

B 3 KR 17/03 R

Land
Bundesrepublik Deutschland
Sozialgericht
Bundessozialgericht
Sachgebiet
Krankenversicherung
Abteilung
3
1. Instanz
SG Stuttgart (BWB)
Aktenzeichen
S 4 KR 3064/00
Datum
15.11.2001
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 4 KR 223/02
Datum
22.08.2003
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
B 3 KR 17/03 R
Datum
04.03.2004
Kategorie
Urteil
Leitsätze

1. Die gegenüber einem Unternehmen getroffene Feststellung der Abgabepflicht nach dem Künstlersozialversicherungsgesetz wirkt nicht gegenüber dem Erwerber dieses Unternehmens soweit keine Rechtsnachfolge vorliegt auch bei unveränderter Unternehmensfortführung bedarf es eines neuen Feststellungsbescheides (Abgrenzung zu BSG vom 10.10.2000 [B 3 KR 31/99 R](#) = [SozR 3-5425 § 24 Nr 20](#) S 127).
 2. Versandhandelsunternehmen sind soweit sie Kataloge zu Werbezwecken für ihre Produkte herausgeben keine Verlage iS von § 24 Abs 1 S 1 Nr 1 KSVG.
- Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landessozialgerichts Baden-Württemberg vom 22. August 2003 aufgehoben. Der Rechtsstreit wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landessozialgericht zurückverwiesen.

Gründe:

I

Die Beteiligten streiten darüber, ob die Klägerin seit Juli 1999 dem Grunde nach der Pflicht zur Künstlersozialabgabe (KSA) nach dem Künstlersozialversicherungsgesetz (KSVG) unterliegt.

Die Klägerin ist eine Tochtergesellschaft der T. AG mit Sitz in S ... Gegenstand des Unternehmens ist das Halten und Verwalten von Unternehmensbeteiligungen im In- und Ausland sowie die Erbringung von Dienstleistungen aller Art auf dem Gebiet der Fabrikation von und des Handels mit Transportgeräten, Lager- und Betriebseinrichtungen und Büroausstattungen sowie damit zusammenhängender Waren für den gewerblichen Bedarf. Mit Wirkung zum 1. Juli 1999 veräußerte und übertrug die ebenfalls in S. ansässige und zur T. AG gehörige K. GmbH, die sich mit der Erbringung von Beratungs- und Betreuungsleistungen im Bereich der Werbung und des Marketings sowie damit zusammenhängenden Dienstleistungen befasste, ihr gesamtes Vermögen an die Klägerin. Diese führte die bisherigen unternehmerischen Aktivitäten der K. GmbH, insbesondere die Erstellung von Katalogen, Beilagen und Mailings zu Werbezwecken, fort. Wegen dieser Tätigkeit war die K. GmbH von der Beklagten bis zum 30. Juni 1999 nach § 24 Abs 1 Satz 1 Nr 7 KSVG zur KSA veranlagt worden. Mit Schreiben vom 17. November 1999 teilte die Beklagte der Klägerin mit, für die Zeit ab 1. Juli 1999 bestehe die Abgabepflicht nach dieser Vorschrift nicht mehr für die K. GmbH, sondern für sie, da sie den Geschäftsbetrieb der K. GmbH gekauft habe und deren Geschäfte fortführe. Den Widerspruch der Klägerin wies die Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 16. Februar 2000 zurück.

Der hiergegen gerichteten Klage hat das Sozialgericht unter Aufhebung der angefochtenen Bescheide stattgegeben (Urteil vom 15. November 2001). Das Landessozialgericht (LSG) hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen (Urteil vom 22. August 2003). Die Klägerin betreibt Werbung für ihr eigenes Unternehmen mittels Erstellung von Verkaufskatalogen. Diese Werbung entspreche zwar nach Art und Umfang der Tätigkeit der in § 24 Abs 1 Satz 1 Nr 7 KSVG genannten Unternehmen, jedoch fehle es an der Inanspruchnahme künstlerischer oder publizistischer Leistungen, da den von der Klägerin beauftragten Fotografen kein eigener künstlerischer Gestaltungsraum belassen werde. Auch die Tatsache, dass selbstständig tätige Werbefotografen in § 2 Abs 2 Nr 7 der (bis zum 30. Juni 2001 geltenden) Durchführungsverordnung zum KSVG (KSVG DV) ausdrücklich erwähnt und dem Bereich "Bildende Kunst" zugeordnet worden seien, stütze die Entscheidung der Beklagten nicht. Allein die Aufführung eines Berufsbildes in einer der in § 2 KSVG DV genannten Berufsgruppen rechtfertige noch nicht die Annahme der KSA-Abgabepflicht; hinzukommen müsse vielmehr eine besondere schöpferische bzw. gestalterische Komponente, die über das Handwerkliche deutlich hinausgehe und den Künstler vom Handwerker abgrenze. Nicht jede Art von Werbefotografie sei als künstlerisch anzusehen; entscheidend sei der künstlerische Gehalt der jeweils konkret zu beurteilenden Tätigkeit. Die schöpferischen und gestalterischen Möglichkeiten der Fotografen würden bei der Erstellung der Warenkataloge der Klägerin

indes nicht über das hinausgehen, was zum technisch-handwerklichen Gelingen der Fotografie erwartet werden könne. Die KSA-Pflicht sei im Übrigen auch nicht unter dem Aspekt der Abgabepflicht für publizistische Werke oder Leistungen gerechtfertigt, da die Herstellung von Versandhandelskatalogen keine publizistische Tätigkeit darstelle.

Die Beklagte hat Revision eingelegt und trägt vor, die Urteile der Vorinstanzen verstießen gegen § 24 KSVG; es bestehe grundsätzlich KSA-Pflicht, da die Klägerin nicht nur gelegentlich Künstler (Fotografen) zu Werbezwecken beauftrage. Nach § 24 Abs 1 Satz 1 Nr 7 KSVG sei ein Unternehmen zur KSA verpflichtet, wenn es zur Werbebranche zähle und Werbung (einschließlich Öffentlichkeitsarbeit) für Dritte besorge. Dies gelte nach § 24 Abs 1 Satz 2 KSVG auch für solche Unternehmen, die entsprechende Eigenwerbung betrieben und dafür nicht nur gelegentlich Aufträge an selbstständige Künstler oder Publizisten erteilten. Bei der Tätigkeit von Werbefotografen sei grundsätzlich von der Erbringung einer künstlerischen Leistung iS des KSVG auszugehen; dies folge bereits aus der Gegenüberstellung "künstlerischer Fotograf & 8211; Werbefotograf" im früheren § 2 Abs 2 Nr 7 KSVGdV. Der Werbefotograf bestimme das Arrangement eines Motivs sowie die Gestaltung des Vorder- und Hintergrundes; die Ausleuchtung des Motivs und die Wahl der Farben seien für seine Tätigkeit wesentlich. Dies gelte auch dann, wenn sich der jeweilige Fotograf in einem engen Rahmen von abstrakten und konkreten Vorgaben bewegen müsse. Für Einzelfallbeurteilungen, wie sie der Klägerin und den Vorinstanzen bezüglich des jeweiligen eigenschöpferischen Gestaltungsspielraums vorschwebten, sei kein Platz, weil dies mit den Intentionen des Gesetzgebers nicht vereinbar und im Übrigen für die Verwaltung auch nicht praktikabel sei. Es sei nicht Aufgabe der Künstlersozialkasse und nachfolgend der Sozialgerichte, das jeweilige künstlerische Niveau einer Leistung zu beurteilen und daraus auf die individuelle Abgabepflicht eines Unternehmens zu schließen.

Die Beklagte beantragt,
das Urteil des Landessozialgerichts Baden-Württemberg vom 22. August 2003 sowie das Urteil des Sozialgerichts Stuttgart vom 15. November 2001 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,
die Revision zurückzuweisen.

Die Klägerin hält die Rechtsauffassung der Vorinstanzen für zutreffend. Es liege kein Abgabetatbestand nach dem KSVG vor, da sie zur Durchführung ihrer unternehmerischen Tätigkeiten weder selbstständige Künstler noch Publizisten beauftrage.

II

Die Revision der Beklagten ist im Sinne der Zurückverweisung begründet. Das angefochtene Urteil verletzt materielles Bundesrecht. Es stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar und musste deshalb aufgehoben werden. Ob die Klägerin ab Juli 1999 der KSA-Pflicht nach dem KSVG unterliegt, vermag der Senat wegen fehlender Tatsachenfeststellungen durch das LSG nicht selbst zu entscheiden.

1. Die Klage ist als Anfechtungsklage der K. GmbH zulässig ([§ 54 Abs 1 Satz 1](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG)). Dem steht die zuvor gegenüber der K. GmbH festgestellte KSA-Pflicht bis zum 30. Juni 1999 nicht entgegen. Der Senat hat zwar mit Urteil vom 10. Oktober 2000 ([SozR 3-5425 § 24 Nr 20](#) S 127) entschieden, dass die gegenüber dem früheren Inhaber eines Unternehmens getroffene Feststellung der KSA-Pflicht bei unveränderter Unternehmensfortführung auch gegenüber einem Rechtsnachfolger wirkt; eines neuen Feststellungsbescheides bedarf es bei derartigen Fallgestaltungen nicht. Der Senat hat dies aus dem Rechtsgedanken des [§ 182 Abs 2](#) und 3 der Abgabenordnung (AO) gefolgert, der mangels einer entsprechenden Regelung im KSVG nach Sinn und Zweck analog herangezogen werden kann. Im vorliegenden Falle handelt es sich jedoch nicht um einen - echten - Unternehmensübergang iS der oa Entscheidung, sondern um den Kauf und die Übertragung von Aktiva und Passiva der K. GmbH auf die Klägerin. Bei einem solchen Rechtsgeschäft bleiben grundsätzlich zwei Rechtspersönlichkeiten bestehen, sodass keine Rechtsnachfolge eintritt und die KSA-Pflicht ab dem Übernahmzeitpunkt gegenüber dem Erwerber zu prüfen und ggf neu festzustellen ist. Dies ist durch den Bescheid der Beklagten vom 17. November 1999 idF des Widerspruchsbescheides vom 16. Februar 2000 geschehen; hiergegen steht der Klägerin der Rechtsweg zu den Sozialgerichten offen.

2. Ob der Erfassungsbescheid der Beklagten rechtmäßig ist, richtet sich danach, ob die Klägerin ein "kunstvermarktendes" bzw "kunstverwertendes" Unternehmen iS des § 24 KSVG betreibt und damit der KSA-Pflicht unterliegt. Nicht entscheidungserheblich ist hingegen, ob die Beklagte mit § 24 Abs 1 Satz 1 Nr 7 KSVG die zutreffende Rechtsgrundlage dafür angegeben hat. Die Sozialgerichte haben von Amts wegen die Abgabepflicht nach allen in Betracht kommenden Tatbeständen zu überprüfen.

Das Verfahren zur Feststellung und Erhebung der KSA ist im KSVG zweiphasig ausgestaltet. Das Gesetz unterscheidet - ähnlich wie im Abgabenrecht - zwischen KSA-Pflicht und KSA-Schuld in der Weise, dass es zunächst den Kreis der dem Grunde nach abgabepflichtigen Unternehmer umschreibt (§ 24 KSVG) und danach festlegt, von welchen Entgelten und in welcher Höhe die Abgabe konkret zu entrichten ist (§§ 25 und 26 KSVG). Bei den nach § 24 KSVG abgabepflichtigen Unternehmern geht der Gesetzgeber davon aus, dass sie typischerweise und entsprechend dem Zweck ihres Unternehmens künstlerische und publizistische Leistungen verwerten; ihre KSA-Pflicht wird von der Künstlersozialkasse in der Regel durch einen sog Erfassungsbescheid festgestellt (vgl [BSGE 64, 221](#) = [SozR 5425 § 24 Nr 2](#) und [BSGE 69, 259](#) = [SozR 3-5425 § 24 Nr 1](#)). Durch diese vorgeschaltete Entscheidung dem Grunde nach soll Klarheit geschaffen werden, ob Unternehmen der Abgabepflicht unterliegen, deshalb Aufzeichnungen zu führen und Entgelte der Künstlersozialkasse zu melden sind; zugleich gewinnt die Künstlersozialkasse eine zuverlässige Übersicht über den Kreis der grundsätzlich abgabepflichtigen Unternehmen (BSG aaO). Erst in einem 2. Schritt folgt sodann die konkrete Bemessung der KSA, wenn es also um die - hier nicht streitbefangene - Frage geht, ob und in welchem Umfang abgabepflichtige Entgelte an selbstständige Künstler und Publizisten gezahlt worden sind. Die Summe der sich danach ergebenden Beträge hat ein zur KSA verpflichteter Unternehmer gemäß § 27 Abs 1 KSVG nach Ablauf eines Kalenderjahres, spätestens bis zum 31. März des Folgejahres, an die Künstlersozialkasse zu entrichten. Falls im Abrechnungszeitraum keine Entgelte für künstlerische oder publizistische Werke oder Leistungen erbracht wurden, ist eine sog "Nullmeldung" abzugeben.

a) Die KSA-Pflicht der Klägerin kann sich bereits - was die Vorinstanzen nicht geprüft haben - aus § 24 Abs 1 Satz 1 Nr 7 KSVG (idF des Gesetzes vom 20. Dezember 1988 - [BGBl I 2606](#)) ergeben, wonach ein Unternehmer zur KSA verpflichtet ist, der mit seinem Unternehmen "Werbung (einschließlich Öffentlichkeitsarbeit) für Dritte" betreibt. Die Änderung durch das Zweite Gesetz zur Änderung des KSVG (2. KSVGÄndG) vom 13. Juni 2001 ([BGBl I 1027](#)) - "Werbung oder Öffentlichkeitsarbeit für Dritte" - ist hier ohne Belang. Die Vorinstanzen sind davon ausgegangen, dass die Klägerin zumindest seit dem 1. Juli 1999 in Teilbereichen wie ein Unternehmen der Werbebranche agiert. Sie

hat die K. GmbH zu diesem Stichtag mit allen Aktiva und Passiva gekauft und deren unternehmerischen Aktivitäten, insbesondere die Erstellung von Katalogen, Beilagen und Mailings zu Werbezwecken, fortgeführt. Das Betreiben eines solchen Unternehmens gilt kraft Gesetzes als professionelle Kunstvermarktung ([BSGE 80, 141](#), 143 = [SozR 3-5425 § 24 Nr 16](#); BSG [SozR 3-5425 § 24 Nr 16](#) S 116).

Werbung betreibende Unternehmen sind gemäß § 24 Abs 1 Satz 1 Nr 7 KSVG dem Grunde nach jedoch nur insoweit zur KSA verpflichtet, als sie Werbung "für Dritte" betreiben. Eigenwerbung unterfällt diesem Erfassungstatbestand nicht; erforderlich ist vielmehr, dass der Werbeunternehmer versucht, die umworbenen Personen für das Werbeziel eines Dritten zu gewinnen (Finke/Brachmann/Nordhausen, KSVG, 2. Aufl 1992, § 24 RdNr 96; vgl auch das Senatsurteil vom 12. November 2003 - [B 3 KR 10/03 R](#) -, Umdruck S 7). Abgabepflichtig sind somit insbesondere Werbeagenturen und andere Unternehmen der Werbewirtschaft, die im Auftrage ihrer Kunden Werbeproduktionen erstellen. Als Werbung für Dritte ist aber auch die Werbung einer selbstständigen Tochtergesellschaft für andere Gesellschaften desselben Konzerns zu verstehen (vgl Finke/Brachmann/Nordhausen aaO § 24 RdNr 97 mwN). Ob diese Voraussetzungen im Falle der Klägerin erfüllt sind, lässt sich nicht abschließend entscheiden; hierzu reichen die Tatsachenfeststellungen des Berufungsgerichts nicht aus. Zwar lässt sich aus dem im Urteil des LSG zitierten Kaufvertrag zwischen der Klägerin und der K. GmbH entnehmen, dass letztere nicht nur Werbeaufträge von der Klägerin selbst, sondern auch von mit dieser verbundenen anderen Unternehmen der T. AG erhalten hat. Es fehlen jedoch konkrete Feststellungen dazu, ob die Klägerin für die Zeit ab Juli 1999 ebenfalls im Fremdauftrag tätig geworden ist oder nur noch Eigenwerbung betrieben hat; in letzterem Falle würde die KSA-Pflicht nach § 24 Abs 1 Satz 1 Nr 7 KSVG entfallen. Entsprechende Tatsachenfeststellungen hat das LSG nachzuholen, weil die bisherigen Feststellungen auch hinsichtlich der Übrigen in Betracht kommenden Abgabetatbestände für eine abschließende Entscheidung nicht ausreichen.

b) Die Vorinstanzen haben die Abgabepflicht der Klägerin allein nach § 24 Abs 1 Satz 2 Nr 1 KSVG geprüft, wonach Unternehmer der KSA-Pflicht unterliegen, "die für Zwecke ihres eigenen Unternehmens Werbung betreiben, wenn diese Werbung nach Art und Umfang der Tätigkeit der in Satz 1 Nr 7 genannten Unternehmen entspricht und sie nicht nur gelegentlich Aufträge an selbstständige Künstler oder Publizisten erteilen." Durch das 2. KSVGÄndG vom 13. Juni 2001 ([BGBl I 1027](#)) wurde § 24 Abs 1 Satz 2 Nr 2 KSVG aufgehoben und Nr 1 der Vorschrift geändert; die KSA-Pflicht besteht nun für solche Unternehmer, "die für Zwecke ihres eigenen Unternehmens Werbung oder Öffentlichkeitsarbeit betreiben und dabei nicht nur gelegentlich Aufträge an selbstständige Künstler oder Publizisten erteilen." Unveränderte Voraussetzung ist nach beiden Fassungen zunächst, dass ein Unternehmer für die Zwecke seines Unternehmens Werbung betreibt. Dies ist hier der Fall: Die Klägerin führt seit dem 1. Juli 1999 die bisherigen unternehmerischen Aktivitäten der K. GmbH insoweit fort, als sie seit diesem Zeitpunkt die zur Vermarktung ihrer Waren maßgeblichen Kataloge selbst herstellt und damit im Umfang der übernommenen Geschäftsaktivitäten Eigenwerbung iS beider Fassungen des § 24 Abs 1 Satz 2 KSVG betreibt. Diese entspricht nach den unangegriffenen Feststellungen des LSG auch nach Art und Umfang der Tätigkeit eines in § 24 Abs 1 Satz 1 Nr 7 genannten Unternehmens (§ 24 Abs 1 Satz 2 KSVG id bis zum 30. Juni 2001 gültigen Fassung).

Anders als bei den Erfassungstatbeständen des § 24 Abs 1 Satz 1 KSVG muss bei Eigenwerbung betreibenden Unternehmern allerdings schon im Rahmen der Entscheidung über die grundsätzliche Abgabepflicht nach § 24 Abs 1 Satz 2 KSVG zusätzlich geprüft werden, ob sie auch nicht nur gelegentlich Aufträge an selbstständige Künstler erteilen. Dieser später eingeführte Abgabetatbestand beruht auf einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) vom 8. April 1987 ([BVerfGE 75, 108](#) = [SozR 5425 § 1 Nr 1](#)), welches Bedenken dagegen geltend gemacht hatte, dass - wie damals im KSVG 1981 geregelt - die Verwertung von Kunst oder künstlerischen Darbietungen zur Eigenwerbung von Unternehmen nicht der Abgabepflicht unterworfen sei. Der Gesetzgeber hat hierauf reagiert, indem er mit Wirkung zum 1. Januar 1988 in § 24 Abs 1 KSVG den Satz 2 eingefügt und damit auch diejenigen Unternehmer in die Abgabepflicht einbezogen hat, die "wie professionelle Vermarkter" Werbung für das eigene Unternehmen betreiben. Nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers sollen jedoch solche Unternehmer nicht als professionelle Vermarkter angesehen werden, die nur gelegentlich Aufträge an selbstständige Künstler und Publizisten erteilen ([BT-Drucks 11/862, S 8](#)). Deshalb ist für § 24 Abs 1 S 2 KSVG die Besonderheit zu beachten, dass Unternehmer nicht bereits deshalb als "professionelle Vermarkter" gelten, weil sie Eigenwerbung betreiben; hinzukommen muss vielmehr schon bei der Prüfung der Abgabepflicht dem Grunde nach, dass nicht nur gelegentlich Aufträge an selbstständige Künstler oder Publizisten erteilt werden (vgl im Einzelnen Senatsurteil vom 12. November 2003 - [B 3 KR 8/03 R](#) -, Umdruck S 6 f).

Hierzu fehlen ebenfalls ausreichende tatsächliche Feststellungen des Berufungsgerichts. Das LSG hat zwar festgestellt, dass die Klägerin "zur Erstellung von Versandhauskatalogen Fotografen zur Ablichtung der entsprechenden Artikel in Anspruch" nimmt. Es ist jedoch nicht mit der gebotenen Klarheit ersichtlich, in welchem Umfang und mit welcher Regelmäßigkeit dies geschieht. Eine nicht nur gelegentliche Auftragserteilung ist dann anzunehmen, wenn Werbemaßnahmen laufend oder zumindest in regelmäßiger Wiederkehr anfallen und hierzu ebenso regelmäßig Werbeaufträge an selbstständige Werbefotografen erteilt werden (Finke/Brachmann/Nordhausen aaO § 24 RdNr 123). Dies ist zB der Fall bei durchgängig laufender Auftragserteilung, die sich täglich, wöchentlich oder monatlich wiederholt. Eine derartige Regelmäßigkeit kann aber auch bei Aufträgen zu regelmäßig wiederkehrenden Anlässen vorliegen (Silvester/Neujahr, Ostern, Pfingsten, Weihnachten usw), sofern die Auftragserteilung über größere Zeitintervalle angelegt ist und sich nicht in einer einmaligen Beauftragung erschöpft. Entsprechende Feststellungen wird das LSG nachzuholen haben.

Diese weiteren Feststellungen sind nicht deshalb entbehrlich, weil - wie das LSG meint - die zur Erstellung der Kataloge der Klägerin herangezogenen Werbefotografen jedenfalls keine Künstler iS des KSVG seien. Wie der Senat bereits in zwei Entscheidungen vom 12. November 2003 ([B 3 KR 8/03 R](#) und [B 3 KR 10/03 R](#)) ausgeführt hat, sind Fotografen ohne Rücksicht auf die künstlerische Qualität ihrer Bilder und den ihnen eingeräumten Gestaltungsspielraum als Künstler iS des Künstlersozialversicherungsrechts einzuordnen, wenn die Anfertigung der Fotografien Werbezwecken dient. Dies gilt unabhängig davon, ob diese Fotografen selbst nach dem KSVG versicherungspflichtig sind oder nicht. Die Werbefotografie ist eine künstlerische Tätigkeit iS der §§ 2 und 24 Abs 1 Satz 2 KSVG, ohne dass es darauf ankäme, ob dem Werbefotografen im Einzelfall ein kunsttypischer eigenschöpferischer Gestaltungsspielraum zur Verfügung steht, ob die Fotografien tatsächlich eine künstlerische Qualität besitzen oder ob zumindest der Fotograf im Einzelfall für sich einen künstlerischen Anspruch erhebt.

Nach § 2 KSVG ist Künstler, wer Musik, darstellende oder bildende Kunst schafft, ausübt oder lehrt. Das KSVG hat damit eine an der Typologie der Ausübungsformen orientierte Einteilung in Kunstgattungen vorgenommen, den Kunstbegriff aber materiell nicht definiert. Dieser ist vielmehr aus dem Regelungszweck des KSVG unter Berücksichtigung der allgemeinen Verkehrsauffassung zu erschließen (vgl BSG [SozR 3-5425 § 24 Nr 12](#) - Unterhaltungsshow - und [BSGE 80, 136](#) = [SozR 3-5425 § 2 Nr 5](#) - Musikinstrumentenbauer -; zum Kunstbegriff des [Art 5 GG](#): [BVerfGE 30, 173](#), 188 ff und 81, 108, 116; zur Zielrichtung des KSVG: [BT-Drucks 9/26, S 18](#) zu § 2; [BT-Drucks 8/3172, S 19](#) ff).

Fotografie kann sowohl eindeutig künstlerischer Natur sein als auch in handwerklicher Form ausgeübt werden. Sie ist sowohl Unterrichtsfach an Kunsthochschulen als auch Gegenstand einer staatlich geregelten Ausbildung für einen Handwerksberuf. Damit weist sie Gemeinsamkeiten mit anderen beruflichen Tätigkeiten auf, die sowohl in handwerklicher (vgl. [BSGE 80, 136](#) = [SozR 3-5425 § 2 Nr 5](#) - Musikinstrumentenbauer; BSG [SozR 3-5425 § 2 Nr 8](#) - Feintäschner; BSG [SozR 3-5425 § 2 Nr 14](#) - Restaurator) als auch in künstlerischer Form ausgeübt werden können. Bei der Zuordnung zum Zwecke der Abgabenerhebung nach dem KSVG hat es der Senat stets abgelehnt, die künstlerische Qualität der jeweiligen Arbeiten zu bewerten, sondern als maßgebend angesehen, in welchem Tätigkeitsbereich und gesellschaftlichen Umfeld die einzelnen Leistungen erbracht werden: Wer sich auf dem herkömmlichen Berufsfeld eines Handwerks bewegt, wird auch nicht dadurch zum Künstler iS des KSVG, dass seine Leistungen einen eigenschöpferischen gestalterischen Charakter aufweisen, weil ein solcher bei diesen Handwerksberufen typisch ist. Als Künstler ist er vielmehr erst dann einzuordnen, wenn er das typische handwerkliche Berufsfeld verlässt, sich mit seinen Produkten in einem künstlerischen Umfeld bewegt und in künstlerischen Kreisen als gleichrangig anerkannt wird. Andererseits hat der Senat bei Berufstätigkeiten, die nach dem gesetzgeberischen Willen den künstlerischen zuzuordnen sind, nicht als entscheidend angesehen, ob im Einzelfall (zB 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). Die Zweckgebundenheit der Produkte (Gebrauchsgegenstände, Werbung) steht ihrer Einordnung als künstlerisch in keinem Fall entgegen.

Bei der Fotografie ist es für ihre Einordnung als künstlerisch sogar entscheidend, dass sie zu Werbezwecken erfolgt. Für diese Auslegung spricht bereits der Katalog der typischen kunstvermarktenden Unternehmen in § 24 Abs 1 Satz 1 KSVG, der unter Nr 7 die Werbung betreibenden Unternehmen erfasst. Für die bildliche Gestaltung von Werbung und Marketing ziehen Werbeagenturen und Public-Relations-Büros vielfach selbstständige Grafiker, Werbefotografen und Designer heran (Finke/Brachmann/Nordhausen aaO § 24 RdNr 101 und 104). Die Einbeziehung der Werbung betreibenden Unternehmen in den Kreis der Kunstverwerter lässt darauf schließen, dass gerade die von diesen typischerweise herangezogenen "kreativen" Selbstständigen zu dem Personenkreis zählen, der in § 2 KSVG mit "bildende Kunst Schaffenden" bezeichnet worden ist.

Dass dies tatsächlich auch der Vorstellung des Gesetzgebers entspricht, folgt aus den Materialien zum KSVG, wonach ausdrücklich alle Berufsgruppen als künstlerisch angesehen werden, die im Künstlerbericht der Bundesregierung aufgeführt sind. Dort sind in der Berufsgruppe "Fotodesigner" künstlerische Fotografen, Lichtbildner, Kameramänner und Werbefotografen genannt ([BT-Drucks 7/3071, S 7](#)). Der gesamte Bereich der "kreativen Werbefotografie" ist damit als bildende Kunst iS des KSVG einzustufen, ohne dass es auf den konkreten Auftragsgegenstand ankommt.

Die von der Klägerin - und nachfolgend den Vorinstanzen - in den Vordergrund gestellte Abgrenzung der von ihr praktizierten, durch enge Vorgaben gekennzeichneten Art der Werbefotografie von der "künstlerischen Fotografie" übersieht, dass die Berufsgattung der Werbefotografie vom Gesetzgeber pauschal dem Bereich der bildenden Kunst iS des § 2 KSVG zugeordnet worden ist. Sie berücksichtigt nicht, dass die Berufsgattung der Werbefotografie von der Berufsgattung der (zweckfreien) künstlerischen Fotografie zu unterscheiden ist und aus der Verneinung dieser noch nicht folgt, dass es sich um eine handwerkliche Ausübung handelt. Die Werbefotografie kann je nach der Art des Auftrags und des geforderten Ergebnisses zwar einen eigenschöpferischen künstlerischen Ausdruck haben, der derjenigen der künstlerischen Fotografie im engeren Sinne nahe kommt, der Gestaltungsspielraum kann aber auch stark eingeschränkt sein, ohne dass die Einordnung als bildende Kunst iS des § 2 KSVG in Frage zu stellen ist. Allein der bei der Erstellung der Fotografie bestimmte Zweck, der Werbung zu dienen, bewirkt, dass der Fotograf sich nicht auf eine bloße naturgetreue Ablichtung eines Bildobjekts beschränken darf, sondern bemüht sein muss, dieses Objekt nach den Vorstellungen seines Auftraggebers möglichst vorteilhaft ins Bild zu setzen.

Die Ausbildung eines Werbefotografen als Fotografenhandwerker steht der Einstufung als bildender Künstler iS des § 2 KSVG nicht entgegen, wenn er als Werbefotograf das handwerkliche Berufsfeld verlässt. Werbefotografen sind damit Pressefotografen vergleichbar, die ebenfalls unabhängig von ihrer Ausbildung und der künstlerischen Qualität ihrer Bilder allein deshalb - als Publizisten - von § 2 KSVG erfasst werden, weil ihre Tätigkeit einem bestimmten Zweck dient (Pressefotografie, Bildjournalismus, Bildberichterstattung), der vom Berufsfeld des Fotografenhandwerks nicht umfasst wird ([BSGE 78, 118](#) = [SozR 3-5425 § 26 Nr 2](#)).

c) Die bisherigen Feststellungen des LSG reichen allerdings aus, um die KSA-Pflicht der Klägerin wegen der Betreibung eines Buch-, Presse- oder sonstigen Verlages oder einer Presseagentur (einschließlich Bilderdienste) zu verneinen (§ 24 Abs 1 Satz 1 Nr 1 KSVG). Die Klägerin betreibt weder mit ihrem originären Betätigungsfeld noch im Hinblick auf den von der K. GmbH übernommenen Tätigkeitsbereich einen Verlag iS des KSVG.

Das KSVG enthält selbst keine Definition, was unter dem Begriff "Verlag" zu verstehen ist. Wenig ergiebig sind insofern auch die Materialien zu der seit Inkrafttreten unveränderten Vorschrift des § 24 Abs 1 Satz 1 Nr 1 KSVG. Der Gesetzgeber hat damals den Begriff "Verlag" nicht näher umschrieben, sondern mehr allgemein darauf hingewiesen, dass die Gruppe der Vermarkter als Gesamtheit solidarisch im Wege der Umlage zur Finanzierung der Beiträge der Gesamtheit der Kulturschaffenden herangezogen werden sollen ([BT-Drucks 9/26 S 17](#)). Die Auslegung vom Wortlaut her führt ebenfalls nicht zu einem eindeutigen Ergebnis (vgl. dazu Wahrig, Deutsches Wörterbuch, 7. Aufl 2000 - Stichwort "Verlag" sowie Brockhaus Enzyklopädie, 20. Aufl 1999 - Stichworte "Verlag" und "Verleger"): Abgabepflichtig iS des KSVG sind sicherlich nicht alle Verlage, die sich so bezeichnen (zB Bierverlage); umgekehrt kommen auch solche Unternehmen, die nicht den Begriff "Verlag" in ihrem Namen führen, sich aber tatsächlich mit der Vervielfältigung und Verbreitung von Medien auf eigene Rechnung befassen (zB Filmverleih), als "sonstige Verlage" nach § 24 Abs 1 Satz 1 Nr 1 KSVG in Betracht.

Das BSG hat sich wiederholt schon mit § 24 Abs 1 Satz 1 Nr 1 KSVG befasst, brauchte dabei aber mangels Entscheidungserheblichkeit keine näheren Ausführungen dazu zu machen, wie der Begriff "Verlag" iS des KSVG im Einzelnen zu verstehen ist (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 3-5425 § 2 Nr 1](#) - Herausgabe eines Schwimm-Magazins). Aus einer früheren Entscheidung des Senats (BSG [SozR 3-5425 § 24 Nr 15](#)) lässt sich allerdings die Tendenz der Rechtsprechung ablesen, den Begriff "Verlag" möglichst weit zu interpretieren, zumal dies der ursprünglichen Intention des Gesetzgebers entsprach, die Vermarkter möglichst umfassend zur Umlage nach dem KSVG zu verpflichten (vgl. auch das Senatsurteil vom 12. November 2003 - [B 3 KR 10/03 R](#), Umdruck S 8). Das BSG hat sich damals an die Begriffsbestimmung des § 1 des Gesetzes über das Verlagsrecht (VerlG) vom 19. Juni 1901 (RGBl S 217) angelehnt; Verleger ist danach derjenige, der Werke der Literatur, der Presse oder der

Tonkunst zur Vervielfältigung und Verbreitung auf eigene Rechnung übernimmt (vgl auch Finke/Brachmann/Nordhausen aaO § 24 RdNr 36 mwN).

Ob an diesem weiten Begriffsverständnis festgehalten werden kann, erscheint allerdings nunmehr zweifelhaft. Der Gesetzgeber hat die ursprünglich weiten Tatbestände des § 24 Abs 1 Satz 1 KSVG wiederholt eingeschränkt und konkretisiert, um Abgabelasten in Randbereichen künstlerischer Betätigung zu vermeiden. So wurden die Theater- und Konzertdirektionen zunächst ohne Einschränkung in die KSA-Pflicht einbezogen, sofern sie nicht ausschließlich eine vermittelnde Tätigkeit ausübten (§ 24 Abs 1 Satz 1 Nr 2 KSVG in der bis 31. Dezember 1988 gültigen Fassung). Durch das Gesetz zur Änderung des KSVG (KSVG-ÄndG) vom 20. Dezember 1988 ([BGBl I S 2606](#)) wurden auch Gastspielformen und sonstige vergleichbare Unternehmen in die KSA-Pflicht einbezogen (nunmehr § 24 Abs 1 Satz 1 Nr 3 KSVG), allerdings nur dann, wenn ihr Zweck darauf gerichtet ist, künstlerische Werke aufzuführen oder künstlerische Leistungen darzubieten. Mit Art 11 Nr 1 Buchst b des Wachstums- und Beschäftigungsförderungsgesetzes vom 25. September 1996 ([BGBl I S 1461](#)) wurde eine weitere Einschränkung auf den "wesentlichen Zweck" vorgenommen; dadurch wurden Unternehmen, die nur gelegentlich künstlerische Werke aufführen oder künstlerische Leistungen darzubieten, von der Umlagepflicht ausgenommen. Eine ähnliche Entwicklung erfuhr die KSA-Pflicht von Theatern, Orchestern, Chören und vergleichbaren Unternehmen (ursprünglich in § 24 Abs 2 Nr 2 KSVG geregelt, seit dem 1. Januar 1989 in § 24 Abs 1 Satz 1 Nr 2 KSVG); diese waren zunächst ebenfalls ohne Einschränkung umlagepflichtig. Auch hier führte das Wachstums- und Beschäftigungsförderungsgesetz (Art 11 Nr 1 Buchst a) zu einer Einschränkung; Voraussetzung der Umlagepflicht ist nunmehr ebenfalls, dass deren wesentlicher Zweck darauf gerichtet sein muss, künstlerische oder publizistische Werke oder Leistungen öffentlich aufzuführen oder darzubieten.

Der Senat sieht es als naheliegend an, eine derartige Einschränkung auch für den Tatbestand des § 24 Abs 1 Satz 1 Nr 1 KSVG vorzunehmen. Sowohl die systematische Stellung innerhalb des § 24 Abs 1 Satz 1 KSVG als auch die in der Vergangenheit vom Gesetzgeber bereits vorgenommenen Modifikationen des Katalogs sprechen dafür, allgemein eine Abgabepflicht nur für solche Unternehmen anzunehmen, deren wesentlicher Geschäftszweck auf die Vervielfältigung und Verbreitung von Informationsträgern (Medien) gerichtet ist. Generell braucht diese Frage hier aber nicht entschieden zu werden. Die Vervielfältigung und Verbreitung von Druckerzeugnissen zu Werbezwecken für eigene oder fremde Produkte ist zuvorderst darauf gerichtet, die angebotenen Waren bekannt zu machen und ihren Verkauf zu fördern. Der Geschäftszweck solcher Werbeunternehmen ist ganz wesentlich auf die Erzielung eines höheren unternehmerischen Gewinns für sich selbst oder ihre Kunden gerichtet; die hierzu hergestellten und verbreiteten Kataloge sind lediglich "Mittel zum Zweck". Anders als bei Werken der Literatur, der Presse, der Film- oder Tonkunst einschließlich der Fotografie kommt den hier in Rede stehenden Warenkatalogen kein eigenständiger Wert zu, da sie nicht zur Information, Bildung oder Unterhaltung eines breiteren Publikums dienen. Sie verfolgen ausschließlich den Zweck, Interessenten zum Kauf der angebotenen Waren zu bewegen. Der Gesetzgeber hat die Verbreitung von Druckerzeugnissen zu Werbezwecken ersichtlich nicht unter den Begriff "sonstige Verlage" einordnen wollen; deshalb hat er für diese Tätigkeit - wie oben unter 2 a und b dargelegt - die KSA-Pflicht nach § 24 Abs 1 Satz 1 Nr 7 oder nach § 24 Abs 1 Satz 2 KSVG besonders geregelt. Dies wirkt sich einschränkend auf die Auslegung des § 24 Abs 1 Satz 1 Nr 1 KSVG aus.

d) Die bisherigen Feststellungen des LSG reichen ebenfalls aus, um die KSA-Pflicht der Klägerin nach § 24 Abs 2 KSVG zu verneinen. Nach dieser Vorschrift sind Unternehmen zur Künstlersozialabgabe verpflichtet, die nicht nur gelegentlich Aufträge an selbstständige Künstler oder Publizisten erteilen, um deren Werke oder Leistungen für Zwecke ihres Unternehmens zu nutzen, wenn im Zusammenhang mit dieser Nutzung Einnahmen erzielt werden sollen. Mit dieser durch das KSVG-ÄndG zum 1. Januar 1989 eingeführten Neuregelung sollten Unternehmen in eines Auffangtatbestands in die Abgabepflicht einbezogen werden, die zwar nicht zu den typischen Vermarktern zählen und deshalb nicht von dem Katalog des § 24 Abs 1 KSVG erfasst werden, aber in vergleichbarer Weise mehr als nur vereinzelt künstlerische oder publizistische Werke oder Leistungen nutzen (vgl [BT-Drucks 11/2979 S 7](#) Nr 6). Nach den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts zählt die Klägerin hierzu nicht. Soweit sie zur Erstellung ihrer Warenkataloge Fotografen zur Ablichtung der entsprechenden Artikel in Anspruch nimmt, geschieht dies nicht unmittelbar zur Erzielung von Einnahmen (zB Eintrittsgelder oder Verkaufserlöse für diese Bilder), sondern allenfalls mittelbar durch Steigerung des Gewinns aus dem Verkauf der Waren (vgl auch das Senatsurteil vom 12. November 2003 - [B 3 KR 39/02 R](#) -, Umdruck S 7).

3. In der abschließenden Entscheidung wird das LSG auch über die Kosten des Revisionsverfahrens zu befinden haben.

Rechtskraft

Aus

Login

BRD

Saved

2004-05-17