenen Gesellschaftsspiele im Sinne der Rechtsprechung des BSG (a.a.O.) auch zum Kulturgut gehören hat der Senat Bedenken, kann dies jedoch im Ergebnis offen lassen: 51

Kulturgut wird im allgemeinen Sprachgebrauch als "ein überliefertes Kulturgut einer Gemeinschaft, eines Volkes" (www.duden.de) definiert. Das Gesetz zum Schutz deutschen Kulturguts gegen Abwanderung (KultgSchG) kann für die Frage, was allgemein als Kulturgut zu bezeichnen ist, nicht herangezogen werden, da es nur den Schutz von national wertvollem Kulturgut, welches in ein Verzeichnis eingetragen wird und so bei der Ausfuhr einer Genehmigung bedarf, bezweckt. Kulturgut im Sinne des KultgSchG sind beispielsweise Kunstwerke und anderes Kulturgut (§ 1) sowie Archivgut mit Bedeutung für die deutsche Politik-, Kultur- und Wirtschaftsgeschichte (§ 10). Eine Definition des Begriffs "Kulturgut" enthält das Gesetz nicht. Kulturgüter einer Gesellschaft dürften regelmäßig von archäologischer, geschichtlicher, literarischer, künstlerischer oder wissenschaftlicher Bedeutung sein wie beispielsweise Schlösser, Baudenkmäler, Industriedenkmäler, Bestände von Bibliotheken und Museen. Ob die Gesellschaftsspiele der Klägerin als Gegenstände des täglichen Lebens, die ähnlich einem Besuch in der Oper oder Theater der Unterhaltung in der Freizeit dienen, als "Freizeitkulturgut" zu definieren sind, erscheint jedoch fraglich. Dafür spricht einerseits, dass beispielsweise die "Klassiker" unter den Spielen "Mensch ärgere Dich" (welches in diesem Jahr seinen einhundertsten Geburtstag feiert: www.schmidspiele.de) und "Schach" zumindest im deutschen und europäischen Kulturkreis weit verbreitet sind. Andererseits hat der Senat erhebliche Bedenken, jede seit langer Zeit verbreitete Freizeitbeschäftigung (wie z.B. Fußballspielen, Minigolf oder der Besuch in der Kneipe) mit dem Besuch in der Oper oder dem Museum gleichzustellen und die hierzu benötigten Gegenstände (Fußball, Minigolfschläger bzw. den Bierdeckel) als Kulturgut zu bezeichnen, zumal eine enge Auslegung im Hinblick auf die vom BSG ja zwischenzeitlich wieder restriktivere Handhabung des § 24 KSVG eher geboten erscheint. 52

b. § 24 Abs. 1 Nr. 6 KSVG 53

Die Voraussetzungen des § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 KSVG liegen nicht vor. Die Klägerin betreibt keinen Kunsthandel. Ein Kunsthandel ist ein Unternehmen, das mit Werken der 54

bildenden Kunst handelt (Finke/Bachmann/Nordhausen a.a.O. Rz. 127). Kunsthändler ist nicht nur der Galerist, sondern auch das Kaufhaus, der Agent und jeder Sonstige, der an dem Handel mit wirtschaftlichen Interesse beteiligt ist (BGH ZUM 2008, 773). In § 2 Satz 1 KSVG werden drei Bereiche künstlerischer Tätigkeit jeweils in den Spielarten des Schaffens, Ausübens und Lehrens umschrieben, zu denen auch die bildende Kunst gehört. Auf eine weitergehende Festlegung, was man darunter im Einzelnen versteht, hat der Gesetzgeber im Hinblick auf die Vielfalt, Komplexität und Dynamik der Erscheinungsformen künstlerischer Betätigungsfelder hingegen bewusst verzichtet (BT-Drucks 8/3172, S 21). Der Begriff ist deshalb aus dem Regelungszweck des KSVG unter Berücksichtigung der allgemeinen Verkehrsauffassung und der historischen Entwicklung zu erschließen (vgl. BSG SozR 4-5425 § 24 Nr. 6 Rd.Nr. 13 und BSGE 83, 160, 161 = SozR 3-5425 § 2 Nr. 9 S 33 - jeweils m.w.N.; zum Kunstbegriff des Art 5 GG vgl. BVerfGE 30, 173, 188 ff und 81, 108, 116; zur Zielrichtung des KSVG vgl. BT-Drucks 9/26, S 18 und BT-Drucks 8/3172, S 19 ff). Durch den "Bericht der Bundesregierung über die wirtschaftliche und soziale Lage der künstlerischen Berufe (Künstlerbericht)" aus dem Jahre 1975 (BT-Drucks 7/3071) hat der Gesetzgeber einen an der Typologie von Ausübungsformen orientierten Kunstbegriff vorgegeben, der in aller Regel dann erfüllt ist, wenn das zu beurteilende Werk den Gattungsanforderungen eines bestimmten Kunsttyps (z.B. Theater, Gemälde, Konzert) entspricht oder damit vergleichbar ist. Auf die Qualität der künstlerischen Tätigkeit oder eine bestimmte Werk- und Gestaltungshöhe kommt es dabei nicht an (BSGE 98, 152 = SozR 4-5425 § 2 Nr. 11 mwN; stRspr). Der "Gesellschaftsspiele Herstellende und Vertreibende" ist im Künstlerbericht der Bundesregierung aus dem Jahr 1975 nicht genannt und auch mit keiner der dort aufgeführten Tätigkeiten, wie beispielsweise Objektmacher, künstlerischer Grafiker, Illustrator und Layouter vergleichbar. Er entspricht auch keiner der aus dem Künstlerbericht im weiteren Verlauf entwickelten anerkannten künstlerischen Betätigungsfelder (Finke/Bachmann/Nordhausen, a.a.O., § 2 Rn.17 führen beispielhaft u.a. auf: Covergestalter, Autorenkorrektor, Booklethersteller, Illuminateur, Produktdesigner). Auch wenn sich bei der Herstellung des Gesellschaftsspiels durchaus auch künstlerische Elemente bei der Illustration der Bestandteile des Spiels oder dem Korrekturlesen der Bedienungsanleitung finden lassen, stellt doch das verkaufsfertige Produkt keine bildende Kunst dar.

2. § 24 Abs. 2 KSVG

55

Die Klägerin unterfällt jedoch deshalb der Pflicht zur Künstlersozialabgabe, weil sie regelmäßig Leistungen selbständiger Publizisten für ihre unternehmerischen Zwecke in Anspruch nimmt.

56

Der Generalklausel des § 24 Abs. 2 KSVG, die am 1.1.1989 in das Gesetz eingefügt wurde, um der Vielfalt und Weiterentwicklung der Kunst- und Verwertungsformen Rechnung zu tragen, unterfallen Unternehmen, die nach ihrem Unternehmenszweck nicht zu den typischen Verwertern von Kunst und Publizistik gehören, aber regelmäßig Werke oder Leistungen selbständiger Künstler oder Publizisten für ihr Unternehmen in Anspruch nehmen (Finke/Brachmann/Nordhausen, a.a.O. § 24 Rz. 20 und 40). Unternehmer sind dann zur Künstlersozialabgabe verpflichtet, wenn sie nicht nur gelegentlich Aufträge an selbstständige Künstler oder Publizisten erteilen, um deren Werke oder Leistungen für Zwecke ihres Unternehmens zu nutzen und im Zusammenhang mit dieser Nutzung Einnahmen zu erzielen (§ 24 Abs. 2 Satz 1 KSVG).

57

Die Klägerin nimmt die Leistungen der nicht bei ihr versicherungspflichtig beschäftigten Spielkonstrukteure (und im Übrigen auch der Illustratoren) in Anspruch, um später mit dem aus dem Prototyp entwickelten Spiel Gewinne zu erzielen. Dies erfolgt auch regelmäßig, da

58

die Klägerin fortlaufend Spielideen sucht und neue Spiele auf den Markt bringt. Man geht nämlich bereits dann von einer Regelmäßigkeit aus, wenn die Auftragserteilung durchgängig erfolgt, sich also z.B. täglich, wöchentlich, monatlich oder zu bestimmten Anlässen (z.B. Feiertage) wiederholt oder sich bei größeren Zeitintervallen nicht in einer einmaligen Beauftragung erschöpft (BSG, Urteil vom 4.3.2004 -B 3 KR 17/03 R-).

Die seitens der Spielekonstrukteure entwickelten Prototypen sind allerdings keine Werke eines Künstlers. Bei der Zuordnung einer Tätigkeit zum Zwecke der Abgabenerhebung nach dem KSVG hat das BSG es (zusammenfassend: Urteil vom 25.11.2010 -B 3 KS 1/10 R-) bei Berufstätigkeiten, die nach dem gesetzgeberischen Willen in pauschaler Weise den künstlerischen Betätigungen zuzuordnen sind, nicht als entscheidend angesehen, ob im Einzelfall (z.B. wegen der Eigenart des Produkts oder wegen konkreter Vorgaben des Auftraggebers) ein großer oder kleiner Gestaltungsspielraum bei der Auftragsdurchführung verbleibt (vgl. BSG SozR 3-5425 § 2 Nr. 11 - Industriedesigner; BSGE 98, 152 = SozR 4-5425 § 2 Nr. 11 - Tätowierer). Bei Tätigkeiten, die diesem Rahmen nicht zuzuordnen sind, hat es sich daran orientiert, in welchem Umfeld die Leistungen erbracht werden: Künstler sei, wer das typische handwerkliche Berufsfeld verlasse, sich mit seinen Produkten in einem künstlerischen Umfeld bewege und in künstlerischen Kreisen als gleichrangig anerkannt sei. Der Beruf des "Spielekonstruktors" oder "Entwicklers einer Spielidee" unterfällt unstreitig nicht den im Künstlerbericht aufgeführten Berufen der bildenden Künste wie z.B. Objektmacher, künstlerischer Grafiker, Illustrator oder Layouter. Seine Tätigkeit ist auch nicht mit diesen Berufen vergleichbar. Zwar enthält der Entwicklungsprozess eines Prototyps als Nebenprodukt auch kreative und künstlerische Elemente, da die Spielfelder und Spielkarten mit Pappe Papier, Schere, Stiften und einem Laminiergerät oder mittels eines Druckers selbst gebastelt oder hergestellt werden. Auch wenn sich dies -wie beispielsweise der Prototyp des Spiels Memo Kids zeigt- durchaus als anspruchsvoll erweisen kann, so steht doch die Spielidee bzw. der Spielmechanismus als geistiges Werk eindeutig im Vordergrund. Die Spielregeln, Spielsteine, Spielbretter und Spielkarten dienen lediglich dazu, die Spielidee "beim Spiel" nachvollziehen und erkennen zu können. Die zentrale (und auch nicht von jedem ohne weiteres nachahmbare) Leistung des Prototyps ist daher eher mit der eines Technikers oder eines Erfinders vergleichbar. Die Tätigkeit der Spielekonstrukteure ist auch nicht in künstlerischen Kreisen (wohl aber in eigenen Kreisen) anerkannt, sie bewegen sich vielmehr in einem von der Kunst und auch dem Handwerk abzugrenzenden eigenen Bereich (hinsichtlich der Spielmaterialien produktionsfertiger Gesellschaftsspiele teilweise aber wohl Kunst annehmend Schricker in "Urheberrecht für Spiele", GRUR Int. 2008, 200; je nach Spielart differenzierend ((für ein Lorient-Skat-Kartenspiel bejahend für den Zauberwürfel verneinend)): Uwe Andreas Henkenborg, Dissertation "Der Schutz von Spielen -Stiefkinder des gewerblichen Rechtsschutzes und des Urheberrechts", 1994, S. 65 ff). Zum einen gibt es für den Spielekonstrukteur keine vorgegebene, handwerkliche oder gar künstlerische Ausbildung, vielmehr haben die auf dem Markt tätigen Spielekonstrukteure die verschiedensten beruflichen Hintergründe (Ebel/Meyer "Vom Spieleabend zur Spieleentwicklung in "politik und kultur" Sept-Okt. 2010, S.9); die für die Klägerin tätigen Spielekonstrukteure sind gelernte Mathematiker, Ingenieure und Elektrotechniker. Zum anderen bewegen sich Spielekonstrukteure auch nicht im künstlerischen Umfeld, da sie ihre Werke nicht auf Kunstmessen oder Kunstausstellungen präsentieren. Denn mittlerweile hat die Branche eine eigene "Internationalen Spieleerfindermesse" (Februar 2015 in Haar, auf der erstmalig in diesem Jahr auch ein Spieleautorenwettbewerb angeboten wurde) und auch eigene Fachliteratur (z.B. die Zeitschrift "Spiel und Autor" - www.spielundautor.de -).

59

Die Klägerin nimmt von der Spielkonstrukteuren jedoch publizistische Leistungen in Anspruch.

60

61

Als Publizist im Sinne des Gesetzes bezeichnet § 2 Satz 2 KSVG zum einen denjenigen, der als Schriftsteller oder Journalist publizistisch tätig ist. Leitbild dessen ist das Berufsbild des Schriftstellers oder Journalisten, bei dessen Erfüllung das Gesetz nicht weiter nach der Qualität der eigenschöpferischen Leistung unterscheidet. Beiden Berufsbildern können die Spielekonstrukteure jedoch nicht zugeordnet werden, weil sie weder Sachbücher im herkömmlichen Sinne noch tagesaktuelle Beiträge für Zeitungen, Zeitschriften, Rundfunk oder Fernsehen verfassen. Der Gesetzgeber hat den Begriff des Publizisten, den er bewusst nicht definiert (BR-Drucks 260/79, S. 21) im KSVG aber nicht auf diese Berufe beschränkt, wie sich aus der in § 2 Satz 2 KSVG enthaltenen Öffnungsklausel "oder in anderer Weise publizistisch tätig wird" ergibt. Nach der Überzeugung des Senats unterfallen die Spielekonstrukteure dieser Öffnungsklausel.

Der Begriff des Publizisten ist nach der die Intension des Gesetzgebers aufgreifenden Rechtsprechung des BSG weit auszulegen (BSG SozR 5425 § 2 Nr.1: nebenberuflicher Umbruchredakteur; BSGE 78, 118 = SozR 3-5425 § 26 Nr. 2: Pressefotograf; BSG SozR 3-5425 § 2 Nr. 7: kunstgeschichtliche Vorträge in Museen). Er beschränkt sich nicht auf die "eigenschöpferische Wortgestaltung" sowie auf die inhaltliche Gestaltung und Aufmachung von Büchern und sog. Massenkommunikationsmitteln (z.B. Zeitschriften, Zeitungen, Broschüren, Rundfunk, Fernsehen oder Internet). Ausgehend von der Wortherkunft ("Publizist", lat. "publicare", übersetzt: "veröffentlichen") versteht man unter einem Publizisten heute jeden im Kommunikationsprozess an einer öffentlichen Aussage schöpferisch Mitwirkenden (so: Meyers Enzyklopädisches Lexikon, 9. Aufl. ab 1971, Bd. 19, S. 381). Der "Publizistik" ist zunächst eigen, dass das erstellte Werk für die "Öffentlichkeit" bestimmt ist (Finke/Bachmann/Nordhausen § 24 Rn. 55). § 6 Abs. 1 des UrhG vom 9. September 1965 (BGBl I S 1273) legt fest, dass ein Werk veröffentlicht ist, wenn es mit Zustimmung des Berechtigten der Öffentlichkeit zugänglich gemacht worden ist. Nach § 15 Abs. 3 UrhG ist dies bereits dann der Fall, "wenn es für eine Mehrzahl von Personen bestimmt ist, es sei denn, dass der Kreis dieser Personen abgegrenzt oder durch gegenseitige Beziehungen oder Beziehungen zum Veranstalter persönlich gebunden ist". Die in den Prototyp gegossene Spielidee ist für die Öffentlichkeit bestimmt. Denn ähnlich wie bei einem Buch, dass der Autor dem Verlag mit dem Ziel zur Verfügung stellt, dass es von einer möglichst breiten Öffentlichkeit gelesen wird, soll der Spielmechanismus in einem Gesellschaftsspiel von einem möglichst großen Personenkreis gespielt werden. Auch fehlt es den Spielekonstrukteuren nicht an der Absicht, an einem zu veröffentlichen Werk mitzuarbeiten, da sie der Klägerin im Verlagsvertrag gerade das Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung einräumen und sich die Klägerin korrespondierend hierzu genau dazu vertraglich verpflichtet. Der Spielekonstrukteur erbringt bei der Entwicklung des Prototyps auch die vom BSG in seiner Entscheidung zu den Bedienungsanleitungen (BSG, Urteil vom 30.1.2001 -B 3 KR 7/00 R-) geforderte "eigenschöpferische Leistung" von einer Gestaltungshöhe, die zumindest der einer einfachen journalistischen oder schriftstellerischen Tätigkeit entspricht. In Abgrenzung zu dem bloßen Zusammenstellen technischer Daten formuliert das BSG in Anlehnung an das Urheberrecht, welches wegen seiner Zielrichtung nicht ohne weiteres auf das KSVG übertragen werden könne, dass alle, die wegen ihrer schöpferischen Leistung Urheberschutz in Anspruch nehmen könnten, auch das Mindestmaß einer schöpferischen Leistung erbrächten, die im KSVG zur Anerkennung von Künstlern und Publizisten erforderlich sei (BSG, Urteil vom 7.12.2006 -B 3 KR 2/06 R-). Im Urheberrecht wird bei Spielen zwischen der bloßen Idee für das Spiel und ihrer konkreten Ausgestaltung unterschieden (Dreier/Schulze, UrhG, 4. Auflage 2013 § 2 Rn. 104). Nur der konkreten Ausgestaltung des Spiels (Beschreibung und Ausgestaltung der Spielregeln) kann u.U. ein urheberrechtlicher Schutz zukommen, wenn ihr eine gewisse Schöpfungshöhe zuzuerkennen ist (Übersicht der Rechtsprechung in Dreier/Schulze a.a.O. Rn. 38 und 104: z.B. bejaht bei Computer- und Logistikspielen (OLG

München, Urteil vom 25.11.1993 -29 U 5805/93-); verneint bei Golfregeln und Spielideen für Fernsehformate, Würfelspiele (LG Mannheim, Urteil vom 29.2.2008 -7 O 240/07-); Dr. Spindler in "Die Reform des Urheberrechts", NJW 35/2014, S. 2550). Dabei meint Schöpfungs- bzw. Gestaltungshöhe nicht etwa eine bestimmte Qualitätsstufe, sondern eine quantitative Komponente der schöpferischen Leistung (Uwe Andreas Henkenborg, a.a.O., S. 129). Die Idee als solche ist nicht schutzberechtigt, da andernfalls über ihren Schutz ein Monopol an allen ihren denkbaren Ausgestaltungen bestünde. Die Klägerin hat einen vertraglichen Anspruch (§ 6 des Verlagsvertrags) auf die Übergabe eines Prototyps, in dem Spielmechanismus, Spielgeschehen und Spielregeln festgelegt sind. Dieser Prototyp enthält in Form der Spielbeschreibung und der Spielmaterialien (Bretter, Karten, Steine etc.) eine (von vielen denkbaren) materialisierte Ausgestaltung des Spielmechanismus, die des Urheberrechts fähig wäre. Da sich die von der Klägerin vorgelegten Prototypen sowohl von der reinen Zusammenstellung bloßer technischer Daten deutlich abheben als auch in ihrer Komplexität und gestalterischen Vielfalt die quantitativen Anforderungen des Urheberrechts erfüllen, kann der Senat seine Bedenken, die er hinsichtlich der Anwendung des Urheberrechts auf das KSVG hat, dahinstehen lassen. Dass die eigenschöpferische Leistung der Spielekonstruktoren nicht unverändert veröffentlicht wird, hat auf die Einordnung ihrer Tätigkeit als publizistische Leistung keinen Einfluss. Denn es ist bereits ausreichend, dass der in sonstiger Weise publizistisch Tätige an dem zu Veröffentlichen "mitwirkt". Zwar wird die im Prototyp materialisierte Idee des Spielekonstruktors durch die Mitarbeiter der Klägerin getestet und ggf. geringfügig verändert; das Spielthema wird u.U. geändert und mit einem neuen Titel und Logo versehen; den (ggf. in Zahl und Ausgestaltung veränderten) Spielmaterialien wird ein professionelles Erscheinungsbild gegeben und die Spielanleitung wird verständlicher und ausführlicher verfasst und bebildert. Bei allen dem Senat vorliegenden Prototypen und den daraus entwickelten verkaufsfertigen Spielen ist die verkörperte Spielidee des Spielekonstruktors jedoch nach wie vor klar erkennbar, im Fall von U hat sich sogar weder der Titel noch das Spielthema (Wüste) verändert. Auch wenn die Entscheidung, wie ein Spiel veröffentlicht wird, letztlich bei der Klägerin liegt, so steht nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme doch fest, dass die vertragliche Passage, dass das Spiel vom Spielekonstruktoren als druckfertig bestätigt werden muss, keine leere Hülse ist. Denn die Spielekonstruktoren werden sowohl bei Änderungen bzw. Problemen des Spielablaufs befragt, wenn sie auch zum Schluss das Spiel noch einmal zur Prüfung erhalten, ob der Klägerin bei der Ausarbeitung nicht ihrerseits Fehler unterlaufen sind. Gegen die Ansicht der Klägerin, es handele sich bei der Entwicklung des Prototyps um einen nach außen nicht erkennbaren internen Vorgang, spricht auch, dass der Spielekonstrukteur (ggf. neben anderen) auf dem Spielekarton und in den Spielanleitungen namentlich genannt wird. So ist die Spielanleitung bei "B" mit "Ein Spiel von I für 2-6-Personen", bei "G" mit "G von X Q Das etwas andere Merkspiel für 2 bis 6 Junggebliebene und Kinder ab 5 Jahren" und bei "U" mit "Ein Spiel von I für 3-5 Personen" überschrieben.

Einwände gegen die Berechnung der Höhe der Künstlersozialversicherungsabgabe sind weder vorgetragen noch ersichtlich. Ob die Klägerin, die zur Herstellung der Gesellschaftsspiele auch selbständige Illustratoren beauftragt, auch diesbezüglich der Abgabepflicht unterfällt, muss der Senat nicht entscheiden, da die entsprechenden Entgelte seitens der Beklagten nicht berücksichtigt worden sind.

63

Die umfangreichen verfassungsrechtlichen Bedenken der Klägerin werden vom Senat nicht geteilt, sodass er auch die Voraussetzungen für eine Vorlage an das BVerfG nach Art. 100 GG nicht als gegeben ansieht. Der Senat schließt sich nach eigener Prüfung den Ausführungen des BSG in seine Urteilen vom 8.10.2014 (B 3 KS 1/13) und 25.2.2015 (B 3 KR 5/13 R) an.

64

- Auch bestehen keine europarechtlichen Bedenken betreffend eines Verstoß der §§ 23 ff KSVG gegen Art. 33 der 6. RILI 77/388/EWG vom 17.5.1977 zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Umsatzsteuern und für die Zeit ab 1.1.2007 auf Art 401 der RILI 2006/112/EG (MwStSystRL). Insoweit verweist der Senat -nach eigener Prüfung- auf die jüngst hierzu getroffene Entscheidung des BSG vom 25.2.2015 (a.a.O.). 65
- Die Kostenentscheidung beruht auf § 197a Abs. 1 Satz 1 SGG i.V.m. § 154 Abs. 2 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO). 66
- Der Senat lässt die Revision wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Sache zu. Die Frage, ob das Herstellen von Gesellschaftsspielen unter Beteiligung selbständiger Spielekonstrukteure § 24 KSVG unterfällt, ist bisher höchstrichterlich nicht geklärt (§160 Abs. 2 Nr. 1 SGG). 67
- Die Streitwertfestsetzung findet ihre Grundlage in § 47 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit § 52 Abs. 2 Gerichtskostengesetz (GKG). Der Streitwert i.H.v. 32.489,09 Euro setzt sich einerseits aus dem Regelstreitwert für den Erfassungsbescheid (5.000 Euro) und der Summe der für 2002 bis 2008 endgültig festgesetzten Künstlersozialabgabe (17.953,80 Euro + 5.172,62 Euro + 3.927,20 Euro) zusammen zuzüglich 435,47 Euro für die für 2009 und 2010 vorläufig festgesetzte Künstlersozialabgabe (10% der vorläufig festgesetzten Summe, entsprechend der st. Rechtsprechung des Senats, zuletzt im Beschluss vom 18.10.2012 -L 5 KR 194/12 B-). Der Nichtigkeitsfeststellungsklage kommt neben der Anfechtung der streitbefangenen Bescheide keine streitwerterhöhende Bedeutung zu, da beide Klagen das gleiche rechtliche und wirtschaftliche Ziel verfolgen, die Klägerin von der Erfassung als abgabepflichtiges Unternehmen zu bewahren. 68