

**Digitaler Strukturwandel, Ausweitung
der Abgabepflicht und Eigenwerbung**

**Zur verfassungsrechtlichen Problematik
des Künstlersozialversicherungsgesetzes**

von

Prof. Dr. Hans-Wolfgang Arndt



**Bund der Steuerzahler
Deutschland e.V.**

Inhalt

- 4** **Vorwort**
von Reiner Holznagel, Präsident des BdSt
und
Rik Steinheuer, Vizepräsident des BdSt
- 6** **Zum Hintergrund**
- 10** **Digitaler Strukturwandel, Ausweitung
der Abgabepflicht und Eigenwerbung**
- Zur verfassungsrechtlichen Problematik des
Künstlersozialversicherungsgesetzes**
- Gutachtliche Stellungnahme
von Prof. Dr. Hans-Wolfgang Arndt**

Vorwort

von Reiner Holznagel, Präsident des BdSt,
und Rik Steinheuer, Vizepräsident des BdSt



Kunst in ihrer Vielfalt bereichert unser Leben! Hinter jeder Kunst steht aber auch ein Künstler, der mehr oder weniger von seiner Kunst leben möchte. Die Künstlersozialversicherung ist dabei ein wichtiger Baustein, damit Künstler eine Versorgungssicherheit haben. Um diese Versorgungssicherheit zu finanzieren, gibt es die Künstlersozialabgabe als ein Finanzierungsbaustein. Sie wird auf Leistungen erhoben, die einen künstlerischen Charakter haben; somit steht sie im direkten Zusammenhang mit den aktiven Kunstschaaffenden.

Allerdings entpuppt sich diese Abgabe als extrem bürokratisch und realitätsfremd. Insbesondere kleine und mittelständische Unternehmen leiden unter dem komplizierten Regelwerk der Künstlersozialabgabe. Nur mit sehr viel Aufwand und oftmals erst durch Expertenrat ist es den Abgabepflichtigen möglich, die Höhe der Künstlersozialabgabe lückenfrei zu ermitteln. Selbst die Künstler, die eigentlich von diesem System profitieren sollen, leiden letztendlich unter der Künstlersozialabgabe, denn angesichts des bürokratischen

Aufwands nehmen Unternehmen immer häufiger davon Abstand, Künstler zu engagieren.

Anstatt endlich die richtigen Konsequenzen zu ziehen, reagiert das Bundesministerium für Arbeit und Soziales mit noch mehr Bürokratie. So soll künftig flächendeckend und lückenlos überprüft werden, ob die Abgabe richtig geleistet wurde. Diese Überprüfung würde zu Mehrkosten für Wirtschaft und Verwaltung in Höhe von mindestens 50 Millionen Euro führen.

Für den Bund der Steuerzahler ist dieses Vorhaben falsch und Anlass, die bestehende Abgabe und deren Erhebung einer kritischen Prüfung zu unterziehen. Der Verband hat daher den Rechtswissenschaftler Prof. Dr. Hans-Wolfgang Arndt, ehemals Lehrstuhlinhaber für Öffentliches Recht und Steuerrecht an der Universität Mannheim, mit einem Gutachten beauftragt, das die Frage der Verfassungskonformität behandelt. Das Ergebnis des Gutachtens: Die Künstlersozialabgabe ist verfassungswidrig und dürfte daher nicht mehr erhoben werden. Daran anknüpfend beantwortet die Veröffentlichung die Frage, wie stattdessen eine Alternative zur Künstlersozialabgabe gestaltet werden könnte. In Konsequenz fordern wir, die Künstlersozialabgabe als Teil der Künstlersozialversicherung abzuschaffen und stattdessen die Finanzierung der Künstlersozialversicherung effizienter, transparenter und verfassungskonform zu gestalten. Diese Veröffentlichung erläutert hierzu die Grundlagen.



Reiner Holznagel



Rik Steinheuer

Zum Hintergrund

Was ist die Künstlersozialversicherung?

Die Künstlersozialversicherung (KSV) ist die gesetzliche Sozialversicherung für selbstständige Künstler und Publizisten, die dort auf Leistungen der Renten-, Kranken- und Pflegeversicherung Anspruch haben. Nicht alle Künstler und Publizisten werden in die KSV aufgenommen, sondern nur diejenigen, die bestimmte Voraussetzungen erfüllen.

Die Versicherten zahlen lediglich den hälftigen Sozialversicherungsbeitrag, die andere Hälfte wird durch einen Bundeszuschuss (20 %) und durch Erhebung der Künstlersozialabgabe (30 %) finanziert.

Was ist die Künstlersozialabgabe?

Die Künstlersozialabgabe ist ein Finanzierungsmittel der KSV. Ihr Aufkommen von ca. 270 Mio. Euro trägt zu 30 % zur Finanzierung der KSV bei.

Die Abgabe muss beispielsweise entrichtet werden, wenn ein Unternehmen im Zusammenhang mit Werbung für das eigene Unternehmen Aufträge an selbstständige Künstler und Publizisten vergibt (z. B. Erstellung von Katalogen, Broschüren oder der Internetseite) und zwar auch dann, wenn der Auftragnehmer nicht in der KSV versichert ist. Auf das gezahlte Honorar müssen dann 4,1 % Künstlersozialabgabe entrichtet werden.

Probleme der Künstlersozialabgabe

1. Enorme bürokratische Belastung für kleine und mittlere Unternehmen

Die bürokratische Belastung durch die Künstlersozialabgabe ist vor allem für kleinere und mittlere Unternehmen hoch. Für sie ist es in der Regel ohne genaue Kenntnis der Rechtsprechung und ohne Hinzuziehung von Experten nicht möglich, abgabepflichtige Entgelte lückenfrei zu beziffern und an die Künstlersozialkasse bzw. die Deutsche Rentenversicherung zu melden. Es ergeben sich vor allem die folgenden Schwierigkeiten:

- Der Auftraggeber muss zunächst wissen, dass die Künstlersozialabgabe grundsätzlich nur für Leistungen an Einzelunternehmer und Personengesellschaften zu zahlen ist. Aufträge an Kapitalgesellschaften sind abgabefrei. Doch ein Blick in das Künstlersozialversicherungsgesetz hilft hierbei nicht weiter, vielmehr

müssen auch noch die Feinheiten der geltenden Rechtsprechung beachtet werden. Danach muss beispielsweise für Aufträge an eine GmbH & Co. KG, eine Personengesellschaft, ebenfalls keine Abgabe gezahlt werden.

- Für den Auftraggeber ist es schwierig festzustellen, ob es sich bei der beauftragten Person überhaupt um einen Künstler im Sinne des Künstlersozialversicherungsgesetzes handelt. Eine abschließende Definition findet sich nämlich nicht im Gesetz. Vor Sozialgerichten werden kontinuierlich Entscheidungen darüber gefällt, welche Berufsgruppen als Künstler anzusehen sind und welche nicht. Ein Unternehmer kann hierüber keinen Überblick behalten. So gelten Aufträge an Berufsgruppen, wie z. B. Webdesigner, die dem typischen Bild eines Künstlers in keiner Weise entsprechen, als abgabepflichtig.
- Abgabepflichtig sind Aufträge, die „nicht nur gelegentlich“ erteilt werden oder wirtschaftlich bedeutend sind. Der Auftraggeber kann jedoch nicht ohne Weiteres feststellen, ob Aufträge „nicht nur gelegentlich“ vergeben werden, denn im Gesetz findet sich hierzu keine Definition. Auch hier ist eine Kenntnis der geltenden Rechtsprechung erforderlich. Das gleiche gilt für die Bewertung, ob der Auftrag wirtschaftlich bedeutend ist. Ferner ist es für Auftraggeber auch oft nicht leicht zu beurteilen, ob ein Auftrag im Zusammenhang mit Werbung oder Öffentlichkeitsarbeit erteilt worden ist. Bei der Erstellung eines Firmenprospekts mag das noch auf der Hand liegen, bei der Erstellung von Briefpapier schon weniger.
- Nicht eindeutig ist zudem, welche Positionen beispielsweise der Rechnung einer Werbeagentur abgabepflichtig sind. Ist der Brutto- oder der Nettobetrag ausschlaggebend? Muss auch auf Druckkosten die Abgabe bezahlt werden? Wie sieht es mit den Kosten für die Erstellung der Druckvorlage aus?
- Schließlich müssen die Auftraggeber bei der erstmaligen Meldeaufforderung alle Rechnungen der letzten fünf Jahre genau prüfen, um festzustellen, ob „nicht nur gelegentlich“ Aufträge im Zusammenhang mit „Werbung und Öffentlichkeitsarbeit“ an „selbständige Künstler oder Publizisten“ erteilt worden sind.

2. Bürokratiekosten stehen in einem unangemessenen Verhältnis zum Aufkommen

Die Bürokratiekosten, die durch die Abgabenerhebung und -kontrolle bei der Deutschen Rentenversicherung, der Künstlersozialkasse und bei den Unternehmen verursacht werden, stehen insgesamt in keinem angemessenen Verhältnis zum Abgabeaufkommen. Dies wird beispielsweise durch eine Studie

des Instituts der deutschen Wirtschaft belegt. Danach überstiegen die Bürokratiekosten im Jahr 2007 das Aufkommen.

Durch neuere Entwicklungen drohen zusätzliche hohe Bürokratiekosten. So ist vom Gesetzgeber geplant, die bisherige Stichprobenprüfung der Künstlersozialabgabe zu einer flächendeckenden Überprüfung auszuweiten. Dies würde nach einer Schätzung der Deutschen Rentenversicherung zu Mehrkosten für Wirtschaft und Verwaltung in Höhe von mindestens 50 Mio. Euro führen.

3. Künstlersozialabgabe schadet auch Auftragnehmern

Durch die Künstlersozialabgabe werden nicht nur die Auftraggeber, sondern auch mittelbar die Auftragnehmer belastet. Die Künstlersozialabgabe ist zwar für Aufträge an Personengesellschaften zu entrichten, sie wird jedoch bei Aufträgen an juristische Personen nicht fällig. Für Auftraggeber ist es daher günstiger, Kapitalgesellschaften zu beauftragen. Dies führte dazu, dass mancher Einzelunternehmer bzw. manche Personengesellschaft von ihren Auftraggebern dazu gedrängt wurde, ihre Rechtsform zu ändern. Die betroffenen Unternehmen sehen dadurch ihre Existenz bedroht.

4. Ungerechte Abgabenerhebung

Die Künstlersozialabgabe läuft dem Äquivalenzprinzip als Gerechtigkeitsgrundsatz für die Finanzierung der Sozialversicherung zuwider. Sie wird nämlich auch für Aufträge an Künstler und Publizisten fällig, die nicht in der Künstlersozialversicherung versichert sind. Auf diese Weise wird das Äquivalenzprinzip jedoch unterlaufen, denn der Abgabe steht kein Anspruch auf eine angemessene Gegenleistung gegenüber. Diese Tatsache stößt bei den betroffenen Auftraggebern und Auftragnehmern auf großes Unverständnis und wird als ungerecht empfunden, da für sie nicht nachvollziehbar ist, warum die Abgabe gezahlt werden muss, wenn keine der Parteien davon profitiert.

5. Verfassungswidrigkeit der Künstlersozialabgabe

Die Künstlersozialabgabe ist verfassungswidrig. Dies belegt das anliegende rechtswissenschaftliche Gutachten. Zwar hat das Bundesverfassungsgericht im Jahr 1987 ihre Verfassungsmäßigkeit mit einem „besonderen, kulturhistorisch gewachsenen Verhältnis gleichsam symbiotischer Art“ zwischen Künstlern und Verwertern (Auftraggebern) begründet. Das Gericht hatte aber offensichtlich „klassische“ Künstler und Publizisten wie zum Beispiel Maler, Schauspieler, Journalisten und Schriftsteller vor Augen, die zur Verwertung ihrer Fähigkeiten beispielsweise auf Galerien, Theater und Verlage angewie-

sen sind. Seither wurde der Kunstbegriff aber großzügig ausgeweitet. Es darf bezweifelt werden, dass das Gericht auch zwischen einem „normalen“ Unternehmen und einem Webdesigner ein solches Verhältnis erkennt. Zudem hat sich die Situation der Künstler seit der Einführung des Künstlersozialversicherungsgesetzes im Jahr 1983 gewandelt. Es stehen beispielsweise neue Kommunikationsmöglichkeiten zur Verfügung, die bei der eigenständigen Vermarktung der künstlerischen Produkte hilfreich sind. Daher unterstützt der Bund der Steuerzahler Klagen vor Sozialgerichten gegen die Künstlersozialabgabe.

Forderung des Bundes der Steuerzahler: Künstlersozialabgabe abschaffen!

Angesichts der erläuterten Probleme, die die Erhebung der Künstlersozialabgabe verursacht, fordert der Bund der Steuerzahler, sie abzuschaffen. Der Bund der Steuerzahler verkennt nicht, dass es ein kulturpolitisches Interesse an der staatlichen Unterstützung von Künstlern und Publizisten hinsichtlich ihrer sozialen Sicherung gibt. Eine Künstlersozialversicherung mag daher ihre Berechtigung haben. Allerdings sollte sie nicht durch die Erhebung der Künstlersozialabgabe, sondern durch andere, effizientere Mittel finanziert werden.

Finanzielle Auswirkungen

Infolge einer Abschaffung der Künstlersozialabgabe würden der Künstler-sozialversicherung rund 270 Mio. Euro bzw. 30 % ihrer Einnahmen verloren gehen. Diese Lücke wäre zu füllen, indem der Versichertenkreis auf die wirklich förderbedürftigen Künstler und Publizisten begrenzt wird und der Bundeszuschuss erhöht wird. Die Mittel für die Erhöhung des Bundeszuschusses können teilweise durch den Abbau entbehrllicher Subventionen, wie bspw. der Filmförderung, akquiriert werden. Auf diese Weise würde die Objektförderung in Richtung einer effizienteren Subjektförderung umstrukturiert.

**Digitaler Strukturwandel, Ausweitung
der Abgabepflicht und Eigenwerbung**

**- Zur verfassungsrechtlichen Problematik des
Künstlersozialversicherungsgesetzes -**

**- Gutachtliche Stellungnahme -
von
Prof. Dr. Hans-Wolfgang Arndt**

**erstellt im Auftrag des
Bundes der Steuerzahler Deutschland e.V.**

Gliederung

A Sachverhalt

B Auftrag

C Stellungnahme

I. Ausgangslage und Folgerungen aus der Ausgangslage

II. Zur generellen verfassungsrechtlichen Problematik der Künstlersozialabgabe im Jahr 2013

1. Digitaler Strukturwandel und seine Auswirkungen auf die Adressaten des Künstlersozialversicherungsgesetzes
 - a) Digitaler Strukturwandel und Kunstvermarktung
 - b) Verfassungsrechtliche und verfassungsprozessuale Folgen des digitalen Strukturwandels

III. Zur verfassungsrechtlichen Problematik der Ausweitung der Abgabepflicht auf die Vermarktung von Künstlern, die nicht Mitglied der Künstlersozialversicherung sind

1. Kompetenzgrundlage für die Ausweitung
2. Verringerung der Abgabenhöhe und Vermeidung der Wettbewerbsverzerrung als besondere Rechtfertigungsgründe?
 - a) Zum Wettbewerb auf dem Kunstmarkt
 - b) Zur Wettbewerbsverzerrung auf dem Kunstmarkt

IV. Zur verfassungsrechtlichen Problematik der Rechtsprechung zur Eigenwerbung nach dem Künstlersozialversicherungsgesetz

V. Ergebnis

A Sachverhalt

Zur Abschaffung der Künstlersozialabgabe unterstützt der Bund der Steuerzahler (BdSt) zwei Musterprozesse. Kläger sind in beiden Fällen Unternehmen, die für ihre Werbung und ihre Öffentlichkeitsarbeit Werbeagenturen mit verschiedenen Aufgaben beauftragt hatten. Auf die gezahlten Honorare sollen die beiden Firmen Künstlersozialabgabe entrichten.

Begründet werden die Klagen wie folgt:

- Die Künstlersozialabgabe sei insgesamt verfassungswidrig.
- Zumindest die Abgabepflicht der sogenannten Eigenwerber sei verfassungswidrig.
- Nicht verfassungskonform sei auch die Regelung, dass selbst dann eine Abgabe fällig wird, wenn der Künstler gar kein Mitglied der Künstlersozialkasse ist.

Im Wesentlichen stützen sich die Klagen dabei auf folgende Argumente:

- 1) Natürlich lasse sich der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1987 nicht wegdiskutieren. Die Künstlersozialversicherung (KSV) sei damals jedoch gerade fünf Jahre alt gewesen. Seither habe sich die KSV rasant weiterentwickelt, das Künstlersozialversicherungsgesetz (KSVG) und dessen praktische Umsetzung habe sich im Laufe der Jahrzehnte seit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts gravierend geändert. Es sei deshalb an der Zeit, die verfassungsrechtlichen Fragen, die die Künstlersozialabgabe von Anfang an begleitet haben, erneut zu stellen.
- 2) Das vom Bundesverfassungsgericht als Rechtfertigung der Pflicht zur Zahlung der fremdnützigen Künstlersozialabgabe herangezogene „kulturhistorisch gewachsene Verhältnis gleichsam symbiotischer Art“ zwischen selbstständigen Künstlern/Publizisten und ihren Vermarktern möge vielleicht noch auf die Künstlersozialversicherungs-Wirklichkeit des Jahres 1987 zugetroffen haben. Bei damals rund 28.000 Versicherten und ca. 16.000 Verwertern dürfte das Künstlersozialversicherungswesen 1987 noch auf die Kulturschaffenden im engeren Sinne beschränkt gewesen sein. Heute dagegen zählten **mehr als die Hälfte aller erfassten Verwerter zu den „Eigenwerbern“**. Hinter den „Eigenwerbern“ würden sich in der Regel ganz „normale“ Unternehmen wie z. B. Handwerksbetriebe, Einzelhändler, mittelständische Unternehmen und Freiberufler verbergen, die zum klassischen Kulturbetrieb keinerlei Berührungspunkte hätten. Sie seien als Verwerter

erfasst, weil sie beispielsweise von einer Werbeagentur einen Firmenprospekt oder von einem Computerexperten eine Internetseite hätten erstellen lassen. In diesen Fällen könne nicht ernsthaft von einem „kulturhistorisch gewachsenen Verhältnis symbiotischer Art“ gesprochen werden.

- 3) Das Bundesverfassungsgericht habe die Gesetzgebungskompetenz des Bundes deshalb bejaht, weil die Künstlersozialabgabe zur „Sozialversicherung“ im Sinne des Art. 74 Nr. 12 GG zähle. Gesetzliche Regelungen, die auf diese Kompetenznorm gestützt werden, müssten jedoch in ihren wesentlichen Strukturelementen dem Bild entsprechen, das durch die klassische Sozialversicherung geprägt sei. Dieses werde bestimmt durch die **Kombination** des **Versicherungs-** und des **Solidarprinzips**. Mit dem Versicherungs- und dem Solidarprinzip sei es nicht vereinbar, wenn die Künstlersozialabgabe weder dem Verwerter, der sie zahlt, noch dem Künstler/Publizisten, auf dessen Honorar sie berechnet wird, zu Gute komme. Darüber könne man nur hinwegsehen, wenn es sich um Einzelfälle handele. Dies sei nicht der Fall. Dann könne die Verpflichtung zur Zahlung der Künstlersozialabgabe nicht mehr auf die Kompetenznorm Art. 74 Nr. 12 GG („Sozialversicherung“) gestützt werden. Bezeichnenderweise habe die Bundesregierung vor dem **Europäischen Gerichtshof** denn auch die Ansicht vertreten, dass es sich bei der Künstlersozialabgabe nicht um einen Sozialversicherungsbeitrag handle, sondern um eine „parafiskalische Abgabe“.

Der BdSt verkennt nicht, dass es ein kulturpolitisch gerechtfertigtes Interesse an günstigen sozialen Rahmenbedingungen für Künstler und Publizisten gibt. Er fordert daher **nicht** die Abschaffung der Künstlersozial**versicherung**, sondern kritisiert allein die Künstlersozial**abgabe**. Neben den bereits genannten Gesichtspunkten vor allem noch weil:

- die Prüfung der Abgabepflicht erheblichen bürokratischen und zeitlichen Aufwand verursache;
- es unzumutbar sei, hohe Nachzahlungen von Unternehmen zu verlangen, die in der Vergangenheit über die Abgabepflicht nicht informiert wurden;
- die Erhebung der Künstlersozialabgabe zu Wettbewerbsverzerrungen führe, da sie für natürliche Personen zu entrichten sei, jedoch bei Aufträgen an juristische Personen nicht fällig werde.

B Auftrag

Der Bund der Steuerzahler hat mich beauftragt, zu überprüfen, ob die Künstlersozialabgabe noch den verfassungsrechtlichen Anforderungen entspricht. Der Auftrag schließt nicht nur eine Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit ein. Gegebenenfalls ist auch der Frage nachzugehen, ob das Künstlersozialversicherungsgesetz einer verfassungskonformen Auslegung zugänglich ist.

C Stellungnahme

I. Ausgangslage und Folgerungen aus der Ausgangslage

Dem langjährigen Streit um die Verfassungsmäßigkeit der Künstlersozialabgabe nach dem KSVG hat das Bundesverfassungsgericht mit seinem Beschluss vom 8.4.1987 einen vorläufigen Schlusspunkt gesetzt. Es hat die Verfassungsmäßigkeit der Künstlersozialabgabe im Wesentlichen mit folgenden Argumenten bestätigt:

1.) „Das Künstlersozialversicherungsgesetz und insbesondere seine Vorschriften über die Erhebung der Künstlersozialabgabe gehören zum „Recht der Sozialversicherung“ im Sinne von Art. 74 Nr. 12 GG.“ (...) „Die Mittel für die Versicherung nach dem Künstlersozialversicherungsgesetz werden durch Beitragsanteile der Versicherten zur einen Hälfte, durch die Künstlersozialabgabe und durch einen Zuschuss des Bundes zur anderen Hälfte aufgebracht (§ 10 KSVG). Zur Zahlung der Künstlersozialabgabe verpflichtet sind die sogenannten Vermarkter im Sinne von § 24 KSVG. Deren Heranziehung als Beteiligte weist – ungeachtet der noch zu erörternden Frage ihrer materiell-rechtlichen Zulässigkeit – aufgrund der in der Lebenswirklichkeit bestehenden wechselseitigen Angewiesenheit von Künstlern und Publizisten auf der einen, ihrer Vermarkter auf der anderen Seite sowie den zwischen ihnen feststellbaren integrierten Arbeits- und auch Verantwortlichkeitszusammenhängen jedenfalls einen Anknüpfungspunkt auf, der nicht außerhalb der Vorstellungen liegt, von denen die Sozialversicherung in ihrem sachlichen Gehalt bestimmt wird. (...)“¹

¹ BVerfGE 75, 108 ff., 148, 149.

Nach dieser Bestätigung der **formalen Verfassungsmäßigkeit** tritt das Bundesverfassungsgericht in die **materielle Prüfung** ein. Mit kurzen Worten verneint es zunächst die Einschlägigkeit der Art. 12 GG und 14 GG. Im Rahmen des Art. 2 Abs. 1 GG prüft es sodann die Verhältnismäßigkeit der Abgabe:

2.) „Die Belastung der Beschwerdeführer mit der Künstlersozialabgabe ist verhältnismäßig... Der Zweck der den Vermarktern (§ 24 KSVG) auferlegten Künstlersozialabgabe besteht gemäß § 10 KSVG darin, zusammen mit dem Zuschuß des Bundes (§ 34 KSVG) eine Hälfte der für die Versicherung der selbständigen Künstler und Publizisten benötigten Mittel aufzubringen, während die Versicherten selbst durch ihre Beiträge die andere Hälfte dieser Mittel bestreiten müssen; das Volumen der Künstlersozialabgabe richtet sich dementsprechend nach dem Bedarf der Künstlersozialkasse (§ 26 Abs. 1 KSVG). Dieser Zweck ist als solcher nicht willkürlich, stellt sich vielmehr als vertretbare Erwägung des Gemeinwohls dar, da zwischen selbständigen Künstlern und Publizisten und ihren Vermarktern in der Lebenswirklichkeit typischerweise ein integrierter Arbeitszusammenhang und auch eine Verantwortlichkeit besteht. (...)

Nach der Regelung des Künstlersozialversicherungsgesetzes hängt das Volumen der Künstlersozialabgabe davon ab, wie hoch die von den Versicherten selbst gezahlte Beitragshälfte ist. (...)

Demgemäß ist für das Volumen der Abgabe nicht die Summe aller von den Vermarktern geleisteten Entgelte maßgebend, sondern nur die Summe der an die versicherten Künstler und Publizisten gezahlten Entgelte. Daß die Abgabe gleichwohl auf alle von den Vermarktern für künstlerische und publizistische Werke oder Leistungen an Künstler und Publizisten gezahlten Entgelte zu leisten ist (§ 25 Abs. 1 KSVG), ergibt sich erst aus ihrer Erhebung in Form einer Umlage, für die alle geleisteten Entgelte die Bemessungsgrundlage bilden. (...)

Diese Ausgestaltung der Erhebung der Künstlersozialabgabe ist erforderlich, um Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden und den Abgabensatz möglichst gering zu halten. Würden nur die an versicherungspflichtige Künstler und Publizisten gezahlten Entgelte mit der Abgabe belastet, erwüchsen denjenigen Vermarktern, die verstärkt Werke oder Leistungen solcher Künstler und Publizisten abnähmen, erhebliche zusätzliche Kosten, die bei den Vermarktern nicht versicherungspflichtiger Künstler und Publizisten nicht anfielen. Diese unterschiedliche Kostenbelastung würde zu unterschiedlichen

Absatzchancen führen, deren Grund in der Belastung mit der Künstlersozialabgabe läge. (...)“²

Nachdem das Verfassungsgericht mit diesen Argumenten die Verhältnismäßigkeit der Abgabe bejaht hat, kommt es zum **zentralen** Punkt. Es geht dabei um die Frage, ob es vor Art. 3 Abs. 1 GG einen **sachlichen Rechtfertigungsgrund** gibt, die Vermarkter zu einem **fremdnützigen Sozialversicherungsbeitrag** heranzuziehen:

3.) „Für den hier in Rede stehenden Sachbereich der Sozialversicherung stellt sich deshalb die Frage nach einem – bei einer am Gerechtigkeitsgedanken orientierten Betrachtungsweise – sachlich **einleuchtenden Grund dafür, dass ein Privater im Unterschied zu anderen Privaten über seine Steuerpflicht hinaus als Beteiligter im Sinne des Sozialversicherungsrechts zu einer Abgabe herangezogen wird, die weder ihm selbst noch seiner Gruppe zugute kommt, ihm vielmehr als fremdnützige Abgabe auferlegt wird, die sozialen Ausgleich und Umverteilung zum Ziel hat und herstellt.**

Hierfür stellt die in der Literatur erhobene Forderung nach sozialer Gruppenhomogenität als Voraussetzung gesetzlicher Gruppensolidarität keinen geeigneten Anknüpfungspunkt dar. (...)

Denn insoweit ist es für die Sozialversicherung gerade eine Umverteilung und die Geltendmachung einer **sozialen Verantwortlichkeit jenseits vorgegebener Gruppenhomogenität** typisch; sie führt eben deswegen zu Fremdlasten, die gerade nicht eigen- oder gruppennützig sind. (...)

Andererseits reichen allgemeine Erwägungen zur Leistungsfähigkeit nicht aus, um die Belastung bestimmter Bürger mit Sozialversicherungsbeiträgen, die Fremdlasten sind, zu rechtfertigen. Insoweit unterscheidet sich die Belastung mit Sozialversicherungsbeiträgen von der Pflicht jedes Bürgers, Steuern zu zahlen. Während jeder Bürger ohne weiteres der Steuergewalt unterworfen ist, bedürfen weitere, auf Ausgleich und Umverteilung angelegte Abgabenbelastungen im Hinblick auf die Belastungsgleichheit der Bürger einer **besonderen Rechtfertigung**. Dafür sind beliebige Konfigurationen, die sich der Gesetzgeber fallweise zusammensuchen kann, nicht ausreichend. Eine solche Rechtfertigung kann sich indes aus **spezifischen Solidaritäts- oder Verantwortlichkeitsbeziehungen** zwischen Zahlungsverpflichteten und Versicherten ergeben, die in den Lebensverhältnissen, wie sie sich geschichtlich **entwickelt haben** und **weiter entwickeln**, angelegt

² BVerfGE 75, 108 ff., 155, 156.

sind. Solche Beziehungen, die von einer besonderen Verantwortlichkeit geprägt sind, können z. B. auf Dauer ausgerichteten, integrierten Arbeitszusammenhängen oder aus einem kulturgeschichtlich gewachsenen besonderen Verhältnis gleichsam symbiotischer Art entstehen. Das Verhältnis zwischen **Arbeitgebern** und **Arbeitnehmern** ist der in der modernen Erwerbs- und Industriegesellschaft weithin typische und nach der Dichte der ihm zugrundeliegenden Sozialbeziehung beispielhafte, aber – auch nach geltendem Sozialversicherungsrecht – **nicht** etwa **der einzige Fall** einer solchen spezifischen Verantwortlichkeit.

Die Belastung der Vermarkter mit der Künstlersozialabgabe zur Finanzierung eines Teils der Kosten der Sozialversicherung selbständiger Künstler und Publizisten findet ihre Rechtfertigung in dem besonderen kulturgeschichtlich gewachsenen Verhältnis zwischen selbständigen Künstlern und Publizisten auf der einen sowie den Vermarktern auf der anderen Seite. Dieses Verhältnis hat einen spezifischen Charakter, der über ein bloßes wechselseitiges Aufeinanderangewiesensein, wie es etwa zwischen Produzenten und Handel oder Erzeugern und Verbrauchern besteht, hinausgeht. Künstler und Publizisten erbringen unvertretbare, d. h. höchstpersönliche Leistungen, die in besonderer Weise der Vermarktung bedürfen, um ihr Publikum und also ihre Abnehmer zu finden. Dieses Verhältnis hat gewisse symbiotische Züge; es stellt einen **kulturgeschichtlichen Sonderbereich** dar, aus dem eine besondere Verantwortung der Vermarkter für die soziale Sicherung der – typischerweise wirtschaftlich schwächeren – selbständigen Künstler und Publizisten erwächst, ähnlich der der Arbeitgeber für ihre Arbeitnehmer.

Es würde die Eigenart künstlerischen und publizistischen Schaffens verkennen und wäre daher sachwidrig, eine soziale Schutzbedürftigkeit der Künstler und Publizisten und eine soziale Verantwortung der Vermarkter ungeachtet dessen nur darum zu verneinen, weil rechtsförmlich kein **Arbeitgeber-Arbeitnehmer-Verhältnis** vorliegt. Denn dieses ist, wie dargelegt, zwar der hauptsächliche und weithin typische, **aber nicht der ausschließliche Fall einer sozialen Verantwortlichkeit**, die die Heranziehung zu fremdnützigen Sozialversicherungsbeiträgen rechtfertigt. Das Recht findet die Eigenart der Existenzform als Künstler oder Publizist vor, die mit dem Sachgehalt dieser Tätigkeit in Zusammenhang steht. Es ist dann sachgerecht, bestehender sozialer Schutzbedürftigkeit in einer Weise Form und Gestalt zu geben, die dieser Eigenart Rechnung trägt, anstatt vorab zur Bedingung zu machen, daß diese Existenzform sich auflöst und in ein förmliches Arbeitnehmerverhältnis übergeht.⁴³

3 BVerfGE 75, 108 ff., 157, 158 (Unterstreichungen vom Verf.).

Diese Entscheidung und insbesondere die Entscheidungsgründe sind in der Literatur⁴ überwiegend auf Kritik gestoßen. Das inzwischen mehrfach geänderte KSVG hat diese Kritik überdauert.

Die Folgerungen aus dieser Ausgangslage für den Gutachtenauftrag sind **eindeutig**. Jeder Versuch, die Künstlersozialabgabe erneut auf den verfassungsrechtlichen Prüfstand zu stellen, wird diese Ausgangslage akzeptieren müssen. Es ist in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts der letzten 25 Jahre kein Ansatzpunkt ersichtlich, der es erlauben würde, Grundpfeiler der dargestellten Argumentation anzugreifen. Angesichts dieser Kontinuität ist es **aussichtslos**, die erneute Überprüfung der Künstlersozialabgabe mit der literarischen Kritik vor und nach dem Beschluss vom 8.4.1987 an eben jenen Grundpfeilern begründen zu wollen.

Der einzige Ansatzpunkt für eine erneute Überprüfung liegt daher in der **Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts selbst**.

Nach dieser Rechtsprechung bedarf jede fremdnützige Abgabenlast außerhalb der Steuer eines **besonderen Rechtfertigungsgrundes**⁵. Sollte beispielsweise das vom Gericht als Rechtfertigungsgrund genannte „kulturgeschichtlich gewachsene besondere Verhältnis gleichsam symbiotischer Art“⁶ zwischen Künstlern und Vermarktern dem Zeitablauf des letzten Vierteljahrhunderts zum Opfer gefallen sein, wäre die Rechtfertigung entfallen und die Künstlersozialversicherungsabgabe verfassungsrechtlich unzulässig geworden. Es ist das Bundesverfassungsgericht selbst, welches in der genannten Entscheidung mehrfach auf die **geschichtliche Bedingtheit** seiner Argumentation hinweist. Worte von den Lebensverhältnissen, die sich „weiter entwickeln“⁷

⁴ Die Künstlersozialabgabe war von Beginn an verfassungsrechtlich höchst umstritten. Zahlreiche Juristen haben sie als verfassungswidrig angesehen, darunter beispielsweise auch die spätere Richterin am Bundesverfassungsgericht, Dr. Lerne Osterloh (NJW 1982, S. 1617 ff.). Auch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 8.4.1987 musste sich heftigen Widerspruch gefallen lassen (z. B. Arndt/Kraft, DAngVers 1988, S. 49 ff.; von Einem, DVBl. 1988, S. 12 ff.; Starke, AfP 1987, S. 590 f.; Henseler, NJW 1987, S. 3103 ff.).

⁵ BVerfGE 75, 108 ff., 158.

⁶ BVerfGE 75, 108 ff., 158.

⁷ BVerfGE, a.a.O.

und Fragen nach der „Dichte der zugrunde liegenden Sozialbeziehungen“⁸ weisen auf die Möglichkeit von Änderungen hin, die zumindest imstande sein können, das Fundament bisheriger Rechtfertigungen zu untergraben. Gerade die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu sonstigen parafiskalischen fremdnützigen Sonderabgaben bietet einen weiteren Beleg dafür, dass besondere Rechtfertigungsgründe keinen Ewigkeitswert besitzen, sondern dass es im Gegenteil ein **verfassungsrechtliches Gebot** ist, sie von Zeit zu Zeit zu überprüfen:

Aus dem Ausnahmecharakter einer fremdnützigen Abgabe außerhalb der Steuer folgt, dass die Erhebung von Sonderabgaben grundsätzlich zeitlich zu begrenzen ist. Falls eine Abgabe jedoch über längere Zeit hinweg erhoben wird, so ist der Gesetzgeber gehalten, „in angemessenen Zeitabständen zu überprüfen, ob seine ursprüngliche Entscheidung für den Einsatz des gesetzgeberischen Mittels ‚Sonderabgabe‘ aufrecht zu erhalten oder ob sie wegen veränderter Umstände, insbesondere nach Zielerreichung oder wegen Wegfalls des Finanzierungszwecks, zu ändern bzw. aufzuheben ist“.⁹

Es kann kein Zweifel daran bestehen, dass diese Rechtsprechung zu fremdnützigen Sonderabgaben, die ebenso wie die Künstlersozialabgabe einer besonderen Rechtfertigung bedürfen, auch für fremdnützige Sozialversicherungsabgaben Geltung beansprucht. Denn beide Abgabetypen – die fremdnützige Sonderabgabe wie die fremdnützige Sozialversicherungsabgabe – stehen in Konkurrenz zur gegenleistungslosen Steuer. Während „jeder Bürger ohne weiteres der Steuerpflicht unterworfen ist, bedürfen weitere, auf Ausgleich und Umverteilung angelegte Abgabenbelastungen im Hinblick auf die Belastungsgleichheit der Bürger einer besonderen Rechtfertigung“.¹⁰ Da das Gericht in seiner Entscheidung zur Künstlersozialversicherungsabgabe mit dem Hinweis auf die geschichtliche Entwicklung die **zeitliche Bedingtheit** einer solchen besonderen Rechtfertigung ausspricht, erstreckt es den **Prüfungsauftrag**, den es in seiner Judikatur zur fremdnützigen Sonderabgabe dem Gesetzgeber erteilt, zwanglos auch auf fremdnützige Sozialversicherungsabgaben wie die Künstlersozialabgabe. Fremdnützige Sonderabgaben wie fremdnützige Sozialversicherungsabgaben bedürfen wegen ihrer Konkurrenz zur Steuer einer besonderen Rechtfertigung, und es ist Aufgabe

⁸ BVerfGE, a.a.O., 159.

⁹ BVerfGE 82, 159, 181.

¹⁰ BVerfGE 75, 108 ff., 158.

des Gesetzgebers, von Zeit zu Zeit zu überprüfen, ob dieser besondere Rechtfertigungsgrund vorliegt.

Für eine solche Gleichbehandlung von fremdnütziger Sonderabgabe und fremdnütziger Sozialversicherungsabgabe spricht auch die Tatsache, dass beide Erscheinungen begrifflich nicht immer exakt zu trennen sind. Dies zeigt deutlich die Stellungnahme der Bundesregierung im Urteil des EuGH vom 8.3.2001, wo es unter Rn. 20 heißt:

„Die Bundesrepublik Deutschland bestreitet, dass es sich bei der Künstlersozialabgabe um einen Sozialversicherungsbeitrag handele. Die Abgabe komme nämlich der Gesamtheit der versicherten Künstler und Publizisten zugute und sei demnach nicht dazu bestimmt, die soziale Sicherheit jedes Einzelnen von ihnen für sich genommen zu gewährleisten. Außerdem unterscheide sich ihre Bemessungsgrundlage von derjenigen für die von den Künstlern und Publizisten selbst zu entrichtenden Beiträge. Die Künstlersozialabgabe erweise sich damit in Wirklichkeit als parafiskalische Abgabe, die alle in Deutschland ansässigen Vermarkter der Werke von Künstlern und Publizisten treffe.“¹¹

Diese begrifflichen Abgrenzungen lassen die Anforderungen, die das Bundesverfassungsgericht an die verfassungsrechtliche Zulässigkeit fremdnütziger Abgaben außerhalb der Steuer stellt, unberührt. Diese Anforderungen umfassen

- 1) einen besonderen Rechtfertigungsgrund, der
- 2) im Laufe der Zeit gleichbleiben, sich verstärken oder auch wegfallen kann und dessen zeitliche Bedingtheit deshalb
- 3) vom Gesetzgeber in periodischen Abständen zu überprüfen ist.

Damit ist der Gang der weiteren Untersuchung vorgegeben.

Geschichtliche Entwicklungen, die die 1987 erfolgte verfassungsgerichtliche Rechtfertigung der Künstlersozialversicherungsabgabe ein Vierteljahrhundert später in Frage stellen könnten, sind zweifach eingetreten.

Erstens könnte die ungeheure **Umwälzung** der meisten **Vermarktungsprozesse**, die durch das 1987 noch unbekannte Internet eingetreten sind, durchaus zu **Auflösungsprozessen** des kulturgeschichtlich gewachsenen beson-

¹¹ EuGH, C 68/99.

deren Verhältnisses „gleichsam symbiotischer Art“ zwischen Künstlern und ihren Vermarktern geführt haben.

Zweitens könnten neben diesen Veränderungen technischen Ursprungs auch solche **rechtlicher** Art die Legitimationsgrundlage der Künstlersozialversicherungsabgabe erschüttert haben. Die zwischenzeitlich erfolgte Ausweitung der Zahlungspflicht für Eigenwerber hat nicht nur zu einer dramatischen Vervielfältigung der Abgabepflichtigen, sondern auch dazu geführt, dass nunmehr auch der Auftrag eines Handwerksbetriebs zur Erstellung und Betreuung einer Website der Abgabepflicht unterliegt. Ob eine solche Auftragserteilung noch einem kulturgeschichtlich gewachsenen Sonderbereich unterfällt, dürfte eine nicht ganz unberechtigte Frage sein.

II. Zur generellen verfassungsrechtlichen Problematik der Künstlersozialversicherungsabgabe im Jahre 2013

In rasendem Tempo digitalisiert die Menschheit ihren Planeten. Erstmals in der Geschichte schaltet eine Technologie die ganze Menschheit zu einem Markt zusammen. 2,3 Milliarden Menschen sind derzeit online. Die Zahl der Nutzer des mobilen Netzes wächst um 37 Prozent pro Jahr¹². Das Internet revolutioniert die gesamte Wertschöpfungskette von der Produktion, dem Vertrieb, der Organisation bis hin zur Markenpflege und Kundenansprache. Branchen wie Musik, Buchhandel und Medien stehen bereits im Überlebenskampf, andere Branchen wie Banken, Versicherungen und Versorger werden von der Digitalisierung gerade erst voll erfasst. Kulturgeschichtlich handelt es sich beim Internet um das „Medium aller Medien“, das „zugleich Buch, Zeitung und Radio, Fernsehen, Kino und Musikbox sowie Einkaufsmeile, Post, Bildtelefon und Datenbank ist“.¹³

Um bei Musik, Buchhandel und Medien zu bleiben: Gemessen am Stand von 1987 sind diese Branchen heute nicht wiederzuerkennen. Noch bis Anfang 2000 konnten Weltfirmen wie Universal und EMI damit rechnen, dass der Musikvertrieb in erster Linie weiter über den Verkauf von CD's laufen würde. Mit dem MP3-Format und seiner Einführung durch Apple verloren diese Konzerne unwiederbringlich Umsätze und Gewinne in Milliardenhöhe. Der Buchhandel hat sich seit 2000 stärker verändert als in den vergangenen vierhundert Jahren

¹² Manager Magazin 8/2012, 74.

¹³ Kaube, Jürgen, Cicero 5.2012, 106.

zuvor. In den USA werden heute bereits mehr E-books verkauft als gedruckte Werke. Seit 2010 wächst auch in Deutschland das elektronische Laden von Büchern und Musik um 60 Prozent jährlich. Davon entfällt der stärkste Wachstumsanteil auf elektronische Bücher¹⁴. Einen vergleichbaren Prozess erfahren derzeit alle Printmedien – allein im November 2012 stellten die Frankfurter Rundschau und die Financial Times Deutschland ihren Betrieb ein -, wobei dieser digitale Strukturwandel zugleich andere Industriezweige mit in die Krise reißt. Vormalig gesunde Konzerne wie Heidelberger Druck und der Papiermaschinenexperte Voith Paper schreiben seit Jahren Verluste.

Dass diese gewaltigen – 1987 noch unvorhersehbaren – Veränderungsprozesse ebenso mächtige Auswirkungen auf den Kunstmarkt und die Adressaten des Künstlersozialversicherungsgesetzes haben und in Zukunft noch verstärkt haben werden, liegt auf der Hand.

1. Digitaler Strukturwandel und seine Auswirkungen auf die Adressaten des Künstlersozialversicherungsgesetzes

Wie bei allen digitalen Vermarktungsprozessen ist auch bei der Kunst- und Kulturvermarktung zwischen Offline-Geschäften und Online-Geschäften zu unterscheiden. **Offline-Geschäfte** unterscheiden sich nicht von Bestellungen per Postkarte oder per Telefon. Lediglich der Vertragsschluss findet „online“ statt. Die Leistungserbringung selbst erfolgt in herkömmlicher Weise. Beispiele hierfür sind die Bestellung von Büchern, CD's, Gemälden und Skulpturen.

Online-Geschäfte hingegen werden nicht nur „online“ geschlossen, sondern auch „online“ abgewickelt. Die Leistungserbringung erfolgt ebenfalls über das Netz. Im Bereich Warenlieferung setzt dies zwingend voraus, dass die zu liefernde Ware digitalisierbar ist, wie z. B. Software, Musik und elektronische Bücher¹⁵.

Digitale Vermarktungsprozesse via Offline- und Online-Geschäft waren 1987 noch vollständig unbekannt. Aufgrund der Tatsache, dass online zur Zeit etwa 2,3 Milliarden Menschen auf einem Markt angeschlossen und erreichbar sind, hat sich nicht nur bei Online-, sondern auch bei Offline-Geschäften der

¹⁴ Focus 40/2012, 156.

¹⁵ Dazu und zu den rechtlichen Unterschieden ausführlich: Köhler/Arndt/Fetzer, Recht des Internet, 7. Aufl., 58 ff.

Vertrieb, die Organisation und die Markenpflege und Kundenansprache revolutionär verändert. Dies gilt auch und insbesondere für die Vermarktung von Kunst wie Gemälden und Skulpturen.

1987 durfte das Bundesverfassungsgericht noch von „spezifischen Solidaritäts- und Verantwortlichkeitsbeziehungen“ und damit von einem „besonderen kulturgeschichtlich gewachsenen Verhältnis zwischen selbständigen Künstlern und Publizisten auf der einen sowie den Vermarktern auf der anderen Seite“ ausgehen. Zu dieser Zeit waren Künstler und Publizisten noch auf ihre Vermarkter angewiesen, denn es waren vor allem die Vermarkter – Verlage, Kunsthandel und Galerien –, die die Vermarktung und Verbreitung künstlerischer und publizistischer Leistungen aufgrund ihrer Marktkenntnis und Marktbeherrschung steuern, beherrschen und kontrollieren konnten. Diese damaligen Gegebenheiten haben sich für Publizisten und Künstler inzwischen **geändert**. Unter dem Stichwort „**von der Fremdvermarktung zur Selbstvermarktung**“ lässt sich diese Umwälzung für Künstler und Publizisten nachweisen.

Dass die Vermarktung von Künstlern und ähnlichen, vom Künstlersozialversicherungsgesetz erfassten Personen durch das Internet sich nicht nur im **Umbruch** befindet, sondern dass dieser Umbruch sich schon weitestgehend **vollzogen** hat, soll zunächst empirisch anhand des Internet selbst und sodann aus der Perspektive des Verfassers dieser gutachtlichen Stellungnahme dargelegt werden **(a)**. Daran anschließend stellt sich die Frage nach den **Konsequenzen** dieses Umbruchs und seiner Auswirkungen auf die Künstlersozialversicherungsabgabe **(b)**.

a) Digitaler Strukturwandel und Künstlervermarktung

Wer im Internet bei Google die Stichwörter „Künstlervermarktung“ oder „Kunstvermarktung“ eingibt, erhält sofort einige Hundert Suchergebnisse mit Vermarktungsvorschlägen für Musik-, Gemälde-, Skulpturenvermarktung etc. Nahezu allen dieser Angebote ist gemein, dass sie mit Vermarktung „ohne Plattenfirma dank Internet“¹⁶bzw. dem Hinweis auf kostensparenden Verzicht „auf den Umweg über Agenturen und Galeristen“¹⁷ werben.

¹⁶ <http://design.heiringhoff.de>

¹⁷ <http://www.download-tipp.de/blog/tag/kuenstlervermarktung>

Der wohl neueste Vermarktungsweg läuft derzeit über die explosionsartig gewachsenen social media:

„Wie in vielen anderen Bereichen ist der Bereich Social Media in der Musikszene nur ‚stiefmütterlich‘ behandelt worden. Gerade in der heutigen Zeit, in der sich Millionen und Abermillionen User in Foren, Communities und Portalen austauschen und ihre Interessen und Vorlieben offen zeigen, bieten sich völlig neue Formen der Vermarktung. Tausende Fans können in kurzer Zeit gefunden und angesprochen werden, hunderte Konzert- und Eventveranstalter in wenigen Tagen informiert und Discotheken und DJs zeitnah mit Promotionmaterial versorgt werden. So werden sowohl die Download- und CD-Verkäufe als auch die Booking-Zahlen nachweisbar in wenigen Wochen/Monaten gesteigert.“¹⁸

Angesichts der überwältigenden Fülle von Nachweisen für die Tatsache, dass das Internet den vom Künstlersozialversicherungsgesetz erfassten Personengruppen zahlreiche Möglichkeiten zur Selbstvermarktung bietet, erübrigen sich weitere Beispiele aus dem Internet. Ein Blick ins Netz zeigt, dass diese Möglichkeiten an Transparenz und Verbreitung der herkömmlichen Kunstvermarktung weit überlegen sind. Waren vor dem Internet vermarktungswillige Künstler ohne Galeristen etc. mangels Marktübersicht das schwächste Glied in der Vermarktungskette, so sind es heute Künstler ohne Homepage und ähnliche Internetauftritte via facebook etc. Der bedeutsame Unterschied zu früher liegt in der Tatsache, dass Künstler heutzutage nicht mehr auf professionelle Vermarkter angewiesen sind, sondern sie diese vormalige Schwäche selbst durch das transparente, frei zugängliche und kostenfreie Internet ausgleichen können.

Es ist indes nicht nur ein Blick ins Internet selbst, sondern auch die Lektüre der Wirtschaftsseiten und des Feuilletons überregionaler Zeitungen, die erkennen lässt, dass sich in der Kunst- und Verlagsszene ein revolutionärer Vermarktungsumbruch längst vollzogen hat. So hat sich die FAZ beispielsweise in einer Woche zweimal ausführlich mit den durch die Digitalisierung „veränderten Grenzen der Kunstbranche“ beschäftigt. Am 6./7.10.2012 berichtet sie auf einer Seite unter der Überschrift „Ohne Mäzen ging früher in der Kunstbranche nichts. Inzwischen benutzen Kreative vor allem das Internet, um Finan-

18 http://www.facebook.com/pages/JAM-Promotion-Vermarktung-von-Künstlern-und-Musik-über-Social-Media/133261283408534?sk=page_map

ciers für ihre Werke zu finden“ auch über einen kostengünstigen Nebeneffekt des Mediums Internet. Ohne weitere Vermarkter halten die Künstler „ihre Fans über ihre Internetseiten, Youtube und Facebook auf dem Laufenden“. ¹⁹ Eine solche permanente Beziehung zwischen Künstlern und ihren Abnehmern war vor dem Internet undenkbar. Heute ist sie – ohne Einschaltung von Vermarktern – nicht nur möglich und kostenfrei, sondern sogar selbstverständlich geworden.

Nur eine Woche später widmet der Wirtschaftsteil der FAZ dem Verleger/Buchmarkt und seinen durch die Digitalisierung veränderten Rahmenbedingungen eine weitere Seite. Die drei Überschriften der Artikel lauten: „Das elektronische Buch macht Schreiben zur Popkultur“, „Buchhändler verkleinern ihre Filialen“ und „Man zahlt bald nur noch für die gelesenen Seiten“. ²⁰ Fazit dieser Veränderungen sei auch und vor allem, „daß es mit der Macht der Verlage wirklich zu Ende geht“ und dass „die 500 Jahre alte Struktur, dass einige Verlage entscheiden, was auf den Markt kommt, ausgedient“ hat. Erneut ist auch auf diesem Markt die Selbstvermarktung auf dem besten Wege, die vormalige Fremdvermarktung abzulösen.

Diese wenigen Beispiele mögen vorerst genügen um aufzuzeigen, dass in den letzten 25 Jahren ein gewaltiger Umwälzungsprozess bei der Kunstvermarktung eingetreten ist. Dass dieser Prozess nicht nur Auswirkungen auf die Künstler und Kunstvermarkter – von der Fremdvermarktung hin zur Selbstvermarktung – hat, sondern auch die **Nachfrageseite** intensiv beeinflusst hat, sei an einem abschließenden Beispiel, das den Verfasser selbst betraf, verdeutlicht. Als Rektor der Universität Mannheim wurde er vor zwei Jahren von der staatlichen Bauverwaltung aufgefordert, einen Künstler für das staatlich finanzierte Projekt Kunst am Bau mit einem Auftragsvolumen von 40.000 € vorzuschlagen. Andere Institutionen hatten ebenfalls ein Vorschlagsrecht, wobei der Kreis der Vorgeschlagenen nicht aus dem etablierten, sondern aus dem Kreis der jüngeren hoffnungsvollen Nachwuchskünstler stammen sollte. Noch vor 15 Jahren wäre es selbstverständlich gewesen, bei der Auswahl Galeristen und sonstige Kunstvermarkter zu Rate zu ziehen. Heute verlaufen die Wege vollständig anders. Der Verfasser informierte sich im Internet zunächst über diverse Kunstpreise und Kunststipendien. Um geeignete Personen des

¹⁹ FAZ v. 6./7.10.2012, C 3.

²⁰ FAZ v. 11.10.2012, S. 14.

gewünschten Bewerberkreises kennenzulernen, schien ihm das renommierte staatliche Kunststipendium „Villa Romana“ in Florenz am geeignetsten. Im Internet erfuhr er die Namen der Preisträger, informierte sich über die Künstler und ihre Werke auf ihrer jeweiligen Homepage und entschied sich schließlich für die in Istanbul ansässige deutsche Künstlerin Anna Heidenhain, die dann aus dem vorgeschlagenen Kreis von sechs Bewerbern den Auftrag gewann. Keiner der Bewerber wurde durch einen Galeristen vertreten.

b) Verfassungsrechtliche und verfassungsprozessuale Folgen des digitalen Strukturwandels

Es liegt auf der Hand, dass die genannten Einzelfälle den gegenwärtigen Stand der Kunstvermarktung im Geltungsbereich des Künstlersozialversicherungsgesetzes nicht repräsentativ widerspiegeln. Sie zeigen indes eine Entwicklung auf, die unwiderrufbar und in mächtigen Schüben eingesetzt hat. Welche Konsequenzen dieser Umbruch auf die gegenwärtige Künstlersozialversicherung und ihre 1987 erfolgte Rechtfertigung durch das Bundesverfassungsgericht hat, wird im Folgenden zu erörtern sein.

Das Bundesverfassungsgericht stützt seine Rechtfertigung der Künstlersozialabgabe als fremdnütziger Abgabe außerhalb der Steuer auf die „kulturgeschichtlich gewachsene Symbiose“ zwischen Kunstschaffenden und Kunstvermarktern bzw. darauf, dass „zwischen selbständigen Künstlern und Publizisten und ihren Vermarktern in der Lebenswirklichkeit typischerweise ein integrierter Arbeitszusammenhang und auch eine Verantwortlichkeit besteht“.²¹ Dieses besondere Verhältnis sei der Arbeitgeber-Arbeitnehmerbeziehung jedenfalls insoweit vergleichbar, dass es – vergleichbar den Arbeitgeberbeiträgen zur Sozialversicherung – fremdnützige Abgaben des wirtschaftlich stärkeren Kunstvermarkters zugunsten der wirtschaftlich schwächeren Künstler rechtfertige. Es fragt sich, ob diese besondere Sozial- und Verantwortungsbeziehung, die **allein** und **ausschließlich** die fremdnützige Künstlersozialabgabe nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu **rechtfertigen imstande** ist, die technische Revolution des Internet überlebt hat. Die Antwort auf diese Frage liegt auf der Hand: Die symbiotische Sozial- und Verantwortungsbeziehung zwischen Künstlern und Kunstvermarktern ist durch das Internet **zerschmettert** worden. Sie existiert nicht mehr. Das Wort „sym-

²¹ BVerfGE 75, 108 ff., 148, 149.

biotisch“ bedeutet nichts anderes als „Zusammenleben“ und will im Begründungszusammenhang des Bundesverfassungsgerichts nicht mehr aussagen, als dass Künstler und Kunstvermarkter 1987 noch gegenseitig aufeinander angewiesen waren. Diesen **Lebensfaden** des „gegenseitig aufeinander Angewiesenseins“ hat das Internet **durchtrennt**. Wie in allen anderen Lebensbereichen auch besteht heute für Künstler nur noch die **Möglichkeit**, nicht aber mehr die Notwendigkeit sich aus diversen Gründen, sei es der Arbeitserleichterung, des besonderen „know hows“, der Bequemlichkeit etc., professioneller Vermarkter zu bedienen. Eines hat aber das Internet bereits gegenwärtig mit Sicherheit bewirkt: Aufeinander angewiesen ist man nicht mehr, die „Symbiose“ ist zerbrochen.

Die vom Bundesverfassungsgericht noch 1987 beschworene „Besonderheit“ des Kunstmarktes hat sich aufgelöst: Wie man sich im Internet eine individuelle Reise zusammenstellen oder dort selbst eine individuelle Raumbestaltung vornehmen kann, kann man sich der Möglichkeit eines Reisebüros oder eines Innenarchitekten bedienen. Auf dem Kunstmarkt können sich in vergleichbarer Weise über das Internet Kunstkonsumenten und Künstler zusammenfinden, ohne dass es eines professionellen Vermittlers oder Vermarkters bedarf. Natürlich und glücklicherweise gefährdet diese Entwicklung nicht die Existenz aller Kunstvermarkter und Kunstvermittler: Ebenso wie nicht wenige Reisebüros und Innenarchitekten das Internet überleben werden, wird es – aus verschiedensten Gründen – auch auf dem Kunstmarkt genug Überlebensnischen für professionelle Vermarkter geben. Know how und professionelles Management wird für nicht wenige Künstler – vom Musiker über Schriftsteller bis hin zu Malern, Fotografen und Bildhauern – genug Anreiz sein, sich der Dienste professioneller Vermarkter auch weiterhin zu bedienen. Absehbar ist aber auch, dass diese Entwicklung eine **Machtverschiebung** von der vormals wirtschaftlich stärkeren Seite – des Kunstvermarkters – hin zu der vormals wirtschaftlich schwächeren Seite – den Künstlern (Schriftstellern, Musikern, Malern etc.) – eingeleitet hat. Waren die Künstler vormals auf die Galeristen, Schriftsteller auf die Verlage und die Musiker auf ihre Labels und Plattenfirmen angewiesen, so haben alle diese Berufsgruppen über das Internet nunmehr die **Möglichkeit**, von der teuren Fremdvermarktung auf die kostengünstige und transparente Selbstvermarktung auszuweichen. Diese Möglichkeit eröffnet ihnen zugleich einen weiteren ökonomischen Vorteil, der ihre Verhandlungsposition stärkt: Sie können die Möglichkeit einer Selbstvermarktung in das Verhandlungsspiel mit ihren Fremdvermarktern einbringen

und auf diese Weise günstigere Konditionen für sich selbst erzielen. Denn die vormalige Herrschaft der Fremdvermarkter über den Konsumentenmarkt gibt es nicht mehr, dieser Markt lässt sich über das Internet auch für die Selbstvermarkter erschließen.

Nunmehr stellt sich die Frage, welche **Konsequenzen** aus dem Befund zu ziehen sind, dass das Internet **beide** tragenden **Säulen**, die die Künstlersozialversicherungsabgabe noch 1987 **rechtfertigen** konnten, nämlich zum einen das „symbiotische aufeinander Angewiesen sein“ – und zum anderen die soziale Verantwortung der – vormalis wirtschaftlich stärkeren – Vermarkter für die – vormalis wirtschaftlich schwächeren – Künstler, **zerbrochen** hat.

Aus der Sicht des Verfassers sind auf diese Frage zwei Antworten möglich, die allerdings zu dem gleichen Ergebnis führen.

Positiv-rechtlicher Ausgangspunkt der Frage nach den Konsequenzen ist Art. 100 GG. **Dahinter** steht aber auch die – zeitlose – Problematik von **Recht** und **Zeit**. **Verfassungsrechtlich** hat Günter Dürig diese Problematik mit dem Hinweis auf die „Zeit als offene Flanke der Gleichheit“²² einzufangen versucht. Übertragen auf die Künstlersozialabgabe heißt das nichts anderes, als dass der Zeitablauf das Fundament der Rechtfertigung dieser Abgabe hat einstürzen lassen und es nicht leicht ist, dieser Problematik über Art. 3 Abs. 1 GG Herr zu werden. **Literarisch** stellt Goethe im Faust die Frage, ob sich das Recht „wie eine ewige Krankheit“ forterbt.

Eine positiv-rechtliche Antwort auf die Frage nach den Konsequenzen des digitalen Strukturwandels auf die Künstlersozialversicherungsabgabe können indes allein Art. 100 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 1 GG einschließlich der dazu ergangenen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts geben.

Die erste Antwort auf die Frage nach den Konsequenzen ist **einfach**. Sie ergibt sich unmittelbar aus Art. 100 Abs. 1 GG. Danach muss ein Gericht dann, wenn es der **Überzeugung** ist, dass ein Gesetz, auf dessen Gültigkeit es bei der Entscheidung ankommt, verfassungswidrig ist, die Entscheidung **aussetzen** und die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts einholen.

²² Dürig, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 3 Abs. 1, Rn. 194 ff.

Wie dargelegt, spricht alles dafür, dass die technische Revolution des Internet in den letzten Jahren dazu geführt hat, dass alle vom Künstlersozialversicherungsgesetz erfassten Personen nunmehr gleichwertige Selbstvermarktungsmöglichkeiten haben. Die frühere Abhängigkeit von der Fremdvermarktung durch Kunstvermarkter existiert nicht mehr. Diese neuartige **Wahlmöglichkeit** hat nicht nur das Begründungsfundament der Künstlersozialversicherungsabgabe zerschmettert. Sie hat zugleich das Potenzial, das frühere Machtverhältnis zwischen Künstlern und Kunstvermarktern zugunsten Ersterer zu verändern.²³ Für die Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit muss es dabei nicht auf weitere empirische Erkenntnisse über die veränderten Strukturen und Verhältnisse auf dem Kunstmarkt ankommen. Vieles spricht dafür, dass die unbestreitbare Tatsache ausreicht, dass zumindest eine gleichwertige **Wahlmöglichkeit** zwischen Selbstvermarktung und Fremdvermarktung besteht. Eine derartige Alternative war 1987 undenkbar. Allein die Existenz einer solchen Wahlmöglichkeit führt zum Wegbrechen der Begründung, mit der das Bundesverfassungsgericht 1987 die Künstlersozialabgabe gerechtfertigt hat. Die symbiotische Beziehung zwischen Künstlern und ihren Vermarktern, das besondere gegenseitige „Aufeinanderangewiesen sein“, welches diese Personengruppe von sonstigen Selbstständigen und ihren Vertragspartnern abhob, existiert nicht mehr. Dieses besondere Verhältnis mit seinem spezifischen Verantwortungs- und Solidaritätsgefüge ist der technischen Revolution des Internet zum Opfer gefallen. Aufgrund dieser Überzeugung könnte der Rechtsstreit auszusetzen und die Frage der Verfassungsmäßigkeit der Künstlersozialabgabe dem Bundesverfassungsgericht vorzulegen sein.

Die **zweite** – denkbare – Antwort auf die Frage nach den Konsequenzen der Auswirkungen des Internet auf den Kunstmarkt könnte von der Forderung ausgehen, zunächst einmal weitere **empirische Erkundungen** über die tatsächlichen Auswirkungen des Internet für den Kunsthandel etc. einzuholen. Es ist zwar wenig überzeugend aber durchaus vorstellbar, nicht in der Wahl-

23 Diese Machtverschiebung weg von den Vermarktern hin zu den Künstlern ist von diesen selbst längst erkannt, aufgegriffen und thematisch verarbeitet worden. Der Berliner „Tatort“ von 2010 – Die Unmöglichkeit, sich den Tod vorzustellen – (wiederholt in ARD am 23.11.2012 um 22.00 Uhr) handelt vom Mord an einem Berliner Maler. Unter den Tatverdächtigen befindet sich an vorderer Stelle seine Galeristin, der unterstellt wird, die Drohung des Ermordeten, die geschäftliche Beziehung zu ihr aufzugeben und sich künftig über das Internet selbst zu vermarkten, habe sie zu ihrer Tat veranlasst.

möglichkeit als solcher den Wegfall des Rechtfertigungsansatzes des Bundesverfassungsgerichts zu sehen, sondern erst in dem **empirischen Befund**, dass ein **bestimmter Prozentsatz** von Künstlern tatsächlich die vormalige Bindung an den professionellen Vermarkter gelöst hat und auf die Selbstvermarktung übergegangen ist, mit anderen Worten, dass die vormaligen Strukturen des Kunstmarktes bereits mehrheitlich durch das Internet „gekippt“ sind. In diesem Zusammenhang wäre zunächst zu entscheiden, wen die **Feststellungslast** einer solchen Aufklärung trifft. Die Antwort darauf ist **eindeutig** und von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vorgegeben: Es ist der **Gesetzgeber**, der bei fremdnützigen Abgaben außerhalb der Steuer, die stets eines besonderen Rechtfertigungsgrundes bedürfen, zu prüfen hat, ob seine ursprüngliche Entscheidung für eine solche Abgabe „aufrecht zu erhalten oder ob sie wegen veränderter Umstände, insbesondere nach Zielerreichung oder wegen Wegfalls des Finanzierungszwecks zu ändern bzw. aufzuheben ist“.²⁴

Dieser Verpflichtung ist der Gesetzgeber bislang **nicht** nachgekommen, obgleich es seit spätestens 8 bis 10 Jahren offensichtlich ist, dass sich die verfassungsgerichtliche Legitimationsgrundlage der Künstlersozialabgabe wegen der durch das Internet veränderten Markt- und Machtverhältnisse zumindest in höchster Gefahr befindet, durch die Wucht dieser technischen Revolution bereits hinweggespült worden zu sein.

Damit stellt sich die Frage nach den **Konsequenzen** dieser **Untätigkeit** seitens des Gesetzgebers. Konkret heißt das: Hat diese Untätigkeit unmittelbare Auswirkungen auf die Künstlersozialabgabe selbst oder ist der heutige Rechtszustand immer noch hinzunehmen und ein späterer Schritt des Gesetzgebers abzuwarten?

Die neueste Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Untätigkeit des Gesetzgebers stammt vom 27.10.2011²⁵. Es ging um einen Transsexuellen, dessen neue weibliche Identität nach der gesetzlichen Regelung nicht ins Personenstandsregister eingetragen werden durfte, da der Gesetzgeber insoweit untätig geblieben war. Das Bundesverfassungsgericht ließ diesen Einwand nicht gelten, da die Untätigkeit nicht zu Lasten des Betroffenen gehen dürfe. Diese Rechtsprechung mag nicht ohne weiteres auf das Abgabenrecht

²⁴ BVerfGE 82, 159 ff., 181.

²⁵ BVerfG, 1 BvR 2027/11 v. 27.10.2011

übertragbar sein. Ihr **Grundgedanke** allerdings findet sich in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum **Abgabenrecht** ebenfalls wieder. In zwei aufsehenerregenden Fällen ging es dabei allerdings nicht um eine Untätigkeit des Gesetzgebers, sondern der (Finanz)**Verwaltung**.

Im sog. Zinsurteil²⁶ führte das Bundesverfassungsgericht aus, der Gleichheitssatz verlange im Steuerrecht, dass die Steuerpflichtigen durch ein Steuergesetz rechtlich und tatsächlich gleich belastet werden. Komponenten der Besteuerungsgleichheit seien sowohl die Gleichheit der normativen Steuerpflicht als auch die Gleichheit bei deren Durchsetzung in der Steuererhebung. Die steuerliche Lastengleichheit fordere somit, dass das materielle Steuergesetz die Gewähr seiner regelmäßigen Durchsetzbarkeit so weit wie möglich in sich selbst trage. Dabei sei eine Ergänzung des Deklarationsprinzips im Veranlagungsverfahren durch das Verifikationsprinzip, also durch Kontrollen, erforderlich. Wirke sich eine Erhebungsregelung gegenüber einem Besteuerungstatbestand strukturell gegenläufig aus, führe die dadurch bewirkte **Gleichheitswidrigkeit auch zur Verfassungswidrigkeit der materiellen Norm, sofern dieses Ergebnis dem Gesetzgeber zuzurechnen sei**. Diese Rechtsprechung²⁷ führte das Bundesverfassungsgericht mit dem sog. Spekulationssteuerurteil fort, in welchem es entschied, dass die Besteuerung von privaten Spekulationsgeschäften bei Wertpapieren in den Jahren 1997 und 1998 verfassungswidrig war. Obwohl die Besteuerung der genannten Einkünfte grundsätzlich zulässig sei, wurde sie im konkreten Fall mangels der gebotenen Gleichmäßigkeit der Besteuerung als verfassungswidrig beurteilt, weil bei den genannten Spekulationsgewinnen nur der Steuerehrliche vom Finanzamt erfasst werde, der die maßgeblichen Einkünfte selbst erklärt.

Zusammen mit der Rechtsprechung zur Untätigkeit des Gesetzgebers lässt sich diese Rechtsprechung zur Untätigkeit der Verwaltung auch bei der vorliegenden Fallgestaltung fruchtbar machen. Denn das **Ergebnis** – Erhebung der Künstlersozialabgabe trotz „veränderter Umstände“²⁸ – ist dem **Gesetzgeber zuzurechnen**, der seine Prüfungspflicht versäumt hat. Die dadurch bewirkte Gleichheitswidrigkeit – eine gegenleistungslose Abgabe außerhalb der Steuer wird ohne verfassungsgerichtliche Überprüfung seit 25 Jahren trotz veränder-

26 BVerfGE 84, 239; Hervorhebungen vom Verf.

27 BVerfGE 110, 94.

28 BVerfGE 82, 159 ff., 181.

ter Umstände von der Verwaltung weiter erhoben – führt wegen der dadurch bewirkten Gleichheitswidrigkeit zur Verfassungswidrigkeit der materiellen Norm. Denn nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts darf eine gegenleistungslose Abgabe außerhalb der Steuer nur bei Vorliegen eines besonderen Rechtfertigungsgrundes erhoben werden. Entfällt diese Legitimationsgrundlage, ist die Erhebung der Abgabe wegen Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 GG verfassungswidrig.

Wenn ein Gericht überzeugt ist, dass die gesetzliche Ermächtigungsgrundlage zur Erhebung der Künstlersozialversicherungsabgabe nicht bereits durch die jedermann offensichtliche Entwicklung des Internet verfassungswidrig geworden ist und aus diesem Grund eine Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG ablehnt, wird es diesen **zweiten** Weg gehen können. Dieser zweite Weg geht wegen der durch das Internet zerbrochenen Legitimationsgrundlage der Künstlersozialabgabe von einer **Prüfpflicht** des **Gesetzgebers** aus. Diese vom Bundesverfassungsgericht geforderte Prüfpflicht mag eine empirische Bestandsaufnahme der Veränderungen am Kunstmarkt erfordern. Da der Gesetzgeber diese Prüfpflicht seit vielen Jahren versäumt hat, hat dieses Versäumnis **Rückwirkungen** auf die **materielle gesetzliche Ermächtigungsgrundlage** im Künstlersozialversicherungsgesetz. Sie ist **verfassungswidrig**.

III. Zur verfassungsrechtlichen Problematik der Ausweitung der Abgabepflicht auf die Vermarktung von Künstlern, die nicht Mitglied der Künstlersozialversicherung sind

Den bisherigen Ausführungen lag der Sachverhalt zugrunde, dass die Künstlersozialabgabe des Vermarkters dem von ihm vermarkteten Künstler zugute kommt. Selbst diese relativ enge Beziehung, die vom Bundesverfassungsgericht als kulturhistorisch gewachsene symbiotische (Sonder-)Beziehung angesehen wurde, befindet sich – wie erörtert – längst im Auflösungsprozess.

Im Folgenden geht es um eine Beziehung zwischen Vermarkter und Künstler, die von der soeben beschriebenen so **weit entfernt** ist, dass sich von vornherein die Annahme einer kulturgeschichtlich gewachsenen Sonderbeziehung verbietet. Diese nunmehr zu erörternde Fallgestaltung, die gleichwohl ebenfalls der Künstlersozialabgabe unterliegt, ist zunehmend nicht mehr der Ausnahme- sondern der **Regelfall**. Künstlersozialabgabe ist nämlich gemäß § 25 Abs. 1 S. 1 KSVG auch dann zu entrichten, wenn die Abgabe gar nicht dem

vermarkteten Künstler zugute kommt, weil dieser kein Mitglied der Künstlersozialversicherung ist. Diese Gruppe umfasst nicht nur die **ausländischen** Künstler, die von Fernsehen, Schauspiel oder Oper engagiert werden.²⁹ Unübersehbar groß ist die Zahl der inländischen **nebenberuflich** tätigen Künstler, die ebenfalls nicht Mitglied der Künstlersozialversicherung sind. Ebenfalls immens gewachsen ist die Gruppe der selbstständigen **Webdesigner** und **Werbegestalter**, für deren Beschäftigung ebenfalls eine Abgabepflicht an die Künstlersozialkasse besteht, obgleich sie keine Mitglieder der Künstlersozialversicherung sind.

Wie im Sachverhalt ausgeführt, werden gegen die Abgabepflicht dieser Gruppe nach § 25 Abs. 1 S. 1 KSVG kompetenzielle und materiell-rechtliche Argumente vorgebracht. **Kompetenzrechtlich** wird vorgetragen, es handele sich nicht mehr um „Sozialversicherung“ i.S.d. Art. 74 Nr. 12 GG, wenn die Abgabe weder dem Verwerter, der sie zahlt noch dem Künstler/Publizisten, auf dessen Honorar sie berechnet wird, zugute komme (1.). **Materiell-rechtlich** sei eine besondere Rechtfertigung, die allein die Erhebung einer gegenleistungslosen Abgabe außerhalb der Steuer legitimieren könne, nicht gegeben (2.).

1. Kompetenzgrundlage für die Ausweitung

Die **Kompetenzproblematik** erwähnt das Bundesverfassungsgericht kaum, sondern subsumiert auch diese Fallgestaltung „aufgrund der in der Lebenswirklichkeit bestehenden wechselseitigen Angewiesenheit“ unter das „Recht der Sozialversicherung“ in Art. 74 Nr. 12 GG. Das Gericht räumt zwar ein, dass die Heranziehung nicht selbst Versicherter „eines sachorientierten Anknüpfungspunktes in den Beziehungen zwischen Versicherten und Beitragspflichtigen bedarf, der diese Heranziehung nicht außerhalb der Vorstellungen liegend erscheinen lässt, von denen die Sozialversicherung in ihrem sachlichen Gehalt bestimmt wird“.³⁰ Zwei Seiten später behauptet das Gericht:

29 Den bekannten inländischen „Stars“, die als natürliche Personen Mitglied der Künstlersozialversicherung sind, bleibt die Fluchtmöglichkeit in die Rechtsform der juristischen Person. Da sie auf die Künstlersozialversicherung nicht angewiesen sind, wird diese Möglichkeit genutzt.

30 BVerfGE 75, 108 ff., 147.

„Zur Zahlung der Künstlersozialabgabe verpflichtet sind die sogenannten Vermarkter im Sinne von § 24 KSVG. Deren Heranziehung als Beteiligte weist – ungeachtet der noch zu erörternden Frage ihrer materiell-rechtlichen Zulässigkeit – aufgrund der in der Lebenswirklichkeit bestehenden wechselseitigen **Angewiesenheit** von Künstlern und Publizisten auf der einen, ihrer Vermarkter auf der anderen Seite sowie den zwischen ihnen feststellbaren integrierten Arbeits- und auch Verantwortlichkeitszusammenhängen jedenfalls einen Anknüpfungspunkt auf, der nicht außerhalb der Vorstellungen liegt, von denen die Sozialversicherung in ihrem sachlichen Gehalt bestimmt wird.“³¹

Da diese „Angewiesenheit“ gar nicht existieren kann, wenn die Abgabe nicht dem engagierten Künstler zugute kommt, überzeugt diese Begründung nicht. Gleichwohl gibt es keinen Grund, an der Gesetzgebungskompetenz des **Bundes** auch für diesen Regelungsgegenstand zu zweifeln. Dafür bedarf es keines Rückgriffs auf ungeschriebene Bundeskompetenzen wie z. B. die Annexkompetenz und die Kompetenz kraft Sachzusammenhangs.³² Denn diese Kompetenzen wurden von der Rechtsprechung zur Abgrenzung von **Bundes-** und **Landeskompetenzen** entwickelt. Darum geht es bei der Künstlersozialversicherungsabgabe nicht. Da das Bundesverfassungsgericht materiell-rechtlich die Heranziehung der hier zu beurteilenden Personengruppe damit begründet, dass es ohne die Inpflichtnahme zu einer **Wettbewerbsverzerrung** käme, darf der Gesetzgeber kompetenzrechtlich diese Inpflichtnahme auf die Gesetzgebungskompetenz des Bundes in Art. 74 Nr. 11 GG, der Befugnis, „das Recht der Wirtschaft“ zu regeln, stützen. Es gibt deshalb keinen Anhaltspunkt, die Gesetzgebungskompetenz des Bundes zur Regelung der Abgabepflicht auch für diejenigen Personen in Frage zu stellen, die gar nicht Mitglied der Künstlersozialversicherung sind.

2. Verringerung der Abgabenhöhe und Vermeidung der Wettbewerbsverzerrung als besondere Rechtfertigungsgründe?

Intensiver als mit der Frage der Gesetzgebungskompetenz beschäftigt sich das Bundesverfassungsgericht mit der Problematik, ob die Heranziehung dieser Personengruppe **materiell-rechtlich** den verfassungsrechtlichen An-

³¹ BVerfGE, a.a.O., 149 (Hervorhebung vom Verf.).

³² Dazu Ziekow, Grundkurs Öffentliches Recht 2012, 142; BVerfGE 26, 246 ff., 257; BVerfGE 98, 265 ff., 301.

sprüchen genügt. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung vertritt es die Ansicht, eine solche Ausgestaltung der Erhebung der Künstlersozialversicherungsabgabe sei „erforderlich, um Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden und den Abgabensatz möglichst gering zu halten“.

Eingangs wurde als Ausgangspunkt dieser Stellungnahme darauf hingewiesen, die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Künstlersozialabgabe von 1987 grundsätzlich zu akzeptieren. Auch dann, wenn man an diesem Ausgangspunkt festhält, sind zwei Ansatzpunkte sichtbar, die soeben zitierte Begründung für die Inpflichtnahme zu erschüttern. Der erste liegt in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Einschränkung von Grundrechten selbst **(a)**. Der zweite betrifft die inhaltliche Auseinandersetzung mit der wirtschaftlich zu beurteilenden Frage, ob tatsächlich eine Wettbewerbsverzerrung vorliegt, die ausgeglichen werden muss **(b)**.

a) Zum Wettbewerb auf dem Kunstmarkt

Man muss kein Verfassungsrechtler sein, um zu erkennen, dass der Zweck **„den Abgabensatz möglichst gering zu halten“**³³ einen Grundrechtseingriff nicht rechtfertigen kann. Der Grundrechtseingriff besteht in der Inanspruchnahme mit einer gegenleistungslosen Abgabe außerhalb der Steuer. Dieser Eingriff verletzt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Art. 3 Abs. 1 GG – das Gebot der gleichmäßigen Inanspruchnahme aller Staatsbürger mit gegenleistungslosen Abgaben – dann, wenn für eine gegenleistungslose Abgabe außerhalb der Steuer keine besondere Rechtfertigung vorliegt. Der Wunsch, den „Abgabensatz möglichst gering zu halten“, kommt als besondere Rechtfertigung schon deshalb nicht in Betracht, weil er jegliche Ausdehnung weiterer gegenleistungsloser Abgaben außerhalb der Steuer legitimieren würde. Denn jede weitere Ausweitung würde automatisch den Abgabensatz der Betroffenen in einem Umlageverfahren wie bei der Künstlersozialversicherung senken. Die vom Bundesverfassungsgericht ausdrücklich geforderte Grenze der Belastung mit weiteren gegenleistungslosen Abgaben gäbe es nicht mehr. Diese Grenze erfordert eine besondere Rechtfertigung, die das Bundesverfassungsgericht neben dem Wunsch, die Abgabenlast möglichst gering zu halten in der **Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen**³⁴ erblickt.

33 BVerfGE 75, 108 ff., 156.

34 BVerfGE a.a.O., 160.

Dieser Legitimationsgrund ist schon deshalb sehr viel ernster zu nehmen, weil er auf **gleicher verfassungsrechtlicher Ebene** angesiedelt ist, wie das Gebot, wonach weitere gegenleistungslose Abgaben außerhalb der Steuer eine besondere Rechtfertigung benötigen. Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen und Gleichheit der Abgabenbelastung haben als normative verfassungsrechtliche Gebote ihre gemeinsame Wurzel in Art. 3 Abs. 1 GG. Dem Wunsch, „die Abgabenbelastung möglichst gering zu halten“, fehlt hingegen jegliche verfassungsrechtliche Verwurzelung. Es lohnt indes, anders als es das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zur Künstlersozialversicherungsabgabe getan hat, die Frage zu stellen, ob die Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen bei dem zu beurteilenden Sachverhalt wirklich als besonderer Rechtfertigungsgrund für die Inanspruchnahme mit einer gegenleistungslosen Abgabe außerhalb der Steuer taugt. Das Bundesverfassungsgericht behauptet dies lediglich ohne es weiter zu begründen. Die Prüfungsmaßstäbe, die es an eine solche Frage in ständiger Rechtsprechung anwendet, lässt es in der Entscheidung zur Künstlersozialversicherungsabgabe außer Acht. Diese Maßstäbe finden sich mit ausführlichen Rechtsprechungsnachweisen in jedem Lehrbuch und Kommentar zum Staatsrecht unter der Überschrift „Die Verhältnismäßigkeit als Schranken-Schranke“.³⁵ Für die vorliegende Fallgestaltung bedeutet dies: Der Eingriff in das Grundrecht der Vermarkter von Künstlern, die nicht der Künstlersozialversicherung angehören, von einer gegenleistungslosen Abgabe außerhalb der Steuer verschont zu bleiben, muss zur Erreichung eines legitimen Zweckes geeignet, erforderlich und zumutbar sein.

Als legitimen Zweck nennt das Bundesverfassungsgericht die Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen. Legitime Zwecke können wirtschaftlicher, kultureller und sozialer Art sein, z. B. Volksgesundheit, Jugendschutz, Familienförderung, Umweltschutz etc.³⁶ Dazu kann man auch durchaus das Bestreben, Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden, zählen. Problematisch ist indes, dass in diesem Fall – anders als bei den übrigen Beispielen – es der **Gesetzgeber selbst** ist, der durch die Ausgestaltung der Künstlersozialversicherungsabgabe diese angeblichen Wettbewerbsverzerrungen selbst **verursacht** hat. Es dürfte eine nicht ganz unberechtigte Frage von verfassungsrechtlicher Relevanz sein, ob mit der Kompensation einer vom Gesetzgeber selbst ver-

³⁵ Statt aller: Hufen, Staatsrecht II, Grundrechte, 3. Aufl. 2011, 116 ff.

³⁶ Hufen, a.a.O.

ursachen Wettbewerbsverzerrung Eingriffe in Grundrechte Unbeteiligter legitimiert werden dürfen. Primär dürfte es Aufgabe des Gesetzgebers selbst sein, in einem solchen Fall ohne Eingriff in Grundrechte Dritter die selbst bewirkte Verzerrung zu korrigieren oder sie durch Aufgabe seines Vorhabens zu vermeiden. Es ist indes nicht nur diese Frage, die einer Antwort durch das Bundesverfassungsgericht harrt. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung stellt sich auch die Frage, ob dieser Eingriff in Grundrechte Unbeteiligter **zumutbar** war. In der Sache geht es dabei darum, ob der Gesetzgeber einen angemessenen Ausgleich zwischen der Schwere der grundrechtlichen Beeinträchtigung einerseits und der Bedeutung der mit der Maßnahme verfolgten Belange andererseits gefunden hat.³⁷ Die Beantwortung dieser Frage, die das Bundesverfassungsgericht 1987 ebenfalls versäumt und durch eine schlichte Behauptung ersetzt hat, erfordert zunächst einmal den Nachweis, dass solche Verzerrungen tatsächlich ohne die Inanspruchnahme Dritter eintreten würden. Sollte sich eine solche Wettbewerbsverzerrung nicht nachweisen lassen, wäre die Inanspruchnahme der Vermarkter, die Künstler vermarkten, die nicht der Künstlersozialversicherung angehören, unzumutbar.

b) Zur Wettbewerbsverzerrung auf dem Kunstmarkt

Das Bundesverfassungsgericht behauptet in diesem Zusammenhang:

„Würden nur die an verschonungspflichtige Künstler und Publizisten gezahlten Entgelte mit der Abgabe belastet, erwüchsen denjenigen Vermarktern, die verstärkt Werke oder Leistungen solcher Künstler und Publizisten abnehmen, erhebliche zusätzliche Kosten, die bei Vermarktern nicht versicherungspflichtiger Künstler und Publizisten nicht anstehen“.³⁸

Eine Wettbewerbsverzerrung setzt zunächst einen **Wettbewerb** voraus. Nur unter dieser Voraussetzung ist eine Wettbewerbs**verzerrung** möglich.

Man kann mit guten Gründen die Ansicht vertreten, dass sich auf dem Kunstmarkt ein Wettbewerb nicht über den Preis, sondern nahezu ausschließlich über das jeweilige individuelle Kunstwerk abspielt. Das Bundesverfassungsgericht geht in seinen Bemerkungen allerdings genau vom Gegenteil, nämlich

³⁷ Hufen, a.a.O., 120 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung.

³⁸ BVerfGE 75, 108 ff., 156.

davon aus, dass die „erheblichen zusätzlichen Kosten“ den Preis eines Werkes so sehr verteuern, dass die Abnehmer eher auf das Werk ohne Künstlersozialversicherungsabgabe zugreifen würden. Diese Argumentation wäre durchaus überzeugend, wenn die zur Wahl stehenden Kunstwerke **identisch** wären. Bei einem Gegenstand im Wert von 10.000 € im Vergleich zu einem identischen Gegenstand von 10.390 € – die Künstlersozialabgabe beträgt gegenwärtig 4,1 % – würde der Abnehmer zu 10.000 € zugreifen, obgleich man auch in diesem Fall kaum von „erheblichen“ zusätzlichen Kosten sprechen kann. Nun ist es zwar eine Banalität aber gleichwohl zutreffend, dass zwei Kunstwerke niemals identisch sind. Für einen Abnehmer, der auf dem Kunstmarkt „rund 10.000 €“ investieren möchte, spielt es überhaupt keine Rolle, ob er 10.000 € ohne oder 10.390 € inklusive Künstlersozialabgabe zahlt oder umgekehrt. Bietet ihm ein Vermarkter diese Alternative, wird seine Entscheidung nicht über den Preis, sondern für das Werk fallen, welches ihm am besten gefällt. Anders als bei **identischen** oder immerhin **vergleichbaren** Gegenständen gelten auf dem Kunstmarkt **andere Gesetze**: Entscheidet sich der Abnehmer aus Emotion und Geschmack für ein individuelles unverwechselbares Werk, so spielt es keine Rolle, ob dieses Werk 4,1 % teurer ist als ein anderes ebenso individuelles und unverwechselbares. Im Vordergrund steht das Werk. Dieses und nicht der Preis – jedenfalls solange der Unterschied nicht einen hohen Anteil oder gar ein Mehrfaches des Preises, sondern gerade 4,1 % davon ausmacht – gibt den Ausschlag für oder gegen einen Erwerb.

Es sprechen daher die weitaus besseren Gründe dafür, auf dem Markt, auf dem sich die Adressaten des Künstlersozialversicherungsgesetzes bewegen, das Vorliegen eines Wettbewerbs über den Preis von 100 % und 104,1 % schlicht zu verneinen. Denn dieser Markt ist insgesamt geprägt von individuellen und unverwechselbaren Leistungen und Werken. Eine Preisdifferenz von 4,1 % wird auf einem solchen Markt – anders als bei identischen oder zumindest vergleichbaren Gegenständen oder Dienstleistungen – niemals den Ausschlag pro oder contra geben. Diese **Besonderheit** dieses spezifischen Marktes hat das Bundesverfassungsgericht wohl **übersehen**. Ebenso dürfte es auch dem **Gesetzgeber** nicht um eine Vermeidung von angeblichen Wettbewerbsverzerrungen gegangen sein, sondern darum, durch die Einbeziehung von Vermarktern, die nicht sozialversicherungspflichtige Künstler vermarkten, d. h. durch eine Ausweitung der Bemessungsgrundlage im Umlageverfahren „die Abgabenbelastung möglichst gering zu halten“. Dass diese Begründung nicht dazu taugt, als besonderer Rechtfertigungsgrund eine weitere gegen-

leistungslose Abgabe neben der Steuer zu legitimieren, wurde bereits dargelegt. Darüber hinaus sprechen nach dem Gesagten nunmehr auch die weitaus besseren Gründe dafür, schon **mangels Vorliegen** eines **Wettbewerbs** über den Preis auch die zweite vom Bundesverfassungsgericht genannte Legitimationsgrundlage, die Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen, nicht als „besondere Rechtfertigung“ akzeptieren zu können.

Selbst wenn man aber – mit dem Bundesverfassungsgericht – einen Preiswettbewerb mit umkämpften Margen von +/- 4,1 % auf dem Kunstmarkt unterstellen oder besser fingieren wollte, stellen sich zwei weitere Fragen, die eine Wettbewerbsverzerrung durch die Künstlersozialabgabe problematisch erscheinen lassen.

Die erste Frage beruht auf der Erkenntnis, dass Märkte und in diesem Fall auch der Kunstmarkt dazu neigen, unterschiedliche Ausgangspositionen zu **nivellieren**. Die unterschiedliche Ausgangsposition betrifft die Vermarktung von Künstlern, die Mitglieder der Künstlersozialversicherung sind, und die Vertretung von Künstlern, die nicht zu den Mitgliedern zählen. Es entspricht der Lebenswirklichkeit, dass kaum ein Vermarkter nur den **einen** und ebenso kaum ein Vermarkter nur den **anderen** Personenkreis vertritt. Im Gegenteil: In der Regel wird es sich so verhalten, dass beide Personengruppen von den Vermarktern vertreten werden. Unabhängig von der jeweiligen quantitativen Gewichtung wird sich diese im Laufe der Jahre in etwa ausgleichen. Wenn man aber diese lebensnahe Annahme zugrunde legt, wird die Suche nach einer Wettbewerbs**verzerrung** erfolglos sein. Selbst wenn man einen Wettbewerb unterstellt, fehlt es an einer Verzerrung schon deshalb, weil alle Vermarkter im Laufe der Jahre nicht unterschiedlich, sondern in etwa in gleichem Maße von der Künstlersozialabgabe auch dann belastet würden, wenn diese Abgabe nur für solche Künstler zu entrichten wäre, die Mitglieder der Künstlersozialversicherung sind. Mit anderen Worten: Eine Ausdehnung der Abgabepflicht auch auf die Vermarktung von Künstlern, die nicht Mitglieder der Künstlersozialversicherung sind, ist gar **nicht notwendig**, um Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden. Denn diese treten ohnehin nicht auf, – und wenn sie auftreten, gleichen sie sich im Laufe der Jahre aus. Selbst wenn man also einen (Preis)Wettbewerb auf dem Kunstmarkt unterstellt, ist es nicht erforderlich, ihn durch die Ausweitung der Abgabepflicht, die § 25 Abs. 1 S. 1 KSVG vorsieht, ausgleichen zu wollen. Denn von einer diskriminierenden Verzerrung des Wettbewerbs zu Gunsten der einen Verwerter und zu Lasten der anderen

kann keine Rede sein. Mit anderen Worten: Auch ohne die Ausweitung des § 25 Abs. 1 S. 1 KSVG sorgt der Markt von alleine für einen Ausgleich der Unterschiede, die entstehen, wenn die Künstlersozialabgabe auf die Vermarktung von Künstlern beschränkt bleibt, die Mitglied der Künstlersozialversicherung sind.

Der vom Bundesverfassungsgericht befürchtete Anreiz für Vermarkter, ohne § 25 Abs. 1 S. 1 KSVG würden Vermarkter Künstler bevorzugen, die nicht Mitglied der Künstlersozialversicherung sind, existiert nicht. Jeder Vermarkter wird davon ausgehen können, dass sich diese Belastungsunterschiede zwischen 0 % und 4,1 % Zuschlag makroökonomisch gesehen im Gesamtmarkt ausgleichen und er seine Aufmerksamkeit auf die für seinen Auftraggeber geeigneten Künstler/Publizisten etc. konzentrieren kann.

Damit aber spricht alles dafür, dass § 25 Abs. 1 S. 1 KSVG als **nicht erforderliche** zusätzliche **Belastung** mit einer gegenleistungslosen Abgabe außerhalb der Steuer gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstößt.

Als **Zwischenergebnis** lässt sich festhalten: Die besseren Argumente sprechen dafür, dass die Ausweitung des § 25 Abs. 1 S. 1 KSVG, der die Abgabepflicht der Vermarkter auch auf die Vermarktung von Künstlern erstreckt, die nicht Mitglied der Künstlersozialversicherung sind und denen deshalb diese Abgabe nicht zugute kommt, nicht zu rechtfertigen ist. Ohne eine solche „besondere Rechtfertigung“ aber wäre § 25 Abs. 1 S. 1 KSVG nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verfassungswidrig. Als einzigen ernstzunehmenden Rechtfertigungsgrund nennt das Bundesverfassungsgericht die Vermeidung der Wettbewerbsverzerrung. Die Voraussetzungen einer Wettbewerbsverzerrung liegen jedoch ersichtlich nicht vor. Zum einen ist es reine Fiktion anzunehmen, auf dem Kunstmarkt herrsche in der Preismarge von 0 % bis 4,1 % ein Wettbewerb. Da Kunstwerke weder identisch noch vergleichbar sind, findet über diese Margen überhaupt kein Preiswettbewerb statt. Zum anderen würden sich – wollte man an der Fiktion eines Wettbewerbs festhalten – die Vor- und Nachteile der Vermarkter untereinander ausgleichen. Nicht beim einzelnen Geschäft, aber über die Zeitachse gesehen gleichen sich diese Differenzen aus, so dass von der Verzerrung des – fiktiven – Wettbewerbs nicht gesprochen werden kann. Dieser Ausgleich findet von selbst statt, so dass es einer Ausweitung der Abgabepflicht, wie sie § 25 Abs. 1 S. 1 KSVG vorsieht, nicht bedarf. Im Folgenden wird zu zeigen sein, dass diese Auswei-

tung nicht nur überflüssig und daher nicht erforderlich ist. Sie ist darüber hinaus **kontraproduktiv** und **schädlich**, weil sie zum einen bereits vorhandene Wettbewerbsverzerrungen vertieft und zum anderen eher die Funktion eines Feigenblättchens hat, welches die **wirklichen Wettbewerbsverzerrungen verdecken** soll.

In der Entscheidung zur Künstlersozialabgabe von 1987 hat sich das Bundesverfassungsgericht nur kurz mit der Problematik auseinandergesetzt, dass die Künstlersozialabgabe nicht auf Aufträge an nach dem KSVG versicherungspflichtige Künstler und Publizisten beschränkt ist, sondern auch Aufträge an selbstständige Künstler und Publizisten abgabepflichtig sind, die sich nicht über die Künstlersozialkasse versichern können. Es sah diese Gleichbehandlung ungleicher Sachverhalte dadurch sachlich gerechtfertigt, dass es ansonsten zu Wettbewerbsverzerrungen käme, weil dann nicht über das KSVG versicherte Künstler und Publizisten bei der Auftragsvergabe bevorzugt würden.

Diese Begründung überzeugt – wie dargelegt – nicht. Für die Mehrzahl derjenigen, für deren Vermarktung Künstlersozialversicherungsabgabe nach § 25 Abs. 1 S. 1 KSVG entrichtet werden muss, obgleich sie nicht über die Künstlersozialkasse versichert sind, ist sogar das **Gegenteil** der Fall. § 25 Abs. 1 S. 1 KSVG verhindert in der Mehrzahl der Fälle keine Wettbewerbsverzerrung, sondern bewirkt eine solche für diejenigen, die nicht Mitglied der Künstlersozialversicherung sind. Bei diesem Personenkreis, zu dem beispielsweise die vielen Tausend selbstständiger Webdesigner und Werbegraphiker etc. zählen, kommt es wegen § 25 Abs. 1 S. 1 KSVG zu einer **Diskriminierung**, für die keine Rechtfertigung ersichtlich ist. Dieser Personenkreis muss sich spätestens seit dem 1.1.2009, d. h. nach der Einführung einer allgemeinen Versicherungspflicht, selbst versichern. Diese Berufsträger müssen für ihre Versicherungen deutlich höhere Beiträge aufwenden als die nach dem KSVG versicherungspflichtigen Künstler und Publizisten, die nur den halben Beitragssatz zur Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung zahlen müssen. Wirtschaftlich gesehen müsste daher der nicht über das KSVG versicherte Personenkreis von den Vermarktern von vorneherein höhere Honorare für seine Werke und Leistungen fordern, um die höheren Beiträge für die eigene Versicherung aufbringen zu können.

Bei dieser wirtschaftlichen Betrachtungsweise liegt der Wettbewerbs**vorteil** bei dem nach dem KSVG versicherten Personenkreis. Dieser könnte wegen der

niedrigeren Versicherungsbelastung ohnehin tendenziell niedrigere Honorarforderungen stellen. Stattdessen belastet der Gesetzgeber mit § 25 Abs. 1 S. 1 KSVG zusätzlich die Vermarktung der Werke und Leistungen derjenigen, die schon wegen ihrer höheren Versicherungslasten wettbewerbsmäßig im Nachteil sind. Diese wirtschaftliche Sichtweise, die im Abgabenrecht entscheidend ist, fordert daher aus Gründen der Gleichbehandlung, die Abgabepflicht des KSVG auf Aufträge an Künstler und Publizisten zu **beschränken**, die nach dem KSVG versicherungspflichtig sind. Diese Sichtweise zeigt zugleich erneut, dass es in § 25 Abs. 1 S. 1 KSVG in Wahrheit nicht um die Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen geht. Es geht dieser Vorschrift um eine **Erweiterung des abgabepflichtigen Personenkreises**, damit die **Abgabenbelastung** des im Umlageverfahrens belasteten Personenkreises insgesamt **gering** bleibt. Dieser Gesichtspunkt ist aber – wie mehrfach ausgeführt – nicht tauglich, eine weitere gegenleistungslose Abgabe neben der Steuer zu rechtfertigen.

Nach alledem spricht viel dafür, an der Verfassungsmäßigkeit der Vorschrift des § 25 Abs. 1 S. 1 KSVG nicht nur ernsthaft zu **zweifeln**. Die Tatsache, dass diese Vorschrift nicht mit einer Vermeidung der Wettbewerbsverzerrung gerechtfertigt werden kann, da es sowohl an einer (Preis-)Wettbewerbsituation als auch an der Verzerrung einer solchen fehlt, könnte durchaus Anlass geben, von der Verfassungswidrigkeit des § 25 Abs. 1 S. 1 KSVG **überzeugt** zu sein. Diese Überzeugung ist Voraussetzung eines Vorlageverfahrens nach Art. 100 Abs. 1 GG. Letzter Stein des Anstoßes für die Bildung einer solchen Überzeugung könnte der Hinweis darauf sein, dass selbstständige Künstler, die nicht der Künstlersozialversicherung angehören, ohnehin im Wettbewerb mit den Angehörigen dieser Versicherung benachteiligt sind, da sie für sich höhere Versicherungsaufwendungen leisten müssen. Es mutet einigermaßen **kontraproduktiv** an, die Vermarktung von Werken und Leistungen dieses Personenkreises mit einer weiteren gegenleistungslosen Abgabe zu belasten und damit den vorhandenen Wettbewerbsnachteil zu vergrößern. Vor allem aber hat es den Anschein, als benutze der Gesetzgeber diese – nicht vorhandene – Wettbewerbsverzerrung, deren Korrektur als Rechtfertigung des § 25 Abs. 1 Nr. 1 KSVG dient, lediglich als „Feigenblättchen“, um eine weitaus gravierendere, real existierende Wettbewerbsverzerrung negieren zu können. Diese Wettbewerbsverzerrung entsteht dadurch, dass von der Abgabepflicht nach dem KSVG nur **natürliche** Personen erfasst werden. Da **juristische** Personen der Abgabepflicht nicht unterliegen, ist es gerade für wirtschaftlich potente Künstler ein Leichtes, in die Rechtsform einer GmbH auszuweichen und so

der Abgabelast bei der Vermarktung ihrer Werke und Leistungen zu entgehen. Verlockend ist das Ausweichen in diese Rechtsform nicht nur für selbstständige oder nebenberuflich tätige Künstler mit hohen Gagen, z. B. in Fernsehen, Rundfunk, Theater und Oper. Verlockend ist dies auch für Gewerbetreibende, deren Dienstleistungen zwar nach der Rechtsprechung unter das KSVG fallen, wie z. B. die Arbeit von selbstständigen Webdesignern und Werbetreibenden, deren Leistungen aber nicht – wie dies sonst bei Kunst der Fall ist – so unverwechselbar individuell sind, dass eine Preisdifferenz von 4,1 % für die Entscheidung über die Auftragsvergabe keine Rolle spielt. Bei einem Routine-Design- oder Web-Gestaltungsauftrag über 10.000 € mag es eben doch eine gewisse Rolle spielen, ob Künstlersozialversicherungsabgabe von 390 € anfällt oder nicht. Es spricht manches dafür, dass eine solche eher marginale Differenz bei den Hunderttausenden von kleinen „Eigenwerbern“ bei der Vergabe von Aufträgen bedeutsam sein kann, deren Heranziehung zur Künstlersozialabgabe im Folgenden auf ihre verfassungsrechtlichen Grundlagen hin untersucht wird.

IV. Zur verfassungsrechtlichen Problematik der Rechtsprechung zur Eigenwerbung nach dem Künstlersozialversicherungsgesetz

Bis zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts 1987 gab es den Bereich der Eigenwerbung im KSVG nicht. Der heutige § 24 Abs. 1 S. 2 KSVG, die Abgabepflicht der sog. Eigenwerber, wurde erst im Anschluss an und auf Anregung durch die Entscheidung von 1987 eingefügt. Dazu das Bundesverfassungsgericht:

„Bedenklich ist es allerdings, daß der Gesetzgeber, wie § 24 Abs. 1 Nr. 5 KSVG zeigt, generell darauf verzichtet hat, Unternehmen der Eigenwerbung treibenden Wirtschaft, nämlich solche, die ohne Einschaltung einer Werbeagentur Werke und Leistungen selbständiger Künstler und Publizisten vermarkten, ebenfalls mit der Pflicht zur Zahlung der Künstlersozialabgabe zu belegen. Handeln diese Unternehmen wie professionelle Vermarkter, gebietet es der Gleichheitssatz, sie ebenfalls der Abgabepflicht zu unterwerfen. (...)

Zur Zeit kann allerdings ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG noch nicht festgestellt werden. Der Gesetzgeber darf bei der Ordnung von Massenerscheinungen, wie sie besonders im Bereich der Sozialversicherung auftreten, typisieren (vgl. BVerfGE 63, 119 (128) m.w.N.). Handelt es sich um komplexe Sachverhal-

te, so kann es vertretbar sein, daß ihm zunächst eine angemessene Zeit zur Sammlung von Erfahrungen eingeräumt wird und daß er sich in diesem Anfangsstadium mit gröberer Typisierungen und Generalisierungen begnügt.“³⁹

Im Anschluss an diese Anregung des Bundesverfassungsgerichts wurde § 24 Abs. 1 S. 2 KSVG beschlossen, wonach Unternehmer zur Zahlung der Künstlersozialabgabe verpflichtet sind, „die für Zwecke ihres eigenen Unternehmens Werbung oder Öffentlichkeitsarbeit betreiben und dabei nicht nur gelegentlich Aufträge an selbständige Künstler und Publizisten erteilen“.

Die Begriffe „Werbung“ und „Öffentlichkeitsarbeit“ sind nach der Rechtsprechung weit gefasst. Neben direkter Werbung fallen darunter alle Maßnahmen, die geeignet sind, ein Unternehmen in der breiteren Öffentlichkeit bekannt zu machen oder seinem Namen und seinen Produkten ein positives Image zu verschaffen. Dazu zählt nach Ansicht der Künstlersozialversicherung beispielsweise auch die Gestaltung eines Internetauftritts. Erfasst sind auch Vorbereitungsarbeiten, wie z. B. das Erstellen einer Werbekonzeption oder eines Entwurfs.

Eine „nicht nur gelegentliche“ Auftragserteilung liegt nach der Rechtsprechung dann vor, wenn sie mit einer gewissen Regelmäßigkeit und Dauerhaftigkeit erfolgt. Von Regelmäßigkeit und Dauerhaftigkeit ist auszugehen, wenn Werbemaßnahmen laufend oder in regelmäßiger Wiederkehr anfallen und entsprechende Werbeaufträge laufend oder in regelmäßiger Wiederkehr (täglich, wöchentlich, monatlich, jährlich) ohne größere Unterbrechungen erteilt werden.⁴⁰ Die Verpflichtung zur Zahlung der Künstlersozialabgabe kann also schon bei einer regelmäßig einmal jährlich erfolgenden Auftragserteilung eintreten.

Abgabepflichtig sind nur Aufträge an selbstständige Künstler und Publizisten. Für eigene Mitarbeiter ist keine Künstlersozialabgabe zu entrichten. Keine Verpflichtung zur Zahlung der Künstlersozialabgabe besteht dann, wenn eine **juristische Person** beauftragt wird (z. B. GmbH, AG, e.V.). Auch bei Aufträgen an eine KG oder eine GmbH & Co. KG scheidet nach der Rechtsprechung die Abgabepflicht aus. Anders formuliert: Die Abgabepflicht setzt voraus, dass

³⁹ BVerfGE 75, 108 ff., 161.

⁴⁰ Bundessozialgericht vom 7.7.2005, Az. B 3 KR 29/04 R.

eine **natürliche Person** (Einzelunternehmer) bzw. Personengesellschaft (GbR, OHG, Partnerschaftsgesellschaft) Auftragnehmer ist. Keine Rolle spielt es, ob der Auftragnehmer steuerlich als Freiberufler oder Gewerbetreibender gilt. Irrelevant ist auch, ob der Auftragnehmer überhaupt über die Künstlersozialversicherung versichert ist.

„Kunst“ setzt nach der Rechtsprechung der Sozialgerichte lediglich voraus, dass das zu beurteilende Werk den Gattungsanforderungen eines bestimmten Kunsttyps entspricht. Beispielsweise sind auch Werbefotografen ohne Rücksicht auf die künstlerische Qualität ihrer Bilder als Künstler im Sinne der Künstlersozialversicherung anzusehen.⁴¹ Auch der Begriff des „Publizisten“ wird weit ausgelegt. Erfasst sind nicht nur Schriftsteller und Journalisten, sondern jeder im Kommunikationsprozess an einer öffentlichen Aussage schöpferisch Mitwirkende, z. B. Werbetexter, PR-Fachleute, Lektoren und Redakteure.

Schließlich muss die Künstlersozialabgabe auch von Unternehmen gezahlt werden, die nicht nur gelegentlich Aufträge an selbstständige Künstler und Publizisten erteilen, um deren Werke oder Leistungen für Zwecke des Unternehmens zu nutzen, wenn im Zusammenhang mit dieser Nutzung Einnahmen erzielt werden sollen. Hierunter können z. B. Aufträge an Produktdesigner oder das Engagement von Musikern in einem Restaurant fallen. In dieser Fallkonstellation ist gesetzlich ausdrücklich geregelt, dass bei einer Durchführung von nicht mehr als drei Veranstaltungen mit künstlerischen oder publizistischen Aufführungen bzw. Darbietungen nur eine gelegentliche Auftragserteilung vorliegt (§ 24 Abs. 2 S. 2 KSVG). Daher muss z. B. ein Restaurant, das von Zeit zu Zeit Musiker engagiert, dafür erst ab mindestens vier Terminen im Jahr die Künstlersozialabgabe zahlen.

§ 24 Abs. 1 S. 2 KSVG lässt sich nur dann zutreffend interpretieren, wenn man diese Vorschrift in die **Gesamtkonzeption** des Künstlersozialversicherungsgesetzes in der Weise eingliedert, die das Bundesverfassungsgericht 1987 seiner Entscheidung zugrunde gelegt hat. Hinsichtlich der Künstlersozialabgabe sind dabei **drei Stufen** zu unterscheiden.

⁴¹ Bundessozialgericht vom 12.11.2003, Az. B 3 KR 8/03 R und vom 25.11.2010, Az. B 3 KS 1/10 R.

Die **erste Stufe** betrifft die Abgabe, die vom Vermarkter für die von ihm vermarkteten Künstler zu entrichten ist, die der Künstlersozialversicherung angehören. Abgabepflichtig ist der **Vermarkter**. Es ist unzulässig, die Abgabe auf den vermarkteten Künstler abzuwälzen. Entsprechende Vereinbarungen sind gemäß § 36a S. 2 KSVG i.V.m. § 32 SGB I nichtig. Wenn es die wirtschaftlichen Verhältnisse erlauben, ist eine Überwälzung an den Endabnehmer möglich. Rechtfertigungsgrund für diese gegenleistungslose Abgabe außerhalb der Steuer ist das „symbiotische“ Verhältnis zwischen Vermarkter und Künstler, m.a.W. die vom Bundesverfassungsgericht unterstellte Abhängigkeit des Künstlers vom Vermarkter und die daraus für diesen resultierende „Verantwortungsbeziehung“.

Die **zweite Stufe** betrifft die Abgabe, die vom Vermarkter für die von ihm vermarkteten Künstler zu entrichten ist, die **nicht** der Künstlersozialversicherung angehören. Hier existiert nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts keine „symbiotisches“ Verhältnis und keine Verantwortungsbeziehung, weil diese vermarkteten Künstler anderweitig (sozial-) versichert und damit nicht schutzbedürftig sind. Rechtfertigungsgründe für diese gegenleistungslose Abgabe außerhalb der Steuer sieht das Bundesverfassungsgericht zum einen in dem Ziel, den Abgabensatz für die im Umlageverfahren erhobene Abgabe „möglichst gering“ zu halten und zum anderen in der Gefahr sonst auftretender Wettbewerbsverzerrungen auf dem Kunstmarkt. Erneut ist es unzulässig, diese Abgabe auf den vermarkteten Künstler abzuwälzen. Abgabepflichtig ist der **Vermarkter**. Er hat die Möglichkeit, die Abgabebelastung über den Preis an den Endabnehmer zu überwälzen.

Die **dritte Stufe** betrifft den sog. Eigenwerber nach § 24 Abs. 1 S. 2 KSVG. Die Abgabepflicht trifft hier erstmals **nicht den Vermarkter**, sondern den **Endabnehmer**. Sie trifft allerdings **nicht jeden Endabnehmer**, denn ansonsten wäre jede Privatperson, die ein Kunstwerk von einem selbstständigen Künstler erwirbt, abgabepflichtig. Sie trifft nur solche Endabnehmer, die als Unternehmer „für Zwecke ihrer eigenen Unternehmen Werbung oder Öffentlichkeitsarbeit betreiben“. Diese **Ausweitung** geht über die vom Bundesverfassungsgericht erhobene Anregung **weit hinaus**. Das Bundesverfassungsgericht hatte den Gesetzgeber zur Prüfung aufgefordert, „ob die Eigenwerbung treibende Wirtschaft in den Kreis der Abgabepflichtigen einbezogen werden muss, soweit sie als **ihre eigene Werbeagentur** tätig wird und künstlerische Arbeit professio-

nell vermarktet“.⁴² Es sei bedenklich, dass „Unternehmen der Eigenwerbung treibenden Wirtschaft, nämlich solche, die **ohne Einschaltung einer Werbeagentur** Werke und Leistungen selbständiger Künstler und Publizisten vermarkten“, nicht ebenfalls mit der Pflicht zur Zahlung der Künstlersozialabgabe belegt seien.

Beim **Vergleich der drei Stufen** untereinander wird deutlich: Belastet werden grundsätzlich die **Vermarkter, nicht** aber die Endabnehmer. Der Grund dafür ist einerseits die unterstellte „symbiotische“ Beziehung und andererseits die ebenfalls unterstellte drohende „Wettbewerbsverzerrung“. Beide Rechtfertigungsgründe existieren nur im Verhältnis Vermarkter zu vermarktetem Künstler bzw. im Verhältnis Vermarkter/Vermarkter. Wäre es anders, gäbe es keine verfassungsrechtlichen Grenzen mehr, den Endverbraucher z. B. für seinen täglichen Besuch beim selbstständigen Bäcker, seinen monatlichen Haarschnitt beim selbstständigen Friseur, seinen halbjährlichen Besuch beim selbstständigen Zahnarzt und seine jährliche Konsultation beim selbstständigen Steuerberater mit einer gegenleistungslosen Abgabe für deren Sozialversicherung zu belasten. Die verfassungsrechtlichen Grenzen liegen nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bei der Voraussetzung einer **besonderen Rechtfertigung**.

Die **einzige Ausnahme** von dem Grundsatz, eine besondere Rechtfertigung könne nur auf der Ebene der Vermarkter und der vermarkteten Künstler vorliegen, will das Bundesverfassungsgericht bei der Wirtschaft machen, soweit sie „ohne Einschaltung einer Werbeagentur als eigene Werbeagentur“ tätig wird und dabei „künstlerische Arbeit professionell vermarktet“.

Die **einzige Rechtfertigung dieser Ausnahme** sieht das Bundesverfassungsgericht in Art. 3 Abs. 1 GG. Dies lässt sich, da nach ständiger Rechtsprechung Art. 3 Abs. 1 GG verlangt, „Gleiches gleich und Ungleiches ungleich“ zu behandeln, nur so verstehen, dass Künstlersozialabgabe auch dann erhoben werden darf, wenn die Wirtschaft „als eigene Werbeagentur“ handelt. Für die Abgabepflicht ist es gleich, ob eine fremde Werbeagentur künstlerische Leistungen anderer vermarktet oder ob eine „eigene Werbeagentur“ des Unternehmens insoweit tätig wird. Diese Wertung des Bundesverfassungsgerichts gilt es zu akzeptieren. Zugleich sind aber auch die **Grenzen** dieser Wertung zu

⁴² BVerfGE 75, 108 ff., 161, 162.

beachten. Die wichtigste Grenze, die das Bundesverfassungsgericht gezogen hat, besteht in der Forderung, das Wirtschaftsunternehmen müsse „als eigene Werbeagentur“ handeln. Das bedeutet aber zugleich, dass der Wirtschaft dann, wenn sie nicht als eigene Werbeagentur handelt, sondern sich einer solchen – fremden – bedient, keine Künstlersozialabgabe auferlegt werden darf. In diesem Fall greift nicht mehr die **Ausnahme**, sondern der Regelfall: Nicht der Endabnehmer, sondern nur der Vermarkter ist abgabepflichtig.

Dass der Gesetzgeber mit § 24 Abs. 1 S. 2 KSVG zusätzlich alle Unternehmer zur Zahlung der Künstlersozialabgabe verpflichtet hat, „die für Zwecke ihres eigenen Unternehmens Werbung oder Öffentlichkeitsarbeit betreiben und dabei nicht nur gelegentlich Aufträge an selbständige Künstler oder Publizisten erteilen“, geht über den vom Bundesverfassungsgericht umrissenen Personenkreis heraus. Nach der Formulierung des Bundesverfassungsgerichts zählen **nicht zum Kreis der abgabepflichtigen Unternehmer** diejenigen, die nicht „ohne Einschaltung einer Werbeagentur“ tätig wurden, sondern Werbeagenturen beauftragt haben.

Methodisch gesehen bedarf es **keiner verfassungskonformen Interpretation** des § 24 Abs. 1 S. 2 KSVG um dieser vom Bundesverfassungsgericht geforderten Grenzziehung zu genügen. Denn § 24 Abs. 1 S. 2 KSVG ist durchaus einer **teleologischen Reduktion** zugänglich. Mittels dieser allgemein anerkannten einfachgesetzlichen Auslegungsmethode lässt es sich vermeiden, die verfassungsgerichtlich gezogene Grenzlinie zu überschreiten. Die teleologische Interpretation findet dabei in **doppelter Weise** Anwendung.

Zum einen erfordert der Zweck des § 24 Abs. 1 S. 2 KSVG, diese Norm nicht anzuwenden, wenn ein anderer Vermarkter, z. B. eine Werbeagentur, eingeschaltet wurde. Diese Reduzierung lässt sich mit den Worten des Bundesverfassungsgerichts so umschreiben: § 24 Abs. 1 S. 2 KSVG findet nur dann Anwendung, soweit der beauftragende Unternehmer „ohne Einschaltung einer Werbeagentur“ als „eigene Werbeagentur“ „künstlerische Arbeit professionell“ für das eigene Unternehmen vermarktet. Mit dem Wortlaut des § 24 Abs. 1 S. 2 KSVG ist diese einschränkende Interpretation durchaus vereinbar. Ein Widerspruch entsteht nicht, es kommt lediglich zu einer Reduzierung der weiter gefassten Aussage.

Zum anderen erfordert der Zweck des § 24 Abs. 1 S. 2 KSVG noch eine **wei-**

tere teleologische Reduktion. Ausgangspunkt dieser Reduktion ist die Erkenntnis, dass eine fremdnützige Sozialabgabe außerhalb der Steuer immer die **besonders zu begründende Ausnahme** bleibt. Denn andernfalls wäre es – wie gezeigt – möglich, auch für andere Vertragspartner, genannt wurden der Bäcker, der Friseur, der Zahnarzt und der Steuerberater, fremdnützige Sozialabgaben zu normieren. Die einzige Rechtfertigung der Einbeziehung des Endkunden in die Abgabepflicht hat das Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung von 1987 in Art. 3 Abs. 1 GG gesehen. Wenn die Unternehmen als Endabnehmer über Art. 3 Abs. 1 GG abgabepflichtig werden, falls sie als „eigene Werbeagentur“ handeln, dann bedeutet dies zugleich, dass die Abgabepflicht nur entsteht, wenn das Verhältnis zu den vom Unternehmen für eigene Zwecke beauftragten Künstlern **so eng ist**, wie das eines sonstigen Vermarkters zu dem von ihm vermarkteten Personenkreis. Der Gesetzgeber hat diese **besondere Verantwortungsbeziehung** mit den Worten umschrieben, dass „nur gelegentliche“ Aufträge nicht der Abgabepflicht unterliegen. Diese Formulierung ist zumindest missverständlich und bedarf der Interpretation. Wie dargestellt, soll die Verpflichtung zur Zahlung der Künstlersozialabgabe nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts schon bei einer regelmäßig einmal jährlich erfolgenden Auftragserteilung eintreten. Eine solche **weite Auslegung verlässt die verfassungsrechtliche Rechtfertigung der fremdnützigen Abgabepflicht**. Eine besondere Verantwortungsbeziehung fordert ein **festeres Fundament** als eine jährlich wiederkehrende Auftragserteilung. Mindestvoraussetzung sind bereits **gewachsene Geschäftsbeziehungen**. Diese Voraussetzung lässt sich durchaus mit der gesetzlichen Voraussetzung, es dürfe sich nicht um eine „gelegentliche“ Auftragserteilung handeln, vereinbaren. **Rechtssicher** lässt sich die Formulierung des Gesetzes nur auslegen, wenn man sich auf **typisierende Maßstäbe** festlegt, die sich an dem Verhältnis des Kunstvermarkters zu den von ihm vertretenen Künstlern orientieren.

Das Merkmal „nicht nur gelegentlich“ ließe beispielsweise durchaus eine mehrjährige gegenseitige Bindung zu. Erst **danach**, d. h. wenn feststeht, dass die Zusammenarbeit auf Dauer angelegt ist, könnte die Abgabepflicht eintreten. „Dauer“ ist eines der Elemente, die das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich nennt um eine gegenseitige Verantwortlichkeit zu charakterisieren. Vor allem aber ist zu beachten, dass im Hintergrund der Abgabepflicht eine weitere Voraussetzung steht, die nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts allein die Auferlegung einer weiteren gegenleistungslosen Abgabe zu rechtfertigen imstande ist. Bei der Beschreibung des Verhältnisses

eines Künstlers zu seinem Vermarkter hat das Gericht dieses als „symbiotisches“ Verhältnis charakterisiert. Mag es auch ein solches Verhältnis zwischen Auftraggeber und Werbedesigner schon deshalb nicht geben, weil hier von einer „kulturgeschichtlich gewachsenen“ Beziehung (noch) nicht die Rede sein kann, so besteht doch das **Extrakt** einer solchen Symbiose darin, **gegenseitig aufeinander angewiesen zu sein**. In diesem Element unterscheidet sich die Symbiose von „normalen“ Geschäftsbeziehungen. Mag man auch den Bäcker, den Friseur und den Zahnarzt mehrfach im Jahr besuchen – und nicht nur gelegentlich –, so fehlt es doch bei solchen Geschäftsbeziehungen an diesem Element der Symbiose. Aus diesem Grund wird man das Tatbestandsmerkmal „nicht nur gelegentlich“ auch in dem Sinne auslegen müssen, dass beide Geschäftspartner – anders als bei sonstigen „normalen“ Geschäften – aufeinander **angewiesen** sind. Dieses Element setzt eine gewisse **Quantität** und **Dichte** der gegenseitigen Beziehung voraus, die allein imstande ist, die vom Bundesverfassungsgericht geforderte besondere Verantwortung und soziale Verantwortlichkeit zu generieren. Diese Quantität und Dichte ist im Verhältnis Künstler/Vermarkter besonders ausgeprägt, da sich Künstler in der Regel nur durch einen oder allenfalls wenige Vermarkter vertreten lassen. Für das Verhältnis Auftraggeber zu seinem selbstständigen Werbedesigner oder Werbefachmann bieten sich hier leicht handhabbare und griffige **Typisierungen** einer „Symbiose“ an. Sind letztere beispielsweise mit weniger als 10 % ihres Gesamtumsatzes von einem Auftraggeber abhängig, so liegt mit Sicherheit keine gegenseitige Abhängigkeit vor. Mit ebenso großer Sicherheit aber steht fest, dass eine solche gegeben ist, wenn eine mehr als 25 %-ige Abhängigkeit von einem einzigen Auftraggeber in Bezug auf das Gesamtvolumen des Umsatzes besteht. Da der Gesetzgeber in § 24 Abs. 1 S. 2 KSVG mit der Formulierung „nicht nur gelegentlich“ ein zwar missverständliches aber vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Zulässigkeit fremdnütziger Sozialabgaben durchaus interpretierbares Tatbestandsmerkmal geschaffen hat, wird es Aufgabe der Rechtsprechung sein, durch geeignete und wirklichkeitsnahe Typisierungen das in dieser Formulierung enthaltene notwendige Element der gegenseitigen Abhängigkeit näher zu konkretisieren. Um nicht immer gleich auf die Ebene der Verfassung zu greifen, reicht für ein solches interpretatorisches Vorgehen die einfachgesetzliche Auslegungsmethode der teleologischen Interpretation voll aus. Begibt man sich auf die „nächsthöhere“ Ebene, so lässt sich das gleiche Vorgehen durchaus auch mit der „verfassungskonformen“ Auslegung rechtfertigen. Die gesetzliche Formulierung „nicht nur gelegentlich“ lässt es dem Wortlaut nach durchaus zu, sie

im Sinne „wechselseitiger Abhängigkeit“ zu interpretieren. Bei einer solchen Auslegung fügt sich § 24 Abs. 1 S. 2 KSVG organisch in das vom Bundesverfassungsgericht 1987 gebilligte System der Künstlersozialversicherung ein. Dass dieses System in den letzten 25 Jahren durch die technische Entwicklung des Internet nicht nur erschüttert, sondern bereits zerstört ist, steht auf einem anderen Blatt.

V. Ergebnis

- 1) Die technische Entwicklung des Internet hat das Fundament der Argumentation, mit der das Bundesverfassungsgericht 1987 die Künstlersozialversicherungsabgabe gebilligt hat, zerstört. Anders als es noch 1987 der Fall war, hat der vom Künstlersozialversicherungsgesetz erfasste Personenkreis heute die Wahlmöglichkeit zwischen Selbstvermarktung und Fremdvermarktung. Künstler und Vermarkter sind heutzutage nicht mehr aufeinander angewiesen.
- 2) Die Abgabepflicht der Vermarkter auch für Künstler, die nicht der Sozialversicherung angehören, lässt sich heute nicht mehr mit dem Argument der Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen rechtfertigen. Auf dem Kunstmarkt findet in der Marge von 0 % bis 4,1 % kein Wettbewerb statt. Selbst wenn man einen solchen fingieren wollte, würde er nicht verzerrt werden, wenn man die Abgabepflicht auf diejenigen Künstler beschränkt, die Mitglied der Künstlersozialversicherung sind.
- 3) Bei der Auslegung des § 24 Abs. 1 S. 2 KSVG ist im Wege der teleologischen Reduktion der Anwendungsbereich der Vorschrift auf Unternehmen zu beschränken, die ohne Einschaltung einer Werbeagentur als eigene Werbeagentur künstlerische Arbeit professionell für das eigene Unternehmen vermarkten.
- 4) Bei der Auslegung des § 24 Abs. 1 S. 2 KSVG ist das Tatbestandsmerkmal „nicht nur gelegentlich“ in der Weise zu interpretieren, dass Eigenwerber und Auftragnehmer aufeinander angewiesen sind. Eine rechtssichere und verfassungskonforme Auslegung dieses Tatbestandsmerkmals kann über typisierende Elemente wie z. B. Dauer der Geschäftsbeziehung und Quantität des Geschäftsvolumens erreicht werden.

Mannheim, 2. Januar 2013

Professor Dr. Hans-Wolfgang Arndt

Kontaktdaten

Bund der Steuerzahler Deutschland e. V.
Französische Str. 9-12
10117 Berlin

www.steuerzahler.de

Ansprechpartner:

Julia Berg

Pressesprecherin
Tel.: 030/25 93 96 - 21

Stand: März 2013

