

## Erläuterungen

### Allgemeiner Teil

#### Hauptgesichtspunkte:

Mit der vorliegenden Novelle sollen im Hinblick auf die zwischenzeitigen Erfahrungen aus der Praxis und damit im Zusammenhang stehende (Auslegungs)Fragen aus Gründen der Transparenz und im Sinne einer erhöhten Rechtssicherheit gesetzliche Klarstellungen im Bereich der Gastverträge und der Vermittlung von Bühnenarbeitsverträgen getroffen werden:

- Im Bereich der Gastverträge erfolgt einerseits eine Präzisierung der Art und Weise der Berechnung des Durchschnittsbezugs der Ensemblemitglieder wie auch des Entgelts des Gastes. Andererseits erfolgt eine „Entkoppelung“ des Gastvertrages nach § 41 Abs. 1 Z 2 TAG (Gast vom Typ II) vom Erfordernis des Bestehens eines Bühnenensembles durch Schaffung einer Entgeltgrenze für den Begriff des Gastes an jenen Bühnenunternehmen, die kein fixes Ensemble haben.
- Im Bereich der Vermittlung von Bühnenarbeitsverträgen erfolgen im Wesentlichen sprachliche Klarstellungen im Hinblick auf bestehende Auslegungsfragen.

Es darf dazu im Übrigen auf die umfangreichen Erläuterungen zu den §§ 41 und 42 TAG verwiesen werden.

Die vorliegende Novelle wird zudem im Hinblick auf zwischenzeitig aufgetretene Fragen in der Bühnenpraxis (etwa die Frage nach den Kriterien, die für das Vorliegen eines Bühnenarbeitsverhältnisses mit einem Gast sprechen oder die Frage, ob man als Gast im Sinne des TAG auch an temporären Spielstätten auftreten kann) zum Anlass für folgende allgemeine Feststellungen zum sachlichen und persönlichen Geltungsbereich des TAG genommen:

Zum Begriff des Theaterunternehmens – Geltung des TAG für temporäre Spielstätten:

Nach § 1 Abs. 2 TAG ist Theaterunternehmer/in im Sinne des TAG, wer ein Unternehmen im Sinne des § 1 Abs. 2 UGB zur Aufführung von Bühnenwerken betreibt. § 1 Abs. 2 UGB definiert das Unternehmen als jede auf Dauer angelegte Organisation selbständiger wirtschaftlicher Tätigkeit, mag sie auch nicht auf Gewinn gerichtet sein. Unter wirtschaftlicher Tätigkeit wird das nach außen für die Allgemeinheit erkennbare Anbieten wirtschaftlich werthafter Leistungen auf einem Markt gegen Entgelt verstanden. Das Kriterium der Dauer bezieht sich nicht so sehr auf die tatsächliche Dauer der Tätigkeit, sondern auf die Planmäßigkeit des unternehmerischen Handelns im Gegensatz zu einer bloß gelegentlichen Wahrnehmung von geschäftlichen Möglichkeiten. Nicht maßgeblich ist, ob die wirtschaftliche Tätigkeit tatsächlich dauerhaft ausgeübt wird, solange nur die planmäßige Absicht auf eine kontinuierliche Tätigkeit gerichtet ist. Eine solche Absicht ist anzunehmen, wenn sie auf eine grundsätzliche offene Zahl von Geschäftsabschlüssen hin ausgerichtet ist, die einen dauerhaften Erwerb ermöglichen, sie sich von Ihrer Intention her also nicht in der Vornahme von Einzelhandlungen oder Gelegenheitsgeschäften erschöpfen. Im Übrigen wird hinsichtlich der einzelnen Tatbestandsmerkmale des UGB-Unternehmensbegriffs auf das einschlägige Schrifttum verwiesen (vgl. etwa *Dehn* in *Krejci*, UGB § 1 Rz 17 ff; *diess.* „Der Unternehmer nach den §§ 1 ff UGB – Schwerpunkt Unternehmensgesetzbuch, ÖJZ 2006/5; *Krejci*, Unternehmensrecht (2008) [33 ff]; *Straube*, Wiener Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch (2009), § 1 Rz 5 ff).

Unter den Begriff „Theaterunternehmen“ im Sinne des TAG sind damit auch Theaterunternehmen zu subsumieren, die temporär und nicht ganzjährig im Sinne des UGB wirtschaftlich tätig sind (wie etwa Festspiele).

Zum Vorliegen eines Bühnenarbeitsverhältnisses:

Nach § 1 Abs. 1 ist das TAG auf Arbeitsverhältnisse von Personen anzuwenden, die sich einem Theaterunternehmen zur Leistung künstlerischer Arbeiten in einem oder mehreren Kunstfächern zur Aufführung von Bühnenwerken verpflichten. Das TAG ist daher nur anzuwenden, wenn ein Arbeitsvertrag im Sinne des § 1151 Abs. 1 erster Satz ABGB vorliegt. Gemäß dieser Bestimmung liegt ein Arbeitsvertrag dann vor, wenn sich jemand auf eine gewisse Zeit zur Arbeitsleistung für einen anderen verpflichtet. Aus der Wortfolge „sich verpflichten“ ergibt sich, dass ein Arbeitsverhältnis nur dann vorliegt, wenn die Arbeitsleistung auf Grund eines Arbeitsvertrags erfolgt. Die zu erbringende Leistung wird im Arbeitsvertrag nur gattungsmäßig umschrieben, d.h. es braucht eine Konkretisierung, welche einzelnen künstlerischen Leistungen zu erbringen sind.

§ 1151 ABGB verlangt für den Arbeitsvertrag die Verpflichtung zur Arbeitsleistung für einen anderen. Darin wird das entscheidende Abgrenzungskriterium zu anderen Vertragstypen gesehen – die persönliche Abhängigkeit, die daraus resultiert, dass die Arbeitsleistung einem/einer anderen zugutekommt und der Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin einem bestimmten Organisationsgefüge untersteht. Der Typusbegriff der „persönlichen Abhängigkeit“ besteht aus einer Reihe von Merkmalen. Zu nennen sind:

- Einordnung in die Arbeitsorganisation (Bindung hinsichtlich Arbeitszeit, Arbeitsort, Arbeitsabfolge),
- Gebundenheit an persönliche Weisungen,
- Kontrollunterworfenheit,
- Disziplinäre Verantwortung des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin,
- Verpflichtung zur persönlichen Arbeitsleistung,
- Bereitstellung der Arbeitsmittel durch den/die Arbeitgeber/in.

Bei der Beurteilung, ob im Einzelfall ein Arbeitsvertrag vorliegt, kommt es auf das Überwiegen der wesentlichen Merkmale an, die für eine in Abhängigkeit erbrachte Arbeitsleistung sprechen. Dabei ist der Sachverhalt so zu beurteilen, wie er – den Tatsachen, den wirtschaftlichen Vorgängen und Verhältnissen angemessen – rechtlich zu fassen gewesen wäre. Wesentlich ist der Vertragsinhalt bzw. die allenfalls davon abweichende tatsächliche Handhabung des Vertragsverhältnisses. Kein entscheidendes Merkmal ist die Bezeichnung des Vertrages.

Wer seine künstlerischen Leistungen nicht frei gestalten kann und an bestimmte Vertragsbühnen, an vorgegebene Proben- und Aufführungszeiten, an den Proben- und Stückplan oder an Regelungen, wie er/sie sich bei der Durchführung der Arbeit zu verhalten hat, gebunden ist und sich laufenden Kontrollen über die Einhaltung dieser Regelungen unterwerfen muss, wird idR persönlich abhängig sein.

Kann sich das Mitglied aber generell vertreten lassen und hat es das Recht einzelne Arbeiten abzulehnen, wird keine persönliche Abhängigkeit vorliegen. Die Vereinbarung einer generellen Vertretungsbefugnis schließt die persönliche Abhängigkeit und Arbeitnehmer/inneneigenschaft aber nur dann aus, wenn dadurch nicht mehr von Arbeitsleistungen in persönlicher Abhängigkeit gesprochen werden kann. Diese Beurteilung käme uU dann in Betracht, wenn das Ablehnungsrecht tatsächlich wiederholt ausgeübt wird oder bei objektiver Betrachtung zu erwarten ist, dass eine solche Nutzung erfolgt (vgl. etwa OGH 19.12.2007, 9 Ob A 118/07d).

Das OLG Wien hat in seiner Entscheidung vom 28.8.2018, 9 Ra 11/18f Folgendes festgehalten: „Besteht für eine Chorsängerin (hier: Zusatzchor einer Oper) keine Verpflichtung, bei den terminlich und örtlich vorgegebenen Proben und Auftritten anwesend zu sein, kann sie die Leistungserbringung jederzeit ablehnen, besteht die Möglichkeit des Tausches mit einer anderen Sängerin aus derselben Stimmgruppe und hat das Nichterscheinen bei einer Probe oder einer Aufführung keinerlei Sanktionen zur Folge, so kann nicht von einem Überwiegen der Merkmale eines echten Arbeitsverhältnisses ausgegangen werden und liegt mangels Arbeitsverpflichtung der Chorsängerin kein echter Arbeitsvertrag im Sinne des § 1151 ABGB vor.“ Das OLG Wien führt in dieser Entscheidung weiters aus, dass es in der „Natur der Sache“ liege, dass eine Chorsängerin nicht Ort und Zeit für ihre Leistung frei wählen kann. Die Bindung an Arbeitsort und -zeit kann daher bei der Beurteilung der Arbeitnehmerschaft einer Chorsängerin nur abgeschwächt bzw. nicht berücksichtigt werden. So folgt nach Rechtsprechung des OGH beispielsweise bei Lehrenden die Bindung an die Abhaltung der Kurse in den Räumen des Veranstalters aus der Natur der Tätigkeit (9 ObA 10/99g).“ Das OLG Wien hält aber an anderer Stelle fest, dass im gegenständlichen Fall als entscheidendes „Element“ hinzukommt, dass die Chorsängerin nach den getroffenen Feststellungen weder Anwesenheits- noch Erscheinungspflicht hatte und ihr das Recht zukam, eine Leistungserbringung jederzeit abzulehnen. Zusammenfassend kann daher nach Ansicht des OLG Wien im ggst. Fall von einem Überwiegen der Merkmale eines echten Arbeitsverhältnisses nicht ausgegangen werden.

Das ASG Wien etwa hat in seiner Entscheidung vom 9.9.1994, ASG Wien 30 Cga 110/94, festgehalten: „Die wesentlichen Merkmale der persönlichen Abhängigkeit im Rahmen eines Bühnendienstverhältnisses sind die Verpflichtung zur Mitwirkung an den erforderlichen Proben während eines bestimmten Zeitraums sowie einer bestimmten Anzahl von Vorstellungen, die zur Erbringung dieser Arbeiten erforderliche Eingliederung in den Theaterbetrieb, die grundsätzliche Weisungs- und Kontrollberechtigung des Theaterunternehmers, der auch das ausschließliche wirtschaftliche Risiko der geplanten Aufführung zu tragen hat.“

Der OGH hat in seiner Entscheidung vom 18.12.1979, 4 Ob A 124/79, Folgendes festgehalten: „Ob ein Bühnenvertrag im Sinne des § 1 SchSpG vorliegt, hängt davon ab, ob durch den Vertrag ein Dienstverhältnis begründet wurde. Der wesentliche Unterschied zwischen Dienstvertrag und Werkvertrag

liegt darin, dass bei diesem das Merkmal der persönlichen Abhängigkeit fehlt. Erstreckt sich ein Vertrag zwar nicht auf einen unbestimmten oder kalendermäßig bestimmten Zeitraum, sondern auf ein bestimmtes Bühnenstück, also auf eine nicht bloß zeitbezogene, sondern auf eine auch erfolgsbezogene Leistung, überwiegen jedoch dennoch die Merkmale der persönlichen Abhängigkeit, wie etwa die Verpflichtung zur Mitwirkung an den erforderlichen Proben während eines bestimmten Zeitraums sowie an einer bestimmten Anzahl von Vorstellungen, die zur Erbringung dieser Arbeiten erforderliche Eingliederung in den Theaterbetrieb, und besteht auch die grundsätzliche Weisungs- und Kontrollberechtigung des Theaterunternehmers, der auch das ausschließliche wirtschaftliche Risiko der geplanten Aufführungen zu tragen hat, so sind die durch einen solchen Vertrag geregelten Rechtsbeziehungen der Vertragspartner, auch wenn darüber hinaus hinsichtlich eines Teiles des Vertragsinhalts die für einen Werkvertrag charakteristischen Merkmale zutreffen, in ihrer Gesamtheit als Dienstverhältnis zu qualifizieren.“

Das TAG ist jedoch nicht anzuwenden, wenn das Mitglied seine künstlerische Tätigkeit im Rahmen eines freien Dienstvertrages oder eines Werkvertrages erbringt.

In praxi kommt es nicht selten vor, dass Rechtsverhältnisse Elemente verschiedener Vertragstypen – in concreto sowohl Elemente, die für ein Arbeitsverhältnis als auch solche, die dagegensprechen – enthalten. Entscheidend dabei ist nach der stRsp, welche Merkmale überwiegen (VwGH 18.12.2013, 2009/13/0230). Die Merkmale, die gegen ein Arbeitsverhältnis sprechen, und die, die das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses vermuten lassen, müssen also gegeneinander abgewogen und so das Gesamtbild des vorliegenden Beschäftigungsverhältnisses gewonnen werden (VwGH 20.2.2008, 2008/15/0072):

- Der freie Dienstvertrag besteht darin, dass sich jemand auf eine gewisse Zeit dazu verpflichtet, einem/einer anderen seine/ihre Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen, ohne sich in persönliche Abhängigkeit zu begeben. Der freie Dienstvertrag unterscheidet sich zum Arbeitsvertrag somit im Fehlen der persönlichen Abhängigkeit. Charakteristisch für den freien Dienstvertrag ist, dass bei ihm nicht jenes Maß an persönlicher Abhängigkeit gegeben ist, das zur Qualifikation als „echter“ Arbeitsvertrag führen würde.
- Ein Werkvertrag liegt gemäß § 1151 Abs. 1 zweiter Satz ABGB dann vor, wenn jemand die Herstellung eines Werks gegen Entgelt übernimmt. Der Werkvertrag beinhaltet die Verpflichtung der Erbringung einer schon im Vertrag individualisierten bzw. konkretisierten Leistung und nicht einer Mehrheit bloß gattungsmäßig umschriebener Leistungen. Schon bei Vertragsabschluss steht fest, welche konkrete Leistung, welches konkrete Endprodukt zu erbringen ist. Für die Abgrenzung zum Arbeitsvertrag ist primär die Frage der Selbständigkeit entscheidend.

Für einen Werkvertrag sprechen etwa das Recht, bei der Leistung auch andere einzusetzen, keine Fremdbestimmung in Bezug auf Ort und Zeit, kein diesbezügliches Weisungsrecht, keine Einordnung in die Arbeitsorganisation des/der anderen oder das Arbeiten mit eigenen Mitteln. Ein Werk wird beispielsweise dann im Vordergrund stehen, wenn ein/e Komponist/in ein bestimmtes Stück aufzuführen hat oder ein/e Bühnenbildner/in eine bestimmte Requisite für ein Theaterunternehmen, an dem er/sie nicht regelmäßig tätig ist, herstellt.

Dass künstlerische Tätigkeiten durchaus im Rahmen eines Werkvertrags ausgeübt werden können, zeigt etwa die Entscheidung des OGH vom 21.10.1987, 14 Ob A 77/87: „Da eine Gesangssolistin bei ihren Darbietungen nicht die Musikkapelle begleitet, sondern von dieser begleitet wird, ist sie in die Musikkapelle nicht eingegliedert. Die Möglichkeit, sich von einer anderen Sängerin vertreten zu lassen, spricht ebenfalls gegen ihre persönliche Abhängigkeit. Beschränkt sich überdies die Weisungsbefugnis des Kapellmeisters auf die Auswahl der Musiknummern aus dem Repertoire der Solosängerin für die Zeit ihres Auftritts, so überwiegen nach dem Schwergewicht des Vertragsinhaltes die Elemente des Werkvertrages“.

Zu nennen ist in diesem Zusammenhang die Entscheidung des Bundesfinanzgerichts (BFG) vom 8.4.2022, RV/4100586/2016, mit der das BFG die Tätigkeit eines als Solokünstler nicht spielzeitverpflichteten Opernsängers als selbständige Tätigkeit im Sinne des § 47 EStG qualifiziert hat. Das BFG führt in dieser Entscheidung ua. aus, dass bei „Mitwirkenden an jeweils einzelnen Opernproduktionen mit einer jeweils beschränkten Zahl von Aufführungen, die gerade nicht "spielzeitverpflichtet" sind, ...es unter den primär maßgeblichen Gesichtspunkten an einer persönlichen Weisungsgebundenheit und an der Eingliederung in einen "geschäftlichen Organismus" sowie – bei Annahme eines Zweifelsfalls – mangels Fehlens eines Unternehmerrisikos und einer generellen Vertretungsbefugnis an den Voraussetzungen für das Vorliegen eines Dienstverhältnisses“ fehlt. Weiters führt das BFG aus, dass „das Vorliegen eines Dienstverhältnisses mangels betrieblicher Eingliederung und Weisungsgebundenheit zu verneinen war (so ausdrücklich zum konkreten Streitfall 2009 *Neumann* in *Hofstätter/Reichel*, § 47 EStG, 2021, Rz 140 mwN), da der Beschwerdeführer lediglich den Endpunkt

seiner umfassenden beruflichen Tätigkeit, nämlich die jeweilige Solopartie, als Werk schuldet. In sämtlichen anderen Belangen seiner beruflichen Tätigkeit, so zB der Erarbeitung der Solopartien, dem ständigen Training seiner Stimme, seiner Vorsorge zur Erhaltung seiner Stimmkraft und der qualitativen Fortbildung etc war der Sänger in seiner zeitlichen und örtlichen Disposition vollkommen frei, also insb. wie, wann und wo er sich die nötigen Kenntnisse aneignet.“ Ergänzend ist dazu festzuhalten, dass nach den Feststellungen des BFG dem Opernsänger in den Verträgen mit der Oper auferlegt wurde, „zu Probenbeginn musikalisch studiert zu erscheinen und die jeweilige Partie in der Fassung der Direktion zu beherrschen.“

Das BVwG hat in seiner Entscheidung vom 2.12.2022, GZ: W156 2255269-1/14E zu den Kriterien „Bindung an Arbeitszeit und Arbeitsort“ Folgendes festgehalten: „Die für die persönliche Abhängigkeit charakteristische weitgehende Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch die Tätigkeit kann unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles auch dann vorliegen, wenn der Beschäftigte aufgrund einer Vereinbarung oder der Betriebsübung oder der Art seiner Beschäftigung Beginn und Dauer der täglichen Arbeitszeit weithin selbst bestimmen kann. Hat aber die allfällige Ungebundenheit des Beschäftigten hinsichtlich Arbeitsablauf und Arbeitszeit ihre Grenze in der unterschiedlichen Dringlichkeit der zu besorgenden Angelegenheiten und den betrieblichen Erfordernissen, sodass die Arbeitserbringung letztlich doch im Kern an den Bedürfnissen des Dienstgebers orientiert sein muss, so spricht dies für ein Verhältnis persönlicher Abhängigkeit. .... Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes sind die Bindung an die Arbeitszeit oder den Arbeitsort dann hinsichtlich des Vorliegens einer abhängigen Beschäftigung nicht unterscheidungskräftig, wenn sie sich gleichsam aus der Natur der Sache ergeben, ein selbständig Erwerbstätiger also ebensolchen Sachzwängen bei einer bestimmten Tätigkeit unterläge wie ein unselbständig Beschäftigter. In einem solchen Fall kommt daher anderen Merkmalen der Abgrenzung besondere Bedeutung zu, wie etwa der Kontrollbefugnis des Dienstgebers oder dem Gestaltungsspielraum des Erwerbstätigen (vgl. VwGH 18.01.2017, Ra 2014/08/0059 mwN.). Dass der Beschwerdeführer, ebenso wie die anderen Musiker des Orchesters ungeachtet der Art ihres Dienstverhältnisses, an den Ort und Zeit der Proben gebunden war, kann somit nicht für oder gegen eine echte Dienstnehmereigenschaft sprechen.“

Ob im konkreten Einzelfall ein Bühnenarbeitsvertrag im Sinne des § 1 Abs. 1 TAG vorliegt, kann letztlich nur durch das zuständige Gericht endgültig festgestellt werden.

#### **Kompetenzgrundlage:**

Die Zuständigkeit des Bundes zur Regelung gründet sich auf Art. 10 Abs. 1 Z 11 B-VG („Arbeitsrecht“).

### **Besonderer Teil**

#### **Zu Z 1 (§ 34 Abs. 2 TAG):**

Die überaus komplexe Bestimmung des § 34 Abs. 2 TAG ist nicht mehr praxisrelevant und soll daher mit dem der Kundmachung dieses Bundesgesetzblattes folgenden Tag außer Kraft treten (siehe § 46 Abs. 8 letzter Satz TAG). Dem entsprechend entfällt im bisherigen § 34 Abs. 1 TAG die Absatzbezeichnung.

#### **Zu Z 2 (§ 41 TAG):**

Es wird in § 41 Abs. 1 TAG textlich klargestellt, dass die Mitwirkung des Gastes bei konkreten Aufführungen Grundvoraussetzung für das Vorliegen eines Gastvertrages gemäß § 41 TAG ist.

Zu § 41 Abs. 1 Z 1 TAG (Gast vom Typ I):

Nach § 1 Abs. 1 TAG ist das TAG auf Arbeitsverhältnisse von Personen anzuwenden, die sich einem Theaterunternehmen zur Leistung künstlerischer Arbeiten in einem oder mehreren Kunstfächern zur Aufführung von Bühnenwerken verpflichten. Nach § 41 Abs. 1 Z 1 ist ein Gast eine Person, die sich in einem Spieljahr zur Mitwirkung bei nicht mehr als fünf Aufführungen verpflichtet. Ein Gast vom Typ I wird damit zum Bühnenmitglied. Umgekehrt wird nicht jedes bei nicht mehr als fünf Aufführungen tätige Bühnenmitglied zum Gast vom Typ I – entscheidend ist die Verpflichtung des Mitglieds zur Mitwirkung an konkreten Aufführungen. Ein Gast vom Typ I kann damit etwa ein/e bei der Aufführung mitwirkende/r Darsteller/in (Sänger/in, Tänzer/in, Schauspieler/in ..), ein/e Dirigent/in (Kapellmeister/in) oder ein/e Spielleiter/in, aber auch ein/e Dramaturg/in sein.

Zu § 41 Abs. 1 Z 2 TAG (Gast vom Typ II):

Zur Verdeutlichung der Differenzierung zwischen einem Gastvertrag vom Typ I und einem Gastvertrag vom Typ II wird die denklogische Voraussetzung, dass ein Gastvertrag vom Typ II eine Verpflichtung des Gastes zur Mitwirkung bei mehr als fünf Aufführungen, aber nicht mehr als 60 Aufführungen im Spieljahr verlangt, nunmehr in Abs. 1 Z 2 auch textlich klargestellt. Auch hier gilt: Entscheidend ist die Verpflichtung des Mitglieds zur Mitwirkung an konkreten Aufführungen. Ein Gast vom Typ II kann



damit etwa ein/e bei der Aufführung mitwirkende/r Darsteller/in (etwa Sänger/in, Tänzer/in, Schauspieler/in ..), ein/e Dirigent/in (Kapellmeister/in) oder ein/e Spielleiter/in, aber auch ein/e Dramaturg/in sein.

Wie bisher ist für die Beurteilung des Gastes vom Typ II als Vergleichsmaßstab auf den Durchschnittsbezug der im selben Kunstfach tätigen übrigen Ensemblemitglieder des jeweiligen Theaterunternehmens abzustellen. Weiters ist wie bisher erforderlich, dass das Entgelt des Gastes diesen Durchschnittsbezug übersteigt.

Im Sinne einer verbesserten Transparenz wird in Abs. 1 Z 2 lit. a. gesetzlich klargestellt, dass der zuständige Betriebsrat zur Einsichtnahme in die vom Theaterunternehmen geführten Aufzeichnungen zur Berechnung des Durchschnittsbezugs berechtigt ist. Dieses Einsichtsrecht korreliert mit dem Einsichtsrecht nach § 89 Z 1 ArbVG. Der Gast hat kein Recht auf Einsichtnahme in die Aufzeichnungen zur Berechnung des Durchschnittsbezugs (Berechnungsunterlagen) und auch kein Recht auf Information über die erfolgte Berechnung. Das Theaterunternehmen hat dem Gast (auf dessen Verlangen) lediglich den Durchschnittsbezug betragsmäßig bekannt zu geben.

Abs. 1 Z 2 lit. b regelt die Berechnung des Durchschnittsbezugs der Ensemblemitglieder wie auch die Berechnung des Entgelts des Gastes näher. Die Berechnung erfolgt in folgenden drei Schritten:

1. Schritt 1 – Berechnung des Durchschnittsbezugs der Ensemblemitglieder:
  - Dazu sind zunächst die Jahresbruttobezüge (Monatsbruttobezüge zuzüglich Urlaubs- und Weihnachtsgeld) der im selben Kunstfach tätigen Ensemblemitglieder zusammenzuzählen. Aus der Division der so errechneten Summe durch die Anzahl der Ensemblemitglieder ergibt sich der durchschnittliche Jahresbruttobezug, der sodann durch 12 zu dividieren ist, um den durchschnittlichen Monatsbruttobezug eines Ensemblemitglieds dieses Kunstfachs zu erhalten.
  - Als Zeitraum für die Ermittlung der Jahresbezüge der Ensemblemitglieder ist das Spieljahr vor Vertragsabschluss mit dem Gast heranzuziehen. Zur Umrechnung des so ermittelten Monatsbruttobezugs auf Einzeltage ist im Hinblick auf die 36-stündige Wochenruhe  $\frac{1}{26}$  des Monatsbruttobezugs heranzuziehen. Der Wert von  $\frac{1}{26}$  ergibt sich aus der Annahme, dass ein Monat 30 Tage umfasst und aufgrund der Wochenruhe (diese beinhaltet zumindest einen ganzen freien Tag) davon vier ganze freie Tage abzuziehen sind.
2. Schritt 2 – Berechnung der Anwesenheitszeiten und des Entgelts des Gastes:
  - Alle Zeiträume, in denen der Gast zur Anwesenheit am Theater gemäß seinem Bühnenarbeitsvertrag verpflichtet ist, sind zusammenzuzählen. Sodann ist das gesamte gebührende Entgelt für diese Leistungen zu ermitteln.
  - Unter Anwesenheitszeiten (Zeiträume) des Gastes werden alle Tage verstanden, an denen Proben und Aufführungen stattfinden (auch wenn es sich um keine ganzen Arbeitstage, sondern nur um einige Stunden handelt) oder der Gast sonst vertraglich zur Anwesenheit am Leistungsort verpflichtet ist.
3. Schritt 3 – Gegenüberstellung der Entgelte Ensemblemitglied und Gast:
  - Der sich aus Schritt 1 ergebende aliquote Monatsbruttobezug des Ensemblemitgliedes für den in Schritt 2 ermittelten Anwesenheitszeitraum des Gastes ist dem Entgelt des Gastes gegenüberzustellen.

Beispiel zu Abs. 1 Z 2 lit. b:

1. Schritt 1:
  - Der Durchschnittsbezug des Ensemblemitglieds im Sinne der obigen Berechnung beträgt im Monat 2.500 € brutto bzw. für den einzelnen Tag  $\frac{1}{26}$  davon, also 96,15 € brutto.
2. Schritt 2:
  - Ein Gast erhält eine Probenpauschale für 10 Tage von 1.500 € und für 5 Vorstellungstage ein Auftrittshonorar von je 1.000 € brutto. Er ist für 15 Tage zur Anwesenheit verpflichtet. Somit ergibt sich für 15 Tage Anwesenheit ein Gesamtentgelt von 6.500 € brutto (die Anwesenheitstage ergeben sich aus der vertraglichen Anwesenheitspflicht).
3. Schritt 3:
  - Das Ensemblemitglied erhält gemäß obiger Berechnung für 15 Tage 1.442,25 € brutto ( $96,15 \text{ € brutto Tagesbezug} \times 15 \text{ Tage}$ ). Da der Gast in diesen 15 Tagen auf ein Entgelt von 6.500 € brutto kommt, liegt ein Gastvertrag gemäß § 41 vor.

Ist im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses die gesamte Dauer der Anwesenheitszeiten (Proben und Aufführungen) mangels endgültiger Anzahl der Vorstellungen für eine bestimmte Produktion noch nicht fixiert, stellt Abs. 1 Z 2 lit. b klar, dass für die Beurteilung gemäß Abs. 1 Z 2 erster Satz und Z 2 lit. b nur die bereits im Bühnenarbeitsvertrag vorgesehene Anwesenheitszeit für die bereits vereinbarte Vorstellungsanzahl heranzuziehen ist. Vertragliche Vereinbarungen über weitere Anwesenheitszeiten für diese Produktion sind jeweils gesondert je Vertragsverhältnis im Sinne der Z 2 erster Satz und Z 2 lit. b zu beurteilen. Dieses „Gebot der Nichtzusammenrechnung“ gilt allerdings nur, soweit nicht insgesamt mehr als 60 Aufführungen im Spieljahr vorliegen. Anderenfalls könnte durch eine Aneinanderreihung von Gastverträgen die vollumfängliche Geltung des TAG umgangen werden.

Dazu folgendes Beispiel: Am Beginn des Spieljahres wird von einem Theaterunternehmen eine Neuproduktion herausgebracht. Da man sich über den Erfolg des Stückes unsicher ist, werden zunächst nur 10 Vorstellungen eingeplant und Gastverträge abgeschlossen. Das Stück erweist sich als Erfolg, worauf weitere 40 (Variante: weitere 55) Vorstellungen im selben Spieljahr eingeplant werden und wieder Gastverträge abgeschlossen werden. Entsprechend Abs. 2 kann auch für die weiteren 40 Aufführungen ein Gastvertrag abgeschlossen werden, da insgesamt betrachtet die Höchstgrenze von 60 Aufführungen nicht überschritten wird. In der Variante liegen bei Gesamtbetrachtung im Spieljahr 65 Aufführungen vor; hier kann nur bis zur Höchstgrenze von 60 Aufführungen je Spieljahr ein Gastvertrag mit der betroffenen Person geschlossen werden. Für sämtlich vom Folgevertrag (55 Aufführungen) erfasste Aufführungen darüber hinaus findet das für Gäste geltende „Sonderrecht“ keine Anwendung und das TAG findet damit auf das Vertragsverhältnis vollumfänglich Anwendung. Wird zunächst ein Vertrag mit 50 Aufführungen abgeschlossen, danach ein Vertrag mit 20 Aufführungen, so ist auf diesen Vertrag das TAG zur Gänze anzuwenden. Darüber hinaus haben die Vertragsparteien selbstverständlich die Möglichkeit, auch den vorhergehenden Vertrag nach den §§ 870 und 871 ABGB (List, Zwang, Irrtum) anzufechten.

Eine in der Praxis vielfach diskutierte Frage war die Definition des Gastes von Typ II an Bühnen ohne festes Ensemble. Durch die Regelung des Abs. 2 erfolgt nunmehr eine „Entkoppelung“ des Gastes vom Typ II vom Erfordernis des Vorliegens eines festen Ensembles. Nach Abs. 2 entsteht ein Gastvertrag vom Typ II im Falle des Fehlens vom im selben Kunstfach tätigen Ensemblemitgliedern, wenn sich aus dem dem Gast gebührenden Entgelt für die Anwesenheitszeiten gemäß Abs. 1 Z 2 lit. b fiktiv zumindest ein Monatsbruttogehalt in Höhe des 15-fachen der Höchstbeitragsgrundlage nach § 45 ASVG (Stand 2024: 3.030 €) ergibt. Die Berechnung erfolgt in folgenden drei Schritten:

1. Schritt 1 – Errechnung von Anwesenheitszeiten und Entgelt des Gastes:
  - Alle Zeiträume, in denen der Gast zur Anwesenheit am Theater gemäß seinem Bühnenarbeitsvertrag verpflichtet ist, sind zusammenzuzählen. Sodann ist das gesamte gebührende Entgelt für diese Leistungen zu ermitteln.
2. Schritt 2 – Errechnung des fiktiven Monatsbruttogehalts:
  - Die für die Anwesenheitszeiten ermittelten Entgelte des Gastes sind auf ein fiktives Monatsbruttogehalt umzurechnen.
3. Schritt 3 – Gegenüberstellung des Monatsbruttogehalts und der x-fachen Höchstbeitragsgrundlage:
  - Das sich aus Schritt 2 ergebende fiktive Monatsbruttogehalt des Gastes ist der 15-fachen Höchstbeitragsgrundlage nach § 45 ASVG (Stand 2024: 3.030 €) gegenüberzustellen.

Beispiel zu Abs. 2:

1. Schritt 1:
  - Ein Gast erhält eine Probenpauschale für 10 Tage von 1.500 € brutto und für 5 Vorstellungstage ein Auftrittshonorar von je 1.000 € brutto. Er ist für 15 Tage zur Anwesenheit verpflichtet. Somit ergibt sich für 15 Tage Anwesenheit ein Gesamtentgelt von 6.500 € brutto.
2. Schritt 2:
  - Um das fiktive Monatsbruttogehalt zu errechnen, ist das für 15 Tage gebührende Entgelt des Gastes auf einen Zeitraum von 26 Tagen umzurechnen. Es ergibt sich somit ein fiktives Monatsbruttogehalt von 11.266,58 € brutto (6500 € dividiert durch 15 Tage ergibt 433,33 € pro Tag x 26 Tage).
3. Schritt 3:
  - Die 15-fache Höchstbeitragsgrundlage nach § 45 ASVG liegt derzeit (Stand: 2024) bei 3.030 €. Da der Gast in den 15 Tagen auf ein fiktives Monatsbruttogehalt von 11.266,58 € kommt, liegt ein Gastvertrag gemäß § 41 TAG vor.

Nach Abs. 3 ist weitere Voraussetzung für das Vorliegen eines Gastvertrags vom Typ I (Abs. 1 Z 1) oder Typ II (Abs. 1 Z 2), dass der Gast nicht mit Monatsgehalt entlohnt wird. Diese Klarstellung hat den Hintergrund, dass in der Bühnenpraxis der Monatsbezug die grundsätzlich für Ensemblemitglieder vorgesehene Entlohnungsform ist. Im Gegensatz dazu handelt es sich bei der typischen Entlohnung von Gästen um Auftrittshonorar und Probenpauschalen.

Abs. 4 entspricht – mit einer Ausnahme – inhaltlich unverändert dem bisherigen § 41 Abs. 2 TAG. Klargestellt wird nunmehr, dass auch § 11 TAG auf Gäste Anwendung findet.

Neu ist die Bestimmung des Abs. 5. Für Gäste gemäß § 41 TAG war bisher eine Entgeltfortzahlung bei Arbeitsverhinderung gesetzlich nicht vorgesehen: Nach § 41 Abs. 2 TAG in der bisherigen Fassung findet § 9 TAG keine Anwendung auf Gäste. Diese gesetzliche Klarstellung ist beim Verständnis des § 40 TAG, der mangels ausdrücklicher Regelung im TAG die subsidiäre Geltung des ABGB anordnet, zu bedenken. Nunmehr trifft der Gesetzgeber die Klarstellung, dass § 9 Abs. 1 bis 4 und 6 bis 8 TAG auf Gäste gemäß § 41 Abs. 5 TAG als *lex specialis* anwendbar ist. Das hat konkret zur Folge, dass die Regelungen des § 1154b ABGB betreffend Entgeltfortzahlung bei Erkrankung/Unglücksfall auf Gastverträge nicht subsidiär zur Anwendung kommen. Eine solche Entgeltfortzahlung bei Arbeitsverhinderung eines Gastes infolge Erkrankung/Unglücksfall soll nun aus sozialen Gründen in einem Teilbereich eingeführt werden. Die Regelung des Abs. 5 sieht für den Fall, dass sich aus dem dem Gast vom Typ I oder Typ II gebührenden Entgelt für die im einzelnen Bühnenarbeitsvertrag vereinbarten Anwesenheitszeiten entsprechend der Berechnung nach Abs. 1 Z 3 fiktiv höchstens ein Monatsbruttogehalt ergibt, welches das 15-fache der Höchstbeitragsgrundlage nach § 45 ASVG nicht übersteigt, vor, dass – abweichend von Abs. 4 – die Bestimmungen des § 9 Abs. 1 bis 4 und Abs. 6 bis 8 TAG sowie § 35 Abs. 3 TAG gelten (letztere allerdings mit der Maßgabe, dass die Fortzahlung der Bezüge spätestens mit dem Ablauf der Zeit des befristeten Vertrages endet). Die Regelung des Abs. 5 findet denklogisch nur Anwendung im Bereich des § 41 Abs. 1 TAG, d.h. auf Gäste vom Typ I oder Typ II. Da § 41 Abs. 2 TAG für das Vorliegen eines Gastvertrages auf ein Mindest-Monatsbruttoentgelt in Höhe des 15-fachen der Höchstbeitragsgrundlage nach § 45 ASVG abstellt, findet die Ausnahmebestimmung des Abs. 5 im Bereich des § 41 Abs. 2 TAG keine Anwendung.

#### **Zu Z 3 (§ 42 TAG):**

In der Praxis hat sich gezeigt, dass die Formulierungen des § 42 TAG auslegungsbedürftig und teilweise auch schwer verständlich sind. Die Neufassung des § 42 TAG soll einige dieser Auslegungsfragen beantworten und nimmt entsprechende Klarstellungen vor.

In Abs. 1 soll durch die Einfügung des Klammerausdruckes „Alleinvertmittlungsauftrag“ der Inhalt dieser Bestimmung eindeutig klargestellt werden.

Nach dem bisherigen Abs. 2 haben der/die Theaterunternehmer/in und das Mitglied die Vergütung für die Vermittlung eines Bühnenarbeitsvertrages je zur Hälfte zu bezahlen (soweit nichts anderes vereinbart ist). In der Praxis hat sich die Frage gestellt, was unter „Vermittlung“ im Sinne dieser Bestimmung tatsächlich zu verstehen ist. Nach § 2 Abs. 1 AMFG ist unter Arbeitsvermittlung im Sinne des AMFG jede Tätigkeit zu verstehen, die darauf gerichtet ist, Arbeitssuchende mit Arbeitgeber/innen zur Begründung von Arbeitsverhältnissen zusammenzuführen, es sei denn, dass diese Tätigkeit nur gelegentlich und unentgeltlich oder auf Einzelfälle beschränkt ausgeübt wird. Das bedeutet nach der Rsp. des Verwaltungsgerichtshofes (85/09/0277) auch, dass sich Arbeitssuchende und Arbeitgeber/innen bisher nicht gekannt haben. Dieser Grundsatz wird nunmehr in das TAG übernommen. In einem neu geschaffenen Abs. 2 wird klargestellt, dass unter Vermittlung von Bühnenarbeitsverträgen im Sinne des TAG jede Tätigkeit zu verstehen ist, die darauf gerichtet ist, Bühnenmitglieder mit einem/einer Theaterunternehmer/in, die einander vorab nicht kennen, zur Begründung von Bühnenarbeitsverträgen zusammenzuführen. Weiters wird klargestellt, dass Vertragsverhandlung und Vertragsabschluss namens eines Teiles des Bühnenarbeitsverhältnisses keine vermittelnden Tätigkeiten im Sinne des TAG sind. Bloße Vertragsverhandlungen einer Agentur mit einem/einer Theaterunternehmer/in alleine stellen daher keine Vermittlung im Sinne des TAG dar.

Die Bezeichnung der bisherigen Abs. 2 bis 7 „verschiebt“ sich durch die Einfügung des neu geschaffenen Abs. 2 numerisch um eine Zahl (der bisherige Abs. 2 wird zu Abs. 3 usw.). Dem entsprechend erfolgt in den nunmehrigen Abs. 6 (bisher Abs. 7) und Abs. 8 (bisher Abs. 7) jeweils eine Anpassung der Binnenzitierung.

In Abs. 3 (bisher Abs. 2) wird gesetzlich klargestellt, dass Schuldner des Vermittlungsentgelts beide Teile des Bühnenarbeitsvertrages (also sowohl das Mitglied als auch der/die Theaterunternehmer/in) sind, soweit nichts anderes vereinbart ist. Weiters wird in diesem Absatz auch die Fälligkeit dieser Ansprüche geregelt und klargestellt, dass das Vermittlungsentgelt in entsprechenden Teilbeträgen jeweils mit

Fälligkeit der Entgelte aus dem Bühnenarbeitsvertrag des Mitglieds fällig ist (soweit nichts anderes vereinbart ist).

Abs. 5 Z 1 (bisher Abs. 4 Z 1) stellt klar, dass das Vermittlungsentgelt für beide Teile des Bühnenarbeitsvertrages zusammen insgesamt höchstens 10% des Bruttoentgelts des vermittelten Vertrages betragen darf.

Der neu geschaffene Abs. 5 Z 7 stellt klar, dass die Vereinbarung von Vermittlungsentgelt unwirksam ist, soweit das Mitglied bei Vermittlung eines Bühnenarbeitsvertrages Zahlungen für einen Zeitraum von mehr als drei Jahren ab Beginn des Bühnenarbeitsverhältnisses leisten soll. Diese Bestimmung begrenzt den Entgeltanspruch für eine Vermittlungstätigkeit auf das Bruttoentgelt für einen Zeitraum von drei Jahren, auch wenn es sich um einen unbefristeten oder längerfristigen Vertrag handelt.

Abs. 7 (bisher Abs. 6) regelt den Anspruch auf Vermittlungsentgelt für den Fall, dass der vermittelte Bühnenarbeitsvertrag nicht ausgeführt wird.

**Zu Z 4 (§ 45 TAG):**

Redaktionelle Anpassung.

**Zu Z 5 (§ 46 Abs. 8 TAG):**

Die Neuregelungen betreffend Gastverträge sollen mit 1.9.2025 in Kraft treten und für Gastverträge gelten, deren vertraglich vereinbarter Beginn nach dem 31.8.2025 liegt. Für Gastverträge, deren vertraglich vereinbarter Beginn vor dem 1.9.2025 liegt, gilt weiterhin § 41 TAG in der vor Kundmachung dieses Bundesgesetzes geltenden Fassung. Die Neuregelung betreffend die Vermittlung von Bühnenarbeitsverhältnissen soll mit dem der Kundmachung dieses Bundesgesetzes folgenden Tag in Kraft treten und für nach dem Inkrafttreten vermittelte Bühnenarbeitsverhältnisse gelten. § 34 Abs. 2 soll mit dem der Kundmachung dieses Bundesgesetzes folgenden Tag außer Kraft treten.



