

Zürcher Hochschule
für Angewandte Wissenschaften



ZAR Zentrum für
Arbeits- und Sozialversicherungsrecht

Soziale Sicherheit von Kulturschaffenden in der Schweiz

Hans-Jakob Mosimann, Fabio Manfrin*

Eine Studie im Auftrag
von Suisseculture Sociale

Oktober 2007

* Kapitel 2 wurde von Fabio Manfrin verfasst. Wir danken Gitta Inderhees, Wirtschaftsjuristin FH, für ihre vorbereitenden Recherchen.

Inhaltsverzeichnis

1	Ausgangslage	4
1.1	Auftrag.....	4
1.2	Erwerbssituation von Kulturschaffenden.....	4
1.2.1	Daten des Bundes	4
1.2.2	Daten der Verbände	5
1.2.3	Ergebnis.....	6
1.3	Problemstellung.....	6
2	Vertragsrechtliche Kategorien	8
2.1	Übersicht.....	8
2.2	Arbeitsvertrag (Art. 319-362 OR)	8
2.3	Auftrag (Art. 394-406 OR)	9
2.4	Werkvertrag (Art. 363-379 OR).....	10
2.5	Weitere Formen der Einkommenserzielung: Kulturförderbeiträge	10
2.5.1	Förderbeiträge als Schenkung i.S. der Art. 239-252 OR.....	11
2.5.2	Zuwendung zur Anerkennung des kulturellen Schaffens	15
2.5.3	Wohnungen und Ateliers: Gebrauchsleihe i.S.v. Art. 305-311 OR.....	15
2.5.4	Auslobung oder Preisausschreiben (Art. 8 OR).....	16
2.5.5	Exkurs: Rechtsnatur öffentlichrechtlicher Kulturförderbeiträge	17
2.5.6	Fazit	17
3	Sozialversicherungsrechtliche Kategorien.....	18
3.1	Übersicht.....	18
3.2	Unselbständigerwerbende - Selbständigerwerbende	18
3.2.1	Unselbständige Erwerbstätigkeit	19
3.2.2	Selbständige Erwerbstätigkeit	19
3.2.3	Ausgewählte einzelne Tätigkeiten.....	20
3.3	Erwerbstätige - Nichterwerbstätige	22
3.3.1	Allgemein	22
3.3.2	Besonderheiten bei Kulturschaffenden	23
3.4	Teilzeit- und Vollzeitbeschäftigung.....	24
4	Schutz der Kulturschaffenden in den einzelnen Sozialversicherungszweigen.....	25
4.1	Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHV)	25
4.1.1	Allgemeines	25
4.1.2	Versicherungsunterstellung	25
4.1.3	Beitragspflicht	25
4.1.4	Leistungen	26
4.2	Invalidenversicherung (IV).....	27
4.2.1	Allgemeines	27
4.2.2	Versicherungsunterstellung und Beitragspflicht.....	27
4.2.3	Besonderheiten der Leistungsbemessung.....	27
4.3	Berufliche Vorsorge (BV)	28
4.3.1	Allgemeines	28
4.3.2	Versicherungsunterstellung	28
4.3.3	Beitragspflicht	29
4.3.4	Leistungen	30
4.3.5	Besonderheiten bei Freischaffenden, insbesondere Kulturschaffenden.....	30
4.4	Unfallversicherung (UV)	31
4.4.1	Allgemeines	31
4.4.2	Versicherungsunterstellung	32
4.4.3	Beitragspflicht	32
4.4.4	Besonderheiten der Leistungsbemessung.....	32
4.5	Arbeitslosenversicherung (ALV)	33

4.5.1	Allgemeines	33
4.5.2	Versicherungsunterstellung	33
4.5.3	Beitragspflicht	33
4.5.4	Leistungen	33
4.6	Übrige soziale Risiken und entsprechende Versicherungen	35
4.6.1	Krankheit: Krankenversicherung (KV)	35
4.6.2	Militär- und andere Dienste: Erwerbsersatz (EO), Militärversicherung (MV)	36
4.6.3	Familienlasten (Mutterschaft, Kinder- und Ausbildungszulagen)	36
4.6.4	Ergänzungsleistungen (EL)	36
4.6.5	Weitere Einrichtungen/Leistungen	37
4.7	Anerkennung des kulturellen Schaffens	37
5	Gesamtwürdigung des sozialen Schutzes der Kulturschaffenden.....	39
6	Verbesserungsvorschläge	40
6.1	Einleitung	40
6.2	Vorschläge des Bundes.....	40
6.3	Weiterführende Vorschläge	41
7	Quellenverzeichnis.....	43
Anhang: Die Biographie einer Künstlerin.....		46

1 Ausgangslage

1.1 Auftrag

Die vorliegende Studie ist im Rahmen eines Auftrags entstanden, den der Kulturdachverband Suisseculture Sociale dem Zentrum für Arbeits- und Sozialversicherungsrecht an der Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften erteilt hat.

Gegenstand des Auftrags war, anhand des geltenden Schweizer Rechts die vertrags- und sozialversicherungsrechtliche Situation von Kulturschaffenden zu prüfen und insbes. jene rechtlichen Zusammenhänge zu beleuchten, die für Kulturschaffende von besonderer Bedeutung sind bzw. sich für sie immer wieder nachteilig auswirken. Aufgrund dieser Situationsanalyse waren wichtige und praktikable Lösungswege zu skizzieren.

In die Analyse waren zwei besondere Quellen mit einzubeziehen: zum einen die Daten einer kürzlich vom Dachverband der professionellen Kulturschaffenden der Schweiz bei den Mitgliedern der einzelnen Kulturverbände zur Situation der Kulturschaffenden durchgeführten Umfrage; zum andern der von einer Arbeitsgruppe des Bundesamts für Kultur, des Bundesamts für Sozialversicherungen und des Staatssekretariats für Wirtschaft im Februar 2007 publizierte Bericht „Die soziale Sicherheit der Kulturschaffenden in der Schweiz. Situation und Verbesserungsmöglichkeiten“.

1.2 Erwerbssituation von Kulturschaffenden

1.2.1 Daten des Bundes

Ende Februar 2007 wurde unter dem Titel „Die soziale Sicherheit der Kulturschaffenden in der Schweiz. Situation und Verbesserungsmöglichkeiten“ der Bericht einer Arbeitsgruppe des Bundesamts für Kultur, des Bundesamts für Sozialversicherungen und des Staatssekretariats für Wirtschaft publiziert¹, der die folgenden statistischen Angaben enthält:

In der Volkszählung 2000 rechneten sich rund 47'000 Personen zu den Kategorien „künstlerische Berufe“ und „Berufe des Theaters sowie der Bild- und Tonmedien“. Rund 48 Prozent bezeichneten sich als Selbständige, rund 52 Prozent als Arbeitnehmende. Zwei Drittel gaben eine Vollzeit-, ein Drittel eine Teilzeitbeschäftigung an. Rund 11 Prozent waren gleichzeitig bei mehreren Arbeitgebern angestellt².

Die Arbeitslosenquote (im Juli 2006) lag bei 4,7 Prozent bezogen auf alle Kulturschaffenden und bei 9,6 Prozent unter Ausklammerung der Selbständigerwerbenden³.

Als mittleren Lohn der Arbeitnehmenden im Kulturbereich im Jahr 2004 ermittelte das Bundesamt für Statistik 6'649 Franken pro Monat⁴. Dieser Betrag bezieht sich allerdings auf eine Vollzeitstelle. Berücksichtigt man ferner die für den Bereich typischen häufigen Erwerbsunterbrüche, so erweist sich der genannte Betrag als theoretische Grösse, der wenig über das tatsächlich erzielte Einkommen aussagt⁵.

¹ Bericht 2007 (s. Literaturverzeichnis), vom Bundesrat zur Kenntnis genommen am 28. Februar 2007.

² Bericht 2007, 5 Ziff. II.1.a.

³ Bericht 2007, 6 Ziff. I.1.c.

⁴ Bericht 2007, 5 f. Ziff. I.1.b.

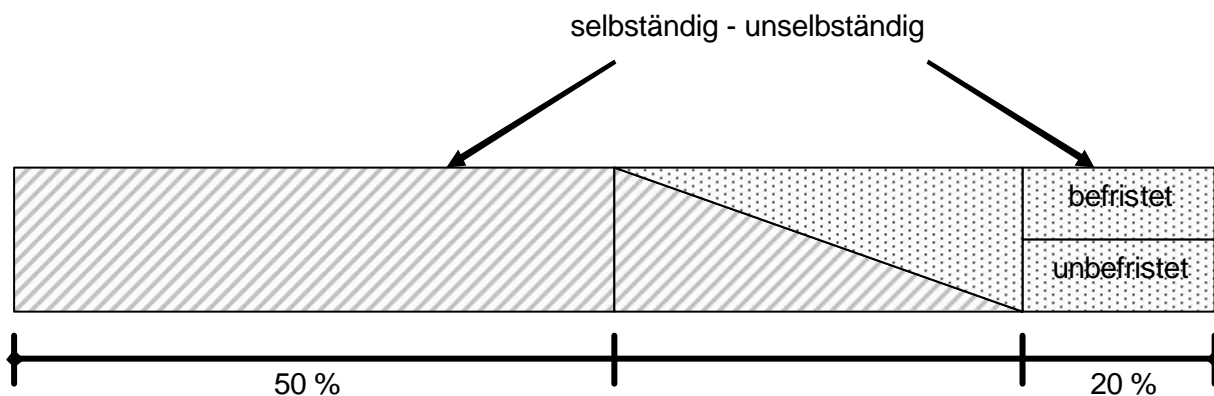
⁵ Bericht 2007, 8. Vergleich in diesem Zusammenhang die anschauliche Erläuterung des renommierten Übersetzers BURKHART KROEBER, weshalb das von ihm als Durchschnitt genannte Monatseinkommen von 1'000 Euro realistisch ist, und dass er nur dank der Beteiligung an zwei Bestsellern eine Altersrücklage tätigen konnte (Neue Zürcher Zeitung vom 9.2.07, Nr. 33, 48).

1.2.2 Daten der Verbände

Der Dachverband der professionellen Kulturschaffenden der Schweiz hat Ende 2005 den rund 7'700 Mitgliedern seiner Verbände einen Fragebogen bezüglich Erwerbssituation und soziale Sicherheit zugestellt. Die rund 2'100 eingesandten Antworten ergeben folgendes Bild⁶:

Rund 50 Prozent der Kulturschaffenden stuften sich als selbständigerwerbend ein, 20 Prozent als unselbständigerwerbend (wovon die Hälfte lediglich befristet, also nicht festangestellt) und 30 Prozent als selbständig- *und* unselbständigerwerbend (Abbildung 1).

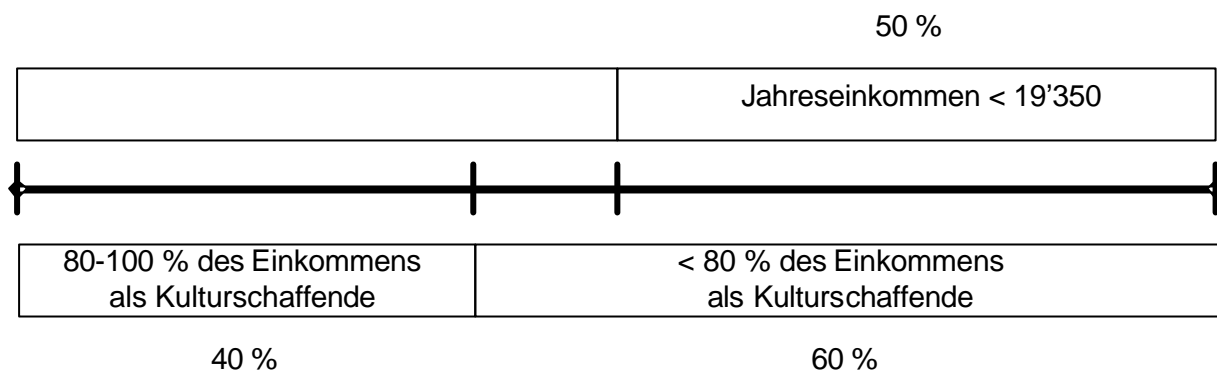
Abbildung 1: Status gemäss Umfrage



Bezüglich der *Erwerbssituation* ergab sich, dass rund 50 Prozent der Kulturschaffenden mit ihrer kulturellen Tätigkeit ein Einkommen unterhalb der BVG-Eintrittsschwelle (damals 19'350 Franken pro Jahr) erzielten. Rund 40 Prozent erzielten 80 Prozent oder mehr ihres Einkommens als Kulturschaffende, die anderen rund 60 Prozent erzielten einen erheblichen Teil (mindestens 20 Prozent) ihres Einkommens ausserhalb des Kulturbereichs (Abbildung 2).

⁶ Bericht 2007, 6 f. Ziff. 1.2.

Abbildung 2: Erwerbssituation gemäss Umfrage



Gemäss einer Mitgliederumfrage der Gesellschaft Schweizerischer Maler, Bildhauer und Architekten (GSMBA) erzielten im Jahr 1994 lediglich 15 Prozent der Mitglieder ein Jahreseinkommen von über 50'000 Franken. Bei fast der Hälfte lag dieses unter 30'000 Franken⁷.

1.2.3 Ergebnis

Die genannten Daten lassen deutlich werden:

Bei den Kulturschaffenden ist der Anteil *Selbständigerwerbender* mit annähernd 50 Prozent fast viermal höher, der Anteil von *Mehrfachbeschäftigungen* mit rund 11 Prozent fast doppelt so hoch, der Anteil *befristeter* Anstellungen mit rund 50 Prozent siebenmal höher und die *Arbeitslosenquote* mit 9.6 Prozent rund dreimal höher als im gesamtwirtschaftlichen Durchschnitt⁸.

Kulturschaffende erzielen ihr künstlerisches Einkommen häufig in ausgesprochenen Patchwork-Konstellationen, die aus verschiedenen, zeitlich befristeten und/oder geringe Pensen umfassenden, Anstellungen bei verschiedenen Arbeitgebern, Aufträgen von verschiedenen Auftraggebern und allenfalls Werkbeiträgen oder Förderpreisen bestehen können, quasi „hier eine kurzfristige Anstellung, dort ein Artikel, hier ein 10-Prozentpensum oder etwas Sitzungsgeld“⁹.

Eher die Ausnahme sind dagegen einerseits Kulturschaffende, die mit *einem* unbefristeten Arbeitsvertrag und einem nennenswerten Anstellungsumfang bei nur einem Arbeitgeber als Arbeitnehmende beschäftigt sind, und andererseits solche, die dank Reputation und Marktwert ausschliesslich aus Aufträgen regelmässig ein mehr als existenzsicherndes Einkommen erzielen und insofern den Angehörigen freier Berufe (Medizin, Advokatur etc.) vergleichbar sind.

1.3 Problemstellung

Die genannten Erwerbssituationen - und, im Falle von Patchwork-Konstellationen, ihre einzelnen Bestandteile - werden im Vertragsrecht und im Sozialversicherungsrecht unter-

⁷ Zitiert gemäss Bericht 2007, 8.

⁸ Bericht 2007, 7 f.

⁹ SCHMID, 9.

¹¹ Diese Situation existiert auch bei den so genannten freischaffenden Journalisten, die vertragsrechtlich als selbständig-, sozialversicherungsrechtlich als unselbständig und steuerrechtlich wiederum als selbständig-erwerbend eingestuft werden; siehe eingehend: KÜNZI.

schiedlich eingeordnet, was entsprechend unterschiedliche Folgen hat, die sich im Einzelfall für die Betroffenen vorteilhaft oder nachteilig auswirken können:

Vertragsrechtlich wird eine Leistung im Rahmen eines Arbeitsvertrags erbracht, oder aber im Rahmen eines anderen Vertragstyps (oft: Auftrag oder Werkvertrag), was für die Person, welche die Leistung erbringt, unterschiedliche Konsequenzen hat. Liegt ein *Arbeitsvertrag* vor, spielt es weiter eine Rolle, ob es sich um ein Normalarbeitsverhältnis handelt, also eine feste und unbefristete Anstellung mit einem nennenswerten Pensum, oder ob es sich um ein atypisches Arbeitsverhältnis handelt, indem die Anstellung beispielsweise befristet ist oder nur ein kleines zeitliches Pensum mit entsprechend geringem Einkommen umfasst.

Sozialversicherungsrechtlich hängen die Versicherungsunterstellung, die Beitragspflicht und die Leistungsberechtigung in den einzelnen Versicherungszweigen davon ab, in welche der gesetzlich vorgegebenen Kategorien ein Einkommen fällt, das eine Person erzielt und allenfalls auch davon, welche Höhe dieses Einkommen hat und in welchem Umfang die Person erwerbstätig ist.

Die vertragsrechtliche und die sozialversicherungsrechtliche Stellung der betreffenden Person variiert deshalb je nach konkreter Situation. Daraus ergeben sich verschiedene mögliche und unterschiedlich problematische *Kombinationen*:

- Eine Person in einer Patchwork-Konstellation kann gleichzeitig in Arbeits- und in anderen Vertragsverhältnissen tätig sein. Ebenso können ihre verschiedenen Tätigkeiten sozialversicherungsrechtlich unterschiedlich eingestuft sein.
- Es kann sein, dass die gleiche Tätigkeit im Vertragsrecht einerseits und im Sozialversicherungsrecht andererseits und zusätzlich im - hier nicht weiter behandelten - Steuerrecht unterschiedlich eingestuft ist¹: Beispielsweise gilt ein im Rahmen eines Auftrags erzielttes Einkommen unter bestimmten Umständen als unselbständig erzielttes Einkommen, oder ein Förderpreis wird steuerlich, nicht aber sozialversicherungsrechtlich, als Einkommen behandelt.

Eine Illustration zu den verschiedenen denkbaren Kombinationen und ihrer Abfolge im Verlauf eines Erwerbslebens ist die als Anhang dargestellte, fiktive Biographie einer Kunstschaffenden.

Im Folgenden werden zuerst die verschiedenen vertragsrechtlichen (Kapitel 2), dann die sozialversicherungsrechtlichen (Kapitel 3) Kategorien behandelt, je mit spezieller Berücksichtigung der Besonderheiten, die sich aus Verhältnissen ergeben, für welche diese Kategorien nicht ohne weiteres passen, was im Kulturbereich überdurchschnittlich oft vorkommen dürfte. Anschliessend werden die verschiedenen Sozialversicherungen, wiederum mit dem Akzent auf den Besonderheiten atypischer Verhältnisse, einzeln dargestellt.

2 Vertragsrechtliche Kategorien

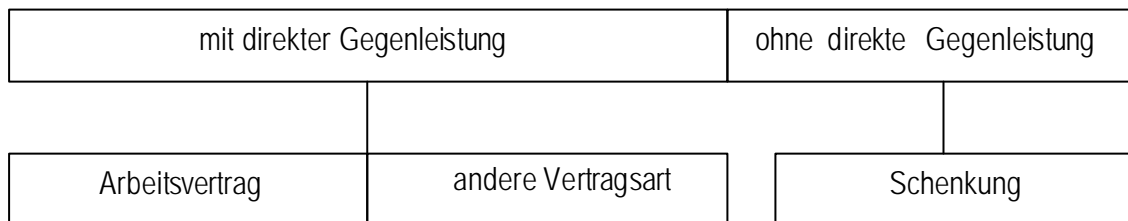
2.1 Übersicht

In welcher vertraglichen Beziehung eine Person steht, bestimmt sich nach den Regeln des Obligationenrechts (OR) und der dazu entwickelten Rechtspraxis. Im Vordergrund steht hier die Frage, ob jemand im Rahmen eines Arbeitsvertrags tätig – also Arbeitnehmer/in – ist oder nicht (Abbildung 3).

Die rechtliche Qualifikation eines Vertrages entzieht sich dem Parteiwillen. Es ist also im Einzelfall zu prüfen (ggf. durch ein Gericht), welche Merkmale das vorliegende Rechtsverhältnis erfüllt, zumal die Parteibezeichnung des Vertrags nicht massgeblich ist¹².

Abbildung 3: Vertragsrecht

Geldleistung:



2.2 Arbeitsvertrag (Art. 319-362 OR)

Die Qualifizierung des Rechtsverhältnisses als Arbeitsvertrag hat grosse praktische Bedeutung, denn nur wenn die Vertragsbeziehung als Arbeitsvertrag zu qualifizieren ist, kann sich der Arbeitnehmer auf die zahlreichen zwingenden Bestimmungen des Arbeitsvertragsrecht (vgl. Art. 361/362 OR) berufen¹³.

Entscheidend für die Anwendung des Einzelarbeitsvertragsrechts ist, ob das betreffende Rechtsverhältnis als „Arbeitsvertrag“ i.S.v. Art. 319 ff. OR zu qualifizieren ist¹⁴. Wie der bestehende Vertrag bzw. die arbeitleistende Person von den Parteien bezeichnet wird, kann dabei nicht als Abgrenzungskriterium hinzugezogen werden¹⁵. Denn für die Würdigung der Rechtsbeziehung ist es unerheblich, ob das Vertragsverhältnis formal wie ein Arbeitsverhältnis durchgeführt wird, z.B. durch Bezahlung von Sozialversicherungsbeiträgen oder Aushändigung eines Arbeitsvertrages (oder - e contrario - eben nicht)¹⁶. Des Weiteren sei angemerkt, dass sich auch eine analoge Anwendung einzelner Schutzbestimmungen des Arbeitsrechts bei arbeitnehmerähnlichen Personen rechtfertigen liesse, sofern diese in einem ähnlich starken Abhängigkeitsverhältnis stünden wie der Arbeitnehmer zum Arbeitgeber¹⁷.

Insbesondere hat die juristische Lehre Kriterien entwickelt, welche zur Abgrenzung des Arbeitsvertrages zu anderen Verträgen über Arbeitsleistung hinzugezogen werden kön-

¹² GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Rz. 1038 m.V.a. BGE 84 II 496; 99 II 313; 112 II 43; 113 II 266.

¹³ BRÜHWILER, N. 10 zu Art. 319 OR.

¹⁴ BRÜHWILER, N. 1 zu Art. 319 OR; BÖHRINGER, S. 19.

¹⁵ BGE 122 V 169 E. 6; BRÜHWILER, N. 1 f. zu Art. 319 OR; HARDER, S. 70 f.; BÖHRINGER, S. 27.

¹⁶ HARDER, S. 69; BRÜHWILER, N. 1 f. zu Art. 319 OR.

¹⁷ BGE 118 II 157 E. 4; BK-REHBINDER, N. 2 zu Art. 330a OR.

nen. So muss die Abgrenzung aufgrund der typologischen Zuordnung vorgenommen werden, d.h. die Prüfung des Einzelfalles fördert zu Tage, welchem Vertragstypus das Gesamtbild des konkreten Dienstleistungsverhältnisses am ehesten entspricht¹⁸.

Folgende Merkmale werden in der Lehre als Charakteristika des Einzelarbeitsvertrages aufgeführt¹⁹:

- Der Arbeitnehmer verpflichtet sich zur *Leistung von Arbeit*;
- Im Gegenzug verpflichtet sich der Arbeitgeber zur *Entrichtung eines Lohnes*;
- Der Einzelarbeitsvertrag begründet ein *Dauerschuldverhältnis*; somit muss der Vertrag über eine bestimmte oder unbestimmte Zeit abgeschlossen werden;
- Der Arbeitnehmer arbeitet „im Dienste“ des Arbeitgebers; d.h. der Arbeitnehmer befindet sich zum Arbeitgeber in einem *Subordinationsverhältnis*.

Das Element der Subordination bildet den Kern eines Arbeitsverhältnisses, weshalb ihm von h.L. und Rechtsprechung am meisten Gewicht beigemessen wird²⁰. Dabei ist entscheidend, ob der Dienstleistungserbringer in die Arbeitsorganisation des Betriebes eingegliedert ist, an Weisungen des Dienstleistungsempfängers gebunden ist und ob dieser Kontrollbefugnisse gegenüber der arbeitleistenden Person hat. Je stärker die genannten Elemente in einem Vertragsverhältnis ausgeprägt sind, desto eher liegt ein Arbeitsvertrag i.S.v. Art. 319 OR vor²¹.

Ein Spezialfall der arbeitsvertraglichen Beziehungen, der im Kulturbereich vorkommen kann, ist der so genannte Kaskaden-Vertrag (vgl. BGE 112 II 41), bei dem jemand – etwa ein Orchesterleiter – einen Arbeitsvertrag eingeht und zu dessen Erfüllung seinerseits weitere Personen – die übrigen Orchestermitglieder – als Arbeitnehmende beschäftigt.

2.3 Auftrag (Art. 394-406 OR)

„Unter einfachem Auftrag (Mandat) versteht man die vertragliche Übernahme der Geschäftsbesorgung oder Dienstleistung durch den Beauftragten (Mandatar) im Interesse und nach dem Willen des Auftraggebers (Mandanten).“²²

Im Falle eines entgeltlichen Auftrags handelt es sich dogmatisch betrachtet um einen vollkommen zweiseitigen (synallagmatischen) Vertrag²³.

Entscheidend ist, dass immer ein Tätigwerden, d.h. die Führung eines Geschäfts, in fremdem Interesse, geschuldet ist (nebst evtl. auch eigenen Interessen)²⁴. Der Beauftragte hat demnach grundsätzlich nach dem Willen des Auftraggebers zu handeln²⁵.

Eine spezielle Regelung gilt im Bereich der Printmedien gemäss dem Gesamtarbeitsvertrag für Journalistinnen/Journalisten und dem technischen Redaktionspersonal²⁶: Als „freie Redaktionsmitarbeitende“ gelten jene Personen, die nicht fest in die Organisation der Redaktion eingebunden sind, im Rahmen eines variablen Zeitpensums und in enger

¹⁸ BGE 130 III 213 E. 2; BÖHRINGER, S. 21, 22; HARDER, S. 76, 83; BRÜHWILER, N. 5 zu Art. 319 OR; STREIFF/VON KAENEL, N. 2 zu Art. 319 OR.

¹⁹ Statt vieler: BSK-REHBINDER/PORTMANN, N. 1 ff. zu Art. 319 OR; BÖHRINGER, S. 20; HARDER, S. 72 ff.; BRÜHWILER, N. 3 ff. zu Art. 319 OR.

²⁰ BGE 118 II 157 E. 4; BGE 130 III 213 E. 2; BÖHRINGER, S. 21, 22; HARDER, S. 76, 83; BRÜHWILER, N. 5 zu Art. 319 OR.

²¹ Böhlinger, S. 21.

²² GUHL/SCHNYDER, § 49 Rz. 1; vgl. auch: HONSELL, S. 303 f.; HUGUENIN, Rz. 742.

²³ BSK-WEBER, N. 4 zu Art. 394 OR; HONSELL, S. 304; HUGUENIN, Rz. 743.

²⁴ BSK-WEBER, N. 2 zu Vorbemerkungen zu Art. 394-406 OR und N. 2 und 8 zu Art. 394 OR; GUHL/SCHNYDER, § 49 Rz. 3.

²⁵ GUHL/SCHNYDER, § 49 Rz. 14; HUGUENIN, Rz. 767 und 791.

²⁶ GAV 2000.

Absprache mit der Redaktion für ein Medienunternehmen gelegentlich oder regelmässig tätig sind und in der Regel den Arbeitsort nicht am Sitz der Redaktion haben²⁷. Wurde mit ihnen eine kontinuierliche Zusammenarbeit vereinbart oder erzielen sie ein Jahresentgelt, das der Hälfte des koordinierten Lohnes gemäss BVG entspricht, so gelten sie als „regelmässige“ freie Redaktionsmitarbeitende²⁸. Beiden Kategorien von Mitarbeitenden sind nach ihrem eigenem Selbstverständnis „Freie“ und stehen nach klassischem Vertragsrecht wie steuerrechtlich nicht in einem Arbeitsverhältnis. Es ist deshalb bemerkenswert, dass ein Gesamtarbeitsvertrag, der definitionsgemäss arbeitsvertragliche Regelungen trifft, die betreffenden Bestimmungen²⁹ enthält.

2.4 Werkvertrag (Art. 363-379 OR)

Durch den Werkvertrag verpflichtet sich der Unternehmer zur Herstellung eines Werkes und der Besteller zur Leistung einer Vergütung (Art. 363 OR). Dogmatisch betrachtet ist der Werkvertrag ein synallagmatischer, d.h. vollkommen zweiseitiger Vertrag³¹. Der Vergütung hat demnach eine äquivalente Gegenleistung gegenüber zu stehen. Zu den Essentialia des Werkvertrags gehört also ein konkreter Erfolg (Arbeitsergebnis), der darin besteht ein körperliches oder unkörperliches (so die nun wohl h.L.) Werk vereinbarungsgemäss herzustellen und abzuliefern³².

2.5 Weitere Formen der Einkommenserzielung: Kulturförderbeiträge

Eine gelegentlich vorkommende Einkommensquelle im Kulturbereich sind Werkbeiträge, Finanzierung von Studienaufenthalten, Sachleistungen (Material, Wohnung) einerseits und Anerkennungsbeiträge, Preisgelder etc. andererseits.

Zuwendungen zur *Förderung* des kulturellen Schaffens, namentlich auf den Gebieten der bildenden Künste, der Musik und der Literatur, dienen dazu, die Empfangenden finanziell in die Lage zu versetzen, ihrer schöpferischen Arbeit nachzugehen³³.

Zuwendungen zur *Anerkennung* des kulturellen Schaffens werden in Form von einmaligen Beiträgen, Renten, Preisen oder Prämien gewährt. Kulturschaffende werden damit für ihr bereits erfolgtes Wirken mit einem Preis – in Geldform – ausgezeichnet.

Kulturförderung wird nicht im rechtsfreien Raum betrieben. Kulturförderbeiträge werden sowohl von öffentlicher, wie auch von privater Seite ausgerichtet. Sprechen öffentlich-rechtliche Institutionen Beiträge an und für die Tätigkeit von Kulturschaffenden, so ist das Verhältnis zwischen Donator und Zuwendungsempfänger keines des Privatrechts, sondern ein Rechtsverhältnis, das dem öffentlichen Recht untersteht. Erfolgt die Zuwendung hingegen von privaten Akteuren, so wird dadurch ein privatrechtliches Rechtsverhältnis begründet und es stellt sich sodann die Frage nach der vertragsrechtlichen Einordnung

²⁷ Art. 4 Abs. 2 GAV 2000.

²⁸ Art. 6 Abs. 2 GAV 2000.

²⁹ Sozialversicherungsrechtlich gelten diese Mitarbeitenden als unselbständig, ausser sie seien von einer Ausgleichkasse als selbständigerwerbend erfasst (Art. 5 GAV).

³¹ BSK-ZINDEL/PULVER, N. 12 zu Vorbemerkungen zu Art. 363-379 OR; HONSELL, S. 271; HUGUENIN, Rz. 600.

³² BSK-ZINDEL/PULVER, N. 4 und 12 zu Vorbemerkungen zu Art. 363-379 OR und N. 2 zu Art. 363 OR; GUHL/KOLLER, § 47 Rz. 2 und 17; HONSELL, S. 269 f., 272, 274; HUGUENIN, Rz. 600, 612 und 617.

³³ WML, Rz. 2145; im Bericht 2007 wird der Standpunkt vertreten, Personen, die Werkbeiträge erhalten, seien Selbständigerwerbende (19); dies steht allerdings im Widerspruch zur beitragsrechtlichen Behandlung gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. g AHVV und 2145 WSM, wonach die entsprechenden Einkünfte *kein* Erwerbseinkommen darstellen.

derartiger Förderbeiträge, die sich nach den Regeln des Obligationenrechts und der dazu entwickelten Praxis bestimmt.

Bei Zuwendungen an und für die Tätigkeit von Kulturschaffenden ist nach der Leistungsbeziehung der am Vertrag beteiligten Parteien zu fragen. Schuldet nur eine Partei der andern eine Leistung, so ist von einem *einseitigen Schuldvertrag* auszugehen, wie bspw. einer Schenkung nach Art. 239 ff. OR. Schulden hingegen beide Parteien eine Leistung, so begründet das Rechtsverhältnis einen *zweiseitigen Vertrag*. Stehen die geschuldeten Leistungen gar in einem Austauschverhältnis (*do ut des*), spricht man von einem vollkommen zweiseitigen (synallagmatischen) Vertrag. Andernfalls, wenn also kein Austauschverhältnis besteht, ist von einem unvollkommenen zweiseitigen Vertrag auszugehen.³⁴

2.5.1 Förderbeiträge als Schenkung i.S. der Art. 239-252 OR

Zuwendungen zur Förderung des kulturellen Schaffens, wie bspw. Werkbeiträge und Stipendien, sollen Kulturschaffende in die Lage versetzen, ihrer schöpferischen Tätigkeit nachzugehen. Es bleibt nun zu klären, ob mit Ausrichtung der Förderbeiträge äquivalente Gegenleistungen erwartet werden (was auf einen synallagmatischen Vertrag hindeuten würde) oder aber, ob vom Beitragsempfänger keine eigentliche Gegenleistung erwartet wird, womit diesfalls von einem einseitigen Schuldvertrag, in concreto einer Schenkung, ausgegangen werden müsste.

Begriff und Zustandekommen:

„Schenkungen ist der Vertrag über eine unentgeltliche Zuwendung aus dem Vermögen des Schenkers in das Vermögen des Beschenkten [...]“³⁵ Es handelt sich um einen einseitig verpflichtenden Vertrag, der auf Eigentumsübertragung des Schenkungsgegenstandes gerichtet ist (sog. Veräusserungsvertrag)³⁶.

Als Schenkungsgegenstand kommen sämtliche Vermögensgegenstände in Frage, die auch Gegenstand eines Kaufvertrages bilden können, somit also Fahrnis, Grundstücke, Forderungen oder Rechte, wobei die Übertragung der Sache durch alle Arten von Besitzübergabe (also *traditio* oder Traditionssurrogate) vollzogen werden kann.³⁷

Das *Zustandekommen* der Schenkung richtet sich grundsätzlich nach den Regeln von Art. 1 ff. OR. Somit bedarf die Schenkungsofferte der Annahme durch den Adressaten des Antrags. Eine stillschweigende Annahme darf aber wegen der besonderen Natur des Geschäfts i.d.R. vermutet werden (Art. 6 OR)³⁸. *Subjektive Elemente* bilden der Schenkungswille des Schenkers (*animus* oder *causa donandi*)³⁹ sowie der „Schenkungsempfangswille“ des Beschenkten⁴⁰. Diese müssen im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses erfüllt sein⁴¹. Das Motiv der Schenkung bleibt demgegenüber i.d.R. unerheblich (sofern nicht

³⁴ Vgl. zu dieser Terminologie: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Rz. 255 ff. mit Beispielen; VON TUHR/PETER/ESCHER, § 20 S. 149 f.

³⁵ GUHL/KOLLER, § 43 Rz. 1; im Ergebnis gleich: BSK-VOGT, N. 1 zu Art. 239 OR; HONSELL, S. 186; HUGUENIN, Rz. 407.

³⁶ HUGUENIN, Rz. 407, 428 f.; HONSELL, S. 186; BSK-VOGT, N. 2 und 3 zu Art. 239 OR; GUHL/KOLLER, § 43 Rz. 2.

³⁷ BSK-VOGT, N. 6 zu Art. 239 OR und N. 2 zu Art. 242 OR; HUGUENIN, Rz. 436; GUHL/KOLLER, § 43 Rz. 2, 16 und 18; HONSELL, S. 186.

³⁸ BSK-VOGT, N. 3 zu Art. 239 OR m.V.a. BGE 114 II 38 und BGE 110 II 161; HUGUENIN, Rz. 428; HONSELL, S. 189, m.H.a. BGE 64 II 360 und 110 II 161; GUHL/KOLLER, § 43 Rz. 9.

³⁹ GUHL/KOLLER, § 43 Rz. 3: Dieses Element dient der Abgrenzung der Schenkung gegenüber der ungerechtfertigten Bereicherung nach Art. 62 ff. OR.

⁴⁰ BSK-VOGT, N. 1 zu Art. 239 OR; GUHL/KOLLER, § 43 Rz. 3, 6 und 9; HUGUENIN, Rz. 428.

⁴¹ HUGUENIN, Rz. 428.

eine Schenkung unter Auflage oder Bedingung vorliegt)⁴². Beim *objektiven Element* handelt es sich um die Bereicherung des Empfängers aus dem Vermögen des Schenkers⁴³. Weiter hat die Zuwendung *unentgeltlich* zu erfolgen, sie darf also nicht von einer Gegenleistung des Beschenkten abhängen. Ausser der causa donandi darf dem Vertrag kein anderer Rechtsgrund zugrunde liegen⁴⁴.

Verschiedene Arten der Schenkung:

Die Lehre und teilweise das Gesetz unterscheiden verschiedene Arten von Schenkungen⁴⁵, wobei nachfolgend lediglich auf die hier relevanten eingegangen wird. Insb. mit Blick auf die Formerfordernisse ist die Unterscheidung wesentlich.

(a) Handschenkung (Art. 242 Abs. 1 OR)

Die Schenkung von Hand zu Hand zeichnet sich dadurch aus, dass Vertragsschluss (d.h. das Verpflichtungsgeschäft) und die Erfüllungshandlung (Verfügungsgeschäft) zeitlich zusammen fallen⁴⁶. Nach Art. 242 Abs. 1 OR ist die Handschenkung formlos gültig. Dennoch muss die Form des Verfügungsgeschäfts stets beachtet werden (vgl. bspw. Art. 165 oder 967).⁴⁷

(b) Schenkungsversprechen (Art. 243 OR)

Der Zeitpunkt des Vertragsschlusses (Verpflichtungsgeschäft) und der Erfüllung (Verfügungsgeschäft) fallen beim Schenkungsversprechen zeitlich auseinander⁴⁸. Zum Schutz des Schenkers vor übereilem und unüberlegtem Vertragsschluss hat der Gesetzgeber für diesen Fall besondere Formvorschriften errichtet (Art. 243 OR). Es genügt jedoch die Unterschrift des Schenkers.⁴⁹ Die Schenkungsabsicht muss aus der Urkunde hervorgehen⁵⁰.

Ein allfälliger Formmangel des Verpflichtungsgeschäfts kann indes durch Vollzug der Zuwendung nachträglich geheilt werden (Art. 243 Abs. 3 OR, gesetzlich geregelter Fall von Konvaleszenz). Vollzogen ist das Schenkungsversprechen dann, wenn der Schenkungsgegenstand übergeben wurde; die blosses Besitzeanweisung genügt ebenfalls. Solange der Formmangel besteht und noch nicht erfüllt wurde, kann indes nicht auf Erfüllung geklagt werden.⁵¹

(c) Schenkung unter Auflage (Art. 245 Abs. 1 OR)

„Als Schenkung mit Auflage bezeichnet man die unentgeltliche Zuwendung, an die der Schenker eine Nebenbestimmung über die Vornahme von Handlungen oder Unterlassungen durch den Beschenkten geknüpft hat [...]“⁵² Der Beschenkte hat diese Leistung gegenüber dem Schenker oder einem Dritten zu erbringen; die Leistung kann entweder „in der Verwendung aller oder eines Teils der Vermögenswerte für einen bestimmten Zweck bestehen, in bestimmten Dienstleistungen gegenüber dem Schenker oder Dritten, in der Unterlassung gewisser Handlungen oder in der Erfüllung von Verpflichtungen gegenüber

⁴² BSK-VOGT, N. 1 zu Art. 239 OR; GUHL/KOLLER, § 43 Rz. 7 m.V.a. BGE 42 II 500.

⁴³ BSK-VOGT, N. 1 zu Art. 239 OR; GUHL/KOLLER, § 43 Rz. 2; HONSELL, S. 186; HUGUENIN, Rz. 436 f.

⁴⁴ BSK-VOGT, N. 1 und 2 zu Art. 239 OR; GUHL/KOLLER, § 43 Rz. 3; HUGUENIN, Rz. 434.

⁴⁵ Siehe hierzu bspw.: GUHL/KOLLER, § 43 Rz. 12 ff.; HUGUENIN, Rz. 408 ff.; HONSELL, S. 192 f.

⁴⁶ BSK-VOGT, N. 3 zu Art. 239 OR und N. 1 zu Art. 242 OR; GUHL/KOLLER, § 43 Rz. 18; HUGUENIN, Rz. 408; BGE 105 II 107.

⁴⁷ BSK-VOGT, N. 3 zu Art. 239 OR und N. 1 zu Art. 242 OR; HUGUENIN, Rz. 432 f.; HONSELL, S. 190; GUHL/KOLLER, § 43 Rz. 18.

⁴⁸ BSK-VOGT, N. 3 zu Art. 239 OR; HUGUENIN, Rz. 408; GUHL/KOLLER, § 43 Rz. 13.

⁴⁹ BSK-VOGT, N. 1 zu Art. 243 OR; GUHL/KOLLER, § 43 Rz. 13 ff.; HONSELL, S. 190; HUGUENIN, Rz. 432.

⁵⁰ GUHL/KOLLER, § 43 Rz. 13 m.V.a. BGE 117 II 382.

⁵¹ BSK-VOGT, N. 6 zu Art. 243 OR, der beim Vollzug von einer „neuen Handschenkung“ ausgeht; GUHL/KOLLER, § 43 Rz. 16; HONSELL, S. 190; HUGUENIN, Rz. 432 m.V.a. BGE 105 II 104 ff.

⁵² GUHL/KOLLER, § 43 Rz. 19; so auch: BSK-VOGT, N. 1 zu Art. 246 OR; HUGUENIN, Rz. 411.

Dritten⁵³. Darin ist aber keine Gegenleistung des Beschenkten zu betrachten, es besteht kein Synallagma.⁵⁴ Eine solche Auflage hängt vom Bestand der Schenkung ab, ist demnach akzessorischer Natur. Im Gegensatz zu einer Bedingung hängt von der Auflage weder das Zustandekommen noch der Bestand der Schenkung ab⁵⁵.

Die Erfüllung der Auflage kann grundsätzlich auf dem Klageweg durchgesetzt werden (Realexekution); unter gewissen Umständen kann die Erfüllung vom Beschenkten verweigert werden (vgl. Art. 246 Abs. 3 OR). Verweigert indes der Beschenkte in ungerechtfertigter Weise die Erfüllung der Auflage, so kann der Schenker das bereits Geschenkte zurückfordern oder die Schenkung widerrufen (vgl. Art. 249 Ziff. 3 OR), nicht aber Schadensersatzanspruch geltend machen⁵⁶.

(d) Zweckschenkung

Ein Teil der Lehre führt als weitere Schenkungsart die sog. Zweckschenkung auf⁵⁷. Von einer Zweckschenkung ist dann die Rede, wenn die „Zuwendung mit der Bestimmung erfolgt, diese für einen bestimmten eigenen Zweck der Beschenkten zu verwenden“⁵⁸. VOGT nennt als Beispiel einer Zweckschenkung eine Geldschenkung zur Finanzierung des Studiums⁵⁹. Anders als bei der Schenkung mit Auflage ist die Zweckbestimmung nicht als blosse akzessorische Nebenbestimmung zu qualifizieren. Der Schenkungszweck stellt vielmehr den eigentlichen Rechtsgrund der Schenkung dar. Dies hat zur Folge, dass für den Fall, da dieser Zweck wegfällt, auch die causa für das Verfügungsgeschäft nachträglich wegfällt. Diesfalls kommt dem Schenker ein Bereicherungsanspruch aus nachträglich weggefallenem Grund nach Art. 62 Abs. 2 OR zu (condictio ob causam finitam).⁶⁰

Fazit:

Werden Förderbeiträge durch Private an Kulturschaffende ausgerichtet, liegt dieser Rechtsbeziehung m.E. in aller Regel eine Schenkung im zuvor beschriebenen Sinne zugrunde, zumal - anders als bei einem Sponsoringvertrag - keine äquivalente Gegenleistung verlangt wird⁶¹. Das Tatbestandelement der Unentgeltlichkeit ist demnach erfüllt.

Die Tatsache, dass viele Kulturförderakteure wie bspw. das Migros-Kulturprozent gar über eine statutarische Grundlage oder Leitbilder für ihre Fördertätigkeit verfügen, führt m.E. vor Augen, dass die Zuwendungen in Schenkungsabsicht erfolgen. Der Kulturschaffende soll ja gerade aus dem Vermögen bspw. der Stiftung oder Genossenschaft bereichert, d.h. finanziell in die Lage versetzt werden, damit dieser seiner schöpferischen Tätigkeit nachzugehen vermag. In aller Regel wird auch nicht erwartet, dass die Unterstützungsleistung zurückbezahlt wird. Dieses Rechtsgeschäft ist also klar auf Veräusserung des Schenkungsgegenstandes (i.c. in aller Regel Geld) gerichtet.

Welche Schenkungsart vorliegt, muss aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls beurteilt werden. In praxi dürfte es sich wohl in den meisten Fällen um ein Schenkungsversprechen handeln, wobei die Formvorschriften zu beachten sind. Formmängel werden

⁵³ BSK-VOGT, N. 1 und 2 zu Art. 246 OR, je m.w.H. und Beispielen.

⁵⁴ BSK-VOGT, N. 1 zu Art. 246 OR; GUHL/KOLLER, § 43 Rz. 19; HONSELL, S. 193; 93; HUGUENIN, Rz. 411.

⁵⁵ BSK-VOGT, N. 3 zu Art. 246 OR; HUGUENIN, Rz. 411; GUHL/KOLLER, § 43 Rz. 19.

⁵⁶ Gl.M.: BSK-VOGT, N. 6 zu Art. 246 OR; HONSELL, S. 193; HUGUENIN, Rz. 411; a.M.: GUHL/KOLLER, § 43 Rz. 21; BGE 80 II 261 E. 4.

⁵⁷ BSK-VOGT, N. 4 zu Art. 246 OR, der in diesem Zusammenhang von „modus simplex“ spricht; GUHL/KOLLER, § 43 Rz. 22; HUGUENIN, Rz. 413; anders wohl: HONSELL, S. 192 f., der zwar eine ähnliche Unterscheidung trifft (modus qualificatus, wenn die Auflage im Interesse des Schenkers oder Dritter erfolgt bzw. modus simplex, wenn die Auflage lediglich dem Beschenkten dient), diese aber als Unterarten der Schenkung unter Auflage aufführt.

⁵⁸ HUGUENIN, Rz. 413; siehe auch: BSK-VOGT, N. 4 zu Art. 246 OR; GUHL/KOLLER, § 43 Rz. 22.

⁵⁹ BSK-VOGT, N. 4 zu Art. 246 OR; so auch: HUGUENIN, Rz. 413.

⁶⁰ BSK-VOGT, N. 4 zu Art. 246 OR; GUHL/KOLLER, § 43 Rz. 22; HUGUENIN, Rz. 413.

⁶¹ Vgl. hierzu auch: Anhang 1, Frage 3.

aber, wie gezeigt, durch Vollzug der Zuwendung geheilt, weshalb sich diesbezüglich in der Praxis selten Schwierigkeiten ergeben dürften.

Werden mit der Zuwendung gewisse Leistungen seitens des Empfängers verlangt (so z.B. Freikarten für ein Aufführung, Belegsexemplare, etc.), liegt m.A. nach eine Schenkung unter Auflagen vor, da der Schenker an die unentgeltliche Zuwendung gewisse Nebenbestimmung über die Vornahme von Handlungen knüpft.

In Betracht zu ziehen ist indes auch eine Zweckschenkung, nämlich dann, wenn der Zweck der Schenkung, den eigentlichen Rechtsgrund der Zuwendung darstellt. Dies kann der Fall sein, wenn die Schenkung dafür gedacht ist, dass der Empfänger ein bestimmtes Projekt/Kunstwerk realisieren kann. Das oben zitierte Beispiel einer Zweckschenkung aus der Lehre (Geldschenkung zur Finanzierung des Studiums) kann m.E. hier per analogiam hinzugezogen werden⁶².

Abgrenzungen:

Die Schenkung zwischen Donator und Kulturschaffenden ist zu folgenden Vertragsarten abzugrenzen.

(a) Zum Arbeitsvertrag (Art. 319-362 OR)

Zum Arbeitsvertrag im Allgemeinen siehe vorne 2.2.

Die Tatsache, dass die Donatoren oft weder Lohnausweise ausstellen noch Sozialversicherungsabgaben entrichten, bringt alleine noch keinen Aufschluss darüber, ob ein Arbeitsvertrag vorliegt oder nicht⁶³. Dennoch kann bzgl. des Verhältnisses Donator - Kulturschaffender das Vorliegen eines Arbeitsvertrages verneint werden. Zum einen ist der Kulturschaffende nicht verpflichtet, dem Donator gegenüber seine Arbeitsleistung zur Verfügung zu stellen; er hat also keine äquivalente Gegenleistung zur Zuwendung zu erbringen. Zum anderen befindet sich der Kulturschaffende auch nicht in einem Subordinationsverhältnis zum Donator, ist er doch weder an Weisungen gebunden noch ist er in die Arbeitsorganisation des Betriebs des Zuwendenden eingegliedert. Vielmehr arbeitet der Kulturschaffende frei und selbstbestimmend. Somit besteht zwischen den Kulturförderakturen und den Kulturschaffenden i.d.R. kein arbeitsvertragliches Verhältnis.

(b) Zum Werkvertrag (Art. 363-379 OR)

Zum Werkvertrag im Allgemeinen siehe vorne 2.4.

Erhält ein Kulturschaffender Förderbeiträge, so erfolgt diese Zuwendung eben nicht in der Erwartung, es werde ein *konkreter* Erfolg herbeigeführt, d.h. ein Werk geschaffen. Schon gar nicht soll dieses dem Donator abgeliefert werden. Die Zuwendung erfolgt vielmehr ohne konkrete, gleichwertige Gegenleistung.

Nach dem Gesagten, kann also ein Werkvertrag zwischen Donator (Förderer) und Kulturschaffenden in aller Regel ausgeschlossen werden⁶⁴.

(c) Zum (einfachen) Auftrag (Art. 394-406)

Zum Auftrag im Allgemeinen siehe vorne 2.3.

⁶² Siehe (FN 59).

⁶³ HARDER, S. 69; BRÜHWILER, N. 1 & 2 zu Art. 319 OR.

⁶⁴ In Fällen von „Kunst am Bau“ würde sich indes die Rechtslage anders gestalten. So wurde in BGE 115 II 50 ff. beim Erstellen eines Mosaiks an einer Gebäudewand das Vorliegen eines Werkvertrages bejaht. Vgl. dazu: BSK-ZINDEL/PULVER, N. 11 zu Art. 363 OR m.w.H.

Der Kulturschaffende, der eine hier in Frage stehende Zuwendung erhält, soll eben nicht fremde Interessen (nämlich die des Donators) wahrnehmen. Er soll vielmehr finanziell in die Lage versetzt werden, seiner eigenen schöpferischen Tätigkeit nachgehen zu können. Er wird damit in eigenem Interesse tätig. Somit besteht zwischen Donator und Zuwendungsempfänger auch kein Auftrag i.S.v. Art. 394 OR.

(d) Zum Sponsoringvertrag (Innominatkontrakt)

„Ein Sponsoringvertrag liegt vor, wenn sich die Sponsorin verpflichtet, dem Sponsornehmer Geld-, Sach- oder Dienstleistungen zu erbringen und den Sponsornehmer in ihre Kommunikationsstrategie einbezieht. Demgegenüber verpflichtet sich der Sponsornehmer dazu, eine Tätigkeit zu entfalten und der Sponsorin Rechte für kommunikative Massnahmen zu überlassen.“⁶⁵

Der Sponsoringvertrag als Innominatkontrakt ist ein vollkommen zweiseitiger Vertrag (Synallagma) mit dem Zweck, Publizitäts- und Imagetransfer wirtschaftlich nutzbar zu machen⁶⁶.

Bei den zuvor beschriebenen Zuwendungen wird eben gerade keine Gegenleistung verlangt. Es findet demnach kein Imagetransfer, keine Überlassung von Persönlichkeits- und Immaterialgüterrechten statt. Ein Sponsoringvertrag liegt demgemäss nicht vor.

(e) Fazit

Nach dem Gesagten kann also die bereits vorgenommene (siehe 2.5) vertragliche Einordnung der Beziehung Kulturförderer - Kulturschaffender als Schenkung (genauer als Schenkung mit Auflagen oder Zweckschenkung) beibehalten werden. Es sei hier aber erneut darauf hingewiesen, dass die rechtliche Qualifikation einer Rechtsbeziehung stets aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls vorzunehmen ist. Eine pauschale, abschliessende Schlussfolgerung ist folglich hier nicht angezeigt.

2.5.2 Zuwendung zur Anerkennung des kulturellen Schaffens

Zuwendungen zur Anerkennung des kulturellen Schaffens, wie bspw. Ehrengaben und Preise, sollen Kulturschaffende für das bereits erfolgte schöpferische Wirken auszeichnen. Im Zusammenhang mit einer solchen Konstellation ist es m.E. noch offensichtlicher, dass mit der Zuwendung keine (äquivalente) Gegenleistung seitens des Kulturschaffenden erwartet wird. Auch hier liegt vertragsrechtlich eine Schenkung vor. Es kann somit auf die vorangegangenen Ausführungen verwiesen werden (2.5.1).

2.5.3 Wohnungen und Ateliers: Gebrauchsleihe i.S.v. Art. 305-311 OR

Nicht selten werden den Kulturschaffenden auch unentgeltlich Räumlichkeiten (Wohnungen/Ateliers) für eine gewisse Zeit zur Verfügung gestellt, damit diese dort ihrer schöpferischen Tätigkeit nachgehen können. Es stellt sich sodann die Frage, welches Vertragsverhältnis damit begründet wird.

Schenkungsrechtliche Bestimmungen finden auf Fälle von unentgeltlicher Gebrauchsüberlassung wie solche keine Anwendung⁶⁷. Vielmehr kommt diesfalls eine Gebrauchsleihe i.S.v. Art. 305 OR in Frage.

⁶⁵ HUGUENIN, Rz. 1701; vgl. auch: SCHWAMMBERGER, § 1 Rz. 2 f.

⁶⁶ HUGUENIN, Rz. 1707, 1721 f.; ausführlich: SCHWAMMBERGER, § 3 Rz. 3 ff.

⁶⁷ BSK-VOGT, N. 26 f. zu Art. 239 OR; HONSELL, S. 186, 188.

Durch den Gebrauchsleihevertrag verpflichtet sich der Verleiher, dem Entlehner eine Sache zu unentgeltlichem Gebrauche zu überlassen, und der Entlehner, dieselbe Sache nach gemachtem Gebrauche dem Verleiher zurückzugeben (Art. 305 OR)⁶⁸. Es handelt sich hierbei um einen unvollkommenen zweiseitigen Vertrag, zumal der Entlehner dem Verleiher für den Gebrauch nichts zu leisten hat; seine einzige wesentliche Pflicht besteht in der Rückgabe des Leihobjekts⁶⁹. Der Vertrag kommt formfrei zustande⁷⁰. Die Gebrauchsleihe ist zwingend unentgeltlich (aber nicht kostenlos⁷¹), womit sie sich von Miete und Pacht abgrenzt⁷². Von der Schenkung grenzt sie sich dadurch ab, dass sie eben gerade nicht auf Veräusserung gerichtet ist (m.a.W. der Schenkungswille fehlt); der Verleiher wird also nur Besitzer, nicht aber Eigentümer der ausgeliehenen Sache⁷³.

Als Leihgegenstand kommen i.e.L. alle beweglichen und unbeweglichen Sachen in Frage, die (auch) gemietet werden können, so auch z.B. (Geschäfts-)Räume oder Wohnungen⁷⁴.

Das Zurverfügungstellen von Ateliers/Wohnungen (d.h. einer unbeweglichen Sache) an Kulturschaffende erfolgt in aller Regel unentgeltlich, aber nicht mit dem Willen, dieses endgültig an den Kulturschaffenden zu übergeben. Es fehlt demnach am Schenkungswille, womit schenkungsrechtlichen Bestimmungen die Anwendung versagt bleibt. Eine Miete kann aufgrund der Unentgeltlichkeit ebenfalls ausgeschlossen werden. Zwischen dem Donator, der das Atelier zu Verfügung stellt, und dem Kulturschaffenden besteht also nach dem Gesagten ein Gebrauchsleihevertrag i.S.v. Art. 305 OR.

2.5.4 Auslobung oder Preisausschreiben (Art. 8 OR)

Werden die Kulturförderbeiträge im Rahmen eines Wettbewerbes verliehen (so z.B. der Studienpreis Musik des Migros-Kulturprozents), so kommen allenfalls die Bestimmungen zum Preisausschreiben (als Sondertatbestand einer Auslobung) i.S.v. Art. 8 OR zur Anwendung.

„Die Auslobung besteht in der Auskündigung einer Belohnung für die Vornahme einer Leistung. [...] Das Preisausschreiben ist ein Sonderfall der Auslobung. Es ist eine Auslobung (Auskündigung einer Belohnung) im Rahmen eines Wettbewerbs [...]. Der Auslobende tritt als Veranstalter dieses Wettbewerbs auf [...]“⁷⁵

Die Lehrmeinung bzgl. der Rechtsnatur von Auslobung und Preisausschreiben hat sich in der Zeit gewandelt und von der Vertragstheorie hin zur Versprechenstheorie verschoben⁷⁶. Art. 8 OR stellt eine Ausnahme dar und lässt die Entstehung einer Obligation durch einseitige Erklärung (Versprechen) des Verpflichteten zu. Zu beachten ist dabei dreierlei⁷⁷:

- eine öffentliche, d.h. an eine unbestimmte Personenmehrheit gerichtete Verpflichtungserklärung;
- die vom Auslobenden übernommene Verpflichtung muss durch eine bestimmte Leistung des Berechtigten bedingt sein;
- der Anwendungsbereich von Art. 8 OR ist auf sog. Preisausschreiben und Auslobung eingeschränkt.

⁶⁸ Vgl. zum Begriff auch: ZK-HIGI, N. 6 ff. zu Art. 305 OR; HUGUENIN, Rz. 542 f.; GUHL/KOLLER, § 45 Rz. 1 f.

⁶⁹ ZK-HIGI, N. 9 zu Art. 305 OR; HUGUENIN, Rz. 557.

⁷⁰ ZK-HIGI, N. 86 zu Art. 305 OR; GUHL/KOLLER, § 45 Rz. 3.

⁷¹ Siehe dazu: ZK-HIGI, N. 72 f. zu Art. 305 OR.

⁷² ZK-HIGI, N. 6 zu Art. 305 OR; GUHL/KOLLER, § 45 Rz. 3; HUGUENIN, Rz. 547.

⁷³ ZK-HIGI, N. 43 ff. zu Art. 305 OR; GUHL/KOLLER, § 45 Rz. 3; HUGUENIN, Rz. 546.

⁷⁴ ZK-HIGI, N. 19 ff. zu Art. 305 OR; GUHL/KOLLER, § 45 Rz. 3; HUGUENIN, Rz. 543.

⁷⁵ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Rz. 1040 und 1051 mit Beispielen; GUHL/KOLLER, § 13 Rz. 48.

⁷⁶ Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Rz. 1047 m.w.H.; BSK-BUCHER, N. 5 zu Art. 8 OR; GUHL/KOLLER, § 13 Rz. 48.

⁷⁷ BSK-BUCHER, N. 1 zu Art. 8 OR; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Rz. 1041 ff.; GUHL/KOLLER, § 13 Rz. 48.

Verspricht ein Kulturförderer eine Belohnung im Rahmen einer öffentlichen Auskündigung bzw. eines Wettbewerbs, so kann dies - sofern die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind - als Auslobung bzw. Preisausschreiben i.S.v. Art. 8 OR betrachtet werden. Wird die entsprechende Leistung erbracht, so entsteht dadurch eine Obligation.

2.5.5 Exkurs: Rechtsnatur öffentlichrechtlicher Kulturförderbeiträge

Treten öffentlichrechtliche Akteure als Kulturförderer auf, so besteht zwischen Donator und Empfänger kein Verhältnis, das dem Privatrecht untersteht. Vielmehr begründen die Parteien ein öffentlichrechtliches Verhältnis, wobei die i.d.R. hoheitlich auftretende Behörde den allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungshandelns verpflichtet ist⁷⁸.

Es handelt sich dabei in aller Regel um Subventionen (Finanzhilfen), also um vermögenswerte, unentgeltliche Zuwendungen seitens der öffentlichen Hand an Private zur Erfüllung einer im öffentlichen Interesse liegenden Aufgabe⁷⁹. Diese können hoheitlich, einseitig im Kleide einer Verfügung i.S.v. Art. 5 Abs. 1 VwVG⁸⁰ gewährt werden⁸¹, aber auch zweiseitig als verwaltungsrechtlichen (Subventions-)Vertrag ausgestaltet sein⁸². Subventionsverträge sind eine Unterart von verwaltungsrechtlichen Verträgen zwischen öffentlichrechtlichen Organisationen und Privaten⁸³.

2.5.6 Fazit

Werden Beiträge von privater Seite an und für die Tätigkeit von Kulturschaffenden ausgerichtet, wird damit i.d.R. ein einseitiges oder aber unvollkommen zweiseitiges Vertragsverhältnis begründet, mangelt es doch meist an einer äquivalenten Gegenleistung seitens der Kulturschaffenden. Förderbeiträge (oft in Geldform) werden im Rahmen einer Schenkung zugewendet (2.5.1 und 2.5.2), das Zurverfügungstellen von Ateliers/Wohnungen präsentiert sich hingegen in Form eines Gebrauchsleihevertrags (2.5.3). Ggf. liegt seitens des Donators eine Auslobung bzw. ein Preisausschreiben vor (2.5.4).

⁷⁸ Siehe hierzu: HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 363.

⁷⁹ Vgl. Art. 3 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Finanzhilfen und Abgeltungen (Subventionengesetz, SuG) vom 5. Oktober 1990, Stand am 13. Juni 2006 (SR 616.1).

⁸⁰ Zum Begriff der Verfügung ausführlich: HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 854 ff.

⁸¹ Vgl. hierzu bspw. Art. 3 Abs. 2 des Bundesgesetzes betreffend die Stiftung „Pro Helvetia“ (Pro-Helvetia-Gesetz, PHG) vom 17. Dezember 1965, Stand am 13. Juni 2006 (SR 447.1).

⁸² Vgl. hierzu: Art. 4 Abs. 2 PHG.

⁸³ Siehe hierzu: HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1066 ff., insb. Rz. 1095 ff.

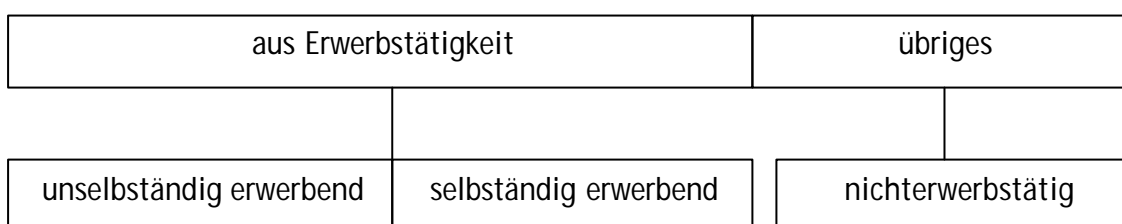
3 Sozialversicherungsrechtliche Kategorien

3.1 Übersicht

Auf jedem Einkommen, das jemand erzielt, müssen Beiträge an die Sozialversicherung entrichtet werden. Nach welchen Regeln dies erfolgt, hängt von der Qualifizierung der abgabepflichtigen Person als unselbständig oder selbständig erwerbend oder als nicht erwerbstätig ab (Abbildung 4).

Abbildung 4: Sozialversicherungsrecht

Einkommen:



3.2 Unselbständigerwerbende - Selbständigerwerbende

Beitragspflichtige Erwerbseinkommen stammen entweder aus unselbständiger (Art. 5 AHVG) oder aus selbständiger Erwerbstätigkeit (Art. 9 AHVG). Zu dieser Unterscheidung haben Verwaltungspraxis und Rechtsprechung die nachstehend dargestellten Leitlinien entwickelt⁸⁴.

Die Qualifizierung einer Erwerbstätigkeit als unselbständig oder selbständig (Bestimmung des Beitragsstatuts) ist Aufgabe der für den Einzug der Beiträge zuständigen Ausgleichskasse und im Streitfall des Gerichts; es liegt nicht im Belieben der Beitragspflichtigen oder ihrer Vertragspartner, ihre Stellung innerhalb der Versicherung selber zu definieren. Für die Ausgleichskasse massgebend sind Gesetz und Verordnung sowie Verwaltungsweisungen, die wiederum in der Regel der jeweiligen Gerichtspraxis folgen.

Die beitragsrechtliche Stellung muss unter Würdigung der gesamten Umstände des Einzelfalles beurteilt werden. Dabei kommt es nicht auf die Rechtsnatur des Vertragsverhältnisses, sondern auf die tatsächliche Ausgestaltung der gegenseitigen Rechtsbeziehungen und die wirtschaftlichen Gegebenheiten an. Das Vertragsverhältnis kann also allenfalls gewisse Anhaltspunkte für die sozialversicherungsrechtliche Qualifikation bieten, ist jedoch nicht ausschlaggebend.

Verschiedene Erwerbstätigkeiten für den gleichen Arbeit- oder Auftraggeber oder die gleiche Tätigkeit für verschiedene Arbeit- oder Auftraggeber sollten nicht unterschiedlich, teils als selbständige, teils als unselbständige Erwerbstätigkeit, qualifiziert werden.

Beim Wechsel des Beitragsstatus - von selbständig zu unselbständigerwerbend und umgekehrt - ist Zurückhaltung angezeigt und es soll nicht ohne Not von der steuerrechtlichen Qualifikation abgewichen werden.

⁸⁴ Sehr eingehend: Bundesamt für Sozialversicherung, Wegleitung über den massgebenden Lohn (WML) in der AHV, IV und EO, insbesondere Anhang 5, 103 ff.; BGE 123 V 161, 122 V 169, 119 V 161; KÄSER, Rz 4.3 ff. und 8.2 ff.; KIESER AHV zu Art. 5 und 9 AHVG; KIESER ATSG zu Art. 10 und 12 ATSG; LOCHER § 22.

Wenn eine Person gleichzeitig mehrere Tätigkeiten ausübt, dann ist für jedes Erwerbseinkommen einzeln zu prüfen, ob es aus unselbständiger oder aus selbständiger Erwerbstätigkeit stammt.

Wenn Merkmale beider Erwerbsarten vorliegen, so ist entscheidend, welche Merkmale überwiegen.

3.2.1 Unselbständige Erwerbstätigkeit

Unselbständig erwerbstätig ist, wer von einem Arbeitgeber in betriebswirtschaftlicher, beziehungsweise arbeitsorganisatorischer Hinsicht, abhängig ist (also *nicht* durch Einsatz von Arbeit und Kapital in frei bestimmter Selbstorganisation und nach aussen sichtbar am wirtschaftlichen Verkehr teilnimmt) und kein spezifisches Unternehmerrisiko (dazu unten) trägt.

Im Einzelnen lassen folgende Merkmale in der Regel auf unselbständige Erwerbstätigkeit schliessen:

- Unterordnungsverhältnis: erhebliche Weisungsgebundenheit in persönlicher, organisatorischer und zeitlicher Hinsicht
- Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Arbeit- (und eben nicht: Auftrag-) gebers; Tätigwerden in dessen Handlungsbereich; in der Regel Zuweisung eines Arbeitsplatzes
- Pflicht, seine Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen, sowie intensive Inanspruchnahme durch den Arbeitgeber
- Handeln im Namen und auf Rechnung des Arbeitgebers
- Bereitstellung von Arbeitsgerät oder -material durch den Arbeitgeber
- Pflicht zur persönlichen Aufgabenerfüllung
- Präsenzpflcht
- Bindung an Arbeitszeiten, Arbeitszeitkontrolle, Pflicht zu regelmässigem Erscheinen
- Anspruch auf bezahlte Ferien
- Lohnanspruch während Ausfallzeiten (Krankheit, Unfall, Militär usw.)
- periodische Entgeltleistungen
- Vereinbarung einer Probezeit
- Konkurrenzverbot

3.2.2 Selbständige Erwerbstätigkeit

Selbständigerwerbend ist, wer durch Einsatz von Arbeit und Kapital in frei bestimmter Selbstorganisation und nach aussen sichtbar am wirtschaftlichen Verkehr teilnimmt mit dem Ziel, Dienstleistungen zu erbringen oder Produkte zu schaffen, deren Inanspruchnahme oder Erwerb durch finanzielle oder geldwerte Leistungen abgegolten werden.

Charakteristische Merkmale der selbständigen Erwerbstätigkeit sind die Tätigkeit erheblicher Investitionen durch den Einsatz von eigenem oder fremdem Kapital, die Benützung eigener Geschäftsräumlichkeiten sowie die Beschäftigung von eigenem Personal.

Das spezifische *Unternehmerrisiko* besteht darin, dass unabhängig vom Arbeitserfolg die entsprechenden Kosten anfallen und vom Versicherten selber zu tragen sind. Dazu gehört ferner das Inkasso- und Delkredererisiko, wobei das blosses Risiko, dass die gestellte Rechnung nicht bezahlt wird, noch nicht ein spezifisches Unternehmerrisiko darstellt.

Im Rahmen der selbstbestimmten Arbeitsorganisation trifft der Versicherte die betrieblichen Anordnungen selber und arbeitet in von ihm bestimmter Selbstorganisation. Erteilt

ein Auftraggeber ausführliche Anordnungen, so bestimmt sich je nach Art des Auftragsverhältnisses, ob diese im üblichen Rahmen liegen oder ein Unterordnungsverhältnis begründen. Blosser Angaben zur Art des Ergebnisses oder zum Fertigstellungszeitpunkt begründen noch kein Unterordnungsverhältnis.

Wer gleichzeitig für mehrere Gesellschaften in eigenem Namen tätig ist, ohne indessen von diesen abhängig zu sein, ist selbständigerwerbend. Dabei ist nicht die rechtliche Möglichkeit, Arbeiten von mehreren Auftraggebern anzunehmen, massgebend, sondern die tatsächliche Auftragslage.

Auch für selbständige Erwerbstätigkeit gilt, dass jede Tätigkeit einzeln zu beurteilen ist, so dass die Erfassung als selbständigerwerbende Person die beitragsrechtliche Qualifikation weiterer Tätigkeiten nicht präjudiziert.

Folgende Merkmale lassen in der Regel auf selbständige Erwerbstätigkeit schliessen:

- Regelmässige Direktübernahme von Aufträgen Dritter, also die Ausführung von Arbeiten im eigenen Namen und auf eigene Rechnung für vornehmlich selbst gewählte Kunden. Als Hinweise können gelten: Auftragsbewerbung durch Zeitungsinserte; Werkvertrag; Offert- und Rechnungsstellung; Garantieleistung; vertragliche Übernahme von Risiko- und Unfallhaftung (vgl. Art. 376 OR)
- Bestehen einer Betriebsorganisation
- weitere Merkmale: Verlusttragung; Inkassorisiko; Unkostentragung; Beschäftigung von Personal; Bestehen einer privaten Unfallversicherung; Bestehen einer Betriebshaftpflichtversicherung; Eintrag im Handelsregister; Eintrag im Telefon- und Adressbuch; Vorhandensein einer Firmentafel; Verwendung von Geschäftspapier mit aufgedrucktem Firmennamen; Mitgliedschaft bei einem Berufs- oder Fachverband; Berufsausübungsbewilligung (entsprechender Eintrag in einem amtlichen Verzeichnis)

3.2.3 Ausgewählte einzelne Tätigkeiten

Verwaltungspraxis und Rechtsprechung haben zu einzelnen Tätigkeiten des Kulturschaffens folgende Leitlinien entwickelt⁸⁵

Musikerinnen und Musiker

Musiker und Musikerinnen (denen beitragsrechtlich auch die Artisten gleichgestellt sind) können selbständig oder unselbständig erwerbstätig sein. Sie tragen kein spezifisches Unternehmerrisiko, deshalb steht die Frage der arbeitsorganisatorischen Abhängigkeit oder Unabhängigkeit im Vordergrund. Dass sie zur persönlichen Arbeitsleistung verpflichtet sind, kann hingegen kein Kriterium sein, weil dies beim Engagement eines Musikers zur Natur der Sache gehört. Ebenso spielt es für die beitragsrechtliche Statusfrage keine Rolle, ob jemand im Hauptberuf (als Berufsmusiker/-in) oder im Nebenberuf (Amateurmusiker/-in) tätig ist⁸⁶.

Die arbeitsorganisatorische Abhängigkeit oder Unabhängigkeit beurteilt sich nach der Dauer des Engagements, der Anzahl der Darbietungen beim gleichen Veranstalter und danach, ob die Persönlichkeit des Künstlers dermassen im Vordergrund steht, dass daneben dessen Wahl eines bestimmten Konzertprogramms als irrelevant erscheint (ob also aus Sicht des Publikums weniger zählt, *was*, sondern *von wem* es gespielt wird).

Auf unselbständige Tätigkeit deutet sodann die Vereinbarung, während einer längeren, zum voraus bestimmten Zeitdauer zu bestimmten Stunden musikalische Darbietungen zu liefern, die Verpflichtung, Hausordnung und Garderobevorschriften zu beachten und der

⁸⁵ Fundstellen siehe Anm. 84.

⁸⁶ WML, Rz. 4066.

Anspruch auf ein festes Entgelt unabhängig vom geschäftlichen Erfolg einer Veranstaltung - das Paradebeispiel ist, neben dem festangestellten Mitglied eines Orchesters, das Engagement eines Barpianisten.

Als unselbständiges Einkommen gilt die Entschädigung, welche Orchesterzuzügerinnen bzw. -zuzügern für Proben und Aufführungen erhalten⁸⁷.

Entgelte für Darbietungen (einzeln oder im Ensemble) an einzelnen Anlässen kommerzieller wie privater Art gelten als selbständiges Einkommen⁸⁸.

Autorinnen und Autoren und andere Urheber

Schriftsteller, Komponisten und andere Urheber gelten in der Regel als Selbständigerwerbende. Dies gilt auch, wenn sie nicht ausschliesslich aus eigenem Antrieb, sondern aufgrund eines Auftrags tätig werden, denn dabei steht das Werk im Vordergrund, nicht die dafür aufgewendete Zeit, der Autor trägt die volle Verantwortung für den Inhalt, und es besteht kein Abhängigkeitsverhältnis, indem der Autor weder verpflichtet ist, eine zugewiesene zumutbare Arbeit auf bestimmte oder unbestimmte Zeit auszuführen, noch gehalten ist, die Arbeit nach besonderen, einer typischen Unterordnung kennzeichnenden Weise zu leisten.

Die Einnahmen aus dem Verkauf geschaffener Werke (z.B. Bücher) sind selbständiges Einkommen.

Urheberrechtliche Entschädigungen werden wie Lizenzentnahmen von Erfindern behandelt, die beitragspflichtiges Einkommen oder beitragsfreien Kapitalertrag darstellen. Lizenzgebühren, die nur noch die Entschädigung für die Abtretung eines Rechts darstellen, also den Gegenwert für eine gleichsam vom Lizenzgeber entäusserte Sache, sind beitragsfreier Kapitalertrag. Letzteres wird nur selten angenommen, insbesondere beim Gelegenheitserfinder, wenn er auf die Auswertung und Weiterentwicklung keinen Einfluss mehr hat. Von dieser Ausnahme abgesehen stellt jede in irgendeiner Form auf die Verwertung der Idee gerichtete Aktivität beitragspflichtiges Einkommen dar.

Medienschaffende

Die Entgelte der Journalistinnen und Journalisten sowie der Pressefotografinnen und der Pressefotografen sind unselbständiges Einkommen⁸⁹.

Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit bilden nur die Entgelte für unaufgefordert eingesandte und nur gelegentlich publizierte Artikel und Fotografien von nicht regelmässigen Mitarbeitenden⁹⁰ oder das von Personen erzielte Einkommen, die sowohl eigene Geschäftsräumlichkeiten benutzen, eigenes Personal beschäftigen und die Geschäftskosten im Wesentlichen selber tragen. Ein eigenes Büro mit Dokumentation stellt noch keine erhebliche Investition im Sinne der Rechtsprechung dar. Regelmässige Mitarbeit ist dann anzunehmen, wenn die Tätigkeit für dieselbe Zeitschrift oder denselben Verlag ein gewisses Abhängigkeitsverhältnis in dem Sinne bewirkt, dass bei deren Wegfall eine ähnliche Situation eintritt, wie dies beim Stellenverlust eines Arbeitnehmers der Fall ist.

Feste oder veränderliche Vergütungen für regelmässige *oder* gelegentliche Mitarbeit bei Radio und Fernsehen ist Einkommen aus unselbständiger Tätigkeit. Lediglich die so ge-

⁸⁷ WML, Rz. 4067.

⁸⁸ WML, Rz. 4069.

⁸⁹ WML, Rz. 4076.

⁹⁰ WML, Rz. 4078.

nannten Autorenhonorare (Entschädigungen zu höheren Ansätzen für die Schaffung oder den Vortrag eigener Werke) sind Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit⁹¹.

3.3 Erwerbstätige - Nichterwerbstätige

3.3.1 Allgemein

Auch Nichterwerbstätige sind beitragspflichtig (Art. 10 AHVG) und bezahlen einen nach ihren wirtschaftlichen Verhältnissen bemessenen Beitrag zwischen aktuell 370 und 8'400 Franken. Unter Umständen ist deshalb zu beurteilen, ob eine Person als erwerbstätig oder als nichterwerbstätig gilt⁹².

Die Beitragsbemessung der Nichterwerbstätigen richtet sich nach dem Vermögen und dem kapitalisierten, nicht aus Erwerbstätigkeit stammenden (als „Renteneinkommen“ bezeichneten⁹³) Einkommen. Bei Personen mit geringem Erwerbseinkommen führt die Einstufung als Nichterwerbstätige somit dann zu höheren Beiträgen, wenn sie über Renteneinkommen oder Vermögen verfügen.

In diesem Zusammenhang sind die folgenden Konstellationen von Interesse:

Wenn die auf dem Erwerbseinkommen einer Person im Jahr entrichteten Beiträge tiefer sind als der Mindestbeitrag (370 Franken), so *gilt* sie von Gesetzes wegen als nichterwerbstätig. Somit bezahlt sie den Mindestbeitrag, falls sie kein anderweitiges Einkommen und kein Vermögen hat.

Werk- und Anerkennungsbeiträge (Abschnitt 2.5) gehören beitragsrechtlich in der Regel nicht zum Erwerbseinkommen, es sei denn, dass sie offensichtlich auf einem Arbeitsverhältnis beruhen oder die Geldgebenden über das Arbeitsergebnis verfügen können⁹⁴.

Personen, die *nicht dauernd voll erwerbstätig* sind, werden je nach Höhe der Beiträge als nichterwerbstätig oder als erwerbstätig eingestuft (Art. 28^{bis} AHVV): Es werden die auf dem Erwerbseinkommen entrichteten Beiträge verglichen mit dem Beitrag, der resultiert, wenn die Person als nichterwerbstätig betrachtet wird. Betragen die Beiträge auf dem Erwerbseinkommen weniger als die Hälfte des Nichterwerbstätigenbeitrags, so gilt die Person als nichterwerbstätig und schuldet den entsprechenden (höheren) Nichterwerbstätigenbeitrag⁹⁵. Entsprechen die Beiträge auf dem Erwerbseinkommen mindestens der Hälfte des Nichterwerbstätigenbeitrags, so gilt die Person als erwerbstätig.

Eine - allenfalls wenig lohnende - selbständige Erwerbstätigkeit liegt nur vor, wenn sie weder eine zum Zweck der Beitragsminderung nur zum Schein ausgeübte Tätigkeit noch eine blosser Liebhaberei zur Realisierung rein persönlicher Neigungen darstellt. Versicherte, welche ihre wirtschaftliche Existenz offenkundig überwiegend aus anderen Quellen als aus Erwerbstätigkeit finanzieren, sollen als Nichterwerbstätige Beiträge, welche diesen Quellen entsprechen, leisten.

⁹¹ WML, Rz. 4080.

⁹² Grundlegend sind BGE 115 V 167, 125 V 232, ZAK 1987 417, Entscheid des EVG vom 28. Mai 2002 H 158/01 sowie vom 27. Mai 2002 H 122/01 und vom 16. Juli 2003 H 277/03; Literatur: KÄSER, Rz 10.1 ff.; KIESER, zu Art. 10 AHVG; LOCHER, § 25.

⁹³ Gemäss Art. 28 Abs. 1 Satz 2 AHVV gehören versicherungseigene Leistungen nicht zum Renteneinkommen.

⁹⁴ Art. 6 Abs. 2 lit. g AHVV; WML, Rz. 2145. Dazu im Widerspruch wird im Bericht 2007 der Standpunkt vertreten, Personen, die Werkbeiträge erhalten, seien Selbständigwerbende (19).

⁹⁵ Wobei die auf dem Erwerbseinkommen bezahlten Beiträge angerechnet werden (Art. 28^{bis} Abs. 2 und Art. 30 AHVV).

Abgrenzungskriterium ist einerseits, ob für die Tätigkeit ein erheblicher Teil der im betreffenden Erwerbszweig üblichen Arbeitszeit aufgewendet wird, andererseits und entscheidend, die sich aus den objektiven Umständen ergebende (oder eben fehlende) Erwerbsabsicht. Dabei ist auf die tatsächlichen wirtschaftlichen Gegebenheiten abzustellen und, wie im Steuerrecht, auf die gesamten Umstände. Es ist also nicht die subjektive Erwerbsabsicht massgebend, diese muss vielmehr auf Grund der konkreten wirtschaftlichen Tatsachen nachgewiesen sein, dies als systematisches und planmässiges Bestreben, mittels einer Tätigkeit ein Einkommen zu erzielen. Dies schliesst nicht aus, dass in der Anfangsphase einer selbständigen Erwerbstätigkeit noch kein Einkommen fliesst.

So wurde ein Versicherter, der zwar behauptete, als Architekt eine volle Erwerbstätigkeit auszuüben, jedoch daraus - obwohl ohne Angestellte und mit sehr geringen allgemeinen Unkosten - ein Einkommen von Null bzw. von wenigen hundert Franken pro Monat erzielte, als nicht dauernd voll erwerbstätige Person im Sinne von Art. 28^{bis} AHVV betrachtet. Bei einem „Immobilienmakler“, der 15 Jahre nur Aufwendungen und keine Einkünfte hatte, wurde die Erwerbsabsicht verneint. Eine über Jahre verfolgte Tätigkeit kann auch dann eine Liebhaberei und keine erfolgreiche, auf Gewinn ausgerichtete wirtschaftliche Tätigkeit darstellen, wenn hinsichtlich der Liebhaberei zahlenmässig relevante Geschäftsvorgänge bewiesen werden können.

3.3.2 Besonderheiten bei Kulturschaffenden

Bei Kunstschaffenden kann sich die Frage, ob sie selbständigerwerbend oder lediglich amateurmässig künstlerisch tätig und damit nichterwerbstätig sind, besonders akzentuiert stellen:

Der spärlichen Rechtsprechung dazu lässt sich entnehmen, dass allenfalls darauf abgestellt wird, ob jemand mehr in seine Karriere investiert als üblicherweise jemand, der eine Liebhaberei betreibt⁹⁶. Nur als Hobby betrachtet wurde das Kunstschaffen eines Frührentierten, der sich gegenüber dem Steueramt nicht als Selbständiger deklariert hatte und keine gesonderte, unter betriebswirtschaftlichen Aspekten erstellte Buchhaltung führte, sondern nur eine unvollständige Liste der Aufwendungen vorweisen konnte⁹⁷.

Immerhin spricht der Umstand, dass infolge von Abschreibungen wiederholt Verluste resultieren, noch nicht gegen den Selbständigerwerbenden-Status, denn es „darf auch einer kunstschaffenden Person nicht verwehrt bleiben, ihre Buchhaltung steuerlich zu optimieren.“⁹⁸. Allerdings sind der brotlos bleibenden Kunst für die Anerkennung als selbständige Erwerbstätigkeit zeitliche Grenzen gesetzt: „Sollte weiterhin kein massgeblicher Gewinn aus ihrer künstlerischen Tätigkeit resultieren und sollten sich die mangelnden Einnahmen aus dem Gewerbe perpetuieren, müsste davon ausgegangen werden, dass es der Beschwerdegegnerin nicht gelungen ist, ihre künstlerischen Fähigkeiten in eine auf ein Einkommen zielende volle Erwerbstätigkeit umzusetzen. Wird nämlich eine erwerbliche Tätigkeit, wie das Führen eines Ateliers durch eine Kunstschaffende, auf Dauer ohne Gewinn ausgeübt, lässt das Ausbleiben des finanziellen Erfolges regelmässig auf das Fehlen erwerblicher Zielsetzung schliessen; denn wer wirkliche Erwerbstätigkeit ausübt, wird sich in der Regel nach längeren beruflichen Misserfolgen von der Zwecklosigkeit seines Unterfangens überzeugen und die betreffende Tätigkeit aufgeben.“⁹⁹

Eine besondere Regelung des Kunstschaffens, soweit es nicht als Erwerbstätigkeit verstanden wird, kennt die *Invalidenversicherung* im Leistungsbereich: Invalidität ergibt sich

⁹⁶ Urteil des EVG vom 28. Mai 2002, H 158/01, E. 3a.

⁹⁷ Urteil des EVG vom 27. Mai 2002, H 122/01.

⁹⁸ Urteil des EVG vom 28. Mai 2002, H 158/01, E. 3b.

⁹⁹ Urteil des EVG vom 28. Mai 2002, H 158/01, E. 4.

in der Regel aus einer Erwerbsunfähigkeit, bezieht sich also auf gesundheitsbedingte Beeinträchtigungen im Erwerbsbereich. Gemäss Art. 8 Abs. 3 ATSG gilt aber auch jemand unter Umständen als invalid, „wenn eine Unmöglichkeit vorliegt, sich im bisherigen Aufgabenbereich zu betätigen“. Traditionellerweise wurde als Aufgabenbereich im Sinne dieser Bestimmung meistens der Haushalt verstanden, womit insbesondere nichterwerbstätige Hausfrauen (seltener -Männer) unter den gleichen Bedingungen Invaliditätsleistungen erhalten konnten wie Erwerbstätige.

Art. 27 IVV in der seit 1. Januar 2004 geltenden Fassung hält dazu unter dem Titel „Nicht-erwerbstätige“ fest: „Als Aufgabenbereich der im Haushalt tätigen Versicherten gelten insbesondere die übliche Tätigkeit im Haushalt, die Erziehung der Kinder sowie gemeinnützige und künstlerische Tätigkeiten.“ Diese neu in die Verordnung aufgenommene Formulierung sollte zum Ausdruck bringen, dass die Praxis nicht nur die übliche Tätigkeit im Haushalt und die Erziehung der Kinder als Betätigung im Aufgabenbereich berücksichtigt, indem die Nennung dieser Tätigkeiten zum einen nicht mehr abschliessend formuliert wurde und zum andern gemäss der Praxis auch gemeinnützige und künstlerische Tätigkeiten ausdrücklich erwähnt wurden¹⁰⁰.

3.4 Teilzeit- und Vollzeitbeschäftigung

In der *Unfallversicherung* wird innerhalb der Arbeitnehmenden eine Unterscheidung nach dem Umfang der Beschäftigung vorgenommen: Im Umfang von weniger als 8 Stunden pro Woche (Art. 13 UVV) tätige Teilzeitbeschäftigte sind nur gegen Berufsunfälle und Unfälle auf dem Arbeitsweg, nicht aber gegen Freizeitunfälle (so genannte Nichtberufsunfälle) versichert (Art. 8 Abs. 2 und Art. 7 Abs. 2 UVG).

Bei der *Invaliditätsbemessung* in der Invalidenversicherung gilt für teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmende ebenfalls eine spezielle Regelung: Bei voll Erwerbstätigen ergibt der Vergleich des ohne Gesundheitsschaden zu erwartenden Einkommens (Valideneinkommen) mit dem trotz Gesundheitsschaden zumutbarerweise noch erzielbaren Einkommen (Invalideneinkommen) den Invaliditätsgrad (Art. 16 ATSG). Wenn nun eine Person ihr Erwerbsspensum freiwillig reduziert hat, ohne die dadurch frei werdende Zeit für die Tätigkeit in einem Aufgabenbereich (Haushaltführung und gleichgestellte Tätigkeiten) zu verwenden, wird die Invalidität dennoch wie bei voll Erwerbstätigen bemessen¹⁰¹. Als Valideneinkommen wird demnach lediglich das ohne Gesundheitsschaden bei gegebenem Teilpensum erzielbare Einkommen eingesetzt, was einen tieferen Invaliditätsgrad ergibt.

¹⁰⁰ So die Erläuterung in AHI 2003 323.

¹⁰¹ Vgl. BGE 131 V 151.

¹⁰³ Gemäss Art. 28 Abs. 1 Satz 2 AHVV gehören versicherungseigene Leistungen nicht zum Renteneinkommen.

4 Schutz der Kulturschaffenden in den einzelnen Sozialversicherungszweigen

4.1 Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHV)

4.1.1 Allgemeines

Die seit 1948 bestehende AHV versichert praktisch die gesamte Wohn- und Arbeitsbevölkerung gegen die Risiken Alter und Todesfall. Ihre wesentlichen Leistungen sind deshalb einerseits Altersrenten bei Erreichen des gesetzlichen Rücktrittsalters und Aufgabe der Erwerbstätigkeit und andererseits - wenn die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind - Hinterlassenenrenten für Waisen, Witwen und Witwer.

Auf die Besonderheiten betreffend Kulturschaffende wird nachstehend bei den einzelnen Abschnitten eingegangen.

4.1.2 Versicherungsunterstellung

Natürliche Personen, die in der Schweiz Wohnsitz haben oder eine Erwerbstätigkeit ausüben, sind obligatorisch versichert (Art. 1a Abs. 1 lit. a und b AHVG). Davon gibt es geringfügige Ausnahmen (Art. 1a Abs. 2 AHVG).

4.1.3 Beitragspflicht

Beitragspflichtig sind, mit wenigen Ausnahmen (Art. 3 Abs. 2 und 3 AHVG), sowohl Erwerbstätige als auch Nichterwerbstätige (Art. 3 Abs. 1 AHVG).

Der Beitrag von Unselbständigerwerbenden beträgt 4.2 Prozent des massgebenden Lohnes (Art. 5 Abs. 1 AHVG) plus ebenfalls 4.2 Prozent Arbeitgeberbeitrag (Art. 13 AHVG). Der Beitrag von Selbständigerwerbenden beträgt 7.8 Prozent ab einem Jahreseinkommen von 53'100 Franken; bis zu einem Jahreseinkommen von 8'800 Franken entspricht er dem Mindestbeitrag von 370 Franken, für Einkommen zwischen 8'900 und 53'100 Franken liegt der Beitragssatz zwischen 4.2 und 7.8 Prozent (Art. 8 AHVG). Der Beitrag von Nichterwerbstätigen richtet sich nach dem Vermögen und dem kapitalisierten, nicht aus Erwerbstätigkeit stammenden (als „Renteneinkommen“ bezeichneten¹⁰³) Einkommen und beträgt zwischen 370 und 8'400 Franken (Art. 28 AHVV).

Bedeutsam sind im vorliegenden Zusammenhang folgende besondere Einkünfte von Kulturschaffenden:

Geringfügiger Nebenerwerb von Unselbständigerwerbenden

Mit der Zustimmung von Arbeitgeber und Arbeitnehmer (Art. 5 Abs. 5 AHVG) können die an Unselbständigerwerbende entrichteten Entgelte aus Nebenerwerb, die im Kalenderjahr 2'000 Franken nicht übersteigen, von der Beitragserhebung ausgenommen werden (Art. 8bis AHVV).

Vorausgesetzt ist also erstens die Zustimmung der versicherten Person und zweitens das Vorliegen einer Haupttätigkeit (die auch in der Haushaltführung bestehen kann¹⁰⁴), ohne welche es begrifflich keinen Nebenerwerb gibt. Übt jemand verschiedene unselbständige Erwerbstätigkeiten aus, bilden diese zusammengenommen die Haupterwerbstätigkeit; es

¹⁰⁴ BGE 113 V 241, E. 4c, 246.

ist damit ausgeschlossen, sie als Nebenerwerb anzusehen¹⁰⁵. Drittens ist der Ausschluss nur bis zum Total von jährlich 2'000 Franken pro Arbeitgeber zulässig.

Diese Ausnahmeklausel wird häufig auch beim Engagement von Künstlern angewendet – zu Unrecht, denn bei Kulturschaffenden, die regelmässig verschiedenste Tätigkeiten ausüben, gehören auch kleine Verdienste (z.B. ein Sprecherjob, ein Drehtag) zum eigentlichen Haupterwerb¹⁰⁶.

Beiträge vom Einkommen aus einer nebenberuflich ausgeübten *selbständigen* Erwerbstätigkeit, das 2'000 Franken im Jahr nicht übersteigt, werden nur auf Verlangen der versicherten Person erhoben (Art. 19 AHVV).

Zuwendungen

Nicht als Erwerbseinkommen - und damit auch nicht als beitragspflichtiger massgebender Lohn - gelten unter anderem Zuwendungen für das kulturelle Schaffen, wenn sie nicht auf einem Arbeitsverhältnis beruhen und der Geldgeber nicht über das Arbeitsergebnis verfügen kann (Art. 6 Abs. 2 lit. g AHVV)¹⁰⁷.

Wenn also Kulturschaffende Zuwendungen erhalten, die sie für eine gewisse Zeit finanziell in die Lage versetzen, ihrer schöpferischen Arbeit nachzugehen, so wirken diese in der AHV nicht rentenbildend (und eignen sich in der ALV nicht zur Erfüllung der Beitragszeit).

Damit vergleichbar hat das Bundesgericht betreffend Zuwendungen des Schweizerischen Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung festgehalten, dass sie - ob sie als Stipendien oder Forschungsbeiträge bezeichnet und ob darin ein persönlicher Beitrag an den Lebensunterhalt mitenthalten ist oder nicht - kein beitragspflichtiges Erwerbseinkommen darstellen¹⁰⁸.

4.1.4 Leistungen

Die Höhe der Rentenleistung richtet sich - bei vollständiger Beitragsdauer - nach dem der Teuerung angepassten Durchschnitt der Einkommen, auf denen Beiträge bezahlt wurden¹⁰⁹, zuzüglich Erziehungs- und Betreuungsgutschriften (Art. 29^{bis}-30 AHVG). Bei verheirateten Versicherten werden die während der Ehe erzielten Einkommen und Gutschriften je hälftig dem anderen Ehegatten gutgeschrieben (Splitting; Art. 29^{quinquies} Abs. 3 und 4). Die so ermittelte Altersrente beträgt aktuell¹¹⁰ im Minimum 1'105 Franken und im Maximum 2'210 Franken pro Monat (Art. 34 Abs. 3 und 5 AHVG), für Ehepaare zusammen höchstens 3'315 Franken (Art. 35 AHVG).

Die Beitragsordnung und die Leistungsbemessung in der AHV ist aus folgenden Gründen für Erwerbstätige mit kleinen Einkommen, für Teil- und Nichterwerbstätige und für Personen mit Betreuungsaufgaben vorteilhaft:

- Die Erziehungs- und Betreuungsgutschriften entsprechen einem monatlichen Erwerbseinkommen von 3'315 Franken; sie wirken also ebenso rentenbildend, wie wenn die versicherte Person in dieser Zeit ein entsprechendes Erwerbseinkommen erzielt hätte.

¹⁰⁵ ZAK 1975 156, E. 2.

¹⁰⁶ SCHWERI, Kap. 4a.

¹⁰⁷ Dazu im Widerspruch wird im Bericht 2007 der Standpunkt vertreten, Personen, die Werkbeiträge erhalten, seien Selbständigwerbende (19)

¹⁰⁸ BGE 133 V 297, E. 4.3 (Entscheid H 151/05 vom 2. Mai 2007).

¹⁰⁹ Beiträge von Nichterwerbstätigen werden umgerechnet und als Erwerbseinkommen angerechnet (Art. 29^{quinquies} Abs. 2 AHVG).

¹¹⁰ Seit 1. Januar 2007.

- Die Begrenzung der Maximalrente auf das Doppelte der Mindestrente hat in Kombination mit der nicht plafonierten Beitragspflicht zur Folge, dass Personen mit Erwerbseinkommen über 79'560 Franken im Jahr die Renten von Personen mit tieferen Einkommen mitfinanzieren, weil Beiträge auf einem höheren Einkommen keine höhere Rente auslösen (Art. 34 Abs. 4 AHVG).
- Die Versicherungspflicht auch für Nichterwerbstätige verringert das Risiko, dass Personen mit diskontinuierlichen Erwerbsbiografien Versicherungslücken aufweisen, erheblich¹¹¹.
- Da die Renten auf der Basis des langjährigen Durchschnittseinkommens berechnet werden, ist die Rentenhöhe weder abhängig von der Art der Arbeitsverhältnisse noch vom Einkommen zu einem bestimmten Zeitpunkt; niedrigere Einkommen aus flexiblen Arbeitsverhältnissen können allenfalls mit höheren Einkommen aus Normalarbeitsverhältnissen kompensiert werden¹¹². Auch kleine Einkommen wirken so rentenbildend.

4.2 Invalidenversicherung (IV)

4.2.1 Allgemeines

Die IV wurde 1960 eingerichtet und erbringt in erster Linie Leistungen im Zusammenhang mit einer Invalidität, also der dauerhaften Einkommenseinbusse infolge Erwerbsunfähigkeit (Art. 8 Abs. 1 ATSG) oder der Unmöglichkeit, sich im (nicht erwerblichen) bisherigen Aufgabenbereich zu betätigen (Art. 8 Abs. 3 ATSG). Die – nach dem Invaliditätsgrad abgestuften – Invalidenrenten bilden die umfangmässig gewichtigste Leistungsart; von Bedeutung sind gemäss dem Grundsatz „Eingliederung vor Rente“ sodann die Eingliederungsmassnahmen, insbesondere die beruflichen Massnahmen.

Auf die Besonderheiten betreffend Kulturschaffende wird nachstehend bei den einzelnen Abschnitten eingegangen.

4.2.2 Versicherungsunterstellung und Beitragspflicht

Unterstellung und Beitragspflicht sind gleich ausgestaltet wie in der AHV (Art. 1b und 2 IVG). Der Beitrag beträgt 1.4 Prozent auf dem Erwerbseinkommen (Art. 3 Abs. 1 IVG) und zwischen 61 und 1'400 Franken für Nichterwerbstätige (Art. 3 Abs. 1^{bis} IVG).

4.2.3 Besonderheiten der Leistungsbemessung

Für den Umfang des Rentenanspruchs und für einen allfälligen Anspruch auf berufliche Massnahmen spielt der Invaliditätsgrad eine zentrale Rolle, der sich bei in vollem Pensum unselbständig Erwerbstätigen aus dem Vergleich des ohne Gesundheitsschaden zu erwartenden Einkommens (Valideneinkommen) mit dem trotz Gesundheitsschaden zumutbarerweise noch erzielbaren Einkommen (Invalideneinkommen) ergibt (Art. 16 ATSG). Bei nicht erwerbstätigen Versicherten, die im so genannten Aufgabenbereich (herkömmlicherweise meist: Haushalt) tätig sind, wird ein Betätigungsvergleich (vor und nach Eintritt des Gesundheitsschadens) vorgenommen (Art. 28 Abs. 2^{bis} IVG), bei nur teilweise (unselbständig) Erwerbstätigen wird im Rahmen der gemischten Methode im Erwerbsbereich ein Einkommensvergleich und im Aufgabenbereiche ein Betätigungsvergleich vorgenommen (Art. 28 Abs. 2^{ter} IVG). Der Einkommensvergleich bei Selbständigerwerbenden stützt sich auf einen erwerblich gewichteten Betätigungsvergleich.

Für die Höhe des Invalideneinkommens wird – unter Berücksichtigung der gesundheitlichen Einschränkungen – oft auf statistische Lohndaten abgestellt. Deshalb hat die Höhe

¹¹¹ Rechsteiner, 718 f.

¹¹² Rechsteiner, 717 f.

des Valideneinkommens einen erheblichen Einfluss auf den Invaliditätsgrad: Bei gleichem Invalideneinkommen fällt der Invaliditätsgrad umso geringer aus, je tiefer das Valideneinkommen angesetzt wird. Bei Personen in flexibilisierten Arbeitsverhältnissen und entsprechend geringem Einkommen vor Eintritt des Gesundheitsschadens ist deshalb bedeutsam, ob als Valideneinkommen dasjenige gilt, das die versicherte Person in einem Arbeitsverhältnis erzielen kann, das in der Art flexibilisiert ist wie dasjenige, das sie vor Eintritt des Gesundheitsschadens ausübte, oder dasjenige, das sie in einem ‚normalen‘ Arbeitsverhältnis erzielen könnte¹¹³.

Dementsprechend ist auch für Kulturschaffende, die nur in einem Teilpensum unselbständig erwerbend sind, entscheidend, nach welcher Methode die Invaliditätsbemessung erfolgt: Wird ihre künstlerische Tätigkeit als selbständige Erwerbstätigkeit¹¹⁴ beziehungsweise als Tätigkeit im Aufgabenbereich im Sinne von Art. 27 IVV eingestuft, so ist eine gesundheitsbedingte Einschränkung in diesem Bereich invaliditätsrelevant. Ist die Reduktion des Erwerbsums hingegen zugunsten von – künstlerischen oder anderen – Tätigkeiten erfolgt, die lediglich als Hobby eingestuft werden, so wird von einem freiwillig in Kauf genommenen, lediglich dem Teilpensum entsprechenden tieferen Valideneinkommen ausgegangen¹¹⁵, was zwangsläufig einen geringeren Invaliditätsgrad ergibt.

4.3 Berufliche Vorsorge (BV)

4.3.1 Allgemeines

1972 stimmten Volk und Stände dem Drei-Säulen-Konzept der Altersvorsorge zu: Die staatliche AHV bildet die erste Säule, die obligatorische berufliche Vorsorge bildet die zweite und die steuerbegünstigte private Vorsorge die dritte Säule. Seit 1985 regelt das BVG die Mindestanforderungen der obligatorischen BV.

Die BV versichert in erster Linie Arbeitnehmende, einerseits gegen das Risiko Alter und andererseits gegen die Risiken Tod und Invalidität. Dementsprechend bestehen die Leistungen aus Altersrenten, allenfalls Witwen-, Witwer- und Waisenrenten sowie Invalidenrenten.

Auf die Besonderheiten betreffend Kulturschaffende wird nachstehend in Abschnitt 4.3.5 gesondert eingegangen.

4.3.2 Versicherungsunterstellung

Obligatorisch versichert sind Arbeitnehmende, welche folgende Bedingungen erfüllen (Art. 2 und 7 BVG, Art. 1j Abs. 1 lit. b und Art. 5 BVV 2):

- zurückgelegtes 17. Altersjahr (Todesfall- und Invaliditätsleistungen) bzw. 24. Altersjahr (Altersleistungen)
- massgebendes Einkommen von (auf ein Jahr umgerechnet) mindestens 19'890 Franken
- auf mehr als drei Monate befristeter oder unbefristeter Arbeitsvertrag

¹¹³ LEUZINGER-NAEF, 129, mit – kritischen – Hinweisen auf die Rechtsprechung.

¹¹⁴ So im Falle eines Zeichenlehrers mit einem reduzierten Pensum von 63 Prozent, der zu weiteren 17 Prozent als selbständig erwerbender Künstler und zu 20 Prozent im Haushalt Tätiger eingestuft wurde (Entscheid vom 24. Juni 2002, I 586/01, E. 2b), wobei für die Einschränkung im Bereich der selbständigen Erwerbstätigkeit der erwerblich gewichtete Betätigungsvergleich massgebend war (E. 3c) und berücksichtigt wurde, dass es der allgemeinen Lebenserfahrung entspricht, „dass bei Künstlern mit wachsendem Bekanntheitsgrad der wirtschaftliche Erfolg steigt, weshalb diesbezüglich nicht auf die ersten Betriebsjahre abgestellt werden kann“ (E. 3e).

¹¹⁵ Vgl. BGE 131 V 51 und Entscheid vom 4. Mai 2004, I 516/03.

Nicht obligatorisch versichert sind somit Arbeitnehmende mit einem befristeten Arbeitsvertrag von bis zu drei Monaten¹¹⁶ und solche, deren Jahreseinkommen unter der Eintrittsschwelle von 19'890 Franken liegt. Wenn ihr Lohn aus mehreren Arbeitsverhältnissen 19'890 Franken übersteigt, können sie sich freiwillig versichern (Art. 46 Abs. 1 BVG).

Ebenfalls nicht obligatorisch versichert sind nebenberuflich tätige Arbeitnehmende, welche für eine hauptberufliche Erwerbstätigkeit obligatorisch versichert oder im Hauptberuf selbständig erwerbend sind (Art. 1j Abs. 1 lit. c BVV 2).

Selbständigerwerbende sind nicht obligatorisch versichert; sie können sich freiwillig versichern (Art. 4 Abs. 1 BVG). Auf Antrag eines Berufsverbandes kann der Bundesrat Berufsgruppen von Selbständigerwerbenden dem Obligatorium unterstellen (Art. 3 BVG).

Das BVG regelt hinsichtlich der Unterstellung, wie auch bezüglich der Beiträge und Leistungen, nur das im Rahmen des Obligatoriums verbindliche Minimum. In Ergänzung zu diesen Minimalbestimmungen sind die Vorsorgeeinrichtungen (Pensionskassen) frei, für die Versicherten vorteilhaftere Lösungen vorzusehen. Sie können also beispielsweise auch Personen mit Einkommen unterhalb der Eintrittsschwelle, Nebenerwerbstätige oder Selbständigerwerbende versichern.

4.3.3 Beitragspflicht

Der Beitragspflicht untersteht der Jahreslohn zwischen 23'205 und 79'560 Franken (Art. 8 Abs. 1 BVG). Vom massgebenden AHV-Lohn wird also ein Koordinationsabzug von 23'205 Franken vorgenommen, der verbleibende Betrag ist der versicherte, so genannte koordinierte Lohn¹¹⁷.

Auch hier handelt es sich um Mindestvorschriften. Die Vorsorgeeinrichtungen können einen tieferen oder einen dem Beschäftigungsgrad entsprechenden Koordinationsabzug vorsehen und auch höhere Einkommen als 79'560 Franken (überobligatorisch) versichern.

Ist jemand mit mehreren Arbeitgebern freiwillig versichert, so bestimmt sich der Koordinationsabzug nach BVG unter Einbezug aller erzielten Einkommen (Art. 29 BVV 2).

Auf dem koordinierten Lohn sind Beiträge zu entrichten; die Aufteilung zwischen Arbeitnehmenden und Arbeitgeber wird im Reglement der Vorsorgeeinrichtung vorgenommen, wobei der gesamte Arbeitgeberbeitrag mindestens so hoch sein muss wie die Summe der Arbeitnehmerbeiträge (Art. 66 Abs. 1 BVG).

Die Beiträge müssen so bemessen sein, dass die vorgesehenen Leistungen erbracht werden können (Art. 65 Abs. 1 BVG). Einerseits müssen die Leistungen im Todesfall und bei Invalidität der Versicherten finanziert sein (Risikobeitrag). Andererseits müssen mindestens die Altersgutschriften nach BVG vorgenommen werden können, aus denen sich das Altersguthaben und damit die Altersrente ergibt.

Diese Altersgutschriften sind folgendermassen nach Alter gestaffelt (Art. 16 BVG):

¹¹⁶ Der Ausschluss kurzfristiger befristeter Arbeitsverhältnisse greift nicht bei so genannten Kettenarbeitsverhältnissen, die zusammen die Dauer von drei Monaten überschreiten (LEUZINGER-NAEF, 104 f.). Ein unbefristetes Anstellungsverhältnis untersteht auch während der Probezeit dem Obligatorium; erfolgt hingegen zuerst „auf Probe“ eine auf drei Monate befristete und anschliessend eine unbefristete Anstellung, so gilt die Unterstellung ab dem Zeitpunkt der vereinbarten Festanstellung (Art. 1j Abs. 1 lit. b Satz 2 BVV 2).

¹¹⁷ Liegt der AHV-Lohn zwischen 19'890 Franken (Eintrittsschwelle für die Unterstellung) und 23'205 Franken (Koordinationsabzug), so muss der koordinierte Lohn auf 3'315 Franken aufgerundet werden (Art. 8 Abs. 2 BVG).

<u>Altersjahr</u>	<u>Beitrag in % des koordinierten Lohnes</u>
25–34	7
35–44	10
45–54	15
55–65 ¹¹⁸	18

Auch hier gilt, dass die Pensionskassen andere Lösungen wählen können, solange sie den Anforderungen des gesetzlichen Minimums genügen.

4.3.4 Leistungen

Aus dem Altersguthaben (Art. 15 BVG) ergibt sich anhand des Umwandlungssatzes (Art. 14 BVG) die Höhe der Altersrente. Die Höhe einer Invalidenrente ergibt sich aus dem Altersguthaben im Leistungszeitpunkt plus den Altersgutschriften bis zum ordentlichen Rentenalter (Art. 24 Abs. 3 BVG). Diese Altersgutschriften werden auf dem koordinierten Lohn während des letzten Versicherungsjahres berechnet (Art. 24 Abs. 4 BVG). Die Höhe von Hinterlassenenrenten ergibt sich aus der Höhe der schon laufenden Altersrente oder der Höhe einer (fiktiven) Invalidenrente im Leistungszeitpunkt (Art. 21 BVG).

Hat jemand gleichzeitig Anspruch auf Leistungen anderer Sozialversicherungen, so kann die Pensionskasse die Hinterlassenen- und Invalidenleistungen im Rahmen einer Überentschädigungsberechnung kürzen, soweit sie zusammen mit anderen anrechenbaren Einkünften 90 Prozent des mutmasslich entgangenen Verdienstes übersteigen (Art. 34a BVG, Art. 24 Abs. 1 BVV 2).

4.3.5 Besonderheiten bei Freischaffenden, insbesondere Kulturschaffenden

Einbezug in die Versicherung / Koordinationsabzug

Kulturschaffende erfüllen selten die notwendigen Voraussetzungen einer Mindestanstellungsdauer von drei Monaten bei einem Arbeitgeber und mindestens 19'890 Franken Jahresverdienst.¹¹⁹ „Die Mehrheit der Künstlerinnen und Künstler in der Schweiz kann nur einen Teil ihres Lebensunterhaltes aus ihrer künstlerischen Tätigkeit bestreiten. Dieses Teileinkommen ist in den allermeisten Fällen keiner beruflichen Vorsorge unterstellt, da es entweder aus einer selbständigen Erwerbstätigkeit oder aus einem temporären Arbeitsvertrag von unter drei Monaten stammt. Diese fallen beide nicht unter das BVG-Obligatorium. Zudem unterstehen die Kunstschaffenden auch für das Einkommen aus der nichtkünstlerischen Tätigkeit meist gar nicht oder nur minimal den Bestimmungen der beruflichen Vorsorge, da es sich um Teilzeiteinkünfte handelt, deren Höhe oft unter oder nur knapp über dem Koordinationsabzug liegt.“¹²⁰

Wird der Koordinationsabzug nicht im Verhältnis zum Beschäftigungsgrad, sondern gemäss der gesetzlichen Minimalvorschrift in voller, ungekürzter Höhe vorgenommen, so reduziert sich der koordinierte Lohn von Teilzeitbeschäftigten empfindlich. Somit erhalten insbesondere „Personen in flexibilisierten Arbeitsverhältnissen mit dadurch bedingten tieferen Einkommen infolge des Koordinationsabzuges verhältnismässig tiefere Leistungen“¹²¹.

¹¹⁸ Für Frauen: 64 (Art. Art. 62a Abs. 2 Bst. a BVV 2).

¹¹⁹ Vorsorgelose Kunst, in: NZZ Nr. 264 vom 13.11.2006, 9.

¹²⁰ Kratki / Läubli, 6.

¹²¹ Leuzinger-Naef, 135.

Invaliditätsleistungen und Hinterlassenenleistungen vor Erreichen des Rücktrittsalters

Das für die Leistung massgebende Alterskapital ergibt sich unter anderem aus den (fiktiven) Altersgutschriften, die sich nach den Verhältnissen im Leistungszeitpunkt richten. Die Leistungshöhe ist so in hohem Mass vom zufälligen Zeitpunkt des Risikoeintritts beeinflusst: „So bleibt etwa (in der obligatorischen beruflichen Vorsorge im Zeitpunkt der Rentenzusprache) die Invalidenrente einer Person, die im Zeitpunkt der Invalidisierung ihren Beschäftigungsgrad wegen Betreuungspflichten reduziert hatte, unbeeinflusst vom Umstand, dass sie ohne Invalidität den Beschäftigungsgrad später erhöht hätte.“¹²²

Überentschädigungsberechnung

Eine als Künstlerin tätige Versicherte verunfallte kurz nach erfolgter Ehescheidung. Gegenüber der Pensionskasse machte sie geltend, sie hätte in naher Zukunft ein höheres Einkommen als bisher erzielt, was zu einer höheren Überentschädigungsgrenze führte. Das EVG führte in diesem Zusammenhang unter anderem aus, die Frage sei, ob die Versicherte „die effektiv erzielten, relativ tiefen Einkünfte aus Neigung zu ihrem Beruf in Kauf nahm, im Wissen, dass (auch professionelle) Kunstkritik zwar nicht brotlos macht, aber doch weit weniger gut bezahlt ist als eine volle Journalistentätigkeit“; in diesem Fall könnte sie sich nicht darauf berufen, „ihre glänzende Qualifikation und (theoretisch) bestehenden beruflichen Möglichkeiten würden ihr nun ein weit höheres als das in der Vergangenheit erzielte Einkommen verschaffen“, sondern es wäre davon auszugehen, dass sie sich „aus freien Stücken mit einer unterdurchschnittlichen Einkommenserzielung begnügte.“ Anders verhielte es sich, wenn sie „ihrem Ehemann zuliebe oder sonst aus privaten Gründen (z.B. finanzielles Abgesichertsein während der Ehe, überwiegendes Aufkommen für den ehelichen Unterhalt durch den Ehemann) sich mit der von ihr effektiv ausgeübten, finanziell wenig ertragreichen Erwerbstätigkeit begnügt hätte“¹²³.

Dritte Säule

Die steuerbegünstigte private Vorsorge im Rahmen der dritten Säule setzt voraus, dass dafür auch der erforderliche finanzielle Spielraum besteht. Bei Kulturschaffenden dürfte das sehr selten der Fall sein, ist doch davon auszugehen, dass „nach Abzug der Lebenshaltungskosten und Investitionen in die Kunst (Atelier, Lagerräume, Materialien, technische Geräte usw.) kaum mehr etwas übrig bleibt“¹²⁴.

4.4 Unfallversicherung (UV)

4.4.1 Allgemeines

Die UV ist die seit 1984 obligatorische Versicherung von Arbeitnehmenden gegen die Folgen von Unfällen und Berufskrankheiten. Sie ersetzt den wegen eines Unfalls eingetretenen Lohnausfall und die Heilungskosten; ist die Erwerbsfähigkeit unfallbedingt dauerhaft beeinträchtigt, ist die wichtigste Leistungsart die – ab einem Invaliditätsgrad von 10 Prozent ausgerichtetete – Invalidenrente.

Auf die Besonderheiten betreffend Kulturschaffende wird nachstehend bei den einzelnen Abschnitten eingegangen.

¹²² Leuzinger-Naef, 134.

¹²³ B 70/01 vom 25. Oktober 2002, E. 3.4.2.

¹²⁴ Vorsorgelose Kunst, in: NZZ Nr. 264 vom 13.11.2006, 9.

4.4.2 Versicherungsunterstellung

Gegen die Folgen von Berufsunfällen und Unfällen auf dem Arbeitsweg sind alle in der Schweiz beschäftigten Arbeitnehmenden obligatorisch versichert. Gegen die Folgen von Unfällen in der Freizeit (Nichtberufsunfälle) sind nur Beschäftigte mit einem Pensum von mindestens acht Wochenstunden versichert (Art. 7 und 8 UVG, Art. 13 UVV).

Welche Problematik sich aus der teilweisen Nichtunterstellung von Teilzeitbeschäftigten ergibt, zeigt sich im Bereich des Journalismus, wo in einem Jahr lediglich rund 32 Prozent der festen/regelmässigen freien Berufsjournalisten bei einem ihrer Auftraggeber gegen Nichtberufsunfälle versichert waren, obwohl rund 74 Prozent durchschnittlich 12 Stunden und mehr pro Woche (die damals geltende Grenze) für den Hauptauftraggeber tätig waren¹²⁵.

Personen, die einen Nebenerwerb oder ein Nebenamt ausüben, können auf die Versicherung speziell für diese Tätigkeit verzichten, wenn das entsprechende Einkommen 2'000 Franken pro Jahr nicht übersteigt (Art. 2 Abs. 2 UVV).

Selbständigerwerbende können sich freiwillig versichern (Art. 4 UVG).

4.4.3 Beitragspflicht

Der Beitragspflicht unterliegt der versicherte Verdienst (Art. 92 Abs. 1 UVG), der weitgehend dem massgebenden AHV-Lohn entspricht (Art. 15 Abs. 2 UVG; Art. 22 Abs. 2 UVV), dies bis zum Höchstbetrag von 106'800 Franken im Jahr (Art. 22 Abs. 1 UVV).

Die Beiträge im Bereich der Berufsunfälle sind vollumfänglich vom Arbeitgeber (Art. 91 Abs. 1 UVG), diejenigen im Bereich der Nichtberufsunfälle – vorbehältlich anderer Abmachungen – von den Arbeitnehmenden (Art. 91 Abs. 2 UVG) zu tragen.

4.4.4 Besonderheiten der Leistungsbemessung

Der versicherte Verdienst entspricht in der Regel für die Taggeldbemessung dem vor dem Unfall bezogenen Lohn, für die Bemessung der Renten dem innerhalb eines Jahres vor dem Unfall bezogene Lohn (Art. 15 Abs. 2 UVG). Für unregelmässig Beschäftigte gelten spezielle Bestimmungen (Art. 15 Abs. 3 lit. d UVG; Art. 23 und 24 UVV).

Die Höhe, sowohl des Taggeldes, als auch der Invalidenrente richtet sich nach dem versicherten Verdienst. Da dieser weitgehend dem vor dem Unfall bezogenen Lohn entspricht, beziehen sich die Leistungen der obligatorischen UV ausschliesslich auf Einbussen, die im Bereich der versicherten unselbständigen Erwerbstätigkeit entstehen. Der Wegfall von selbständigem Erwerbseinkommen, sofern nicht freiwillig versichert, und Einbussen im nichterwerblichen Bereich sind nicht versichert und lösen keine Leistungen der UV aus.

Bei der Bemessung der Invalidität allerdings gilt als Valideneinkommen das im Rahmen einer Vollzeitbeschäftigung erzielbare Einkommen, dies unabhängig vom Umfang der vor dem Unfall ausgeübten Erwerbstätigkeit; „massgebend ist alleine, was die versicherte Person aufgrund ihrer Fähigkeiten ohne Unfall verdienen könnte“¹²⁶. Deshalb kann unter Umständen trotz dem Umstand, dass eine teilzeiterwerbstätige versicherte Person nach dem Unfall noch in der Lage ist, im gleichen Umfang und zum gleichen Lohn wie vor dem Unfall zu arbeiten, eine Invalidität vorliegen; dies wird insofern ausgeglichen, dass sich die

¹²⁵ So KÜNZI, 92.

¹²⁶ Leuzinger-Naef, 139.

resultierende Rente nach dem pensumentsprechend tiefen versicherten Verdienst bemisst¹²⁷.

4.5 Arbeitslosenversicherung (ALV)

4.5.1 Allgemeines

Die ALV wurde 1977 für Arbeitnehmende obligatorisch erklärt und erhielt 1984 mit dem AVIG ihren heutigen gesetzlichen Rahmen. Im Zentrum steht die Versicherung gegen die Einkommenseinbusse infolge Stellenverlustes. Dementsprechend ist die Arbeitslosenentschädigung (als Taggeld) die wichtigste Leistung, ergänzt mit arbeitsmarktlichen Bildungs- und Beschäftigungsmassnahmen, welche den Wiedereinstieg in das Erwerbsleben fördern sollen. Bei Arbeits- und Einkommensausfall infolge betrieblicher Kurzarbeit und schlechter Witterung richtet die Versicherung Kurzarbeitschädigung und Schlechtwetterentschädigung aus. Schliesslich deckt sie auch gewisse Einkommensausfälle, die wegen Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers entstanden sind (Insolvenzentschädigung).

Auf die Besonderheiten betreffend Kulturschaffende wird nachstehend bei den einzelnen Abschnitten eingegangen.

4.5.2 Versicherungsunterstellung

Versichert sind ausschliesslich Arbeitnehmende, welche für Einkommen aus unselbständiger Tätigkeit im Sinne der AHV beitragspflichtig sind. Selbständigerwerbende sind nicht versichert und können sich - anders als in der Unfallversicherung - auch nicht freiwillig versichern, obwohl dies Art. 114 Abs. 2 lit. c der Bundesverfassung eigentlich vorsieht.

Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung (mitarbeitende Ehegatten des Arbeitgebers; Personen, die in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter, als finanziell am Betrieb Beteiligte oder als Mitglieder eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmen oder massgeblich beeinflussen können, sowie ihre mitarbeitenden Ehegatten) sind, da Arbeitnehmende, zwar beitragspflichtig, aber nicht leistungsberechtigt.

4.5.3 Beitragspflicht

Die Beitragspflicht bezieht sich auf den für die AHV-Beiträge massgebenden Lohn, dies bis zum gleichen Höchstbetrag wie in der Unfallversicherung von derzeit 106'800 Franken im Jahr. Der Beitrag beträgt zwei Prozent des massgebenden AHV-Lohnes und ist je zur Hälfte von Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu tragen.

Einige wenige Personengruppen sind von der Beitragspflicht ausgenommen (Personen, welche die AHV-Beiträge mit Beitragsmarken entrichten, mitarbeitende Familienglieder in der Landwirtschaft, Arbeitnehmende im gesetzlichen Rentenalter, Arbeitslose).

4.5.4 Leistungen

Ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung besteht nur für Personen, die unter anderem die Beitragszeit erfüllt haben (oder von der Erfüllung der Beitragszeit befreit waren) und vermittlungsfähig sind (Art. 8 Abs. 1 lit. e und f AVIG). Für die Höhe des Anspruchs spielt sodann der versicherte Verdienst eine entscheidende Rolle. Schliesslich muss, wer alle Anspruchsvoraussetzungen erfüllt, bestimmte Wartezeiten bestehen.

¹²⁷ BGE 119 V 475, E. 2c, 482.

Erfüllung der Beitragszeit

Die Beitragszeit hat erfüllt, wer in den zwei Jahren vor dem Leistungsbezug (Rahmenfrist für die Beitragszeit) während mindestens zwölf Monaten eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt hat (Art. 13 Abs. 1 AVIG). Bei Versicherten, die ohne Bezug von ALV-Leistungen zu einer selbständigen Erwerbstätigkeit gewechselt haben, wird die Rahmenfrist für die Beitragszeit um die Dauer der selbständigen Erwerbstätigkeit, jedoch höchstens um zwei Jahre, verlängert (Art. 9a Abs. 2 AVIG).

Bei freischaffenden Kulturschaffenden, die zumindest teilweise in Auftragsverhältnissen arbeiten (Theater, Film, Musik etc.)¹²⁸, besteht ein erhöhtes Risiko, dass sich das Puzzle ihrer Erwerbstätigkeit so zusammensetzt, dass sie im Zeitpunkt einer ALV-Anmeldung nicht die erforderliche Beitragszeit aufweisen.

Diesem Risiko trägt die ALV folgendermassen teilweise Rechnung: Erstens werden in einer nicht abschliessenden Aufzählung folgende Berufe genannt, in denen häufig wechselnde oder befristete Anstellungen üblich sind: Musiker, Schauspieler, Artist, künstlerischer Mitarbeiter bei Radio, Fernsehen oder Film; Filmtechniker, Journalist (Art. 8 AVIV). Sodann wird - seit 1. Juli 2003 - bei Versicherten in solchen Berufen mit häufig wechselnden oder befristeten Anstellungen die effektive Beitragszeit für die ersten 30 Kalendertage eines befristeten Arbeitsverhältnisses verdoppelt (Art. 12a AVIV).

Am Erfordernis der Beitragszeit zu scheitern drohen auch Kulturschaffende, die sich bei der ALV anmelden, nachdem sie über eine gewisse Zeit dank einem Werkbeitrag existiert haben: Dieser gilt nicht als beitragspflichtiges Einkommen¹²⁹ und zählt deshalb nicht als beitragspflichtige Beschäftigung im Sinne der ALV. Es liesse sich zwar argumentieren, dass damit der Befreiungsgrund von Art. 14 Abs. 1 lit. a AVIG (wonach befreit ist, wer unter anderem wegen Umschulung oder Weiterbildung während insgesamt mehr als zwölf Monaten die Beitragszeit nicht erfüllen konnte) gegeben sei, doch ist nicht gesagt, dass dies zu überzeugen vermöchte.

Vermittlungsfähigkeit

Zur Anspruchsberechtigung gehört die Vermittlungsfähigkeit, das heisst, die versicherte Person muss bereit, in der Lage und berechtigt sein, eine zumutbare Arbeit anzunehmen (Art. 15 AVIG). Dazu gehört subjektiv auch die Bereitschaft, die Arbeitskraft entsprechend den persönlichen Verhältnissen während der üblichen Arbeitszeit einzusetzen¹³⁰. Versicherte, die sich im Hinblick auf anderweitige Verpflichtungen oder besondere persönliche Umstände lediglich während gewisser Tages- oder Wochenstunden erwerblich betätigen wollen, werden nur sehr bedingt als vermittlungsfähig anerkannt. Wenn einer versicherten Person bei der Auswahl des Arbeitsplatzes so enge Grenzen gesetzt sind, dass das Finden einer Stelle sehr ungewiss ist, wird Vermittlungsunfähigkeit angenommen; der Grund für die Einschränkung in den Arbeitsmöglichkeiten spielt dabei keine Rolle¹³¹.

Wer nicht bereit ist - notfalls auch in einem berufsfremden Gebiet - eine Festanstellung (Dauerstelle), zu suchen und anzunehmen, gilt unter Umständen nicht als vermittlungsfähig¹³². Bei zahlreichen künstlerischen Tätigkeiten sind Festanstellungen jedoch die Ausnahme, Engagements erfolgen häufig nur mit Gastverträgen bzw. für einzelne Produktionen¹³³. Das allgemein gehaltene Erfordernis der Vermittlungsfähigkeit führt dazu, dass bei

¹²⁸ SCHMID, 7.

¹²⁹ Rz 2145 WSM.

¹³⁰ BGE 125 V 58, E. 6a.

¹³¹ BGE 123 V 216, E. 3.

¹³² Für vor Eintritt der Arbeitslosigkeit temporär Beschäftigte ist dies ausdrücklich so geregelt (Art. 14 Abs. 3 AVIV), für alle anderen gilt Gleiches im Grundsatz (vgl. BGE 120 V 388 f. E. 3b).

¹³³ SCHWERI, Kap. 3.

vielen dieser Berufe die Wahrscheinlichkeit überdurchschnittlich hoch ist, dass der Anspruch auf Leistungen der ALV verneint wird.

Versicherter Verdienst

Hat eine Person grundsätzlich Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, so hängt deren Höhe in erster Linie vom versicherten Verdienst ab, der sich aus dem Einkommen ergibt, welches vor dem Leistungsbezug erzielt wurde (Art. 23 AVIG). Dies ist in der Regel der Durchschnittslohn der letzten sechs Beitragsmonate (Art. 37 Abs. 1 AVIV). Auf den Durchschnitt der letzten zwölf Monate wird abgestellt, wenn dieser höher ist (Art. 37 Abs. 2 AVIV) sowie unter anderem bei Lohnschwankungen, die in der Art des Arbeitsverhältnisses liegen (Art. 37 Abs. 3^{is} AVIV). Dabei bedeutet der Ausdruck „Beitragsmonate“, dass es zulässig ist, jene Monate wegzulassen, in denen überhaupt keine Beschäftigung ausgeübt wurde¹³⁴.

Trotz dieser Regelung können für diejenigen Personen Nachteile entstehen, deren Beschäftigungsumfang über einen längeren Zeitraum nach und nach zurückgegangen ist, so dass ihr versicherter Verdienst auf der Basis der tieferen Einkünfte des letzten Jahres berechnet wird. Hier ist allerdings zugunsten der versicherten Person zu beachten, dass dann, wenn sie zur Vermeidung von Arbeitslosigkeit eine Teilzeitarbeit angenommen und dabei weniger als normalerweise verdient hat, auf den letzten ordentlichen Verdienst abzustellen ist, der innerhalb der Rahmenfrist noch während mindestens eines Monats erzielt worden ist¹³⁵.

Liegt der Verdienst – allenfalls aus mehreren Arbeitsverhältnissen – unter 500 Franken pro Monat (300 Franken bei Heimarbeit), so ist er nicht versichert (Art. 40 AVIV). Nicht versichert ist auch ein Nebenverdienst, den jemand ausserhalb der normalen Arbeitszeit zusätzlich erzielt (Art. 23 Abs. 3 AVIG).

Wartezeiten

Versicherte, die Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung haben, müssen in der Regel eine Wartezeit von fünf Tagen bestehen (Art. 18 Abs. 1 AVIG), d.h. sie müssen in dieser Zeit die Kontrollpflichten erfüllen, erhalten aber noch keine Taggelderleistungen.

Diese Wartezeit gilt nur für Personen, deren versicherter Verdienst aus einer Vollzeitbeschäftigung mehr als 3000 Franken beträgt; bei Teilzeitbeschäftigung vermindert sich der Betrag im Verhältnis zum Beschäftigungsgrad. Dieser Betrag erhöht sich für das erste Kind um 1'000 Franken und für jedes weitere um 500 Franken (Art. 6a Abs. 2 AVIV).

Versicherte aus Berufen mit häufig wechselnden oder befristeten Anstellungen gemäss Art. 8 AVIG (Musiker, Schauspieler etc.) müssen eine zusätzliche Wartezeit von einem Tag bestehen (Art. 6 Abs. 4 AVIV), ausser wenn das vorangegangene Arbeitsverhältnis mehr als zwei Monate zurückliegt, oder mehr als ein Jahr gedauert hat, oder aus wirtschaftlichen Gründen vorzeitig aufgelöst wurde (Art. 6 Abs. 5 AVIV).

4.6 Übrige soziale Risiken und entsprechende Versicherungen

4.6.1 Krankheit: Krankenversicherung (KV)

Die Krankenversicherung ist seit 1996 für sämtliche Personen mit Wohnsitz in der Schweiz obligatorisch. Versicherte in bescheidenen wirtschaftlichen Verhältnissen erhalten eine von Bund und Kantonen finanzierte Prämienverbilligung. Die KV deckt im Rah-

¹³⁴ So schon BGE 121 V 165, E. 4.e, als der Ausdruck noch „Monate“ lautete.

¹³⁵ BGE 127 V 348.

men der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (OKP; Grundversicherung) die Kosten der Behandlung in Folge von Krankheit, Mutterschaft und – subsidiär zur Unfallversicherung – Unfall.

4.6.2 Militär- und andere Dienste: Erwerbssersatz (EO), Militärversicherung (MV)

Personen, welche Militär- und ähnliche Dienste leisten, werden für den dabei entstehenden Ausfall von *Erwerbseinkommen* im Rahmen der Erwerbssersatzordnung (EO) entschädigt. Bemessungsgrundlage das für die AHV massgebende Einkommen. Zur Finanzierung wird ein Zuschlag von höchstens 0.5 Prozent des massgebenden Einkommens zu den AHV-Beiträgen erhoben (Art. 27 EOG).

Die *Militärversicherung* (als älteste Sozialversicherung der Schweiz) wird ausschliesslich aus Steuermitteln des Bundes finanziert und sieht relativ umfassende Leistungen für die Folgen von während einer Dienstleistung aufgetretenen Gesundheitsschäden vor.

4.6.3 Familienlasten (Mutterschaft, Kinder- und Ausbildungszulagen)

Die Mutterschaftsversicherung (als jüngste Sozialversicherung seit 1. Juli 2005 bestehend) ist in die EO integriert und sieht Taggeldleistungen als Erwerbssersatz für *Mütter* vor, welche in den neun Monaten vor der Niederkunft im Rahmen der AHV versichert waren und in dieser Zeit während mindestens fünf Monaten erwerbstätig gewesen sind (Art. 16b EOG)¹³⁶. Für freischaffende Kulturschaffende kann insofern ein Problem entstehen, als eine Künstlerin, die wegen ihrer Schwangerschaft kein neues Engagement mehr findet, nur dann anspruchsberechtigt ist, wenn sie auch die Voraussetzungen der Arbeitslosenversicherung erfüllt¹³⁷.

Familien-, Kinder- und Ausbildungszulagen sind – mit Ausnahme der Landwirtschaft – kantonale geregelt. Voraussichtlich 2009 tritt das Bundesgesetz über die Familienzulagen (FamZG)¹³⁸ in Kraft, das für der AHV unterstellte Arbeitnehmende einen Mindestanspruch verankert.

Die Verhältnisse bei den freien Medienschaffenden lassen die Problematik erkennen, welche diesbezüglich auch für Kulturschaffende besteht: Beinahe 30 Prozent der freien Berufsjournalisten mit Kindern beziehen keine Kinderzulagen, obwohl vier Fünftel von ihnen ganz oder teilweise als sozialversicherungsrechtlich Unselbständigerwerbende tätig sind. Demgegenüber beziehen sozialversicherungsrechtlich Selbständigerwerbende die Kinderzulagen besonders häufig über ihren Lebenspartner¹³⁹.

4.6.4 Ergänzungsleistungen (EL)

Ergänzungsleistungen, in der heutigen Form seit 1966 bestehend, sollen nicht-existenzsichernde Rentenleistungen aufstocken. Sie bestehen aus von Bund, Kantonen und Gemeinden finanzierten Zusatzrenten für AHV- und IV-Rentenberechtigte, die unterhalb des EL-Existenzminimums leben, bei denen also die anrechenbaren Ausgaben im Sinne der EL höher sind als die anrechenbaren Einnahmen im Sinne der EL, sowie allenfalls Beiträgen an Krankheits- und Behinderungskosten.

Kulturschaffende, die über keine Pensionskasse verfügen und sich eine private Altersvorsorge nicht leisten konnten, sind häufig auf Ergänzungsleistungen angewiesen¹⁴⁰.

¹³⁶ Art. 29 EOV regelt die weitgehende Gleichstellung arbeitsloser Mütter.

¹³⁷ SCHWERI, Kap. 3.

¹³⁸ BBI 2006, 3515 ff.

¹³⁹ KÜNZI, 93.

¹⁴⁰ SCHWERI, Kap. 4.b.

4.6.5 Weitere Einrichtungen/Leistungen

Verwertungsgesellschaften können mit Zustimmung des obersten Organs der Gesellschaft Teile des Verwertungserlöses zum Zweck der Sozialvorsorge und einer angemessenen Kulturförderung verwenden (Art. 48 Abs. 2 URG).

Auch Berufsverbände richten Alters- oder Hilfsfonds ein oder unterstützen solche Institutionen¹⁴¹.

4.7 Anerkennung des kulturellen Schaffens

Die Frage, ob die Tätigkeit einer Person als kulturelles Schaffen anerkannt wird, stellt sich in verschiedenen Zweigen der Sozialversicherung auf ähnliche Weise.

Im Zusammenhang mit der Unterscheidung von Selbständigerwerbenden und Nichterwerbstätigen (vorstehend Abschnitt 1.4.3) begegnet die Praxis dem Anspruch, eine Tätigkeit stelle künstlerisches Schaffen dar, jedenfalls dann mit Misstrauen, wenn die versicherte Person als Nichterwerbstätige aufgrund ihres Vermögens die höheren Beiträge bezahlen müsste. Dann nämlich entsteht die Vermutung, das Kunstschaffen sei nur vorgeschützt, um dank seiner Brotlosigkeit weniger Beiträge bezahlen zu müssen.

In einem Fall, bei dem eine Versicherte den Erlass einer Rückforderung der ALV beantragte und geltend machte, es liege eine grosse Härte vor, wurde das Kunstschaffen ihres Ehemannes in Frage gestellt. Es sei näher zu prüfen, in welchem Umfang sich der Ehemann der Versicherten als selbständigerwerbender Künstler betätige, und ob ihm neben der künstlerischen Arbeit und den Aufgaben im Haushalt noch eine Teilzeitstelle zumutbar wäre. Sinngemäss wurde auch eine Aufgabe des Kunstschaffens in Betracht gezogen, denn es sei „heute - immerhin drei Jahre nach der Aufnahme der Arbeit als Selbständigerwerbender - möglicherweise absehbar, ob und inwieweit die aufgenommene Tätigkeit erfolgreich sein wird“¹⁴².

Auf den Punkt gebracht hat die Problematik das Bundesgericht im Zusammenhang mit einem Mann, der seine familienrechtlichen Unterhaltspflichten nicht erfüllte¹⁴³:

„Der Unterhaltspflichtige muss in einem Umfang einer entgeltlichen Tätigkeit nachgehen, dass er seine Unterhaltspflichten erfüllen kann. Gegebenenfalls muss er sogar seine Stelle oder seinen Beruf wechseln, wobei diese Pflicht durch den generellen Gesichtspunkt der Zumutbarkeit begrenzt ist. So wird man etwa bei einem Feinmechaniker oder einem Pianisten kaum verlangen können, dass er eine berufsfremde Tätigkeit mit schwerer körperlicher Belastung übernimmt, wenn dadurch etwa das Feingefühl seiner Hände und damit die Möglichkeit, später wieder im angestammten Beruf zu arbeiten, beeinträchtigt würde. Das Recht auf freie berufliche Tätigkeit (...) wird beschränkt durch die Pflicht des Unterhaltspflichtigen, für seine Familie aufzukommen (...).

Dem Beschwerdeführer gelingt es offensichtlich mit seiner künstlerischen Tätigkeit nicht, ein Einkommen zu erzielen, das ihm die Erfüllung seiner familienrechtlichen Pflichten ermöglichen würde. Zu Unrecht beruft er sich deshalb auf seine Freiheit, den Beruf zu wählen und auszuüben, der ihm gefällt. Die Pflicht, für die geschiedene Frau und die Kinder in angemessenem Masse aufzukommen, geht jedenfalls dann, wenn diesen keine anderen ausreichenden Mittel zur Verfügung stehen, der Betätigungsfreiheit des Beschwerdeführers vor. Dies muss insbesondere dann gelten, wenn (...) bereits durch die Übernahme einer regelmässigen Nebenbeschäftigung die Bezahlung der Unterhaltsbeiträge gesichert werden könnte. Nicht nur Künstler, sondern viele Bürger müssen, um sich und ihren Angehörigen den Lebensunterhalt zu verdienen, einer Betätigung nachgehen, die ihnen nicht

¹⁴¹ SCHWERI, Kap. 4.d.

¹⁴² Entscheid vom 17. Juli 2002, C 200/01, E. 3b/dd.

¹⁴³ BGE 114 IV 124, E. 3b/aa, 124 f.

oder nicht durchwegs behagt und die es ihnen verunmöglicht oder erschwert, sich gemäss ihren Neigungen zu betätigen. Ob jemand, der seit Jahren ausschliesslich einer künstlerischen Tätigkeit nachgegangen ist, verhalten werden könnte, diese völlig aufzugeben, was im Hinblick auf das ihm zustehende Grundrecht der persönlichen Freiheit problematisch sein könnte, braucht hier nicht weiter diskutiert zu werden, da der Beschwerdeführer selbst nicht geltend macht, dass die Übernahme einer zur Erfüllung seiner familienrechtlichen Pflichten ausreichenden Tätigkeit eine Weiterführung seiner künstlerischen Betätigung ausschliessen würde. Ausstellungen im Ausland sind jedenfalls kein ausreichender Grund, von der Übernahme einer regelmässigen Tätigkeit in der Schweiz abzusehen.“

5 Gesamtwürdigung des sozialen Schutzes der Kulturschaffenden

Typische Merkmale des freien Kulturschaffens wirken sich in verschiedenen Zweigen der Sozialversicherung aus, nämlich insbesondere die (meist geringe) Einkommenshöhe, kurze (allenfalls befristete) Anstellungen, und die Kombination von unselbständiger mit gelegentlicher selbständiger Erwerbstätigkeit.

- Relativ unempfindlich gegenüber diesen Faktoren ist die *AHV*, weil sowohl auf unselbständig als auch auf selbständig erzielten Einkommen – und von Nichterwerbstätigen – Beiträge erhoben werden. Zudem ergibt sich die Leistungshöhe aus dem langjährigen Durchschnitt der erzielten Einkommen (bzw. bezahlten Beiträge) und ist nach oben begrenzt.
- Die *IV* unterscheidet sich betreffend Unterstellung und Beitragspflicht nicht von der *AHV*. Hingegen wirkt sich ein tiefes aktuelles Einkommen als hypothetisches Valideinkommen bei der Invaliditätsbemessung für die versicherte Person nachteilig auf den Invaliditätsgrad aus. Hier kann zudem die Frage auftauchen, ob der versicherten Person im Sinne der Schadenminderungspflicht die Aufgabe des Kulturschaffens zugunsten einer besser bezahlten Tätigkeit zumutbar sei.
- In der (obligatorischen) *BV* wirken sich die genannten Faktoren kumuliert aus: Die Unterstellung kann an zu kurzen Beschäftigungszeiten ebenso scheitern wie an zu tiefen Einkommen. Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit sind im Obligatorium gar nicht versichert, während der finanzielle Spielraum für die private Vorsorge selten vorhanden sein dürfte. Für Leistungen bei Invalidität und Todesfall wird nicht wie in der *AHV* auf das langjährige Durchschnittseinkommen, sondern auf das aktuelle – unter Umständen nur geringe – Einkommen abgestellt.
- Die *UV* versichert ebenfalls nur Arbeitnehmende, dies noch mit der empfindlichen Ausnahme von Freizeitunfällen bei Teilzeitanstellungen von weniger als acht Wochenstunden. Die Leistungen – darunter immerhin der Lohnersatz während der gesamten Heilungsphase – entsprechen sodann dem versicherten und zuletzt erzielten Einkommen aus unselbständiger Tätigkeit; Ausfälle bei anderen Tätigkeiten sind nicht versichert.
- In der *ALV* wirken sich die genannten Faktoren insofern aus, als unter Umständen die vorgeschriebene Beitragszeit nicht erreicht wird oder der versicherte Verdienst tief ausfällt. Ebenso kann die Vermittlungsfähigkeit ein Problem darstellen.

6 Verbesserungsvorschläge

6.1 Einleitung

Viele Kulturschaffende sind als Selbständigerwerbende tätig oder freischaffend in dem Sinne, dass sie für verschiedene, wechselnde Arbeitgeber unregelmässig und oft für eine begrenzte Zeit, allenfalls in Wochenpensen unter acht Stunden, tätig sind. Dadurch werden sie von der Sozialversicherung nicht erfasst, entweder weil ihre Entschädigung nicht als beitragspflichtiges Einkommen betrachtet wird oder weil sie in der beruflichen Vorsorge die Eintrittsschwellen (Vertragsdauer, Mindestverdienst) nicht erreichen. Dies führt zu einer oft ungenügenden sozialen Absicherung, vor allem im Alter.

6.2 Vorschläge des Bundes

Im Bericht vom Januar 2007 wurden folgende Massnahmen empfohlen, um die soziale Absicherung der Kulturschaffenden zu verbessern¹⁴⁴:

- (f) Revision von Art. 46 BVG, um die freiwillige Versicherung in der beruflichen Vorsorge attraktiver zu gestalten.
- (g) Verbesserung der Versicherungssituation in der beruflichen Vorsorge für Beschäftigte mit häufig wechselnden oder befristeten Anstellungen, dies durch Lösungen im Rahmen von Art. 2 Abs. 4 BVG.
- (h) Fachliche und ihm Rahmen der bewilligten Mittel finanzielle Unterstützung des Bundes bei der Gründung einer Vorsorgeeinrichtung für alle Kulturschaffenden.
- (i) Verstärkte Information der Kulturschaffenden durch die Verbände zusammen mit dem Bund.
- (j) Eventuell Antrag der Verbände zur Einführung einer obligatorischen Versicherung für selbständigerwerbende Kulturschaffende.
- (k) Gründung einer Vorsorgeeinrichtung für alle Kulturschaffende durch die Verbände.
- (l) Übernahme von mehr Eigenverantwortung seitens der selbständigerwerbenden Kulturschaffenden.

Einzelne dieser Vorschläge weisen Berührungspunkte zu den nachstehend erläuterten, weitergehenden Vorschlägen auf; darauf ist zurückzukommen.

Kaum einer Vertiefung bedürfen die Vorschläge (e) und (g). Die Möglichkeit gemäss Art. 3 BVG, dass der Bundesrat die Selbständigerwerbenden einer Berufsgruppe auf Antrag der entsprechenden Berufsverbände dem Obligatorium in der beruflichen Vorsorge unterstellt, die gemäss Vorschlag (e) zu prüfen wäre, besteht seit über zwanzig Jahren. Dass im Kulturbereich bisher kein Verband einen solchen Antrag gestellt hat, macht deutlich, dass dem die Interessenlage, wie sie von den Verbänden und ihren Mitgliedern wahrgenommen wird, entgegensteht: Da Selbständigerwerbende definitionsgemäss keinen Arbeitgeber haben, müssten sie – wie in der AHV/IV/EO – nicht nur den Arbeitnehmer-, sondern auch den Arbeitgeberbeitrag selber entrichten. Dass die Betroffenen daran interessiert sein könnten, ihr – vermutungsweise ohnehin geringes – Einkommen obligatorisch durch

¹⁴⁴ Bericht 2007, 23.

weitere Abzüge in der Grössenordnung von 10 bis 20 Prozent zu schmälern, dürfte keine realistische Annahme sein. Dem Appell an die Eigenverantwortung gemäss Massnahme (g) sodann fehlt die ökonomische Basis. Vermehrte finanzielle Eigenverantwortung kann nur übernehmen, wer über die dafür erforderlichen Mittel verfügt. Soweit selbständigerwerbende Kulturschaffende ein nicht oder kaum existenzsicherndes Einkommen erzielen, fehlt ihnen der materielle Spielraum, um die postulierte Eigenverantwortung wahrzunehmen.

6.3 Weiterführende Vorschläge

Im Sinne einer ersten Ideensammlung sind die folgenden Möglichkeiten, welche der Bund zur Verbesserung der sozialen Sicherung der Kulturschaffenden hat, zu verstehen.

- (a) Erfassen von *Werkbeiträgen*, Förderpreisen und ähnlichen finanziellen Leistungen an Kulturschaffende als *beitragspflichtiges Erwerbseinkommen*:

Heute bestimmt die AHV-Verordnung, dass unter anderem „Stipendien und ähnliche Zuwendungen für (...) das kulturelle Schaffen, die wissenschaftliche Forschung oder andere hervorragende Leistungen, wenn sie nicht auf einem Arbeitsverhältnis beruhen und der Geldgeber nicht über das Arbeitsergebnis verfügen kann“, kein beitragspflichtiges Einkommen sind (Art. 6 Abs. 2 lit. g AHVV).

Diese Bestimmung so abzuändern, dass ausbezahlte Fördermittel den Kulturschaffenden als – rentenbildendes – beitragspflichtiges Einkommen angerechnet werden, liegt in der Kompetenz des Bundesrates¹⁴⁵.

- (b) Qualifizierung von *Werkbeiträgen*, Förderpreisen und ähnlichen finanziellen Leistungen an Kulturschaffende als *Befreiungsgrund* für das Erfüllen der *Beitragszeit* in der Arbeitslosenversicherung:

Die heutige Regelung führt dazu, dass Kulturschaffende, welche über eine gewisse Zeit dank einem entsprechenden Beitrag schöpferisch tätig sein konnten, und in der Folge arbeitslos sind, die erforderliche Beitragszeit nicht erreichen.

Um dies zu vermeiden, müsste entsprechend finanziertes künstlerisches Schaffen analog den Fällen von Umschulung oder Weiterbildung einen Befreiungsgrund im Sinne von Art. 14 Abs. 1 lit. a AVIG darstellen¹⁴⁶.

- (c) Konsequente *Erfassung beitragspflichtiger Einkommen* statt Umgehung der Beitragspflicht unter dem Titel „Nebeneinkommen“:

Von einem Arbeitgeber für einen Nebenerwerb ausgerichtete Entgelte können bis zum Maximum von 2'000 Franken pro Jahr von der Beitragspflicht ausgenommen werden (Art. 8^{bis} AHVV). Dies verleitet Arbeitgeber und auch Kulturschaffende nicht selten dazu, auf Entgelten für kleinere Engagements keine Beiträge zu entrichten, obwohl die Bedingung, dass es sich um „Nebenerwerb“ handelt, in Wirklichkeit nicht erfüllt ist.

¹⁴⁵ Im Bericht vom Januar 2007 wird nicht die hier vorgeschlagene Unterstellung unter die Beitragspflicht behandelt, sondern die Frage, wer den entsprechenden Arbeitgeberbeitrag bezahlt; diesbezüglich wird argumentiert, der Bund könnte dies, soweit er nicht ausdrücklich Arbeitgeber sei, nicht (Bericht 2007, 18 Ziff. V.2.a).

¹⁴⁶ Im Bericht vom Januar 2007 wird dies als „systemwidrig“ verworfen (Bericht 2007, 19 Ziff. V.2c), wobei aber übersehen wird, dass die vertragsrechtliche und die sozialversicherungsrechtliche Qualifizierung nicht immer deckungsgleich sein müssen, und dass die Versicherung auch Selbständigerwerbender in Art. 114 Abs. 2 lit. c BV durchaus vorgesehene wäre.

Hier für eine korrekte Abrechnungspraxis zu sorgen, ist einerseits eine Frage der Aufklärung und andererseits der konsequenten Handhabung durch die AHV-Ausgleichskassen im Rahmen ihrer Arbeitgeberkontrollen¹⁴⁷.

(d) Unterstützung einer branchenspezifischen *Pensionskasse* im Kulturbereich:

Das Bundesrecht (BVG) sieht in der beruflichen Vorsorge ein Versicherungsobligatorium vor, wenn bestimmte Schwellenwerte (Vertragsdauer, Mindesteinkommen) erreicht werden. Den einzelnen Pensionskassen ist jedoch absolut freigestellt, zugunsten der Versicherten vom Obligatorium abzuweichen, d.h. auch kürzere Engagements und tiefere Beträge zu versichern.

Der Bund könnte auf die Einrichtung einer branchenspezifischen Vorsorgeeinrichtung im Kulturbereich, welche auch unterhalb der Schwellen des BVG-Minimums versichert, hinwirken und diese auch finanziell unterstützen, indem er zum Grundkapital einer entsprechenden Stiftung beiträgt oder indem er sich regelmässig an den fälligen Beiträgen beteiligt.

Die Vorschläge des Bundes (c) und (f) zielen in diese Richtung. Allerdings wird im Bericht vom Januar 2007 argumentiert, finanzielle Beiträge des Bundes könnten nicht gestützt auf den Kulturartikel (Art. 69 BV) erbracht werden und würden Art. 113 Abs. 3 BV widersprechen¹⁴⁸.

(e) *Subventionen* mit „Fairplay“-Bedingung versehen:

Der Bund leistet namhafte Beiträge im Kulturbereich. Er könnte seine Subventionen im Kulturbereich an die Bedingung knüpfen, dass die Subventionsempfänger die Mittel in einer Form auszahlen, welche die Erfassung als beitragspflichtiges Einkommen ermöglichen, und dass sie ihre Beschäftigten in einer branchenspezifischen Pensionskasse oder zumindest bei der Auffangeinrichtung (Art. 60 BVG) auch unterhalb der Schwellen des BVG-Minimums in der beruflichen Vorsorge versichern. Ferner könnte er andere öffentliche, aber auch namhafte private *Subventionsgeber* ermuntern, dies ebenfalls zu tun.

¹⁴⁷ Dies kann einerseits als Konkretisierung der im Vorschlag (d) des Bundes postulierten Informationstätigkeit gesehen werden, geht aber andererseits deutlich darüber hinaus, indem die Kontrolltätigkeit (Arbeitgeberkontrollen) entsprechend akzentuiert werden sollte.

¹⁴⁸ Bericht 2007, 18 f. Ziff. V.2.b.

7 Quellenverzeichnis

Die angeführten Autoren / Autorinnen werden, wenn bei den einzelnen Publikationen nicht anders angegeben, mit ihrem Nachnamen und der betreffenden Seitenzahl/ Note/ Randziffer zitiert.

Arbeitsgruppe Bundesamt für Kultur, Bundesamt für Sozialversicherungen und Staatssekretariat für Wirtschaft: Die soziale Sicherheit der Kulturschaffenden in der Schweiz. Situation und Verbesserungsmöglichkeiten, Bern 2007. *zit.*: Bericht 2007.

BETZELT SIGRID / GOTTSCHALL KARIN: Flexible Bindungen – prekäre Balancen, in: KRONAUER MARTIN / LINNE GUDRUN, Hrsg., Flexicurity, Berlin 2005, 275 ff. *zit.*:

Bischof Jris / Schmid Peter A.: Rückendeckung für Kulturschaffende vonnöten. Den Schweizer Künstlern mangelt es an sozial- und arbeitsrechtlichem Schutz, in: Neue Zürcher Zeitung vom 02.11.2004, Nr. 256, 16.

BÖHRINGER PETER: Die neue Arbeitswelt, Flexibilisierung der Erwerbstätigkeit und atypische Arbeitsverhältnisse, Zürich 2001.

BRÜHWILER JÜRIG: Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, hrsg. vom Zentralverband Schweizerischer Arbeitgeber-Organisationen, 2., vollst. überarb. Aufl., Bern/ Stuttgart/Wien 1996.

BUCHER EUGEN: Die Entstehung der Obligation, in: Honsell Heinrich / Vogt Nedim Peter / Wiegand Wolfgang (Hrsg.): Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 3. Aufl., Basel/Genf/München 2003. *zit.*: BSK-BUCHER.

Bundesamt für Sozialversicherungen BSV: Wegleitung über den massgebenden Lohn (WML) in der AHV, IV und EO, Gültig ab 1. Januar 2002, Stand 1. Januar 2007. *zit.*: WML.

GAUCH PETER / SCHLUEP WALTER R. / SCHMID JÖRG / REY HEINZ: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I und II, 8. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2003.

GUHL THEO, Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9. Aufl., bearb. von Koller Alfred, Schnyder Anton K., Druey Jean Nicolas, Zürich 2000. *zit.*: GUHL/BEARBEITER.

HÄFELIN ULRICH / MÜLLER GEORG / UHLMANN FELIX: Allgemeines Verwaltungsrecht, 5., vollst. überarb. Aufl., Zürich 2006.

HARDER WOLFGANG S.: Freie Mitarbeit und ähnliche Formen freier Zusammenarbeit, ein Beitrag zur Abgrenzung von Beschäftigungsformen in der Grauzone zwischen abhängiger und selbständiger Arbeit, in: Portmann Wolfgang/Stöckli Jean-Fritz (Hrsg.), Schriften zum schweizerischen Arbeitsrecht, 2., überarb. und aktual. Aufl., Bern 2002.

HELBLING CARL, Personalvorsorge und BVG, Bern 2006.

HIGI PETER: Zürcher Kommentar, Teilbd. V2b, Obligationenrecht, Die Leihe (Art. 305-318 - Gebrauchsleihe und Darlehen), 3. Aufl., Zürich 2003. *zit.*: ZK-HIGI.

HONSELL HEINRICH: Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 8., erg. und verb. Aufl., Bern 2006.

- HUGUENIN CLAIRE: Obligationenrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2004.
- KÄSER HANSPETER: Unterstellung und Beitragswesen in der obligatorischen AHV, 2., neu-
bearb. Aufl., Bern 1996.
- KIESER UELI: Alters- und Hinterlassenenversicherung, in: Murer Erwin / Stauffer Hans-
Ulrich (Hrsg.): Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, 2.,
überarb. und erg. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2005. *zit.*: KIESER AHV.
- KIESER UELI: Kommentar zum Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversi-
cherungsrechts vom 6. Oktober 2000 (ATSG-Kommentar), Zürich 2003. *zit.*: KIESER
ATSG.
- KRATKI ALEKSANDRA / LÄUBLI HANS: Die Situation der Alters- und Invaliditätsvorsorge der
Kunstschaffenden in der Schweiz, Zürich 2000
[http://www.suisseculture.ch/docs/soc/alter_d.pdf, zuletzt besucht am 21.12.2006].
- KÜNZI MARTIN: Soziale Sicherung freier Berufsjournalisten, Schriften zum schweizerischen
Arbeitsrecht, Heft 42, Diss., Zürich 1998
- LEUZINGER-NAEF SUSANNE: Sozialversicherungsrechtliche Probleme flexibilisierter
Arbeitsverhältnisse, in: MURER ERWIN (Hrsg.): Neue Erwerbsformen – veraltetes
Arbeits- und Sozialversicherungsrecht?, Bern 1996.
- LOCHER THOMAS: Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 3., vollst. neu bearb. Aufl.,
Bern 2003.
- RECHSTEINER RUDOLF: Flexibilität und soziale Sicherung in der Schweiz unter besonderer
Berücksichtigung der Alterssicherung, in: Klammer Ute / Tillmann Katja (Hrsg.): Flexi-
curity: Soziale Sicherung und Flexibilisierung der Arbeits- und Lebensverhältnisse
(WSI in der Hans-Böcker Stiftung), Düsseldorf 2001, 681 ff.
- REHBINDER MANFRED / PORTMANN WOLFGANG: Der Arbeitsvertrag, in: Honsell Heinrich /
Vogt Nedim Peter / Wiegand Wolfgang (Hrsg.): Basler Kommentar zum Schweizeri-
schen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 3. Aufl., Basel/Genf/München
2003. *zit.*: BSK-REHBINDER/PORTMANN.
- REHBINDER MANFRED: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. IV, 2.
Abt., 2. Teilbd. - Der Arbeitsvertrag, Art. 319-362 OR, 1. Abschnitt Art. 319-330a, Bern
1985. *zit.*: BK-REHBINDER.
- SCHMID PETER A.: Zur sozialen Lage der Kulturschaffenden in der Schweiz, in: Rote Re-
vue 2/2001, 7 ff. [<http://www.suisseculture.ch/docs/soc/pas-d.htm>, zuletzt besucht am
22.12.2006].
- SCHWAMMBERGER FRANK: Die vertragsrechtliche Behandlung des Kunstsponsorings in der
Schweiz, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Bd. 148, Diss.,
Zürich 1993.
- SCHWERI YOLANDA: Soziale Situation von Kulturschaffenden, Zürich 2006, erscheint vor-
aussichtlich in: Haupt Stefan (Hrsg.): Urheberrecht für Medienschaffende in Deutsch-
land, Österreich und der Schweiz, Zürich 2007
[http://www.suisseculture.ch/docs/soc/soz_situation_060730.pdf, zuletzt besucht am
21.12.2006].
- STREIFF ULLIN / KAENEL ADRIAN VON: Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362
OR, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006.

TUHR ANDREAS VON / PETER HANS / ESCHER ARNOLD: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 2 Bde., 3. Aufl., Zürich 1974/79 (mit Supplement zur 3. Aufl. 1984).

VOGT NEDIM PETER: Die Schenkung, in: Honsell Heinrich / Vogt Nedim Peter / Wiegand Wolfgang (Hrsg.): Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 3. Aufl., Basel/Genf/München 2003. *zit.*: BSK-VOGT.

WEBER ROLF H.: Der einfache Auftrag, in: Honsell Heinrich / Vogt Nedim Peter / Wiegand Wolfgang (Hrsg.): Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 3. Aufl., Basel/Genf/München 2003. *zit.*: BSK-WEBER.

ZINDEL GAUDENZ G. / PULVER URS: Der Werkvertrag, in: Honsell Heinrich / Vogt Nedim Peter / Wiegand Wolfgang (Hrsg.): Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 3. Aufl., Basel/Genf/München 2003. *zit.*: BSK-ZINDEL/PULVER.

Anhang: Die Biographie einer Künstlerin

Frau Claudevois schloss im Alter von 28 Jahren ein Betriebswirtschaftsstudium ab und arbeitete anschliessend zuerst zweieinhalb Jahre vollzeitlich in der Marketingabteilung einer grösseren Bank.

In dieser Phase ergeben sich noch keine sozialversicherungsrechtlichen Besonderheiten.

Im Alter von 31 Jahren beschloss sie, sich vermehrt (rund zwei Tage pro Woche) auf ihre künstlerische Tätigkeit als Malerin und Bildhauerin zu konzentrieren. Daneben arbeitete sie einen Tag pro Woche für eine Werbeagentur (Festanstellung zu 20%, Monatslohn: brutto 1'350 Franken x 13), zudem erteilt sie verschiedenen Berufsmittelschülern wöchentlich rund acht Stunden privat Nachhilfeunterricht in Rechnungswesen (durchschnittliches Monatseinkommen von 1'800 Franken).

Im zweiten Jahr kann Frau Claudevois bei zwei Ausstellungen Werke für insgesamt 9'000 Franken, im dritten Jahr für insgesamt 13'500 Franken, im vierten Jahr für 14'700 Franken und im fünften Jahr 21'000 Franken verkaufen, davon gehen aber 20 Prozent an die Galerie.

Sofern sie auf dem Einkommen aus den Nachhilfestunden weder Sozialversicherungsbeiträge abliefern noch Steuern bezahlt, handelt es sich um Schwarzarbeit mit allen damit verbundenen Problemen. Als Bildhauerin dürfte sie als Selbständigerwerbende zu qualifizieren sein.

In dieser Phase bestehen Versicherungslücken für das durch Schwarzarbeit erzielte Einkommen, das Risiko der Arbeitslosigkeit (mit Ausnahme des durch unselbständige Arbeit erzielten Lohnes) und auch in der UV und der beruflichen Vorsorge, da Frau Claudevois auch keine freiwillige Versicherung in diesen beiden Bereichen hat.

Dann erhält sie einen grösseren Werkauftrag einer Stadt (Kunst am Bau), der sie für rund ein Jahr voll beschäftigt, weshalb sie die Nachhilfestunden und den Job bei der Werbeagentur aufgibt. Sie erhält als Werklohn 45'000 Franken.

Zu klären ist, ob es sich bei diesem „Werkauftrag“ um einen Auftrag (Art. 394 ff. OR) oder einen Werkvertrag (nach Art. 363 ff. OR) handelt und insbesondere, ob Frau Claudevois als Arbeitnehmerin, Selbständigerwerbende oder gar als Nichterwerbstätige (!) zu qualifizieren ist.

Aufgrund der Umstände ist anzunehmen, dass es sich hier um eine selbständige Erwerbstätigkeit handelt. Damit ist Frau Claudevois bei der AHV und der IV, nicht aber (ausser freiwillig) in der UV und der beruflichen Vorsorge, versichert. In der ALV dürfte sie die Anspruchsvoraussetzung der erfüllten Beitragszeit mangels beitragspflichtiger Beschäftigung nicht erfüllen.

Im Alter von 36 Jahren gewinnt sie ein Werkstipendium ihres Heimatkantons in Form einer kostenlosen Atelierbenutzung während sechs Monaten in Paris plus pauschale Lebenshaltungskosten von total 18'000 Franken.

Das Werkstipendium stellt kein Erwerbseinkommen, sondern eine Zuwendung für künstlerisches Schaffen (Art. 6 Abs. 2 lit. g AHVV) dar, womit beitragsrechtlich eine Nichterwerbstätigkeit vorliegt. Da der zivilrechtliche Wohnsitz weiterhin in der Schweiz liegt, bleibt die Unterstellung bei AHV und IV erhalten. Mangels Erwerbseinkommen besteht jedoch keine Deckung durch die UV, berufliche Vorsorge und wohl auch ALV.

Danach beschliesst sie, für längere Zeit in Paris zu bleiben, da sie am Schluss des

Werkstipendiums in einer Gruppenausstellung in Paris Werke für rund 57'000 Franken verkaufen konnte.

Im Alter von 37 bis 42 Jahren arbeitet sie in Paris als Bildhauerin (durchschnittliche jährliche Werkverkäufe: 30'000 Franken); zusätzlich verdient sie Geld als Journalistin für ein französisches Jazz-Magazin (ihre zweite Leidenschaft, durchschnittliche Autorenhonore pro Jahr: 12'000 Franken) und eine Schweizer Kunstzeitschrift (rund 10'000 Franken pro Jahr).

Frau Claudevois ist bei den schweizerischen Sozialversicherungen nicht mehr obligatorisch versichert, weil sie im Ausland einen neuen Wohnsitz begründet hat. Sie ist in Frankreich zu versichern.

In die Schweiz zurückgekehrt, erkrankt sie mit 43 Jahren an einem Krebsleiden und ist während rund siebeneinhalb Monaten völlig arbeitsunfähig; eine Erwerbsausfallversicherung besitzt sie nicht. Die Therapie verläuft erfolgreich, Frau Claudevois gerät aber in eine Sinn- und künstlerische Schaffenskrisis und vermag während der nächsten zwei Jahren keine neuen Werke mehr zu schaffen. Ihre Galeristin kann immerhin ältere Werke für insgesamt rund 13'500 Franken verkaufen (auf eine Galeriekommission verzichtet sie) und hilft ihr mit einem zinslosen Darlehen von insgesamt 20'000 Franken über das erste Jahr hinweg; im zweiten Jahr nimmt Frau Claudevois wieder ihre Arbeit als Journalistin für zwei verschiedene Jazz-Magazine auf (Jahreseinkommen total 17'000 Franken), zudem erhält sie von einem Freund 10'000 Franken geliehen.

Frau Claudevois untersteht wieder dem schweizerischen Sozialversicherungssystem und wäre aufgrund ihrer erst kürzlich (nach Eintritt der Krankheit) aufgenommenen unselbstständigen Erwerbstätigkeit in einem 20%-Pensum zumindest für dieses Einkommen abgesichert.

Obwohl die nun verkauften frühen Werke wirtschaftlich eine Art Erwerbsausfallversicherung darstellen, sind auf den durch den Verkauf resultierenden Einnahmen AHV-Beiträge abzuliefern; Versicherungsleistungen bei Krankheit würden hingegen nicht zum Erwerbseinkommen gezählt werden (Art. 6 Abs. 2 lit. b AHVV).

Im Zusammenhang mit der Krankheit sind einzig die Pflegeleistungen versichert; Selbstbehalt und Franchise gehen zu Lasten von Frau Claudevois, ebenso wie der gesamte Erwerbsausfall.

Sie lässt sich überzeugen, ein Gesuch für eine IV-Rente zu stellen. Doch das Gesuch wird abgelehnt mit der Begründung, sie sei gemäss den eingeholten Gutachten wieder voll erwerbsfähig.

Wenn sich Frau Claudevois aufgrund ihrer psychischen Probleme nicht zu arbeiten in der Lage fühlt, dies jedoch aus medizinischer und versicherungsrechtlicher Sicht als zumutbar beurteilt wird, erhält sie weder von der Invalidenversicherung noch von der Arbeitslosenkasse Leistungen und müsste, falls ihre Einkünfte nicht ausreichen, Sozialhilfe beantragen. Da aber auch auf diesem Gebiet vermehrt eine Gegenleistung erwartet wird, müsste auch dort eventuell mit Leistungskürzungen rechnen.

Sie beteiligt sich beim Zusammenstellen der von einem Kunstverein jährlich zweimal herausgegebenen Kunst-Sammelmappen, wofür sie keine Entlohnung, aber die Möglichkeit erhält, jeweils einen Druck eigener Zeichnungen beilegen zu können; aus dem Verkaufserlös erhält sie pro Jahr rund 5'000 Franken Honorar.

Aus der ehrenamtlichen Vereinstätigkeit und dem Anteil am Verkaufserlös als Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit – nebst der weitergeführten Tätigkeit als Journalistin – ergeben sich keine Änderungen bezüglich der sozialen Absicherung.

Nach einem Jahr erhält sie den Auftrag, die Kunst-Sammelmappen im Auftragsverhältnis für den Kunstverein herauszugeben (zwei Mappen pro Jahr zu je 12'000 Franken Honorar). Das macht sie während 13 Jahren. Aus dem Verkauf der eigenen, zur Mappe gehörenden Kunstdrucke erzielt sie zudem jährlich rund 6'000 Franken. Im Übrigen erteilt sie während dieser Zeit an einer Klubschule sechs Wochenlektionen Zeichenunterricht (30 Wochen pro Jahr, Honorar: 75 Franken pro Lektion) und an einer privaten Kunstakademie Kurse für Bildhauerei (pro Jahr rund 100 Std. zu je CHF 60 Franken pro Stunde).

Versicherungslücken bestehen insbesondere im Bereich der beruflichen Vorsorge, sofern Frau Claudevois sich nicht freiwillig versichern lässt, und bei der Arbeitslosenversicherung für die selbständige Erwerbsarbeit und unter Umständen sogar für eine als Nebenverdienst qualifizierte unselbständige Tätigkeit.

Mit 54 erhält Frau Claudevois einen Lehrauftrag an einer Fachhochschule für Kunst und Gestaltung im Umfang einer 30%-Anstellung, der ihr ab Alter 57 (bis Alter 62) auf 50% erhöht wird.

Weil Frau Claudevois als Teilzeitangestellte die notwendigen Wochenstunden für die Nichtberufsunfallversicherung und den erforderlichen Mindestlohn für die BVG-Versicherung erreicht, ist sie für diese Tätigkeit in allen Sozialversicherungszweigen (betreffend den obligatorischen Leistungen) vollständig abgesichert.

Ab Alter 56 übernimmt ihre ehemalige Galeristin auch ihre Zeichnungen in ihre Ausstellungen (Verkäufe: rund 12'000 Franken; ab Alter 59 – 62 etwa 15'000 Franken und im Alter von 63 – 65 Jahren rund 18'000 Franken pro Jahr).

Um von höheren Altersleistungen der beruflichen Vorsorge profitieren zu können oder um im Falle eines Unfalles besser abgesichert zu sein, müsste Frau Claudevois ihr Einkommen aus dieser selbständigen Erwerbstätigkeit freiwillig BVG- und UVG-versichern lassen.

Mit 63 Jahren erhält Frau Claudevois von einem renommierten Kunstbuchverlag den Auftrag, zu Gedichten eines bekannteren Schriftstellers Illustrationen zu zeichnen (Honorar: 9'000 Franken). Der Erfolg ist derart gut, dass sie über das AHV-Alter hinaus von verschiedenen Verlagen immer wieder solche Aufträge erhält (jährlich durchschnittliche Einkünfte bis Alter 69: 15'000 Franken). Ihre Einkünfte bessert sie auf, indem sie auf dem toskanischen Landgut einer Freundin jährlich vier zweiwöchige Zeichenkurse durchführt (Einkünfte je Kurs: 8'000 Franken netto).

Die sozialversicherungsrechtliche Absicherung von Frau Claudevois ist in dieser Lebensphase sehr schlecht. Obwohl sie in der AHV Beitragslücken hat, die sie mangels Erwerbstätigkeit während der Jugendjahre nicht mit Beiträgen aus dieser Zeit auffüllen kann, ist sie für ihr Einkommen aus der selbständigen Altersarbeit zwar noch beitragspflichtig, diese Beiträge werden ihr aber nicht mehr angerechnet. Auch bei der IV muss Frau Claudevois noch Beiträge bezahlen, doch da im Rentenalter keine versicherbare Invalidität mehr eintreten kann, würde sie keine Invalidenrenten mehr erhalten. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass Frau Claudevois mit ihrer dürftigen AHV-Altersrente wahrscheinlich kaum leben kann und auf die Verwertung ihrer Arbeitskraft noch immer angewiesen ist. Würde Frau Claudevois in Italien, wo sie Zeichenkurse gibt, zwar keinen Wohnsitz, aber dennoch gewöhnlichen Aufenthalt begründen, blieben ihr sogar die Ergänzungsleistungen gänzlich verwehrt. Auch die Leistungen der zweiten Säule dürften bei Frau Claudevois relativ bescheiden ausfallen, weil sie nur kurz obligatorisch versichert war und auf die freiwillige Versicherung verzichtete. Auch bei der UV besteht mangels freiwilligen Versicherungsbeitritts kein Versicherungsschutz, während bei der ALV für Selbständigerwerbende erst gar keine Versicherungsmöglichkeit besteht. Aber auch wenn Frau Claudevois während der Altersarbeit unselbständigerwerbend wä-

re, könnte sie von der ALV aufgrund ihres Alters keine Leistungen beziehen. Nur bei der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, die sich auf die gesamte Wohnbevölkerung erstreckt, finden sich für Frau Claudevois keine Nachteile, ausser dass die – freiwillige – Krankentaggeldversicherung nach KVG ab Erreichen des Rentenalters nicht mehr vorgesehen ist.