

Information zu Rechtlichen Themen das Tätowieren in Deutschland betreffend, zusammengestellt von Herrn Prof.Dr. Römermann und dem Tätowierkunst e.V. im März 2021

Titel:

## Tätowieren als freiberufliche Tätigkeit – Ist Tätowieren Kunst?

*Seitens der zuständigen Behörden wird in Deutschland das Tätowieren nicht als freiberufliche Tätigkeit definiert, was nach diesseitiger Auffassung nach nicht haltbar ist, insbesondere, wenn man sich die diesbezügliche Argumentation in der Rechtsprechung mal genauer anschaut.*

Auch wird den Tätowierern in Deutschland der Zugang zur Künstlersozialkasse seit Jahrzehnten verwehrt (aktuell sind es bundesweit insgesamt nur 6 dort aufgenommene Tätowierer, dies bei ca. 8.000 Tattoostudios in der BRD) Ein Unding, wenn man bedenkt, dass es sich hier um die älteste Kunstform der Menschheit handelt.

### 1. Definition des Kunstbegriffs

Zunächst muss daher der Begriff der Kunst definiert werden. Auf Grund der Offenheit der Kunst ist eine allgemeine gültige Definition der Kunst nicht möglich. Das BVerfG legt daher dem sachlichen Schutzbereich der Kunstfreiheit drei Kunstbegriff zu Grunde.

Dem formalen Kunstbegriff entsprechend liegt Kunst darin, dass bei formaler, typologischer Betrachtung die Gattungsanforderungen eines bestimmten Werktyps erfüllt sind. Folglich wird an die Tätigkeit und die Ergebnisse des Malens, Bildhauens und Dichtens angeknüpft (BVerfGE 67, 213 (226f.).

Zudem sei ein offener Kunstbegriff denkbar, dessen Zentralelement die „Mannigfaltigkeit ihres Aussagegehalts“ ist, also die Möglichkeit „der Darstellung im Wege einer fortgesetzten Interpretation immer weiter reichende Bedeutungen zu entnehmen, sodass sich eine praktisch unerschöpfliche, vielstufige Informationsvermittlung ergibt“ (BVerfGE 67, 213 (226)).

Sodann führt das BVerfG zum materiellen Kunstbegriff aus: „Das Wesentliche der künstlerischen Bestätigung ist die freie schöpferische Gestaltung, in der Eindrücke, Erfahrungen, Erlebnisse des Künstlers durch das Medium einer bestimmten Formensprache zu unmittelbarer Anschauung gebracht werden“ (BVerfGE 30, 173).



## 2. Argument der Rechtsprechung: rein technisch-manuelle Gestaltung ohne hinausgehende schöpferische Leistung

Als Künstler im Sinne des Gesetzes bezeichnet § 2 Satz 1 KSVG denjenigen, der Musik, darstellende oder bildende Kunst schafft, ausübt oder lehrt.

Dem Kunstbegriff des KSVG ist eine eigenschöpferische Leistung immanent, für die angesichts des Zwecks der Künstlersozialversicherung, nämlich Schutz gerade auch des weniger erfolgreichen Künstlers, ein relativ geringes Niveau ausreicht (BSG, Urteil vom 24.07.2003m B 3 KR 37/02 R).

Beliebte Ablehnungstaktiken von Finanzbehörden bei Anfragen seitens Tätowierern ihre Freiberuflichkeit betreffend sind daher folgende: Standardmäßig wird hier das BFH-Urteil vom 11.7.1991 (IV R 33/90) BStBl. 1992 II S. 353, herangezogen, in welchem es unter anderem lautet:

1. Einnahmen aus der Tätigkeit von Künstlern im Bereich der Werbung können, wenn sie als eigenschöpferische Leistungen zu werten sind, zu den Einkünften aus selbständiger künstlerischer Tätigkeit gehören.

2. Eine eigenschöpferische Leistung liegt in der Regel nicht vor, wenn sich die Tätigkeit des Künstlers darauf beschränkt, die Rolle eines Produktbenutzers zu sprechen oder zu spielen sowie lediglich den Gegenstand seiner Werbung anzupreisen.

Aus den Entscheidungsgründen: Der BFH hat schon mehrfach zu den Voraussetzungen Stellung genommen, unter denen Tätigkeiten für Zwecke der Werbung den -gewerbesteuerfreien -Tatbestand der Einkünfteerzielung aus selbständiger Arbeit im Sinne des § 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG erfüllen. Eine künstlerische Tätigkeit ist jedoch dann nicht gegeben, wenn sich der Steuerpflichtige an in einzelne gehende Angaben und Weisungen seines Auftraggebers zu halten hat und ihm infolgedessen kein oder kein genügender Spielraum für eine eigenschöpferische Leistung bleibt.

### **Antworten aus unseren Reihen (seitens Tätowierer) zu dieser Argumentation:**

U.E. vollbringt der Steuerpflichtige, hier der Tätowierer, sehr wohl schöpferischen Leistungen, d.h. Leistungen, bei denen sich seine individuelle Anschauungsweise und Gestaltungskraft widerspiegelt und die neben einer hinreichenden Beherrschung der Technik der betreffenden Kunstform eine gewisse künstlerische Gestaltungshöhe erreicht. Sie führen in ihrer Entscheidungsbegründung an: „Das Tätowieren ist der Sache nach trotz einer kreativen Komponente eine handwerkliche Tätigkeit im weiteren Sinne, weil der Schwerpunkt auf dem Einsatz manuell-technischer Fähigkeiten liegt. Deshalb kann das Tätowieren nicht der bildenden Kunst zugerechnet werden.“  
Fragwürdige Argumentation, denn Musiker gelten nach der Definition der Rechtsprechung als Künstler.



Aber: das Klavierspielen (oder irgendein anderes Instrument) ist aber der Sache nach trotz einer kreativen Komponente eine handwerkliche Tätigkeit im weiteren Sinne, weil der Schwerpunkt auf dem Einsatz manuell-technischer Fähigkeiten liegt. Deshalb kann das Klavierspielen nicht der Musik als Kunstform zugerechnet werden. Das Bedienen von Tasten in einer geforderten Reihenfolge ist u.E. auch nur eine manuell-technische Fähigkeit. Der in der Begründung angeführte erste Einzelschritt wird von jedem Musiker ebenso ausgeführt; er spielt nach Noten. Noten sind nichts anderes als Muster & Schablonen. Ebenso verhält es sich z.B. bei einem Musikbearbeiter/ Arrangeur, der ebenfalls bei der KSK versicherungsfähig ist. Auch dieser arbeitet mit gesampelten Tönen und nach Noten, eben mit Mustern und Schablonen. Demnach ist dieser Aspekt der Begründung, warum Tätowierer nicht als Freiberufler anerkannt werden, völlig absurd und letztendlich nicht haltbar.

Zudem wird häufig hierzu noch ergänzend gegen eine freiberufliche Tätigkeit das Argument verwandt, aufgrund des Einsatzes von Werkzeugen würde es sich beim Tätowieren eher um eine handwerkliche Tätigkeit handeln, allenfalls um ein Kunsthandwerk.

1. Argument dagegen: Jede Kunst hat eine handwerkliche Komponente (Maler und Pinsel/Farben, Bildhauer und Meißel, etc. etc.)
2. Argument dagegen: Kunsthandwerk setzt nach der Definition voraus, dass etwas „produziert“ wird. Eben das ist aber beim Tätowieren nicht der Fall, hier wird eben nichts produziert.

### **3. Argument der Rechtsprechung: Anerkennung und Behandlung in einschlägigen fachkundigen Kreisen als „Künstler“**

Selbst wenn in den vorliegenden Urteilen das erste benannte Argument widerlegt werden kann, so hat sich die Rechtsprechung als nächstes Gegenargument überlegt, das ein **Künstler im Sinne des § 2 Satz 2 KSVG nur derjenige sein kann, welcher mit seinen Werken zumindest in einschlägigen fachkundigen Kreisen als „Künstler“ anerkannt und behandelt wird.**

Hierzu das BSG wie eine Gebetsmühle:

*„Der Auffassung der Beklagten ist zuzustimmen, dass es nicht auf die Anerkennung in Fachkreisen der Berufsgruppe der Tätowierer ankommt. Die Rechtsprechung des BSG zur Anerkennung in Fachkreisen stellt auf Fachkreise der (allgemein-) bildenden Künstler ab. Ansonsten könnten neue Kunstformen, die so genannte Avantgarde, niemals zur Kunst zählen, wie ihnen die Anerkennung in den eigenen Fachkreisen der Avantgarde fehlt. Denn typischerweise bestehen für diese neuen Kunstformen noch keine entsprechenden Fachkreise gerade dieser Kunstform. Mithin tritt klar zutage, dass es sich um die „Fachkreise der (allgemein-) bildenden Kunst“ handeln muss, auf deren Anerkennung es nach der Rechtsprechung des BSG ankommt.“*



Als Gegenargument hierzu ein Auszug aus dem Gutachten des Herrn Prof. Timm Ulrichs vom 23.09.2009:

*„Die obige Behauptung, die Avantgarde habe keinen Fachkreis, ist ziemlich abenteuerlich; man mag ja bedauern, dass die Avantgarde nicht allgemein akzeptiert wird-das liegt nun mal in der Natur der Avantgarde-: aber dennoch hat sie sich selbst: als Fachkreis.“*

*„Die allgemeine Akzeptanz kommt immer später, vielleicht auch nie. Sie aber an den Anfang der Entwicklungskette zu stellen, stellt Geschichte und Logik auf den Kopf und diese unhaltbare Forderung gebetsmühlenartig zu wiederholen, macht sie nicht triftiger.“*

**Dazu:** Eine Zuordnung zum Bereich der Kunst ist möglich, wenn ein Tätowierer ähnlich wie ein Kunsthandwerker mit seinen Werken in Kunstkreisen als Künstler anerkannt und behandelt wird (BSGE 80,136 = 138 SozR 3-5425 § 2 Nr.5). Dabei sei maßgebend, ob an Kunstausstellungen teilgenommen wird, der Betroffene Mitglied von Künstlervereinen ist, in Künstlerlexika aufgeführt wird, Auszeichnungen als Künstler erhalten oder andere Indizien auf eine Anerkennung als Künstler schließen lassen, wie es zum Beispiel bei der Abbildung oder Besprechung einer Arbeit in einer Kunstzeitschrift der Fall sein kann. Eine hohe Wertschätzung bei Berufskollegen und Kunden allein reicht nicht aus.

Im Jahr 2015 fand eine Ausstellung im Hamburger Museum für Kunst und Gewerbe mit dem Namen **Tattoo statt**. In der Beschreibung heißt es namentlich „Ein Schwerpunkt liegt auf der wechselseitigen Beeinflussung von Kunst, traditioneller Tätowierer Praxis und visueller Gestaltung“. Dem Thema Tätowierungen wurde somit im Rahmen einer Ausstellung außerhalb reiner Tattoos – Kreise erheblich Aufmerksamkeit aus den Kreisen der Kunst geschenkt.

Es ist nicht nachvollziehbar, wieso nur ein einzelner Betroffener ausnahmsweise als Künstler gelten soll, wenn er in Kunstkreisen anerkannt wird, wenn umkehrt vorliegend die gesamte Branche der Tätowierungen als Kunst anerkannt wird. Die gesamte Branche der Tätowierungen wurde durch die Ausstellung dergestalt erfasst, dass nicht nur Tätowierungen eines einzelnen, sondern aus verschiedenen Jahrzehnten und Kulturkreisen zur Schau gestellt wurden.

#### **4. Zusätzliche Argumentation und Ausführung Aylin Venghaus**

Die Ausübung von Tätowierungen erfolgt auf der menschlichen Haut. Möglicherweise könnte das Aufbringen von sogenannter Tattoo-Farbe bereits unter den formalen Kunstbegriff fallen. Hierfür spricht, dass der formale Begriff an die Ergebnisse anknüpft. Der Maler benutzt typischerweise ein Blatt Papier, eine Leinwand oder beispielsweise Papyrus. Das fertige Werk seiner malerischen Tätigkeit ist auf diesen Materialien wahrzunehmen.

„Tätowierungen interpretieren menschliche Haut als Schreib- und Malfläche, als ‘shaped canvas’, die auf Skelettrahmen des Körpers hauteng und hautnah aufgespannt ist. Kunst und Literatur so aus



dem Leib geschrieben und ins Fleisch geschnitten, sind da tatsächlich Fleisch geworden in unmittelbarer, einfleischender Inkarnation: das Wort ward Fleisch (Joh. 1, 14). Ein Bildträger der auf diese Weise für ein für alle Mal gezeichnet und gekennzeichnet ist, trägt seine (Kunst-)Haut allemal bekenntnisthafter zu Markte als ein normaler Kunstsammler, der sich von seinen Bildern leicht wieder trennen kann.“ (Timm Ulrichs, 1974).

Ausgehend von dem Gedanken, dass der Tätowierer die menschliche Haut als sein Papier sieht, verhält er sich genauso wie ein Maler. Er trägt die innerlichen Bildvorstellungen nach außen, indem er sie bildwerden lässt und aufträgt.

Dem Maler steht es bei seinem Tätigwerden im Zuge der Kunst frei, welche Materialwahl er trifft. Würde der Tätowierer seine malerischen Gestaltungen auf einem Blatt Papier anbringen, würde er auftreten wie ein Maler und somit dem formellen Kunstbegriff unterfallen. Bei seiner Materialwahl entscheidet sich der Tätowierer schließlich nur für eine andere Auftragsfläche als der Maler. Wieso diese Wahlmöglichkeit es verhindern soll, dass ein bestimmter Werktyp entsteht ist nicht ersichtlich. Zudem wird ein Zeichner als Künstler anerkannt. Bevor der Tätowierer tätig wird, tritt er als Zeichner auf. Die menschliche Haut als Papier ist bloß nicht so Korrekturfähig wie Papier. Bestünde die Möglichkeit Änderungen so leicht vorzunehmen wie auf Papier, wäre der Zwischenschritt des Zeichnens nicht erforderlich. Wenn die Zeichnung als künstlerische Tätigkeit gewertet wird, muss folglich das Gesamtergebnis als solches gewertet werden. Die Zeichnung ist nur ein Vorgang des künstlerischen Schöpfungsvorgangs. Durch das Zeichnen und Malen auf der Haut entsteht das Ergebnis eines Bildes bloß auf einem anderen Untergrund.

Demnach wäre eine Tätowierung Kunst.

Ebenfalls könnte das Tätowieren dem offenen Kunstbegriff unterfallen. Die Mannigfaltigkeit des Aussagegehaltes ergibt sich aus der Kombination des Trägers und der Malerei auf der Haut. Die weitreichende Bedeutung entsteht durch die mögliche Interpretationswirkung des Tattoos. Die aufgetragenen Tätowierungen können von dem Außenstehenden wahrgenommen und unterschiedlich interpretiert werden. Tätowierungen übermitteln eine sinngemäße Botschaft des Schöpfers und des Trägers. Der Kunde liefert –nicht immer-eine Anregung. Die letztliche Ausführung und somit freie schöpferische Gestaltung obliegen dem Tätowierer. Er entscheidet sich frei dafür, wie er die Zeichnung auf der Haut vornimmt. Demzufolge wäre eine Tätowierung auch Kunst. Abschließend ist noch auf den materiellen Kunstbegriff einzugehen. Das Medium des Tätowierers ist die menschliche Haut, welche die Tätowierungen in ihrer Form nach außen hin zu unmittelbarer Anschauung ermöglicht. Die Erfahrungen des Tätowierers schlagen sich in der Farbwahl und Formenwahl der Motive nieder. Die individuelle Persönlichkeit des Kunden wird dabei berücksichtigt und Teil der bildnerischen und farblichen Gestaltung des Körpers. Unter Berücksichtigung aller Kunstbegriffe ist somit eine Tätowierung Kunst. Demzufolge ist der sachliche Schutzbereich der Kunst eröffnet.



## 5. Aktueller Bezug (COVID-19-Pandemie)

**Angenommen das Tätowieren wird als Kunst gesehen, dann gilt der Schutz der Kunstfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG. Ist die Einschränkung durch die Corona Verordnung in der Verfassung vom 12.02.2021 zulässig?**

§ 10 Abs. 1 Nr. 2 der Corona VO Nds. untersagt das Tätigwerden von Tätowierern. Die Kunstfreiheit ist ein grds. Schrankenlos gewährtes Grundrecht, sodass eine Einschränkung nur im Rahmen von verfassungsimmanenten Schranken möglich ist. Denkbar wäre eine Einschränkung zum Schutz von Leben und Gesundheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG. Der Zweck ist die Vermeidung der COVID-19-Infektion. Durch das Verbot im Rahmen des Wirkungsbereiches und dem vollständigen Verbot die Kunstfreiheit auszuüben, liegt ein besonders schwerwiegender Eingriff vor. Möglicherweise hat keine ausreichende Abwägung stattgefunden. Anhand einer umfassenden tagesaktuellen Würdigung müssen Inzidenzwerte, medizinische Masken, Schnelltests (insbesondere deren Verfügbarkeit) und R-Werte angemessen berücksichtigt werden.

