

# Bericht

## des Ausschusses für Arbeit und Soziales

**über die Regierungsvorlage (2605 der Beilagen): Bundesgesetz, mit dem das Theaterarbeitsgesetz geändert wird**

### 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,
- Disziplinarische 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 schuldete. 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“).

Der Ausschuss für Arbeit und Soziales hat die gegenständliche Regierungsvorlage in seiner Sitzung am 27. Juni 2024 in Verhandlung genommen. An der Debatte beteiligten sich außer dem Berichterstatter Abgeordneten Mag. Markus **Koza** die Abgeordneten Gabriele **Heinisch-Hosek**, Mag. Gerald **Loacker** und Laurenz **Pöttinger** sowie der Bundesminister für Arbeit und Wirtschaft Mag. Dr. Martin **Kocher**.

Bei der Abstimmung wurde der in der Regierungsvorlage enthaltene Gesetzentwurf mit Stimmenmehrheit (dafür: V, F, G, N, dagegen: S) beschlossen.

Als Ergebnis seiner Beratungen stellt der Ausschuss für Arbeit und Soziales somit den **Antrag**, der Nationalrat wolle dem von der Bundesregierung vorgelegten Gesetzentwurf (2605 der Beilagen) die verfassungsmäßige Zustimmung erteilen.

Wien, 2024 06 27

**Mag. Markus Koza**

Berichterstatter

**Josef Muchitsch**

Obmann

