

B 3 KS 1/10 R

Land
Bundesrepublik Deutschland
Sozialgericht
Bundessozialgericht
Sachgebiet
Künstlersozialversicherung
1. Instanz
SG Reutlingen (BWB)
Aktenzeichen
S 14 R 2992/08
Datum
19.03.2009
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 11 R 2016/09
Datum
26.01.2010
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
B 3 KS 1/10 R
Datum
25.11.2010
Kategorie
Urteil
Leitsätze

1. Die Werbefotografie (hier: Modelfotografie) ist bildende Kunst iS des Künstlersozialversicherungsrechts (Bestätigung von BSG vom 12.11.2003 - [B 3 KR 8/03 R](#) = [SozR 4-5425 § 24 Nr 2](#), vom 12.11.2003 - [B 3 KR 10/03 R](#) = [SozR 4-5425 § 24 Nr 3](#) und vom 4.3.2004 - [B 3 KR 17/03 R](#) = [SozR 4-5425 § 24 Nr 6](#)).
2. In Verfahren zwischen einem Unternehmer und einem Träger der Rentenversicherung nach dem KSVG ist die Künstlersozialkasse nicht notwendig beizuladen.
3. Das für die Künstlersozialabgabe als Bemessungsgrundlage maßgebliche Entgelt umfasst bei Werbefotografen auch die in der Vergütung enthaltenen Kosten für zusätzliches Personal und die Aufnahmetechnik (Ergänzung zu BSG vom 20.7.1994 - [3/12 RK 54/93](#) = [SozR 3-5425 § 25 Nr 6](#)).

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landessozialgerichts Baden-Württemberg vom 26. Januar 2010 wird zurückgewiesen. Die Klägerin trägt auch die Kosten des Revisionsverfahrens. Der Streitwert für das Revisionsverfahren wird auf 4484,70 Euro festgesetzt.

Gründe:

I

1

Es ist streitig, ob die von der klagenden Gesellschaft an zwei selbstständig tätige Werbefotografen gezahlten Vergütungen für Werbefotografien der Künstlersozialabgabe (KSA) nach dem Künstlersozialversicherungsgesetz (KSVG) unterliegen.

2

Gegenstand des von der Klägerin seit 1974 betriebenen und am Markt als "Werkstatt für Werbung" (www.farbecht-werbung.de) auftretenden Unternehmens ist die "Herstellung und Vermittlung von Produkten der Druckvorstufe, wie Satz, Illustration, Gestaltung, Bildbearbeitung, Retusche, sowie die Vermittlung und Abwicklung von Drucksachen für Kunden". Seit dem Jahr 2004 erteilt sie dem Fotografenmeister L. (L) und der Fotografin P. (P) Aufträge für Werbefotografien, die sie zur Erfüllung von Aufträgen ihrer Kunden (zB die Gestaltung von Verpackungen für Unterwäsche) benötigt. L und P sind selbstständig tätig, betreiben Studios für Werbefotografie, befassen sich dabei zu einem erheblichen Teil (L) bzw ausschließlich (P) mit der Modelfotografie und sind nicht selbst nach dem KSVG versichert. L ist Meister des Fotografenhandwerks und mit seinem Betrieb in der Handwerksrolle eingetragen. Die an L und P gezahlten Vergütungen für Werbefotografien beliefen sich 2004 auf insgesamt 4700 Euro, 2005 auf 28 700 Euro, 2006 auf 47 600 Euro und 2007 auf 41 800 Euro. Die Models sind gesondert bezahlt worden.

3

Aufgrund einer den Zeitraum von 2002 bis 2006 betreffenden Betriebsprüfung stellte die beklagte Trägerin der Rentenversicherung fest, die Klägerin unterliege der Abgabepflicht nach dem KSVG, weil sie ein Unternehmen betreibe, das sich mit der Werbung und Öffentlichkeitsarbeit für Dritte befasse (§ 24 Abs 1 Satz 1 Nr 7 KSVG) und regelmäßig selbstständige Künstler einschalte, um Aufträge ihrer Werkkunden zu erfüllen (§ 24 Abs 2 Satz 1 KSVG). Die KSA belaufe sich für die Jahre 2004 bis 2006 auf insgesamt 4484,70 Euro, weil

Werbefotografien gattungsgemäß zur "bildenden Kunst" im Sinne des KSVG gehörten und die dafür gezahlten Vergütungen mit der KSA belegt seien. In die Bemessungsgrundlage (§ 25 KSVG) seien auch die in den Vergütungen von L und P enthaltenen Kostenanteile für die Fotoassistenten und die Aufnahmetechnik einzubeziehen (Bescheid vom 18.3.2008, Widerspruchsbescheid vom 30.7.2008).

4

Im Klageverfahren hat die Klägerin geltend gemacht, die Werbefotografie sei im Wesentlichen handwerklich geprägt und nur in Ausnahmefällen künstlerischer Natur. L und P seien nicht als Künstler anerkannt und erhöhen für ihre Arbeit auch keinen künstlerischen Anspruch. Es fehle hier am kunsttypischen kreativen Gestaltungsspielraum, weil L und P an enge Vorgaben der Kunden gebunden seien. Die Aufträge hätten sich auf die naturgetreue Ablichtung der Objekte beschränkt. Außerdem seien mindestens 55,7 % der Vergütungen nicht eigentliches Honorar, sondern Kosten für Aufnahmetechnik und zusätzliches Personal, sodass im Falle des Bestehens einer grundsätzlichen KSA-Pflicht die festgelegte KSA-Schuld zu reduzieren sei.

5

Das SG hat der Klage stattgegeben und die angefochtenen Bescheide aufgehoben (Urteil vom 19.3.2009): L und P seien weder als Künstler noch als Publizisten im Sinne des KSVG anzusehen. Sie seien für die Klägerin zwar als Werbefotografen tätig geworden, hätten dabei aber die handwerkliche Fotografie nicht verlassen. Die Werbefotografie sei nur dann künstlerisch, wenn der Betroffene mit seinen Werken in Fachkreisen als Künstler anerkannt werde. Daran fehle es hier.

6

Auf die Berufung der Beklagten hat das LSG die erstinstanzliche Entscheidung geändert und die Klage abgewiesen (Urteil vom 26.1.2010): Nach der Entstehungsgeschichte des KSVG sei die Werbefotografie in ihrer gesamten Bandbreite als Teil der "bildenden Kunst" iS des § 2 KSVG einzustufen. Eine Unterscheidung zwischen handwerklicher und künstlerischer Betätigung sei bei der Werbefotografie - anders als zB beim Kunsthandwerk - nicht vorzunehmen. Es komme allein darauf an, dass eine Fotografie zu Werbezwecken hergestellt werde.

7

Mit der vom LSG zugelassenen Revision rügt die Klägerin die Verletzung materiellen Rechts (§§ 2, 24 und 25 KSVG). Nur die - hier nicht vorliegende - künstlerische Werbefotografie werde vom KSVG erfasst. Außerdem macht sie die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör ([§ 62 SGG](#)) geltend, weil das LSG auf das Argument, die Kosten für die Aufnahmetechnik und die Assistenten seien bei der Bemessung der KSA auszuklammern, nicht eingegangen und die Höhe der festgelegten KSA als unstreitig behandelt habe.

8

Die Klägerin beantragt, das Urteil des LSG Baden-Württemberg vom 26.1.2010 zu ändern und die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des SG Reutlingen vom 19.3.2009 zurückzuweisen.

9

Die Beklagte verteidigt das Berufungsurteil und beantragt, die Revision zurückzuweisen.

II

10

Die Revision der Klägerin ist unbegründet. Das LSG hat zutreffend entschieden, dass die angefochtenen Bescheide der Beklagten rechtmäßig sind.

11

1. Die hier erhobene Anfechtungsklage ([§ 54 Abs 1 SGG](#)) ist die richtige Klageart, weil die Klägerin die ersatzlose Aufhebung des von der Beklagten erlassenen Bescheides vom 18.3.2008 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 30.7.2008 begehrt. Diese Anfechtungsklage betrifft zwei voneinander zu unterscheidende Streitgegenstände. Die Beklagte hat in dem Bescheid vom 18.3.2008 mit dem ersten Verfügungssatz festgestellt, dass die Klägerin wegen des Betriebs eines "kunstvermarktenden" Unternehmens (§ 24 Abs 1 Satz 1 Nr 7 und Abs 2 Satz 1 KSVG) dem Grunde nach zur Abführung der KSA verpflichtet ist (Erfassungsbescheid). Mit dem zweiten Verfügungssatz ist die von der Klägerin für die Jahre 2004 bis 2006 zu entrichtende KSA auf 4484,70 Euro festgesetzt worden (Abgabebescheid). Es handelt sich also um einen kombinierten Verwaltungsakt ([§ 31 SGB X](#)), der hinsichtlich beider durch die Verfügungssätze gekennzeichneten Verwaltungsentscheidungen angefochten ist, weil die Klägerin die vollständige Aufhebung des Bescheides vom 18.3.2008 begehrt. Die darin liegende objektive Klagenhäufung ist nach [§ 56 SGG](#) zulässig, weil sich die Begehren gegen dieselbe Beklagte richten, im Zusammenhang stehen und dasselbe Gericht zuständig ist. Der Annahme einer umfassenden Anfechtung des Bescheides steht auch nicht der Umstand entgegen, dass die Klägerin gemäß ihren Angaben im Erhebungsbogen vom 10.2.2008 ursprünglich selbst von einer grundsätzlichen Abgabepflicht nach § 24 Abs 1 Satz 1 Nr 7 KSVG ausgegangen ist. Sie hat im vorliegenden Rechtsstreit verdeutlicht, auch die Erfassungsentscheidung anfechten zu wollen, weil L und P nicht als Künstler anzusehen seien, sie auch ansonsten keine Aufträge an selbstständige Künstler oder Publizisten erteilt habe und dies gegenwärtig ebenfalls nicht der Fall sei.

12

2. Der Bescheid vom 18.3.2008 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 30.7.2008 ist formell rechtmäßig, weil er von der Beklagten als zuständiger Behörde erlassen worden ist. Nach [§ 28p Abs 1a SGB IV](#) (in der Fassung von Art 2 Nr 1a des Dritten Gesetzes zur Änderung

des KSVG und anderer Gesetze (3. KSVG-ÄndG) vom 12.6.2007, [BGBl I 1034](#), in Kraft getreten zum 15.6.2007) prüfen die Träger der Rentenversicherung bei den Arbeitgebern ua, ob diese die KSA rechtzeitig und vollständig entrichten (Satz 1). Sie erlassen insoweit die erforderlichen Verwaltungsakte einschließlich der Widerspruchsbescheide (Satz 3) und unterrichten die Künstlersozialkasse (KSK) über Sachverhalte, soweit sie Melde- und Abgabepflichten der Arbeitgeber nach dem KSVG betreffen (Satz 4). Damit korrespondierende Vorschriften sind durch das 3. KSVG-ÄndG zum 15.6.2007 auch in das KSVG selbst eingefügt worden (§ 27 Abs 1 Satz 3, § 29 Satz 1, § 35 Abs 1 Satz 2, § 36 Abs 4 Nr 1 KSVG). Die KSK überwacht seit diesem Zeitpunkt nur noch die rechtzeitige und vollständige Entrichtung der Beitragsanteile der Versicherten und der KSA bei den Unternehmern ohne Beschäftigte und den Ausgleichsvereinigungen (§ 35 Abs 1 Satz 1 KSVG), während die Träger der Rentenversicherung im Rahmen ihrer Prüfungen bei den Arbeitgebern nach [§ 28p SGB IV](#) die rechtzeitige und vollständige Entrichtung der KSA durch diese Unternehmer überwachen (§ 35 Abs 1 Satz 2 KSVG iVm [§ 28p Abs 1a SGB IV](#)). Diese Zuständigkeitstrennung ist zum 15.6.2007 auch in der nach § 35 Abs 2 KSVG erlassenen KSVG-Beitragsüberwachungsverordnung (vgl § 1 Abs 1 KSVG-BÜVO vom 13.10.1994, [BGBl I 2972](#), in der Fassung durch Art 3 3. KSVG-ÄndG) umgesetzt worden. Hier ist der angefochtene Bescheid im Rahmen einer Betriebsprüfung nach [§ 28p Abs 1a SGB IV](#) erlassen worden. Deshalb war die Beklagte und nicht die KSK für den Erlass des Erfassungs- und Abgabebescheides sowie des Widerspruchsbescheides zuständig. Die Anfechtungsklage war demzufolge auch gegen die Beklagte und nicht gegen die KSK zu richten.

13

3. Die KSK war zum vorliegenden Rechtsstreit nicht notwendig beizuladen ([§ 75 SGG](#)). Seit der zum 15.6.2007 eingeführten Zuständigkeitstrennung bei den Prüfungspflichten nach den §§ 29 und 35 KSVG (vgl Finke/Brachmann/Nordhausen, KSVG, 4. Aufl 2009, § 29 RdNr 6 sowie § 35 RdNr 3, 8 und 9) entscheiden die Träger der Rentenversicherung nach [§ 28p Abs 1a SGB IV](#) iVm § 35 Abs 1 Satz 2 KSVG im Rahmen von Betriebsprüfungen bei Arbeitgebern abschließend und endgültig über die Erfassung der geprüften Unternehmer als abgabepflichtige Vermarkter nach § 24 KSVG und über die Höhe der von ihnen zu entrichtenden KSA nach § 25 KSVG. Die KSK ist an die von den Trägern der Rentenversicherung erlassenen Bescheide gebunden, ohne dass ihr insoweit ein Beteiligungsrecht zusteht. Die Träger der Rentenversicherung haben die KSK lediglich über die von ihnen geführten Rechtsstreitigkeiten nach dem KSVG und deren Ausgang zu unterrichten ([§ 28p Abs 1a Satz 4 SGB IV](#)).

14

4. Der angefochtene Bescheid ist hinsichtlich des ersten Verfügungssatzes (Erfassungsbescheid) materiell rechtmäßig, weil das von der Klägerin betriebene Unternehmen als "Werkstatt für Werbung" zu den im Katalog des § 24 Abs 1 Satz 1 KSVG aufgeführten typischen Kunst und Publizistik vermarktenden oder verwertenden Unternehmen gehört. Konkret wird sie von der Regelung des § 24 Abs 1 Satz 1 Nr 7 KSVG erfasst, weil sie "Werbung oder Öffentlichkeitsarbeit für Dritte" anbietet. Dabei kommt es - entgegen der Ansicht der Klägerin - nicht darauf an, ob ein von dem Katalog des § 24 Abs 1 Satz 1 KSVG erfasstes Unternehmen tatsächlich Aufträge an selbstständige Künstler oder Publizisten erteilt. Die KSK ist berechtigt, die grundsätzliche Abgabepflicht eines Unternehmens nach dem KSVG gesondert festzustellen (Erfassungsbescheid), um etwaige Unklarheiten über das Bestehen der Abgabepflicht vorab zu beseitigen ([BSGE 64, 221](#) = [SozR 5425 § 24 Nr 2](#); [BSGE 69, 259](#) = [SozR 3-5425 § 24 Nr 1](#); [BSG SozR 3-5425 § 24 Nr 7](#) und 9; stRspr). Die gleiche Befugnis steht dem Träger der Rentenversicherung zu, wenn die Abgabepflicht im Rahmen einer Betriebsprüfung bei einem Arbeitgeber nach § 35 Abs 1 Satz 2 KSVG iVm [§ 28p Abs 1a SGB IV](#) festgestellt wird. Falls in einem Kalenderjahr keine Aufträge an selbstständige Künstler oder Publizisten erteilt worden sind, hat die Erfassung als abgabepflichtiges Unternehmen lediglich zur Folge, dass gegenüber der KSK eine "Nullmeldung" abzugeben ist ([BSG SozR 3-5425 § 24 Nr 9](#) S 51 - Landwirtschaftsmuseum).

15

Ergänzend bleibt anzumerken, dass die Abgabepflicht hier auch auf die Generalklausel des § 24 Abs 2 Satz 1 KSVG gestützt werden kann. Danach sind zur KSA solche - von § 24 Abs 1 KSVG nicht erfasste - Unternehmer 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. Dieser Abgabebetstand ist ebenfalls erfüllt. Die Klägerin beauftragt L und P, die selbstständige Künstler iS des § 2 KSVG sind (vgl dazu unter 5.), seit dem Jahr 2004 regelmäßig und mehrfach im Jahr mit der Erstellung der Werbefotografien, um ihrerseits Aufträge von Kunden zu erfüllen, aus denen sie ihre Umsätze erzielt. Für die Praxis ist allerdings darauf hinzuweisen, dass die Generalklausel des § 24 Abs 2 Satz 1 KSVG lediglich einen Auffangtatbestand darstellt, auf den die Abgabepflicht nur dann zu stützen ist, wenn ein Unternehmen nicht zu den typischen Vermarktern und Verwertern von Kunst und Publizistik iS des § 24 Abs 1 KSVG gehört.

16

5. Der angefochtene Bescheid ist auch hinsichtlich des zweiten Verfügungssatzes (Abgabebescheid) rechtmäßig, weil die KSA dem Grunde und der Höhe nach zutreffend festgelegt worden ist. Rechtsgrundlage ist insoweit § 25 KSVG.

17

a) Bemessungsgrundlage der KSA sind nach § 25 Abs 1 Satz 1 KSVG Entgelte für künstlerische oder publizistische Werke oder Leistungen, die ein 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 dem KSVG nicht versicherungspflichtig sind. Die Abgabepflicht der Unternehmer knüpft damit nur im Reflex an die Versicherungspflicht der Beauftragten nach dem KSVG an. Nach § 1 Nr 1 KSVG (in der ab 1.1.2005 geltenden Fassung von Art 48 Nr 1 des Gesetzes zur Organisationsreform in der gesetzlichen Rentenversicherung vom 9.12.2004, [BGBl I 3242](#), die im hier relevanten Teil mit der bis zum 31.12.2004 geltenden Fassung durch das Pflege-Versicherungsgesetz vom 26.5.1994, [BGBl I 1014](#), übereinstimmt) werden selbstständige Künstler und Publizisten in der allgemeinen Rentenversicherung, in der gesetzlichen Krankenversicherung und in der sozialen Pflegeversicherung versichert, wenn sie eine künstlerische oder publizistische Tätigkeit erwerbsmäßig und nicht nur vorübergehend ausüben und dabei - abgesehen von Auszubildenden und geringfügig Beschäftigten ([§ 8 SGB IV](#)) - nicht mehr als einen Arbeitnehmer beschäftigen (§ 1 Nr 2 KSVG). Gemäß § 2 Satz 1 KSVG ist Künstler im Sinne dieses Gesetzes, wer Musik, darstellende oder bildende Kunst schafft, ausübt oder lehrt. Publizist ist, wer als Schriftsteller,

Journalist oder in anderer Weise publizistisch tätig ist oder Publizist lehrt (§ 2 Satz 2 KSVG). Die Abgabepflicht der Unternehmen ist also insofern von der Versicherungspflicht der selbstständigen Künstler entkoppelt, als auch solche Entgelte in die Bemessungsgrundlage einfließen, die an nicht selbst versicherungspflichtige Künstler gezahlt werden. Mit der Einbeziehung von an nicht versicherungspflichtige Künstler gezahlten Entgelten sollte vermieden werden, dass diese gegenüber den versicherungspflichtigen Künstlern dadurch einen Wettbewerbsvorteil erhalten, dass die Unternehmen bei ihnen Kosten in Höhe der KSA hätten einsparen können. Diese Regelung ist rechtmäßig und verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden (BSG [SozR 3-5425 § 25 Nr 10](#) unter Hinweis auf [BVerfGE 75, 108](#) = SozR 5425 § 1 Nr 1; [BSGE 99, 297](#) = [SozR 4-5425 § 2 Nr 13](#); Finke/Brachmann/Nordhausen, aaO, § 25 RdNr 9).

18

b) In § 2 Satz 1 KSVG werden drei Bereiche künstlerischer Tätigkeit jeweils in den Spielarten des Schaffens, Ausübens und Lehrens umschrieben, nämlich die Musik sowie die bildende und die darstellende Kunst. Eine weitergehende Festlegung, was man darunter im Einzelnen zu verstehen hat, ist im Hinblick auf die Vielfalt, Komplexität und Dynamik der Erscheinungsformen künstlerischer Betätigungsfelder nicht erfolgt. Der Gesetzgeber spricht im KSVG nur allgemein von "Künstlern" und "künstlerischen Tätigkeiten". Auf eine materielle Definition des Kunstbegriffs hat er hingegen bewusst verzichtet ([BT-Drucks 8/3172, S 21](#)). Dieser 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](#) RdNr 13 und [BSGE 83, 160, 161](#) = [SozR 3-5425 § 2 Nr 9](#) S 33 - jeweils mwN; 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). Aus den Materialien zum KSVG ergibt sich, dass der Begriff der Kunst trotz seiner Unschärfe auf jeden Fall solche künstlerischen Tätigkeiten umfassen soll, mit denen sich der "Bericht der Bundesregierung über die wirtschaftliche und soziale Lage der künstlerischen Berufe (Künstlerbericht)" aus dem Jahre 1975 ([BT-Drucks 7/3071](#)) beschäftigt. Der Gesetzgeber hat damit 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 (zB Theater, Gemälde, Konzert) entspricht. Bei diesen Berufsfeldern ist das soziale Schutzbedürfnis zu unterstellen, ohne dass es auf die Qualität der künstlerischen Tätigkeit ankommt oder eine bestimmte Werk- und Gestaltungshöhe vorausgesetzt wird ([BSGE 98, 152](#) = [SozR 4-5425 § 2 Nr 11](#) mwN; stRspr). L und P sind hiernach als Werbefotografen Künstler iS des § 2 KSVG.

19

c) Der erkennende Senat hat schon mehrfach entschieden, dass die Werbefotografie "bildende Kunst" iS des § 2 KSVG darstellt (BSG [SozR 4-5425 § 24 Nr 2](#), 3 und 6; BSG [SozR 4-5425 § 2 Nr 4](#)). Dies gilt unabhängig davon, ob dem Werbefotografen im konkreten Einzelfall ein kunsttypischer eigenschöpferischer Gestaltungsspielraum zur Verfügung steht, ob die Fotografien tatsächlich eine künstlerische Qualität besitzen oder ob zumindest der Fotograf für sich einen künstlerischen Anspruch erhebt (BSG aaO). Daran ist auch nach erneuter Prüfung festzuhalten.

20

aa) Die Fotografie kann als spezielle Form bildlicher Darstellung von Personen, Sachen und Ereignissen 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; [BSGE 82, 164](#) = [SozR 3-5425 § 2 Nr 8](#) - Feintäschner; BSG [SozR 3-5425 § 2 Nr 14](#) - Textilrestaurator) 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 im Sinne 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 in pauschaler Weise den künstlerischen Betätigungen 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; [BSGE 98, 152](#) = [SozR 4-5425 § 2 Nr 11](#) - Tätowierer). Die Zweckgebundenheit der Produkte (Gebrauchsgegenstände, Werbemittel) steht ihrer Einordnung als künstlerisch in keinem Fall entgegen.

21

bb) Bei der von Werbefotografen betriebenen Art der Fotografie ist für die Einordnung als künstlerisch allein entscheidend, dass sie zu Werbezwecken erfolgt. Für diese Auslegung spricht bereits der schon erwähnte Katalog der typischen Kunst vermarktenden und verwertenden Unternehmen in § 24 Abs 1 Satz 1 KSVG, der unter Nr 7 ausdrücklich die "Werbung und Öffentlichkeitsarbeit für Dritte" betreibenden Unternehmen erfasst. Hinzu kommen nach § 24 Abs 1 Satz 2 KSVG noch die "Eigenwerbung" betreibenden Unternehmen. Werbeagenturen, Public-Relations-Büros sowie die Werbeabteilungen von Unternehmen ziehen für die optische Gestaltung von Werbung und Marketing vielfach selbstständige Grafiker, Werbefotografen, Designer und sonstige Künstler heran (Finke/Brachmann/Nordhausen, aaO, § 24 RdNr 151 und 152). Dabei ist der Bereich der Werbung weit zu fassen. Es geht um die Gestaltung von Werbung in den verschiedenen Medien (Film, Fernsehen, Internet, Zeitungen, Zeitschriften usw) durch Werbefilme, Werbespots, Werbeanzeigen, werbenden Webseiten und Werbeflyern. Zur Werbung gehören deshalb zB auch die Versandhauskataloge (BSG [SozR 4-5425 § 24 Nr 2](#)) sowie die Verpackungen der Produkte, um deren werbewirksame Gestaltung es bei den Werbefotografien geht, die von der Klägerin in Auftrag gegeben werden (Verpackung von Unterwäsche und anderen Textilien). Die Einbeziehung der diese verschiedenen Formen der Werbung betreibenden Unternehmen in den Kreis der Kunstvermarkter und Kunstverwerter lässt darauf schließen, dass gerade die von ihnen typischerweise herangezogenen "kreativen" Selbstständigen zu dem Personenkreis zählen, der in § 2 KSVG mit "bildende Kunst Schaffenden" bezeichnet worden ist.

22

Dass dies tatsächlich auch der Vorstellung des Gesetzgebers entspricht, folgt - worauf der Senat immer wieder hingewiesen hat - aus den Materialien zum KSVG ([BT-Drucks 8/3172, S 20](#)), 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 und den damit verbundenen - engen oder weiten - Gestaltungsspielraum des Fotografen ankommt (vgl BSG [SozR 4-5425 § 2 Nr 4](#); BSG [SozR 4-5425 § 24 Nr 2](#), 3 und 6; BSG [SozR 4-5425 § 25 Nr 1](#); stRspr).

23

cc) Die von der Klägerin in den Vordergrund gestellte Abgrenzung der von Fotografenmeistern praktizierten professionellen Fotografie als Handwerk, zu der sie auch die von L und P erstellten Werbefotografien zählt, von der "künstlerischen Fotografie", wie sie der Senat im Jahre 1998 im Urteil zur Tätigkeit der Gemäldefotografie für ein Kunstidia-Archiv (BSG [SozR 3-5425 § 25 Nr 11](#)) definiert hat, übersieht indes, 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 - hier in Form der Modelfotografie - kann je nach der Ausgestaltung des Auftrags und des geforderten Ergebnisses zwar einen eigenschöpferischen künstlerischen Ausdruck haben, der derjenigen der künstlerischen Fotografie im engeren Sinne nahekommt, 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 - also werbewirksam - ins Bild zu setzen. Wenn dem Auftraggeber eine Anzahl von Aufnahmen desselben Motivs zur Auswahl überlassen wird, besagt dies nur, dass der Auftraggeber das Bild auswählen kann, das aus seiner Sicht sein Angebot für den Kunden am vorteilhaftesten präsentiert, nicht aber, dass es darum ginge, die handwerklich gelungenste Aufnahme herauszusuchen. Letzteres könnte ohne Weiteres dem Fotografen selbst als Fachmann überlassen werden. Die Vielzahl der Aufnahmen eines Motivs bestätigt somit, dass es zahlreiche Möglichkeiten gibt, ein Objekt handwerklich einwandfrei abzulichten, und dass es einer geschmacklich-ästhetischen - und hier auch werbepsychologischen - Entscheidung bedarf, welches die beste Form der Ablichtung ist. Diese Entscheidung muss zunächst vom Fotografen getroffen werden, was nicht ausschließt, dass er seinem Auftraggeber mehrere Varianten zur Auswahl überlässt. Darin liegt der Unterschied zur bloßen Ablichtung von Gemälden für ein Kunstidia-Archiv (BSG [SozR 3-5425 § 25 Nr 11](#)), die sich in einer möglichst originalgetreuen Wiedergabe, also der Erfüllung einer handwerklich-technischen Vorgabe, erschöpft.

24

d) Die Einwände der Klägerin und des SG gegen die maßgebliche Heranziehung der Gesetzesmaterialien zum KSVG und des Künstlerberichts der Bundesregierung, auf den der Gesetzgeber im Rahmen des § 2 KSVG verwiesen hat, greifen nicht durch. Es trifft zwar zu, dass der Künstlerbericht im Bereich "Bildende Kunst/Design" mehrere Berufe erwähnt, die zum breiten Gebiet des Kunsthandwerks zählen (zB Keramiker, Graveure, Glas-, Textil-, Holz- und Metallgestalter) und als Handwerksberufe deshalb nur dann zur "Kunst" iS des § 2 KSVG gehören, wenn sich der Betroffene schwerpunktmäßig als Produktdesigner betätigt oder er in einschlägigen Fachkreisen trotz seiner kunsthandwerklichen Ausrichtung als "bildender Künstler" anerkannt ist ([BSGE 80, 136 = SozR 3-5425 § 2 Nr 5](#); [BSGE 82, 164 = SozR 3-5425 § 2 Nr 8](#); BSG [SozR 3-5425 § 2 Nr 11](#) und 14). Eine vergleichbare Mehrdeutigkeit findet sich im Bereich der Werbung aber nicht.

25

aa) Hätten die Verfasser des Künstlerberichts - und ihnen folgend der Gesetzgeber des KSVG - nur solche Formen und Produkte der Werbefotografie in den Kunstbegriff einbeziehen wollen, die im herkömmlichen Sinne "künstlerische" Qualität aufweisen oder eine "künstlerische" Werkhöhe repräsentieren, hätte es nahegelegen, auf die gesonderte Aufführung des Berufs des Werbefotografen gänzlich zu verzichten, weil diese "künstlerischen" Teile der Werbefotografie bereits durch die im Künstlerbericht ebenfalls erwähnten Berufsfelder der künstlerischen Fotografie und des Fotodesigns abgedeckt wären.

26

bb) Für die Einbeziehung der Werbefotografie in ihrer gesamten Bandbreite spricht ferner der Umstand, dass auch die anderen Berufe, die am kreativen Prozess der bildlichen und textlichen Gestaltung von Werbung und Werbemitteln beteiligt sind, insgesamt und ohne Differenzierung nach künstlerischer oder publizistischer Qualität bzw Werkhöhe und ohne Berücksichtigung der Breite des gestalterischen Spielraums im Einzelfall dem Anwendungsbereich des § 2 KSVG zuzuordnen sind. So gehören zB Werbefilmregisseure, Werbefilmautoren, Werbesprecher, Werbegrafiker, Plakatmaler und Werbetexter unabhängig vom konkreten Inhalt eines Auftrages aus der Werbebranche und unabhängig von dem Umfang des eingeräumten Gestaltungsspielraumes zu den Künstlern und Publizisten iS des § 2 KSVG, weil ihre berufliche Tätigkeit als Gattung künstlerischer bzw publizistischer Natur ist (Regisseur, Drehbuchautor, Sprecher, Grafikdesigner, Maler, "in anderer Weise als durch Schriftstellerei oder Journalismus publizistisch Tätiger") und die Betätigung im Bereich der Werbung an der künstlerischen bzw publizistischen Natur ihrer Arbeit nichts ändert (vgl Finke/Brachmann/Nordhausen, aaO, § 2 RdNr 13, 14, 16, 17, 19, 20, § 24 RdNr 146). Daher wäre es sachwidrig, allein bei der Werbefotografie zwischen künstlerischer und nicht-künstlerischer Natur der Leistung zu unterscheiden.

27

e) Die Ausbildung eines Werbefotografen als Fotografenhandwerker steht - ebenso wie die Eintragung seines Betriebs in der Handwerksrolle - der Einstufung als "bildender Künstler" iS des § 2 KSVG nicht entgegen, weil er als Werbefotograf das handwerkliche Berufsfeld des Fotografenmeisters 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](#)).

28

Bei der Werbefotografie bleibt für ihre Einordnung als künstlerisch also entscheidend, dass sie gerade zu Werbezwecken erfolgt. Dass ein Werbefotograf mit seinen Werken in einschlägigen Fachkreisen als "Künstler" anerkannt und behandelt wird, beispielsweise an Kunstausstellungen teilnimmt, Mitglied von Künstlervereinen ist, in Künstlerlexika aufgeführt wird, Auszeichnungen als Künstler erhalten hat oder andere Indizien auf eine derartige Anerkennung schließen, ist hingegen nicht Voraussetzung. Darauf könnte es nur ankommen, wenn es sich um ein Berufsfeld handeln würde, das dem Handwerk bzw Kunsthandwerk zuzuordnen wäre. Dies ist bei der Werbefotografie aber nicht der Fall, weil sie ein anderes Berufsfeld darstellt als die handwerkliche Fotografie. Die Werbeagenturen und Werbung betreibenden Unternehmen beauftragen deswegen für den für sie wichtigen Werbebereich in aller Regel auch nur professionelle Werbefotografen. Die Werbefotografie verkörpert zudem nicht lediglich einen Annex zur handwerklichen Fotografie. Dies könnte nur angenommen werden, wenn die Mehrzahl der Fotografenmeister sich zugleich als Werbefotografen betätigen würde. Das ist jedoch nicht der Fall. Nur in Ausnahmefällen werden - wie hier von L - beide Berufsfelder gleichzeitig abgedeckt.

29

f) Festzuhalten bleibt somit, dass eine Begrenzung der Abgabepflicht nach dem KSVG auf jene Formen der Werbefotografie, die nach herkömmlichem Verständnis "künstlerischer Natur" ist und deshalb der künstlerischen Fotografie gleichzustellen wäre, weder von der Entstehungsgeschichte des KSVG noch von dessen Sinn und Zweck her möglich ist. Da die Einbeziehung aller Formen der Werbefotografie in den Kunstbegriff des § 2 KSVG auf einer Entscheidung des Gesetzgebers beruht, könnte eine denkbare Korrektur auch nur durch den Gesetzgeber selbst erfolgen. Eine Korrektur allein durch eine Änderung der Rechtsprechung wäre ausgeschlossen, weil die aus den Gesetzesmaterialien ersichtliche Grundentscheidung des Gesetzgebers ([BT-Drucks 8/3172, S 20](#)) eindeutig ist.

30

6. Die Höhe der zu entrichtenden KSA ist zutreffend berechnet. Nach § 25 Abs 2 Satz 1 KSVG ist Entgelt iS des § 25 Abs 1 KSVG alles, was der zur Abgabe Verpflichtete (§ 24 KSVG) aufwendet, um das Werk oder die Leistung zu erhalten oder zu nutzen, abzüglich der in einer Rechnung oder Gutschrift gesondert ausgewiesenen Umsatzsteuer. Ausgenommen sind nach § 25 Abs 2 Satz 2 KSVG auch die Entgelte, die für urheberrechtliche Nutzungsrechte, sonstige Rechte des Urhebers oder Leistungsschutzrechte an Verwertungsgesellschaften gezahlt werden (Nr 1) sowie steuerfreie Aufwandsentschädigungen und die in [§ 3 Nr 26 EStG](#) genannten steuerfreien Einnahmen (Nr 2). Nach der auf der Ermächtigungsgrundlage des § 25 Abs 2 Satz 3 KSVG beruhenden Künstlersozialversicherungs-Entgeltverordnung vom 22.1.1991 ([BGBl I 156](#)) sind ferner Aufwendungen für nachgewiesene Reisekosten sowie übliche Aufwendungen für die Bewirtung der selbstständigen Künstler und Publizisten aus der Bemessungsgrundlage auszuklammern. Diese Ausnahmetatbestände sind hier nicht erfüllt; weitere Ausnahmetatbestände haben weder der Gesetzgeber noch der Ordnungsgeber vorgesehen. Damit sind auch die in den Vergütungen für L und P enthaltenen Anteile für die Aufnahmetechnik und die Assistenten in die Bemessungsgrundlage einzubeziehen (vgl im Einzelnen [BSG SozR 3-5425 § 25 Nr 6](#)). Offen bleiben kann die Frage, ob auch die gesondert berechneten Honorare für die Models mit der KSA zu belegen wären. Die Beklagte hat diese Honorare nicht in die Bemessungsgrundlage der KSA einbezogen, sondern sich auf die Vergütungen für L und P beschränkt.

31

7. Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197a Abs 1 SGG](#) iVm [§ 154 Abs 2 VwGO](#).

32

8. Die Streitwertfestsetzung folgt aus [§ 197a Abs 1 SGG](#) iVm [§ 63 Abs 2](#), [§ 52 Abs 1](#) und 3 sowie [§ 47 Abs 1 GKG](#). Obgleich hier zwei Streitgegenstände vorliegen (siehe dazu unter 1.), wird das für die Streitwertbemessung maßgebliche wirtschaftliche Interesse der Klägerin an der Klage allein durch die für drei Jahre auf insgesamt 4484,70 Euro festgelegte KSA-Schuld bestimmt, weil das Begehren einheitlich auf die Vermeidung der KSA-Pflicht bezüglich der Vergütungen von L und P in diesem Zeitraum gerichtet ist.

Rechtskraft
Aus
Login
BRD
Saved
2011-04-26