Atypische Arbeitsverhältnisse im Theaterbereich in Österreich

Diplomarbeit

aus dem Fachbereich Arbeits- und Sozialrecht
zur Erlangung des akademischen Grades
einer Magistra
für das Individuelle Diplomstudium
“Recht und Kommunikation“
an der Paris-Lodron Universität Salzburg

eingereicht von

Hildegard Starlinger

9221334

Betreuer

Prof. Dr. Klaus Firlei

Salzburg, März 2006

INHALTSVERZEICHNIS

1. Einleitung 8
2. Begriffsbestimmungen 11
2.1. Die österreichische Theaterlandschaft 11
2.1.1. Die Theaterschaffenden Einrichtungen 11
2.1.2. Die Bühnenkünstler 14
2.1.3. Abgrenzungen 18
2.1.4. Begriffsdefinition 19
2.2. Das Arbeitsverhältnis - Allgemeine Darstellungen und Grundbegriffe 20
2.3. Atypische Arbeit - Normalarbeitsverhältnisse 21
2.4. Spezifikum Theater 24
3. Arbeitsrechtliche Grundlagen für die Beschäftigung darstellender Bühnenkünstler 29
3.1. Gesetze 29
3.1.1. Die unterschiedlichen Rechtsquellen 29
3.1.2. Geltungsbereich des Schauspielergesetzes 31
3.1.3. Besonderheiten des SchauspG im Vergleich zum allgemeinen Arbeitsrecht 35
3.2. Kollektivverträge 36
3.3. Betriebsvereinbarung 37
3.4. Einzelarbeitsvertrag 38
4. Die einzelnen Vertragstypen 40
4.1. Der (echte) Dienstvertrag 40
4.1.1. Bühnen(dienst)verträge: 41
4.2. Der freie Dienstvertrag 43
4.2.1. Freier Dienstvertrag im Theaterbereich: 44
4.3. Der Werkvertrag 45
4.3.1. Werkvertrag von Bühnenkünstlern 46
4.4. Verdrängung – Kombination – Ergänzung 47
4.5. Abgrenzungen Werk-, Dienst-, freier Dienst-, und Gesellschaftsvertrag 48
5. Ausgewählte Formen atypischer Arbeit 51
5.1. Befristete Arbeitsverhältnisse 51
5.1.1. Kettenarbeitsverträge und Branchenüblichkeit 53
5.1.2. Spielzeiten 54
5.2. Teilzeitarbeit 54
5.2.1. Zum Problem „Nebenbeschäftigung darstellender Bühnenkünstler“ 56
5.3. Mehrpersonenverhältnisse 57
5.3.1. Das mittelbare Arbeitsverhältnis 58
5.3.2. Der Dienstverschaffungsvertrag 60
5.3.2.1. Rechtsverhältnis: Mittelsperson -Arbeitsempfänger - Arbeitskräfte 60
5.3.2.2. Dienstverschaffungsverträge im Theaterbereich 62
5.3.3. Arbeitskräfteüberlassung 62
5.3.4. Gruppenarbeitsverhältnisse 67
5.3.4.1. Die Betriebsgruppe 69
5.3.4.2. Die Eigengruppe 70
5.3.4.3. Entgelt- und Leistungsproblem 74
5.3.4.4. Gruppenarbeitsverträge im Theater 76
5.3.5. Abgrenzungen zwischen den einzelnen Mehrpersonenverhältnissen 77
5.3.5.1. Dienstverschaffung und Gruppenarbeitsvertrag 77
5.3.5.2. Gruppenarbeitsvertrag und Arbeitskräfteüberlassung 78
5.3.5.3. Arbeitskräfteüberlassung und reine Dienstverschaffung 79

5.4. Atypische Arbeitszeiten 80
5.4.1. Das Job-Sharing 80
5.4.2. Arbeit auf Abruf 81
5.4.2.1. Ein Fall aus der Festspielpraxis 82
5.4.2.2. Lösungsansätze 82
6. Sozialrechtliche Fragen 84
6.1. Sozialversicherungsrechtliche Grundbegriffe 84
6.2. Sozialversicherungsrechtliche Rechtsquellen 85
6.3. Arbeitslosenversicherung (AlV) 85
6.4. Versicherungspflicht bei den verschiedenen Vertragstypen 86
6.4.1. Der Dienstvertrag 86
6.4.2. Der Freie Dienstvertrag 87
6.4.3. Neue Selbständige 88
6.4.4. Abgrenzungen 90
6.4.5. Der Künstler-Sozialversicherungsfond 90
6.4.6. Ansprüche aus dem IG-Netz 91
6.4.7. Problemstellungen 92
6.4.8. Geringfügige Beschäftigung 94
6.4.9. Unregelmäßige Beschäftigungsperioden 95
7. Scheinselbständigkeit 98
7.1. Abgrenzungskriterien 99
7.2. Scheinselbständigkeit im Theater? 101
8. Ausgewählte arbeitsrechtliche Probleme 103
8.1. Selbständigkeit und Unselbständigkeit 103
8.1.1. Flucht ins Gesellschaftsrecht 103
8.1.1.1. Lösungsansätze 105
8.1.2. Abgrenzungsprobleme zwischen Dienst- und Werkvertrag 107
8.1.2.1. Unterteilung der Beteiligten an einem Bühnewerk in drei Ebenen 108
8.1.2.2. Abgrenzung: Dienst-/ Werkvertrag im Theater 110
8.1.2.2.1. Dauerschuldverhältnis/Zielschuldverhältnis 110
8.1.2.2.2. Persönliche Abhängigkeit / Unabhängigkeit 111
8.2. „Das Märchen R“ - Ein Sachverhalt aus der Theaterpraxis 114
8.2.1. Das Innenverhältnis 117
8.2.1.1. Gesellschaftsvertrag 117
8.2.1.2. Arbeitsverhältnis 118
8.2.2. Das Außenverhältnis 121
8.2.2.1. Die Werkverträge 122
8.2.2.2. Der Kooperationsvertrag 123
8.2.2.3. Der Gastspielvertrag 124
8.3. Die Arbeitszeit darstellender Bühnenkünstler 126
8.3.1. Theaterspezifische Regelungen 126
8.3.2. Die Lage der Arbeitszeit 127
8.3.3. Das Ausmaß der Arbeitszeit 129
9. Schlussfolgerungen und Resümee 130

ABBILDUNGSVERZEICHNIS

Abb. 1 „Grauzone zwischen abhängiger und selbständiger Erwerbsarbeit“ 99
Quelle: adaptiert übernommen von
Mühlberger, Neue Formen der Beschäftigung, Arbeitsflexibilisierung
durch atypische Beschäftigung in Österreich (Wien 2000) 52

Abb. 2 „Die verschiedenen Ansätze zur Erfassung der Scheinselbständigkeit“ 100
Quelle: adaptiert übernommen von
Mühlberger, Neue Formen der Beschäftigung, Arbeitsflexibilisierung
durch atypische Beschäftigung in Österreich (Wien 2000) 53

Abb. 3 „Graphische Darstellung der Rechtsverhältnisse in einer Theaterproduktion“ 116

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Abs	Absatz
AG	Arbeitgeber/in
AK	Arbeiterkammer
AKM	Autoren Komponisten Musikverleger
AlV	Arbeitslosenversicherung
AlVG	Arbeitslosenversicherungsgesetz
AMS	Arbeitsmarktservice
AN	Arbeitnehmer/in
AngG	Angestelltengesetz
Anm	Anmerkung
Arb	Arbeitsrechtliche Sammlung
ArbG	Arbeitsgericht
ArbVG	Arbeitsverfassungsgesetz
ARD	ARD – Betriebsdienst
ARG	Arbeitsruhegesetz
Art	Artikel
ASchG	ArbeitnehmerInnenschutzgesetz
ASok	Arbeits- und Sozialrechtskartei
ASRÄG	Arbeits- und Sozialrechts- Änderungsgesetz
ASSG	Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz
ASVG	Allgemeines Sozialversicherungsgesetz
AÜG	Arbeitskräfteüberlassungsgesetz
AVRAG	Arbeits-Vertragsrechts Anpassungsgesetz
AZG	Arbeitszeitgesetz
BG	Bundesgesetz
BGBl	Bundesgesetzblatt
BGH	(deutscher) Bundesgerichtshof
BMS	Bundesministerium für soziale Verwaltung
BSG	(deutsches) Bundes Sozialgericht
bzw	beziehungsweise
dh	das heißt
Dipl.	Diplomarbeit
Diss.	Dissertation
DRdA	Das Recht der Arbeit
E	Entscheidung
ecolex	ecolex, Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
EGVG	Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen
EStG	Einkommenssteuergesetz
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EvBl	Evidenzblatt
ex lege	Kraft Gesetz
f	folgende
ff	fort folgende
FS	Festschrift
gem	gemäß
GesBR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts

GIUNF	Sammlung der zivilrechtlichen Entscheidungen des kk Obersten Gerichtshofes, Neue Folge
GKK	Gebietskrankenkasse
GKMfB	Gewerkschaft Kunst Medien freie Berufe
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GSVG	Gewerbliches Sozialversicherungsgesetz
GRURInt	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
hA	herrschende Auffassung
hM	herrschende Meinung
Hrsg	Herausgeber
idF	in der Fassung
idR	in der Regel
ieS	im engeren Sinn
IFES	Institut für empirische Sozialforschung
IGFT	Interessensgemeinschaft freie Theater
infas	Informationen aus dem Arbeits- und Sozialrecht
insb	insbesondere
iS	im Sinne
iSd	im Sinne des
iVm	in Verbindung mit
iwS	im weiteren Sinn
JBl	Juristische Blätter
JGS	Justizgesetzsammlung
Jud	Judikatur
KollV	Kollektivvertrag
KSVF	Künstler Sozialversicherungsfond
K-SVFG	Künstlersozialversicherungsfondgesetz
KUPF	Kulturplattform Oberösterreich
leg cit	legis citatae (des zitierten Gesetzes)
LG	Landesgericht
lit	Litera
LFK	Labour - Force Konzept
LUK	Lebensunterhaltskonzept
mAn	meiner Ansicht nach
mE	meines Erachtens
mEn	meiner Einschätzung nach
MR	Medien und Recht
mwN	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr	Nummer
NZ	Notariats-Zeitung
ÖBl	Österreichische Blätter für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht
ÖGB	Österreichischer Gewerkschaftsbund
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
OLG	Oberlandesgericht
ORF	Österreichischer Rundfunk
ÖStZ	Österreichisches statistisches Zentralamt
RdA	(deutsches) Recht der Arbeit

RdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft
RfR	Rundfunkrecht, Beilage zu ÖBl
Rsp	Rechtsprechung
RV	Regierungsvorlage
Rz	Rand Zahl
SchauspG	Schauspielergesetz
sog	so genannt, -e, -er, -es,
SozM	Sozialrechtliche Mitteilung der Arbeiterkammer Wien
StGG	Staatsgrundgesetz
SZ	Entscheidungen des obersten Gerichtshofes in Zivilsachen
ua	unter anderem
UFITA	Archiv für Urheber-, Film-, Funk-, und Theaterrecht
UNESCO	Unitad Nation Educational, Scientific and Cultural Organisation
URG	Urheberrechtsgesetz
UrhG	Urheberrechtsgesetz
usw	und so weiter
uU	unter Umständen
uva	und viele andere
v	von/vom
Verf	Verfasser
VerfGH	Verfassungsgerichtshof
vgl	vergleiche
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
WBl	Wirtschaftsrechtliche Blätter
Z	Ziffer
ZAS	Zeitschrift für Arbeitsrecht
zB	zum Beispiel
ZfA	(deutsche) Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Internationales Privat- und Europarecht
ZfS	Zeitschrift für Soziologie

Ein Volk, das seinem Theater nicht hilft und
es nicht fördert, ist, wenn nicht tot, so doch todkrank;
so auch das Theater,
das nicht den sozialen Pulsschlag der Geschichte aufnimmt, das Drama ihrer Menschen,.....
Vom bescheidensten bis zum hervorragendsten Theater
soll man das Wort **Kunst**
an die Zuschauerräume und Schauspielergarderoben schreiben;
geschieht das nicht,
wird man das Wort **Handel** anschreiben müssen
oder ein anderes, das ich nicht auszusprechen wage.....
Ich weiß, dass nicht der die Wahrheit zu eigen hat, der "heute, heute, heute" sagt
und dabei sein Brot direkt am Backofen isst,
sondern der, der mit heiterer Ruhe in der Ferne
das erste Leuchten des Tagesanbruchs auf den Feldern sieht.....

[*Federico Garcia Lorca,* Plauderei über Theater]

1. Einleitung

Kultur ist ein wertvolles Gut, das den Menschen in unbeschreiblicher Weise prägt. Einen wesentlichen Beitrag zur Erhaltung der kulturellen Eigenständigkeit Österreichs leistet die vielschichtige, sprühende und innovative Theaterszene.

Um eine Theaterproduktion erfolgreich zur Aufführung zu bringen, bedarf es nicht nur der künstlerischen, kreativen Arbeit der Künstler (Schauspieler, Regisseure, Kostüm-, und Bühnenbildner, Sänger usw). Ein riesiger Apparat an Organisation, Technik, Ausstattung usw ist notwendig, um eine ausgereifte Produktion in höchster Qualität bestaunen zu können. Zu leicht wird ob der vielen Komponenten der rechtliche Aspekt in den Hintergrund gestellt. Ich habe beobachtet, dass bei Künstlern die Abneigung und Scheu gegenüber rechtlichen Absicherungen und schriftlichen Verträgen geradezu symptomatisch ist. Die daraus resultierenden Folgen sind im Streitfall für den Einzelnen oft weit reichend, in manchen Fällen existentiell bedrohend.

Künstler befinden sich nach wie vor zu einem nicht unerheblichen Teil in einem arbeitsrechtlichen Graubereich, so der Tenor vieler Theaterschaffender. Während meiner nunmehr sechsjährigen Theatererfahrung als Schauspielerin hatte ich Einblick in unterschiedliche Theaterbetriebe mit vielfältigen Organisationsstrukturen. Ich gehe sogar soweit zu behaupten, dass die rechtlichen Rahmenbedingungen bzw deren Handhabung ebenso unterschiedlich sind, wie die gezeigten Bühnenwerke. Aus diesen Erfahrungen ist die Idee entstanden, die allgemein im Zunehmen begriffenen atypischen Beschäftigungsverhältnisse, den atypischen Beschäftigungsverhältnissen im Theaterbereich gegenüber zu stellen. Strukturen von freien Theaterunternehmen und Festspielstätten interessieren mich mehr als Bundes– und Landestheater, da erstere meiner Ansicht nach naturgemäß einen größeren Spagat zwischen starren Formen und freier Gestaltung machen müssen. Gerade hier sehe ich einen erhöhten Bedarf an flexibleren Organisationsstrukturen und modifizierten Formen der Arbeitsgestaltung, welche jedoch die Grenze zum Missbrauch von Arbeitnehmerschutz nicht überschreiten dürfen.

Zu Beginn kläre ich die Begriffe für die vorliegende Arbeit. Dazu bereite ich die Österreichische Theaterlandschaft auf und gebe einen Überblick über die verschiedenen theaterschaffenden Einrichtungen. Dann werde ich den Terminus Bühnenkünstler eingrenzen. Ich beschränke mich mit dieser Arbeit weitestgehend auf „Darsteller“, obwohl auch Personen hinter oder vor der Bühne von atypischen Arbeitsverhältnissen betroffen

sind. Weiters werde ich normale und atypische Arbeitsverhältnisse abgrenzen und auf das Spezifikum Theater eingehen.

Im **Kapitel Drei** finden sich die verschiedenen rechtlichen Grundlagen der Beschäftigung darstellender Bühnenkünstler. In diesem Abschnitt wird auch auf die Besonderheiten des Schauspielergesetzes und dessen Geltungsbereich eingegangen. Im Folgenden werden die einzelnen Vertragstypen allgemein den Verträgen im Theater gegenübergestellt und mittels Entscheidungen erläutert.

Im **Kapitel Fünf** beschäftige ich mich mit ausgewählten Formen atypischer Arbeitsverhältnisse, welche mAn im Theater häufig auftreten und spezifische Fragen aufwerfen. Ich untermauere diese Ausführungen mit Sachverhalten und Judikatur.

Auf Grund der praktischen Relevanz habe ich im Kapitel Sechs sozialversicherungsrechtliche Fragen aufgegriffen und gebe damit einen Einblick in die teilweise prekäre Situation der Beschäftigungsverhältnisse. Ein kurzer Abschnitt widmet sich anschließend der Scheinselbständigkeit und deren Folgen.

Von großer praktischer Bedeutung ist das **Kapitel Acht**, in welchem ich ausgewählte arbeitsrechtliche Probleme behandle. Die Auswahl der Themen ergibt sich vor allem durch meine Erfahrungen und primären Interessen. Ich werde an Hand einzelner Schachverhalte die oftmals unstrukturierte arbeitsrechtliche Situation praxisorientiert aufzeigen. Dabei gilt es vor Allem zu fragen: „Welche Diskrepanz herrscht zwischen der Gesetzeslage und der tatsächlichen Praxis?“ bzw „Welche Diskrepanz gibt es zwischen sozialrechtlichen und arbeitsrechtlichen Normen?“

Um mein Themengebiet auszuloten und einzugrenzen, habe ich Kontakt zu verschiedenen Interessensvertretungen[1] und Theaterleuten[2] aufgenommen. Besonders ergiebig war dabei der Austausch mit Frau *Stüwe-Eßl* von der IG- freie Theater Wien und Herrn Prof. Franz *Becke*. Es ist mir bei der Befragung mehr um das Aufzeigen von Problemen als um konkrete Lösungsvorschläge gegangen. Diese schriftlichen Befragungen finden sich im Anhang.

---

[1] Ich bedanke mich in diesem Zusammenhang besonders bei Frau *Stüwe-Eßl* von der IGFT/Wien, welche jederzeit für neue Fragen offen war, für die wertvolle Unterstützung, aber auch bei Herrn *Zuckerstätter*, GKMfB/Salzburg, welcher mich mit wichtiger Literatur versorgt hat, Hr. *Randisek*/IG-Kultur, welcher gesellschaftspolitische Hinweise geliefert hat, Fr. *Dr. Petter*/AK-Sbg, welche mit Fachwissen einzelne Themenbereiche klar strukturiert hat; Hr *Weis*/AK-Sbg, welcher Abgrenzungen geschaffen hat.

[2] Für die vielen wertvollen Hinweise und die Hilfestellungen bedanke ich mich bei Frau *Mag. Gratzer*, welche praktische Erfahrungen mit eingebracht hat, bei Fr. *Dr. Alton*, welche mir wertvolle Anlaufstellen und überdies kompetentes einschlägiges Fachwissen vermittelt hat; Fr. Mag. *Buttenhauser*, mit der ich die allgemein verständliche Darstellung einzelner Fälle diskutiert habe. Insbesondere aber bedanke ich mich bei Herrn *Prof. Becke* welcher nicht nur geduldig meinen Fragenkatalog beantwortet hat, sondern auch ein fachlicher Gradmesser war.

Mein Anliegen ist es, die Vielschichtigkeit und Komplexität der Konflikte und Probleme im Theaterbereich darzulegen und eine intensive Auseinandersetzung mit den rechtlichen Strukturen für darstellende Bühnenkünstler anzuregen. Kulturpolitische und gesellschafts-politische Aspekte möchte ich dabei nicht außer Acht lassen, da ich glaube, dass diese unmittelbar damit verschmolzen sind. Wenn diese Arbeit eine Erleichterung für theaterschaffende Menschen bringen kann, sich im Dschungel der Arbeitswelt zurecht zu finden, so habe ich eines meiner Ziele erreicht.

Ich verzichte in meiner Arbeit auf weibliche Formulierungen. Der Grund dafür ist lediglich die Einfachheit der Ausführungen. Ich möchte damit keinesfalls jemanden diskriminieren, sondern - im Gegenteil - die Wichtigkeit der Gleichstellung von Frau und Mann, gerade in der Arbeitswelt, hervorheben.

An alle, die mich so liebevoll unterstützt haben vielen herzlichen Dank. Insbesondere meinen Eltern, ohne deren finanzielle Unterstützung diese Arbeit schwer möglich gewesen wäre. Hrn. Prof. Dr. Firlei, welcher mich engagiert und behutsam durch die Vielschichtigkeiten meiner Arbeit geführt hat. Meinen Freunden, denn wo blieben der Humor und die Leichtigkeit bei der Arbeit. Vor allem aber meinem Freund, der mich stets ermutigt und feinfühlig durch die Höhen und Tiefen begleitet hat.

2. Begriffsbestimmungen

2.1. Die österreichische Theaterlandschaft

2.1.1. Die Theaterschaffenden Einrichtungen

In Österreich gibt es rund 90[3] verschiedene Theaterunternehmen mit fixer Spielstätte, welche unterschiedliche Rechtsträger und Organisationsformen aufweisen und bei allen quantitativen Unterschieden staatlich subventioniert sind.[4] Daneben gibt es verschiedene Bühnenkünstler, welche sich zu Ensembles zusammenschließen und entweder ständig oder projektbezogen und häufig ohne fixe Produktions- bzw Aufführungsstätte arbeiten. Das sind die sog. freien Theaterschaffenden. Sie stellen einen selbständigen organisatorischen und kulturellen Bereich innerhalb der darstellenden Kunst dar. *Harauer*[5] unterscheidet zwischen zwei Daseinsweisen freier Theaterschaffender: a) Personen, die in so genannten Freien Gruppen arbeiten und produzieren (= freie Theaterschaffende im engeren Sinn) und b) Personen, die an Klein – und Mittelbühnen arbeiten, ohne jedoch in einem geregelten Arbeitsverhältnis zu stehen (= freie Theaterschaffende im weiteren Sinn). Die freie Szene ist äußerst heterogen zusammengesetzt (ein gemeinsames Merkmal ist das niedrige Einkommen).[6] Nach Schätzung der IGFT (Interessensgemeinschaft freie Theaterarbeit)[7] arbeiten in Österreich rund 300 bis 400 professionelle Theater- und Tanzgruppen.[8] Die Angaben im Länderbericht erläutern auch die Verteilung der finanziellen Mittel auf die einzelnen theaterschaffenden Einrichtungen und die einzelnen Bundesländer. Im Katalog der freien Theater- und Tanzgruppen Österreichs[9], präsentieren sich rund 200 verschiedene

---

[3] *Genossenschaft deutscher Bühnenangehöriger* [Hrsg] Deutsches Bühnenjahrbuch (2005) 573 ff, die Aufzählung ist nicht taxativ, da die Meldung freiwillig ist.
[4] Österreich gilt, insbesondere was das Musiktheater betrifft, als das mit festen Häusern am besten versorgte europäische Land. *Statistik Austria,* Theater und Musik (2003) http://www.statistik.at/fachbereich_03/kultur_txt2_03.shtml 1 (4.1.2006)
[5] *Harauer,* Zur sozialen Lage der freien Theaterschaffenden in Österreich, Dipl. (1989) 3; eine Überprüfung dieser Begriffsbestimmung wäre mAn überlegenswert und sinnvoll.
[6] *Alton,* Künstlersozialversicherung in Österreich, Schwerpunkt Theater- und Filmschaffende, Diss. (1997) 52
[7] *Stüwe-Eßl,* Country reports – European off network - Austria , Professional independent performing art – financially still on the fringe http://www.freietheater.at/european_off/laenderberichte/austria.htm (25.12.05); Die Verein IGFT, dessen Tätigkeit nicht auf Gewinn gerichtet ist, bezweckt die Förderung der kulturpolitischen, sozialen, rechtlichen und beruflichen Interessen der in der freien Theaterarbeit tätigen Personen und Gruppen, ihrer Zusammenarbeit und Kommunikation.
[8] *Stüwe- Eßl,* Anhang A Rz 10
[9] *IGFT,* Katalog der freien Theater- und Tanzgruppen Österreichs[6] (2004) 2

Ensembles, 100 davon alleine in Wien. Der Katalog ist gewiss nicht flächendeckend[10], zeigt aber einen guten Einblick in die Vielfalt der Ensembles.

Die Mehrzahl der theaterschaffenden Einrichtungen ist in Form von Vereinen konstituiert, gefolgt von GmbHs (Gesellschaften mit beschränkter Haftung) und Fonds als Rechtsträger. Weiters gibt es natürliche Personen und GesBRs (Gesellschaften Bürgerlichen Rechts) als Rechtsträger, diese vor allem in der freien Theaterszene. Als Eigentümer fungieren auch Kammern, Gewerkschaften, Interessensvertretungen und Banken.[11]

- Einerseits gibt es die **Bundestheater** (Staatstheater), die ehemaligen Hoftheater, die 1918 dem Bundesministerium für Unterricht unterstellt und bis 1999 durch die Bundestheaterverwaltung geleitet wurden. Bundestheater sind, das Burgtheater (mit Akademietheater), die Staatsoper und die Volksoper. 1999 wurden diese drei Bundestheater in Gesellschaften mit beschränkter Haftung umgewandelt und in der Bundestheater-Holding GmbH. Zusammengefasst. Dazu kommt die Service-GmbH, zu der unter anderem die Werkstätten gehören. Bundestheater sind Ganzjahresbetriebe mit eigenem Ensemble.

- Weiters gibt es Bühnen der **Gebietskörperschaften** (Länder, Stadtgemeinden, Städte und Mischformen wie zB Stadt und Land). Dazu gehören zB das Salzburger-, Vorarlberger-, Linzer- und Tiroler Landestheater, das Schauspielhaus Graz, das Stadttheater Klagenfurt oder das Stadttheater St. Pölten. Das sind meist Ganzjahresbetriebe mit eigenem Ensemble, aber auch saisonal begrenzte Spielstätten oder reine Gastspielstätten ohne künstlerisches Ensemble gibt es. Insbesondere Landestheater haben auch den Auftrag, Gastspielorte im ganzen Land zu bespielen.

- **Festspielbetriebe** (Bund, Länder, Stadtgemeinden als Rechtsträger) sind zB die Bregenzer Festspiele, die Salzburger Festspiele, die Festspiele Mörbisch usw. Diese Unternehmen kennzeichnen sich dadurch, dass Aufführungen in den Sparten Oper, Schauspiel und/oder Konzert angeboten werden, die über einen komprimierten

[10] Eine Präsentation der Gruppe kostet für Mitglieder der IGFT ca. € 50 und ist freiwillig. Nicht alle freien Gruppen sind Mitglieder der IGFT und halten eine Präsentation für notwendig oder wichtig.
[11] Vgl auch *Rosenberger*, Ausgewählte Probleme aus dem Schauspielerrecht, Dipl. (1999) 3

Zeitraum (saisonal) veranstaltet werden. Einerseits kommen hier Eigenproduktionen (die Künstler werden für diese Zeit von den Festspielen engagiert) zur Aufführung, andererseits werden aber auch Fremdproduktionen (eine fertige Produktion samt den Künstlern wird für eine gewisse Anzahl von Aufführungen engagiert) angekauft.

- **Freie Theaterschaffende Einrichtungen mit einer fixen Spielstätte**: Dazu gehören beispielsweise das Schauspielhaus Salzburg, Das Phönix Linz, Das Theater Ensemble am Petersplatz Wien, Das Kosmos Bregenz usw. Diese unterscheiden sich voneinander, ob sie ein ganzjähriges Programm erstellen oder nur saisonal bzw stückbezogen Aufführungen veranstalten. Je nach Organisation werden Gastspiele abgehalten (= auch stabile Gruppen[12]).

- **Freie Theaterschaffende Einrichtungen ohne fixer Spielstätte:** Dazu gehören zB Das Theater Ecce Salzburg, Theater Unser Linz, Theater Fox Fire Wien. Einige Ensembles arbeiten ganzjährig zusammen, andere nur projektbezogen oder saisonal. Häufig sind diese Einrichtungen mit Tourneeveranstaltungen gekoppelt (= auch unstabile Gruppen[13]).

- **Eine Sonderform stellen die Tourneetheater dar.** Sie kennzeichnen sich dadurch, dass Aufführungen serienweise (ca. 1 – 10mal) an verschiedenen Gastspielorten durchgeführt werden. Meist verfügen diese Theater über einen fixen Sitz oder auch eine Produktionsstätte, von wo aus sie tätig werden.

Für die rechtliche Beurteilung von zentraler Bedeutung ist die Abgrenzung zwischen Theaterunternehmen und, wie ich diese nun nennen will, „theaterschaffenden Einrichtungen“. Theaterunternehmen im Sinne des § 1 Abs 2 Schauspielergesetzes (SchauspG)[14] sind jene theaterschaffenden Einrichtungen, die gewerbsmäßig Bühnenwerke aufführen. Begriffsmerkmale für die Gewerbsmäßigkeit eines Unternehmens müssen aus

[12] *Harauer* Zur sozialen Lage 4, Subventionsgeber unterscheiden nach stabilen und unstabilen Gruppen
[13] *Harauer* Zur sozialen Lage 4
[14] BGBl 1922/441 in *Mazal*, Arbeitsrecht, Kodex des Österreichischen Rechts[27](2005) 617 ff; *Kapfer/Bündsdorf*, Schauspielergesetz samt den einschlägigen arbeitsrechtlichen Vorschriften und der Rechtsprechung der staatlichen Gerichte und der Bühnenschiedsgerichte (1974); *Feil/Wennig*, Bühnenrecht, Kurzdarstellung für die Praxis (2001) 57 ff; *Manz*, Spezialthemen (2000) 662 ff

Lehre und Rechtsprechung entnommen werden. Dazu zählen: Wirtschaftliche Selbständigkeit des Theaterunternehmens, Regelmäßigkeit seiner Beschäftigung und Entgeltlichkeit der Tätigkeit (=Gewinnabsicht).[15] Der Begriff des Theaters wiederum wird im Gesetz als bekannt, historisch geworden und längst fest umschrieben vorausgesetzt.[16]

Ein Theaterunternehmer ist also, wer die Aufführung von szenischen Werken vor Publikum gewerbsmäßig betreibt.[17] Eine theaterschaffende Einrichtung führt Bühnenwerke vor Publikum auf, ohne das Tatbestandsmerkmal der Gewerbsmäßigkeit zu erfüllen.

2.1.2. Die Bühnenkünstler

Die vorliegende Arbeit soll sich größtenteils auf darstellende Bühnenkünstler (insbesondere Schauspieler, Tänzer, Sänger) beziehen. Künstler – das sind für weite Kreise der Bevölkerung exotische, komische und ausgeflippte Wesen, von denen man nicht recht weiß, was sie eigentlich arbeiten und wofür das gut sein soll.[18] Die darstellenden Künstler sind Mittler zwischen Werk und Publikum. Dem gesprochenen Wort stehen eine Vielzahl von Kommunikationsmittel wie Mimik, Pantomime, Musik, Geräusche, Bewegung, Ton- und Videoinstallationen, Akrobatik und Tanz gegenüber. Die einzelnen Kunstrichtungen (Kinder- und Jugendtheater, Clown-, Tanz-, Straßen-, Revue-, Bilder-, Fremdsprachen-, Musik-, Figuren-, Masken-, Puppen-, Erinnerungs-, Senioren-, Frauentheater, Kabarett usw gehen oft ineinander über. Nach dem Motto: „*Eine umfassende Betrachtung der Wirkung von Kulturinitiativenarbeit sollte Anstoß für eine neue Entwicklung geben*“[19], möchte ich einen Überblick über die quantitative und qualitative Situation der Bühnenkünstler geben.
Die Anzahl der in Österreich lebenden Künstlerinnen und Künstler anzugeben, ist ein schwieriges Unterfangen.[20] Laut *Statistik Austria*[21] arbeiteten 2004 rund 57 800

[15] Vgl dazu *Kapfer/Bündsdorf,* SchauspG (1974) 21 f § 1 Anm 23 und 24
[16] *Kapfer/Bündsdorf,* SchauspG (1974) 11 § 1, E 18 und 23
[17] Vgl *Schwarz,* Historische Entwicklung und aktueller Stand des Schauspielrechts, Band 17 (2005) 99
[18] *Schuster/Windischbauer/Thiel* [Hrsg] AK Sbg, Kultur und Arbeit, Handbuch für Kulturarbeit in Salzburger Betrieben (1986) 40
[19] *Lienhard*, „IM SOG“ oder „gegen den Strom“, Kulturinitiativen in einer ökonomisierten Umwelt (2004) http://www.kupf.at/down/imsog.pdf (28.12.2005), 3; Die Kulturplattform Oberösterreich (KUPF) wurde 1984 als Dachverband, Interessensvertretung und Netzwerk von Kulturinitiativen in Oberösterreich gegründet, mittlerweile sind 100 Kulturinitiativen aus den verschiedensten Bereichen der Zeitkultur in der KUPF versammelt. Ziel der KUPF ist die ständige Verbesserung der Rahmenbedingungen für freie Kulturarbeit.
[20] *Alton*, Grundsicherung für Künstler/innen, http://www.alton.at/juliane/texte/Grundsicherung (14.12.2005)

Erwerbstätige in Kulturberufen, was einem Anteil von 1,5% an allen Erwerbstätigen in Österreich entspricht. Am stärksten vertreten darunter sind „Schriftsteller, bildende und darstellende Künstler" mit gut 32 000 Erwerbstätigen. Die Anzahl des künstlerischen Personals an den Bundestheatern, Wiener Privattheatern, Vereinigten Bühnen Wien und österreichischen Länderbühnen und Stadttheatern (ohne Komparserie) beträgt 2773 Erwerbstätige. Davon sind 782 als Solisten und Ballettmitglieder beschäftigt (Stand: 2003).[22] Die Mitgliederzahl der IGFT freie Theater, die 2005 bei 1476 lag und ständig im Steigen begriffen ist[23], gibt einen Einblick in die Anzahl der frei arbeitenden Bühnenkünstler. Einen verlässlichen Wert können diese Zahlen jedoch nicht bieten, da einerseits keine Pflichtmitgliedschaft besteht, andererseits bei einer Person oft verschiedene Beschäftigungsverhältnisse vorliegen. Auch Kleinbühnen oder Tourneetheater sind nicht bzw nur über eine Mitgliedschaft bei der IGFT oder IG-Kultur erfasst. Zum anderen muss jene Unschärfe in Kauf genommen werden, gewisse Kategorien seien gar keine „Künstler", bestenfalls Kulturschaffende, Kulturproduzenten, oder sonst kulturell Tätige. Es geht hier nicht nur um ein rechtliches, sondern auch um ein soziologisches wie ästhetisches Problem.[24]

Um künftig verlässliche, quantitative Werte von Kunstschaffenden/Theaterschaffenden (insbesondere unter Einbeziehung der freien Szene!) in Österreich feststellen zu können, wage ich es, den überaus komplexen und niemals eindeutigen Begriff „Kunst" im Folgenden anhand verschiedener rechtlicher Bestimmungen zu erläutern.

Art 17a Staatsgrundgesetz (StGG)[25] normiert: „Das künstlerische Schaffen, die Vermittlung von Kunst sowie deren Lehre sind frei." Er verlangt die Anerkennung eines Werkes als Kunstwerk somit in möglichst großzügigem Sinne und es wird anzunehmen sein, dass er einen wahrhaftigen emotional-schöpferischen Ausdruck schützt.[26] Einen allgemein anerkannten Kunstbegriff gibt es nicht. Der Kunstbegriff ist nicht nur inhaltlich

---

[21] *Statistik Austria*, Beschäftigung im kulturellen Sektor, http://www.statistik.at/fachbereich_03/kultur_txt10_04.shtml (4.1.2006); *Statistik Austria*, Beschäftigung im kulturellen Sektor, Tabellen http://www.statistik.at/fachbereich_03/04_10_Beschaeftigung.pdf (4.1.2006)
[22] *Statistik Austria*, Theater und Musik, Tabellen (2003) http://www.statistik.at/fachbereich_03/03_06_Theater.pdf , T9 (4.1.2006)
[23] Vgl *IGFT [Hrsg]* Jahresbericht (2005) 2
[24] Vgl *Blaukopf/Schulz*, Landeskulturreferentenkonferenz der österreichischen Bundesländer [Hrsg] Künstler in Österreich (1984) 17
[25] Österreichisches Staatsgrundgesetz vom 21.12.1867 über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrat vertretenen Königreiche und Länder, *Mayer*, Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht, Kurzkommentar[3] (2002) 565
[26] Vgl *Mayer*, Bundes-Verfassungsrecht [3] (2002) 566

offen, sondern erfasst auch jegliche Kunstform. Der VerfGH war in seiner bisherigen Judikatur nicht vor die Notwendigkeit gestellt, den Kunstbegriff exakt zu definieren. Hingegen musste sich der OGH dieser Aufgabe wiederholt stellen.[27] In diesem Zusammenhang ist auf die Entscheidung des Obersten Gerichtshofes hinzuweisen, der dem Grundrecht auf Kunstfreiheit einen entsprechenden Platz einräumte.[28] Er äußerte sich auch zur Intention des Gesetzgebers: „Es war angestrebt, dem künstlerischen Schaffen und dessen Vermittlung in der Außenwelt, einen Freiraum zu schaffen, der gegen Eingriffe geschützt sein sollte. Bewusst wurde von einer Definition des Begriffes Kunst abgesehen, weil es einen anerkannten Kunstbegriff nicht gebe, die Garantie der Kunstfreiheit es aber auch dem Staat untersage zu bestimmen, was Kunst ist".[29] Eine künstlerische Tätigkeit dispensiert nicht schlechthin die Einhaltung des Art **VII EGVG**[30], doch haben die Behörden, die Tatsache, dass es sich um eine im Schutzbereich des Art 17 a StGG liegenden Tätigkeit handelt, abwägend zu berücksichtigen.

§ 1 SchauspG spricht von „künstlerischen Diensten" in einer oder mehreren Kunstgattungen (insbesondere als Darsteller, Spielleiter, Dramaturg, Kapellmeister, Musiker) für die Aufführung von Bühnenwerken. *Kapfer*[31] kommentiert künstlerische Dienste so, dass diese generell und abstrakt zu beurteilen sind und nicht danach, ob die tatsächlich erbrachte Leistung individuell und konkret als „künstlerisch" zu bewerten ist. Einschlägig dazu auch die Entscheidung des OGH[32], welche Tätigkeiten, die dem Ausführenden eine gewisse „schöpferische Persönlichkeitskräfte entfaltende Individualität" gestattet, als künstlerische Dienste bezeichnet.

§ 2 Abs 1 des **Künstler-Sozialversicherungsfondgesetzes (K- SVFG)**[33] bezeichnet Künstler im Sinne des Gesetzes jene, welche in den Bereichen der bildenden Kunst, der darstellenden Kunst, der Musik, der Literatur oder in einer ihrer zeitgenössischen Ausformungen (insbesondere Fotographie, Filmkunst, Multimediakunst, literarische

[27] Vgl *Mayer,* Bundes-Verfassungsrecht[3] (2002) 566
[28] OGH 1988/MR 1989, 15 – Kunstfreiheit mit Anmerkung von *Korn*
[29] Vgl dazu auch den sehr pointiert und mAn gut geschriebenen Aufsatz von *Hammer,* Die Kunst, Kunst zu klagen, 13.7.2003 http://igkultur.at/igkultur/service/1058092987 (27.12.05)
[30] BGBl. 1991/50 Das Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen (1991)
[31] *Kapfer/Bündsdorf,* SchauspG (1974) 8 § 1 Anm 9
[32] OGH 1993/DRdA 1994, 151 mit Anmerkung von *Schindler* mwN
[33] BGBl I 2001/131 idF BGBl I 2001/136; *Marhold,* Sozialversicherung[31], Kodex des Österreichischen Rechts (2005); vgl dazu auch die deutsche Rechtslage, Gesetz über die Sozialversicherung der selbständigen Künstler und Publizisten http://bundesrecht.juris.de/bundesrecht/ksvg/gesamt.pdf

Übersetzung, Tonkunst) auf Grund seiner künstlerischen Befähigung im Rahmen einer künstlerischen Tätigkeit Werke der Kunst schafft. Gem § 2 Abs 2 ist die künstlerische Befähigung jedenfalls nachgewiesen, wenn eine künstlerische Hochschulbildung erfolgreich absolviert wurde. Anderenfalls erstellt eine Künstlerkommission, welche nach Kurien (erste Kurie und Berufungskurie) eingeteilt ist[34] , nach Vorliegen eines Antrages des Künstlers und auf Verlangen der Geschäftsführung des Fonds ein Gutachten. In diesem wird der Sachverhalt bezüglich des Vorliegens der künstlerischen Befähigung, einer künstlerischen Tätigkeit oder das Schaffen von Werken festgestellt. Das Gutachten wird der Geschäftsführung des Fonds übermittelt, welche die Entscheidung trifft und gegebenenfalls zwischen der Entscheidung der ersten Kurie und Berufungskurie wählt.[35]

Das Werk wiederum ist durch das **Urheberrechtsgesetz (URG)**[36] und die einschlägigen gerichtlichen Begriffsbestimmungen erfasst. Gemäß § 1 Abs 1 URG sind Werke im Sinne des Gesetzes, eigentümliche geistige Schöpfungen auf den Gebieten der Literatur, der Tonkunst, der bildenden Künste und der Filmkunst. § 2 definiert Werke der Literatur näher und beschreibt diese als Sprachwerke aller Art einschließlich Computerprogrammen (Z 1), Bühnenwerke, deren Ausdrucksmittel Gebärden und andere Körperbewegungen (choreographische und pantomimische Werke) sind (Z 2)[37], Werke wissenschaftlicher oder belehrender Art, die in bildlichen Darstellungen in der Fläche oder im Raume bestehen, sofern sie nicht zu den Werken der bildenden Künste zählen (Z 3). *Dittrich*[38] schreibt in einem sehr ausführlichen Bericht über den Begriff des ausübenden Künstlers[39] „Für den

[34] Vgl § 11 K-SVFG, Es wird je eine Kurie für Literatur, Musik, bildende Kunst, darstellende Kunst, eine allgemeine Kurie für die zeitgenössische Ausformungen und eine Berufungskurie eingerichtet

[35] Eine positive Entscheidung hängt auch vom Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen ab. so *Schüssel*, in der Anfragebeantwortung vom 12.01.2004, bezüglich der parlamentarischen Anfrage vom 12.11.2003 von *Glawischnig* betreffend den KSVF, http://www.parlinkom.gv.at/pls/portal/docs/page/PG/DE/XXII/AB/AB_01071/FNAME_013914.PDF# (15.01.04) 5, Frage 53, 7 und 81

[36] *Schmidbauer*, Urheberrechtsgesetz, Bundesgesetz über das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Kunst und über verwandte Schutzrechte, StF: BGBl. Nr. 111/1936 idF. der URG-Novelle 2003, konsolidierte Fassung, http://www.internet4jurists.at/gesetze/bg_urhg2a.htm (27.12. 2005)

[37] Jeder, der ungenehmigt ein geschütztes Werk aufführt (aber auch der Veranstalter) kann, sofern ein adäquater Kausalzusammenhang besteht, in Anspruch genommen werden. OGH 1991/MR 1991, 195 – Kausalzusammenhang

[38] *Dittrich*, Überlegungen zum Begriff des ausübenden Künstlers, Teil II, RfR 2000, 13 ff (und Teil I RfR 2000, 1 ff) er gibt eine Überblick über die historische Entwicklung des ausübenden Künstlers in Europa und der USA, geht auf Mängel in der österreichischen Rechtsprechung ein und erläutert plastisch die einzelnen Rechtsmeinungen sowohl österreichischer als auch deutscher und schweizer Autoren.

[39] Das Römer Leistungsschutzabkommen (1961) BGBl 1973/413 (= internationales Abkommen zum Schutz des ausübenden Künstlers) versteht darunter die Schauspieler, Sänger, Musiker, Tänzer und anderen Personen, die Werke der Literatur oder der Kunst aufführen, singen, vortragen, vorlesen, spielen oder auf irgendeine Weise darbieten; Vgl auch *Dittrich*, Überlegungen zum Begriff des ausübenden Künstlers, Teil I,

Schutz maßgebend ist nicht die Zugehörigkeit zu einem bestimmten Berufsstand oder gar zu einer bestimmten sozialen Schicht, sondern die Art der Tätigkeit, die im Einzelfall zu dem zu schützenden Ergebnis menschlichen Schaffens, nämlich der Darbietung führt. Der Schutz des ausübenden Künstlers ist von der Höhe seiner künstlerischen Leistung unabhängig".[40]

Gem § 22 Z 1 Einkommenssteuergesetz (**EStG)**[41] fallen unter die Einkünfte aus selbständiger Arbeit Einkünfte aus einer freiberuflichen Tätigkeit. Zu diesen Einkünften gehören unter anderem Einkünfte aus künstlerischer Tätigkeit.[42] Als Künstler kann nur derjenige angesehen werden, der eine persönliche eigenschöpferische Tätigkeit in einem umfassenden (anerkannten) Kunstfach auf Grund künstlerischer Begabung entfaltet.[43] Ob eine selbständige Tätigkeit eines Darstellers als künstlerisch einzustufen ist, entscheidet also darüber ob er Einkünfte aus selbständiger Tätigkeit (§ 22 EStG) oder aus Gewerbebetrieb (§ 23 EStG) erzielt.[44]

2.1.3. Abgrenzungen

Gelegentlich ergeben sich Konflikte mit Personen, die nicht einschlägig dem künstlerischen Bereich angehören. Gemeint sind vor allem Techniker, Büroangestellte und Manager. Diese sind für den gemeinsamen Erfolg unabdingbar und müssen die Eigenheiten der Theaterwelt großteils mittragen. Da sie meist auf anderer gesetzlicher Basis arbeiten, werde ich diese Personengruppen aber in meiner Arbeit außer Acht lassen.

RfR 2000, 1; und die Homepage der AKM http://www.akm.co.at/index.php?content=%2Fwirueberuns%2Frechtlichegrundlagen%2Finternationale%2Findex.php (22.10.2006)

[40] Interessant auch die Definition der UNESCO[40] Ein Künstler.., jede Person..., die Kunstwerke schafft bzw durch ihre Interpretation zur Schaffung oder Neuschaffung beiträgt, die ihr künstlerisches schaffen als wesentliches Lebenselement betrachtet, die so zur Entfaltung der Kunst und der Kultur beiträgt und die als Künstler anerkannt wird oder werden möchte, gleich ob sie an ein Arbeitsverhältnis oder irgendeine Vereinigung gebunden ist oder nicht, und dass unter diese Definition die bildenden, die darstellenden Künstler und die Handwerker fallen."

[41] BGBl 1988/400

[42] Einschlägig dazu auch die Künstler- und Schriftsteller-Pauschalierungsverordnung, BGBl II 2000/417 = ÖStZ-BMF 2001/743

[43] VwGH 20.11.1989, 88/14/0211 – künstlerische Begabung; VwGH 1985/ARD-HB 1986, 280 = ARD 3704/10/85 – Dienstverhältnis im abgabenrechtlichen Sinn

[44] Vgl auch *Pernegger* in *Schwarz/Berger/Veigl/Pernegger*, Darstellende Berufe, Praxishandbuch (2005) 75

Auch Film- und Fernsehschauspieler werden im Folgenden nur am Rande behandelt, da diese nicht auf Grund des Schauspielergesetzes, sondern auf Grund des Angestelltengesetzes (AngG)[45] tätig sind.[46]

Unter Darsteller verstehe ich hier jene, welche auf Grund ihrer Stimme, ihrer Gebärden oder ihres Körperausdrucks „professionell künstlerisch" arbeiten. Davon abgegrenzt müssen va Amateur- und Laientheater- und Schultheatergruppen werden, welche in ihrer Freizeit, gelegentlich Aufführungen organisieren und durchführen. Gerade für den freien Theaterbereich ist diese Abgrenzung mAn sehr wichtig und muss auch in der Bevölkerung stärker verankert[47], aber auch innerhalb der Theaterszene zur Diskussion gestellt werden.

Häufig werden auch andere künstlerische Berufe (Dramaturgen, Regisseure, Kapellmeister, Lichtdesigner...) von bestimmten Regelungen betroffen sein. Eine genaue Abgrenzung möchte ich hier nicht vornehmen, verweise aber im gegebenen Fall auf einschlägige Entscheidungen.

2.1.4. Begriffsdefinition

Für die vorliegende Arbeit möchte ich wie folgt definieren:

Darstellende Bühnenkünstler arbeiten mittels ihrer Stimme, ihres Körpers und/oder ihrer Gebärden künstlerisch an Werken im Bereich der darstellenden Kunst, in einer theaterschaffenden Einrichtung und/oder bieten diese dar.

Dieser Begriff bezieht auch freie Theaterschaffende mit ein und ist insofern weiter gefasst als das SchauspG, grenzt aber den Personenkreis auf Darsteller ein und ist insofern enger als das SchauspG. Vor dem Hintergrund der praktischen Relevanz der freien Theaterschaffenden erachte ich diese Definition als nötig, um auch diesen Randbereich letztlich in eine längst fällige, arbeitsrechtliche Legalität zu führen.

---

[45] BGBl 1921/292, *Mazal*, Arbeitsrecht, Kodex[27](2005) 7 ff

[46] Die Regelungen des Angestelltengesetzes werden bei Filmschaffenden durch einen nicht auf Darsteller anwendbaren KollV ergänzt. Daher kommt der Vertragsgestaltung besondere Wichtigkeit zu. Näheres dazu in *Schwarz/Berger/Veigl/Pernegger*, Darstellende Berufe 20 und 58 ff

[47] Selbst ein Gewerkschafter der GKMfB, mit dem ich im Rahmen meiner Diplomarbeit gesprochen habe, meinte, als wir auf freie Theaterschaffende zu sprechen kamen, dass ja Schulaufführungen noch keine professionelle Theaterarbeit ist und somit keiner Gewerkschaftlichen Unterstützung bedürfen würde. Davon kann natürlich nicht die Rede sein.

2.2. Das Arbeitsverhältnis - Allgemeine Darstellungen und Grundbegriffe

Die gesetzlichen Vorgaben für das Dienstverhältnis vom Künstler zum Auftraggeber sind vielschichtig. Es ist von zentraler Bedeutung diese Beschäftigungs- und Vertragsverhältnisse voneinander abzugrenzen, da sich wesentliche arbeitsrechtliche, sozialversicherungsrechtliche und steuerrechtliche Folgen daran knüpfen.

Arbeitsrecht ist das Recht der **unselbständig Tätigen**[48], auch Sonderrecht der unselbständig Tätigen.[49] Die abhängige Stellung ergibt sich aus der Beziehung zum Arbeitgeber. Somit versteht man unter Arbeitsverhältnis das auf einen **Arbeitsvertrag** beruhende Rechtsverhältnis.[50] Es umfasst die Gesamtheit der Rechtsbeziehungen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber.[51] Grundsätzlich steht es den Vertragsparteien frei, welche Art von Vertrag sie für das Dienstverhältnis wählen. Dieselbe Tätigkeit kann auf Grund unterschiedlicher Vertragsgrundlagen erbracht werden. Das ist das zentrale Bekenntnis der **Privatautonomie**, welche in § 1 ABGB festgeschrieben ist.[52] Auch der Grundsatz der Formfreiheit gem § 883 ABGB ist auf Arbeitsverträge anzuwenden.[53]

Liegt jedoch kein Arbeitsvertrag[54] vor, haben die Vertragspartner die zahlreichen zwingenden Bestimmungen des Arbeitsrechtes (hier insbesondere das Schauspielergesetz) nicht zu beachten. Ohne gültigen Arbeitsvertrag sind zwar die Bestimmungen des Arbeitnehmerschutzrechtes (insbesondere des Arbeitszeitgesetz, Arbeitsruhegesetz) und des Betriebsverfassungsrechtes anwendbar, nicht aber das Arbeitsvertrags- und das

---

[48] *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht Band I:Individualarbeitsrecht[4] (Wien 1998) 1 vgl auch *Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht in Grundlagen [2] (2003) 8; *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht 1[4] (1999) 1 ff

[49] *Löschnigg*, Arbeitsrecht, Gesetze und Kommentare 129[10] (2003), 35; *Jud/Radner/Hauser*, Arbeitsrecht[2] (2000) 31 Rz 14; *Kritisch* dazu *Mayer-Maly/Marhold*, Österreichisches Arbeitsrecht Band I (1987) 1 f welcher konstatiert, dass Arbeitsrecht ebenso gut auch ein Sonderrecht der Arbeitgeber ist. Arbeitsrecht ist demnach das für die Rechtsbeziehungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern maßgebende Sonderrecht.

[50] Es ist nicht erst das durch Eintritt in den Erfüllungszustand (d.h. durch Aufnahme der Arbeit) zur Vollwirksamkeit gebrachte Rechtsverhältnis. *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I[4] (1998) 58

[51] Zum Arbeitsrecht gehören alle Normen, die für Arbeitsverhältnisse schlechthin (Arbeiter und Angestellte usw) gelten und das allgemeine Vertragsrecht wie das gesamte Rechtsgeschäftsrecht des ABGB. *Dittrich/Tades*,
ABGB[36] I (2003) § 1151 E 9g

[52] *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht, Band II [12] (2001) 12 f; Kein Dienstvertrag liegt dem Beschäftigungsverhältnis öffentlich- rechtlicher Bediensteter zugrunde. Pfeil in *Schwimann*, Praxiskommentar zum ABGB [2] (1997) § 1151 Rz 5

[53] *Dittrich/Tades*, ABGB[21] I (2005) 316

[54] Vgl zum Dienstvertrag *Dittrich/Tades*, ABGB[21] I (2005) 431

Kollektivvertragsrecht.[55] Bei einer nicht dem Arbeitsrecht unterliegenden Vertragsgestaltung sind nur die zivilrechtlichen Grundsätze, wie zB die Gute-Sitten-Regelung, zu beachten. Der Dienstnehmer hat keinen Anspruch auf Abfertigung, Urlaub, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und Kündigungsschutz gem § 105 ArbVG. **Aus arbeitsrechtlicher Sicht ist also die Entscheidung zwischen Dienstvertrag und anderen Vertragsverhältnissen entscheidend.**[56]

2.3. Atypische Arbeit - Normalarbeitsverhältnisse

Der Begriff atypische Arbeitsverhältnisse umfasst vielerlei Arten. Denn was ist „typisch"? Seit mehr als zwei Jahrzehnten sind international starke Veränderungen am Arbeitsmarkt und im Beschäftigungssystem zu erkennen.[57] Flexibilität steht dabei als Anforderung an prominenter Stelle.[58] Ohne Zweifel haben fundamentale Veränderungen wie die zunehmende „Globalisierung", „Tertiarisierung" und „Individualisierung die Flexibilitätsanforderungen sowohl an Arbeitsnachfrager als auch an Arbeitsanbieter jenseits konjunktureller Schwankungen deutlich erhöht.[59] *Firlei*[60] konstatiert, dass neben vielen anderen Ursachen auch der Zeitgeist extrem regulierungsfeindlich ist und meint auf starke regulative Interventionen des Staates verzichten zu können. Seit den siebziger bzw achtziger Jahren nimmt die Vielfalt der Formen abhängiger und selbständiger Erwerbstätigkeit auch in Österreich rasant zu.[61] Im Jahr 2004 waren 1,008 Millionen Menschen oder 27 % aller Erwerbstätigen atypisch beschäftigt. Besonders stark vertreten sind Frauen.[62] *Talos*[63] schreibt, dass atypische Beschäftigung ein unumkehrbarer Entwicklungstrend und kein mittelfristiger Konjunktureinbruch sei.[64] Seit ca. 1985 kommt

---

[55] Vgl *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht 1 [4] (1999) 202
[56] Vgl *Engelbrecht/Gruber/Risak*, Werkverträge & Atypische Dienstverträge (2002) 15 *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht 1[4] (1999) 1 ff
[57] Vgl *Tálos* [Hrsg] Atypische Beschäftigung, internationale Trends und sozialstaatliche Regelungen (Wien 1999), 7
[58] *Krenn*, Flexible Beschäftigte – ein neuer ArbeitnehmrInnentypus? WuG 1999, 71
[59] *Erlinghagen*, Entlassung und Beschäftigungssicherheit im Zeitverlauf, ZfS 2005, 147
[60] *Firlei*, Flucht aus dem Kollektivvertrag, DRdA 2001, 119 Soziale Schutzziele fordern aber seiner Ansicht nach Zentralisierung. DRdA 2001, 125
[61] Vgl *Buchinger/Grödl/Gschwandtner*, Atypische Beschäftigungsverhältnisse erfordern eine atypische Interessensvertretung (2001) 10; *Gstöttner-Hofer/Kaiser/Wall-Strasser/Greif* [Hrsg] Was ist morgen noch normal? (1997) 13: *Firlei*, DRdA 2001, 119
[62] *Salzburger Nachrichten*, Teilzeitarbeit nimmt stark zu (5.1.2006), 15
[63] Vgl *Tálos*, Atypische Beschäftigung 7 f und 278
[64] Zu den Beweggründen für Atypische Beschäftigung siehe *Holzinger*, Atypische Beschäftigung in Österreich (2001) 11 ff

es aber in atemberaubendem Tempo zu umstürzenden Veränderungen, die selbstverständlich auch das Kernstück des Wohlfahrtstaates, das Arbeits- und Sozialrecht, betreffen.[65]

Die **moderne Arbeitswelt** und die damit verbundene, oftmals notwendige, Flexibilität bezüglich Arbeitszeit, Arbeitsort, Risikotragung und anderen Arbeitsbedingungen, bedingen häufig ein „weg vom Normalarbeitsverhältnis“ und eine „scheinbare Verschmelzung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmerfunktion“.[66] Der Interessens-widerspruch zwischen diesen beiden Parteien ist jedoch immanent. Diese Diskrepanz führt auf Grund der unterschiedlichen Machtverhältnisse oft zu atypischen Arbeitsformen, zur Umgehung von Arbeitnehmerschutzmaßnahmen und häufig zur "Flucht aus dem Arbeitsrecht“.[67] In der Literatur wird auch von Destandardisierung[68] bzw Deregulierung am Arbeitsmarkt gesprochen. Parallel zur Flucht aus dem Arbeitsvertrag gibt es auch eine Auflösung von Ordnungsstrukturen des kollektiven Arbeitsrechts.[69]

Unter **Normalarbeitsverhältnis** versteht man in der Regel eine abhängige, vollzeitige und dauerhafte Beschäftigung mit geregelter Normalarbeitszeit, kontinuierlichem Entgelt und Bestandsgarantien wie etwa Kündigungstermine, -fristen und -schutz.[70] Weichen Arbeitsverhältnisse auch nur in einem der Merkmale ab, wird von atypischen Beschäftigungsverhältnissen gesprochen. Die Abweichungen können einzeln oder in Kombination auftreten.[71]

Zu den **atypischen Beschäftigungsverhältnissen** zählen befristete Arbeitsverhältnisse, Teilzeitarbeit und geringfügige Beschäftigung, Telearbeit, mittelbare Arbeitsverhältnisse wie Arbeitskräfteüberlassung, Gruppenarbeitsverhältnisse, kapazitätsorientierte Arbeit wie Job Sharing und Arbeit auf Abruf, sowie freie Dienstverträge und neue Formen der

---

[65] *Firlei*, DRdA 2001, 118
[66] Vgl im Detail *Holzinger*, Atypische Beschäftigung 9 ff
[67] Sehr ausführlich und praxisorientiert der Aufsatz von *Firlei*, Flucht aus dem Arbeitsrecht DRdA 1987, 271 ff
[68] Vgl zB *Gstöttner-Hofer/Kaiser/Wall-Strasser/Greif*, Was ist morgen noch normal? 15
[69] *Firlei*, DRdA 2001, 119
[70] Vgl dazu *Tálos*, Atypische Beschäftigung 252 ff, *Gstöttner-Hofer/Kaiser/Wall-Strasser/Greif*, Was ist morgen noch normal? 13ff, *Engelbrecht/Gruber/Risak*, Werkverträge 25; *Mühlberger*, Neue Formen der Beschäftigung, Arbeitsflexibilisierung durch atypische Beschäftigung in Österreich (2000) 1ff, *Walwei* in *Keller/Seifert*, Atypische Beschäftigung, Verbieten oder gestalten? (1995) 5f und 9f; *Hofer*, Arbeit ohne Schutz, Eine Analyse an Beispielen atypischer Beschäftigungsverhältnisse (2000) 15 f
[71] *Holzinger*, Atypische Beschäftigung 7

Selbständigkeit sowie Scheinselbständigkeit.[72] Neben den formalen Unterschieden weisen die meisten Formen atypischer Beschäftigung besondere Merkmale hinsichtlich ihrer Auswirkungen auf die existentielle und soziale Sicherheit der betroffenen AN auf.[73]
Flexibilisierung und atypische Beschäftigungsverhältnisse sind dann **positiv** zu bewerten, wenn sich die Handlungsspielräume aller Beteiligten erhöhen oder mit atypischer Beschäftigung bestimmte Funktionen für die (Wieder-)Eingliederung (unter Beibehaltung der bestehenden Qualifikationen) am Arbeitsmarkt erfüllt werden. Für viele soziale Gruppen bedeuten sie aber **Nachteile, Gefahren und Risiken.**[74] *Firlei*[75] unterscheidet daher zwischen Flucht bzw Deregulierung welche ein weg von der Stabilität des Normalarbeitsverhältnisses bedeutet und Flexibilisierung welche auch Reserven am Arbeitsmarkt erschließen kann.

Viele wählen atypische Beschäftigungen nicht freiwillig, so das 2002 von Arbeiterkammer und ÖGB durchgeführte Projekt „Flex Power".[76] Knapp 60 % der befragten Personen erklärten, durch die Arbeitsmarktsituation in diese Dienstform gezwungen worden zu sein. *Firlei*[77] konstatiert, dass „Flucht aus dem Arbeitsrecht" dort angesiedelt ist, wo es zu einer Einschränkung der Geltung arbeitsrechtlicher Schutzbestimmungen in Bereichen kommt, in denen sie – wegen der sozialen und ökonomischen Position des Beschäftigten, welche bisher fundamental und allgemein anerkannt war – eigentlich gelten sollten. Neben den Schutzgesichtspunkten - beispielsweise den Interessen der AG - spielen die „*Machbarkeit des Schutzes*" oder *Machtfaktoren* eine Rolle. Das ist vor dem Hintergrund, dass es bei atypischer Beschäftigung zu großen Arbeitszeit- und Einkommensschwankungen kommt, nur zu bejahen. Es geht um soziale Absicherung und wirtschaftliche Existenz. *Canaval*[78] schreibt aktuell: „Die rasanten Veränderungen der letzten Jahre haben freilich dazu geführt, dass das Atypische langsam typisch wird und schon bald so typisch sein wird wie Normalarbeitsverhältnisse, daher muss jeder Missbrauch verhindert werden." Das

[72] So in der überwiegenden Literatur, anders die Einteilung bei *Holzinger,* Sie unterteilt in fehlende Zeitkontinuität des Arbeitseinsatzes, geringes oder höheres Arbeitsstundenausmaß, ungewöhnliche Lage der Arbeitszeit, permanent außerbetrieblicher Arbeitseinsatz, Trennung von VertragspartnerIn und LeistungsnehmerIn oder fehlende sozialrechtlich (Ab)Sicherung) *Holzinger,* Atypische Beschäftigung 7
[73] So auch *Gstöttner-Hofer/Kaiser/Wall-Strasser/Greif,* Was ist morgen noch normal? *16*
[74] Vgl *Holzinger* Atypische Beschäftigung 6
[75] *Firlei*, Flucht aus dem Arbeitsrecht, DRdA 1987, 274
[76] Vgl *Laburda/Schönbauer*, Atypisch beschäftigt – typisch für die Zukunft der Arbeit? Flex Power, Umfrage der Arbeiterkammer und des ÖGB http://www.interesse.at/Content.Node2/dateien/flexpower.pdf ,
[77] Vgl *Firlei*, Flucht aus dem Arbeitsrecht, DRdA, 1987, 284 ff
[78] *Canaval*, Atypisches wird typisch, Salzburger Nachrichten (5.1.2006) 15

Normalarbeitsverhältnis darf aber auch nicht idealisiert werden und bedarf gewiss einer Weiterentwicklung.

Unterschieden wird auch zwischen atypischen und **prekären Arbeitsverhältnissen**. Atypische Beschäftigung kann (muss aber nicht) prekären Charakter haben.[79] Prekär bedeutet im wörtlichen Sinne »unsicher, misslich, schwierig, bedenklich«.[80] Es wird von prekären Arbeitsverhältnissen gesprochen wenn sie durch niedriges und nicht kontinuierliches Einkommen, unkalkulierbare Beschäftigungsdauer, ungenügenden sozialen Schutz, mangelnden Zugang zu betrieblicher Mitbestimmung bzw geringe Karrierechancen gekennzeichnet sind.[81] Zudem ist zu bemerken, dass die Rahmenbedingungen aus dem Blickwinkel der Interessensgemeinschaft oftmals anders erscheinen als aus der subjektiven Wahrnehmung.

2.4. Spezifikum Theater

„Künstlerinnen und Künstler stehen seit jeher ein **kleines Stück außerhalb der Gesellschaft** [Herv d Verf]. Dieser Status ist auch am Arbeits- und Erwerbsleben spürbar." So beschreibt *Alton*, in ihrem Aufsatz, „Grundsicherung für Künstler/innen"[82], die Situation der Kunstschaffenden in Österreich und untermauert dies mit historischen Daten. *Heidecker* schreibt treffend: Die **Arbeitsverhältnisse im Kunst- und Kulturbereich sind mehrheitlich atypisch** [Herv d Verf]. Nur wenige schaffen als KünstlerInnen den Aufstieg an die Spitze, und wieder sind es nicht die Frauen, denn auch hier gilt die berühmte „gläserne Decke". Besonders im Bereich der Kulturinitiativen sind die Grenzen zwischen Ehrenamt und Job fließend, letztendlich zeugen manche Arbeitsverhältnisse im Kulturbetrieb von individueller Verausgabung bis hin zur Selbstausbeutung.[83] Das Thema Gender Mainstreaming in Kulturinitiativen hat auch *Schobesberger*[84] aufgegriffen und

[79] *Walwei* in *Keller/Seifert*, Atypische Beschäftigung 22
[80] *Arbeitspapier des Frassanito-Netzwerks*, Prekär, Prekarisierung, Prekariat? http://euromayday.at/texte/frassanito.php (14.1.2006)
[81] Vgl *Gstöttner-Hofer/Kaiser/Wall-Strasser/Greif*, Was ist morgen noch normal? *17*
[82] *Alton*, Grundsicherung für Künstler/innen, http://www.alton.at/juliane/texte/Grundsicherung (14.12.2005)
[83] Sehr interessant der Aufsatz von *Heidecker*, (Frauen-) Freie Szene, Eine Analyse von Studien und Publikationen 12.8.2004 http://www.kupf.at/index.php?sid=775&icatid=145 (28.12.2005), 4
[84] *Schobesberger*, Sinn und Unsinn, von Gender Mainstreaming in Kulturinitiativen 10.8.2004 http://www.kupf.at/index.php?sid=773&icatid=145 (15.12.2005)

konstatiert, dass der Wille zur Gleichstellung vom Vorstand ausgehen muss. Auch *Becke*[85] meint, dass Spielplanbedingt Frauen nach wie vor etwas schlechter dran sind.
Heinze schreibt sehr pointiert zum Arbeitsrecht von Musikern: „Aber gleichwohl ist das Arbeitsrecht der Musiker mit den eigentümlichen Verästelungen ihres Arbeitsvertrags- und Tarifrechtes bis heute eher ein **geheimwissenschaftlicher Spezialfall** [Herv d Verf] als arbeitsrechtliche Normalität wie bei anderen Berufen“.[86]

Im Theaterbereich verschmelzen scheinbar die Interessen der AN und AG durch das **komplexe Zusammenwirken** beim Hinarbeiten auf einen gemeinsamen Erfolg. Es stellt sich die Frage, in wie weit es bei den Arbeitnehmern zu einer geänderten Interessenslage kommt, weil sie ein Mehr an Mitwirkung, Einfluss, Gewinnchancen, Freiheit, Dispositionsmöglichkeiten und Arbeitsanreicherung erreichen wollen. Typischerweise werden sich mehrere Personen zusammenschließen um eine Theateraufführung oder allgemeiner formuliert, ein künstlerisches Event vorzubereiten und zur Aufführung zu bringen. Gerade beim Hinzutreten einer dritten / vierten usw Person zu einem Arbeitsverhältnis entstehen Probleme, die im Folgenden konkretisiert werden. Auch die **Interessensvertretungen** stehen im Spannungsfeld von Mitglieder- und Unternehmerinteressen.[87] Sie müssen neue Formen erfinden sich zu organisieren um mit der Prekarität in Verbindung zu treten.[88]

Vor allem bei **jungen Kunstschaffenden** und in der „**freien Szene**“ sowie gelegentlich im Festspielbereich, kann man von „**latenten Gefahren**“ sprechen, welche die engagierten, nach oben strebenden, vor Spiellust strotzenden und oft krampfhaft und lange nach einem Engagement suchenden Künstler die rechtliche Lage nicht bedenken lassen. Sie stürzen sich in einen Arbeitsprozess, ohne über Bedingungen und Rechtsfolgen in Kenntnis gesetzt zu sein. Diese wichtige Information über den Schutz der Arbeitskraft ist mAn aber eine notwendige Voraussetzung für eine über eine einzige Produktion hinausgehende, langfristige Energie- und Ressourcenverteilung. Gerade in unserer schnelllebigen Zeit wird der Gedanke der „Langsamkeit in der Kunst“ für einen wirklich kreativen Prozess oft vergessen und das Endprodukt ist sowohl für die Kunstschaffenden als auch für den Arbeitgeber oder Finanzier ein unbefriedigendes. So erzeugt man „Shootingstars“, die den

[85] Becke, Anhang B Rz 50
[86] *Heinze*, Zum Arbeitsrecht der Musiker, NJW 1985, 2112
[87] Vgl *Hausegger*, Der Bühnendienstvertrag, Dipl. (1997) 23
[88] *Malmoe*, Von der Prekarität zum Präkariat, http://euromayday.at/texte/malmoe.php (10.1.2006)

künftigen und längerfristigen Anforderungen nicht gewachsen sind und beutet junge Kräfte aus. *Kramer* schreibt: „Wenn ich ehrlich bin, dient unser heutiges Sozialsystem der **Vernichtung des freien Geistes** [Herv d Verf], da gerade die Freien derzeit am ärgsten zur Kasse gebeten werden".[89]

Auch das Verhältnis unter den künstlerisch Tätigen, mit der meist sehr stark ausgeprägten **Individualität** und dem Streben nach neuen Formen und höherer Kunst, birgt nicht zu übersehende Probleme in sich, da ein kollektives Auftreten der einzelnen Mitglieder häufig als nicht künstlerisch angesehen wird und somit ein gemeinsamer Nenner, selbst im rechtlichen Bereich schwer zu finden ist. *Hodik*[90] meint, das besonders in der „freien" Kulturszene eine Abneigung gegen schriftliche Verträge herrscht, da diese – ideologisch – als Ausdruck des „Establishment" verstanden werden.

Dazu kommt die größtenteils unverhältnismäßig **schlechte finanzielle Situation** der theaterschaffenden Einrichtungen (insb der kleinen Betriebe) und in Folge der darstellenden Künstler. Nur wenig Außenstehende werden erkennen, dass Kunst **kaum lukrativ im Sinne der Wirtschaftsgesetze** sein kann. *Kuntz*[91] meint wiederum: „Theater machen ist wenig erträglich. „*Nebenbei irgendwie*" seine Existenz zu sichern, ist schwieriger geworden… „Wenn frau [sic] von der Kunst leben will, muss sie Künstlerin **und** Unternehmerin sein". Das Bundeskunstförderungsgesetz von 1988 ermöglicht die Förderung zeitgenössischer Kunst durch den Bund. Der Österreich Konvent[92] stellt dieser Fördermöglichkeit jedoch ein schlechtes Zeugnis aus und fordert ua eine stärkere Verpflichtung des Bundes und eine Neuverteilung der Kultur und Kunstkompetenzen und eine Verständigung der Gebietkörperschaften über gemeinsame Förderinteressen. *Muttonen*[93] hält in einer Ausschusssitzung des NR fest, dass die Kunst nur 0,8 Prozent der Gesamtausgaben des Bundes ausmache und das sei bedauernswert niedrig. *Zinggl* meinte anschließend, dass die aktuelle Subventionspolitik weder der Breite noch der Vielfalt der heimischen Kultur diene. Vielmehr würden Großveranstaltungen bevorzugt.

---

[89] So der sehr kritische Bericht des Theatermachers, Drehbuchautors und Regisseurs *Hubsi Kramer*. *Kramer*, Unser Sozialsystem würgt den freien Geist ab!, *DABEI 3/4 1999*, 5
[90] *Hodik*, Theater- und Konzertverträge, Rechtskunde für die Praxis (1995) 1
[91] *Kuntz*, Survival Kit –freie Theater[4] (2000) 11
[92] *Alton*, Österreich-Konvent, http://www.alton.at/juliane/texte/oesterreichkonvent (27.12.05)
[93] Ausschusssitzungen des NR, Kontroverse Debatte um die heimische Kunst 20.10.04 http://www.parlinkom.gv.at/portal/page?_pageid=908,718734&SUCHE=J&_dad=portal&_schema=PORTAL# (4.1.2006)

Im Unterschied zu den 70er Jahren, hat sich Kulturarbeit hinsichtlich des **Organisationsgrades und der Professionalisierung** bis heute stark differenziert. Kulturinitiativen sind Anbieter am Kulturmarkt, der sowohl von der Politik wie auch von der Wirtschaft reklamiert wird. Das hat sich auch in der Aufnahme der „Kultur" in die europäischen beschäftigungspolitischen Leitlinien 1999 niedergeschlagen.[94]

In einer Pressemitteilung[95] vom 19.4.2005 fordert der *Kulturrat*[96] Rechte auf soziale Absicherung für alle und konstatiert, dass die Arbeitssituation von – nicht nur! – Kunst- und Kulturschaffenden **prekär** ist.[97] Die soziale Lage von KünstlerInnen kennzeichnet sich, so der *Kulturrat*, durch erhöhte Wochenarbeitszeiten (größtenteils über 40 Stunden teilweise über 60 Stunden), mindestens zwei Beschäftigungsverhältnisse gleichzeitig, und dabei einem geringen monatlichen Durchschnittseinkommen (von unter 727 Euro).

Nicht nur den Akteuren auf der Bühne, sondern auch den Agenturen und theaterschaffenden Einrichtungen und vor allem auch der Politik, muss es daher ein Anliegen sein, einen Konsens zu finden, der beiden Seiten ein befriedigendes Ergebnis bietet. Wenn Österreich auch in Zukunft eine Vorreiterrolle in Sachen Kunst einnehmen will, muss ein Beschäftigungssystem entstehen, das einen Nährboden für kreatives Potential bietet. *Kuntz*[98] schreibt treffend, dass die **öffentliche Hand sehr viel tun muss** [Herv d Verf], damit die nächste Generation der freien Theatermacher ihr Theater nicht als Liebhaberei betreibt. **Bergbauern sind wichtig wie Freie Theater** – oder umgekehrt.

Ergänzend könnte man, so wie *Lienhard*[99] schreibt, feststellen: „Wurde die Kulturinitiative vor zwanzig Jahren noch als Gegenkultur zur „Kultur des Marktes" gesehen, taucht nun beispielsweise die These auf, dass gerade autonome Kulturinitiativen die Funktion der

---

[94] Vgl *Lienhard*, „IM SOG" oder „gegen den Strom", http://www.kupf.at/down/imsog.pdf (28.12.2005), 8
[95] *Kulturrat*, Pressemitteilung vom 19.4.2005 „Die Arbeitssituation von – nicht nur! – Kunst- und Kulturschaffenden ist prekär! http://kulturrat.at/agenda/sozialerechte/stellungnahmen/20050419 (24.11.2005) 1
[96] Der Kulturrat Österreich ist der Zusammenschluss der Interessenvertretungen von Kunst- und Kulturschaffenden. Er ist ein Sprachrohr für gemeinsame kulturpolitische Anliegen und Ziele und vertritt diese gegenüber Politik, Medien und Verwaltung. Der Kulturrat Österreich eröffnet und fördert kultur-, bildungs-, medien- und gesellschaftspolitische Debatten. 14 Interessenvertretungen und Berufsverbände von Kunst- und Kulturschaffenden sind Mitglieder http://www.kulturrat.at/ (31.1. 2006)
[97] Spannend auch der Aufsatz von *Griesser* zum Thema Prekarität grundsätzlich *Griesser im Auftrag des Kulturrat Österreich*, Grundlagentext 2005, Prekarität, http://kulturrat.at/agenda/sozialerechte/prekarisierung/begriff (12.12.2005)
[98] *Kuntz*, Survival Kit[4] 11
[99] *Lienhard*, „IM SOG" oder „gegen den Strom", http://www.kupf.at/down/imsog.pdf (28.12.2005) 3 f

Vorreiterrolle für die New Economy punkto Flexibilisierung und atypische Arbeitsverhältnisse [Herv d Verf] innehaben. Als hätten sich die Wirtschaftsbosse die Bereitschaft zur Mehrarbeit von den Kulturinitiativen abgeschaut“.

3. Arbeitsrechtliche Grundlagen für die Beschäftigung darstellender Bühnenkünstler

Betrachtet man die einzelnen Beschäftigungsverhältnisse darstellender (inkl. freischaffender) Bühnenkünstler steht man vor der oft heiklen Frage, welche arbeitsrechtlichen Bestimmungen zur Geltung kommen. Insbesondere muss festgestellt werden, ob das Schauspielergesetz, einzelne Kollektivverträge bzw Betriebsvereinbarungen zur Anwendung kommen. Dabei wird von einer Hierarchie (auch Stufenbau) der Rechtsnormen (1.Gesetz, 2.Kollektivvertrag, 3.Betriebsvereinbarung, 4.Einzeldienst-vertrag) von oben nach unten nach dem Günstigkeitsprinzip[100] ausgegangen. Das heißt, dass zB niemand durch einen Kollektivvertrag schlechter gestellt werden kann, als durch ein Gesetz usw[101]

3.1. Gesetze

3.1.1. Die unterschiedlichen Rechtsquellen

Für die arbeitsrechtliche Beurteilung der Beschäftigungsverhältnisse darstellender Bühnenkünstler - in ihrer Eigenschaft als Darsteller - an theaterschaffenden Einrichtungen sind vor allem folgende Rechtsquellen von Bedeutung:
Auf verfassungsrechtlicher Ebene ist vor allem Art 17 a **StGG** zu erwähnen, der die Freiheit der Kunst, die Vermittlung sowie deren Lehre festschreibt. Die Kunstfreiheit ist ohne Gesetzesvorbehalt gewährt, hat jedoch immanente Grundrechtsschranken. Der Gesetzgeber darf keine Regelungen treffen, die spezifisch intentional auf die Einengung der künstlerischen Freiheit gerichtet sind, er darf also künstlerische Bewegungen weder unterdrücken noch verordnen.[102] Das **SchauspG** regelt auf einfachgesetzlicher Ebene die sich aus dem Arbeitsvertrag ergebenden Pflichten der Vertragspartner und steckt damit den Rahmen für alle in Österreich geschlossenen Bühnendienstverträge ab. Es geht als „lex spezialis“ den allgemeinen Normen vor. Das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch (**ABGB)**[103] kommt zum Tragen, wenn das SchauspG nichts vorgibt, bzw wenn ein Vertrag nicht unter die Tatbestände des SchauspG subsumierbar ist. Neben dem gesatzten Recht, ist

[100] Vgl *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht 1^4 (1999) 202
[101] Eine übersichtliche Darstellung der Rechtsquellen findet sich bei *Schwarz*, Historische Entwicklung 86
[102] *Mayer*, Bundes-Verfassungsrecht^3 (2002) Art 17 a II 1, II 2
[103] Kaiserliches Patent vom 1. Juni 1811, JGS Nr. 946; *Mazal*, Arbeitsrecht, Kodex^{27}(2005) 27; *Dittrich/Tades*, ABGB^{21} I (2005) 1 ff

auch **Gewohnheitsrecht** im Sinne von § 10 ABGB maßgebend (= billige Bühnengewohnheit) sofern der Bühnendienstvertrag keine Regelung enthält (§ 50 SchauspG). Das Arbeitsverfassungsgesetz (**ArbVG**)[104] regelt die innerbetriebliche Vertretung der Dienstnehmer durch die Belegschaftsvertreter, deren Bestellungsmodus, Wahl und Organisation. Das Arbeitszeitgesetz (**AZG)**[105] ist im Unterschied zum Arbeitsruhegesetz (ARG)[106] auf Bühnendienstverträge anwendbar und bietet dem Arbeitnehmer Schutz vor übermäßiger Inanspruchnahme. Auch das Gesetz über die Beschäftigung von Kindern und Jugendlichen (**KJBG**)[107] wird auf Bühnendienstverträge angewendet. Gem § 3 Abs 4 Ausländerbeschäftigungsgesetz (**AuslBG**)[108] dürfen ausländische Bühnenkünstler einen bzw drei Tage ohne Beschäftigungsbewilligung arbeiten. Auch das Mutterschutzgesetz (**MSchG**)[109] und das Väterkarenzgesetz (**VKG**)[110] finden auf Bühnendienstverträge Anwendung. Weiters ist das Gleichbehandlungsgesetz (**GleichbG**)[111], welches als Ausfluss der Fürsorgepflicht gilt[112] auf Bühnendienstverträge anwendbar. Das Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz (**ASGG)**[113] ist für Rechtsstreitigkeiten in Arbeits- und Sozialrechtsangelegenheiten zuständig. Arbeitsrechtssachen sind die in § 50 Abs 1 ASSG genannten bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern. Lediglich die Einschränkung der Wirksamkeit einer Schiedsgerichtsvereinbarung (§ 9 Abs 2 ASSG) findet gem § 50 SchauspG auf Bühnendienstverträge keine Anwendung.[114] Das Bühnenschiedsgericht ist die traditionelle Form der Austragung von Streitigkeiten.[115] Abweichendes **Gemeinschaftsrecht** überlagert das österreichische Arbeitsrecht und geht insoweit innerstaatlichem Recht vor (= „Anwendungsvorrang“) und verdrängt es. Bloße Richtlinien binden allerdings nur die zur

[104] BGBl 1974/22
[105] BGBl 1969/461; *Mazal*, Arbeitsrecht, Kodex[27](2005) 703 ff ; *Grillberger*, Arbeitszeitgesetz, Band 8, *Floretta/Strasser* [Hrsg] (Wien 2001)
[106] BGBl 1983/144
[107] BGBl 1987/599
[108] BGBl 1975/218
[109] BGBl 1979/221
[110] BGBl 1989/651
[111] BGBl 2004/66
[112] Anders *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I[4] (1998) 339, welche das Gleichbehandlungsgebot nach dem Gesamtzweck des Arbeitsrechts beurteilen und demnach der Arbeitgeber die sich aus der Vereinzelung des Arbeitnehmers ergebende Schwäche nicht ausnützen darf und dem einzelnen nicht vorenthalten darf was er der Mehrheit zubilligen muss.
[113] BGBl 1985/104
[114] Interessant dazu der Artikel von *Hodik* der in Bezug auf die Regierungsvorlage „Bundesgesetz über die Sozialgerichtsbarkeit“ auf das falsche Verständnis des Beschäftigungsanspruches des Schauspielers und die Auswirkungen einer Beseitigung des Bühnenschiedsgerichtes hingewiesen hat *Hodik*, Auswirkungen des Entwurfes eines Sozialgesetzes auf das Bühnenrecht, ZAS 1983, 170
[115] zu den Vorteilen der Schiedsgerichtsbarkeit, weil dort Fachleute den Sachverhalt beurteilen vgl *Schwarz*, Historische Entwicklung 132 f und *Rosenberger*, Ausgewählte Probleme 57 ff

Ausführung berufenen Organe. Auf eine gemeinschaftskonforme Auslegung ist nach Möglichkeit zu achten.[116]

3.1.2. Geltungsbereich des Schauspielergesetzes

Durch das Schauspielergesetz (SchauspG) Bundesgesetz vom 13.7.1922, BGBl 1922/441 wurde ein Recht geschaffen, das der besonderen Art der Dienstleistung Rechnung tragen soll. Österreich ist das einzige Land der Welt, in dem die Regelungen des Bühnendienstvertrages gesetzlich verankert wurden.[117] Das Schauspielergesetz wurde seit seinem in Kraft treten nur achtmal novelliert[118] es gab jedoch zahlreiche indirekte Änderungen durch andere arbeitsrechtliche Gesetze die auf „Dienstverträge" einwirken und somit mittelbar auf die Auslegung des SchauspG Einfluss genommen haben.[119] Das SchauspG enthält zwingende (§ 45 SchauspG), als auch relativ zwingende Normen.
Das SchauspG gilt gem § 1 Abs 1

a) für **Dienstverhältnisse**
b) von Personen (**Bühnenmitglieder)**
c) die sich einem **Theaterunternehmer**
d) zur Leistung **künstlerischer Dienste** in einer oder mehreren **Kunstgattungen** (insbesondere als Darsteller, Spielleiter, Dramaturg, Kapellmeister, Musiker)
e) bei der **Aufführung** von **Bühnenwerken** verpflichten,
f) sofern das Dienstverhältnis die Erwerbstätigkeit **hauptsächlich in Anspruch** nimmt.

Ad a) Voraussetzung für die Anwendbarkeit des SchauspG ist ein **Arbeitsvertrag** nach §1151 ABGB[120]. § 50 SchauSpG normiert, dass soweit das Schauspielgesetz nichts anderes bestimmt, der Bühnendienstvertrag[121] nach billiger Bühnengewohnheit und in Ermangelung derer nach dem allgemeinen bürgerlichen Rechte zu beurteilen ist.

---

[116] Vgl *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I[4] (1998) 47
[117] Vgl *Hausegger*, Der Bühnendienstvertrag 2; *Schwarz/Berger/Veigl/Pernegger*, Darstellende Berufe 18
[118] BGBl 1958/108, BGBl 1962/462, BGBl 1972/234, BGBl 1978/304, BGBl 1993/502, BGBl 1994/624 , BGBl I 2000/44, BGBl I 2001/98
[119] zB ASRÄG BG 7.7.1976 / BGBl 390
[120] Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch/ Kaiserliches Patent vom 1.Juni, JGS Nr. 946, *Dittrich/Tades*, ABGB[21] I (2005); Vgl im deutschen Recht zum Normalvertrag- Solo vom 1. Mai 1924 bzw Normalvertrag-Chor und Normalvertrag – Tanz und Gastspielvertrag; *Hosak*, Gastverträge darstellender Bühnenkünstler, Ein Beitrag zur Abgrenzung von Arbeitnehmern und Selbständigen im Bühnenrecht (1996) 17
[121] Zur historischen Entwicklung des Bühnendienstvertrages *Hausegger*, Der Bühnendienstvertrag 3

Bühnengewohnheitsrecht im Sinne des § 50 SchauspG ist nur subsidiär, also nur dort in Betracht zu ziehen, wo der Bühnendienstvertrag keine Regelung enthält.[122] Das Angestelltengesetz (AngG)[123] findet auf Bühnendienstverträge keine subsidiäre Anwendung. Zu beachten ist § 45 Abs 1 SchauspG, welcher besagt, dass der Bühnendienstvertrag nicht ungültig wird, wenn einzelne seiner Bestimmungen nach dem Gesetz unwirksam sind und § 45 Abs 2, wonach die dem Mitglied auf Grund des Gesetzes zustehenden Rechte durch den Dienstvertrag weder aufgehoben noch beschränkt werden können.[124]

Ad b) Normadressaten sind **Bühnenmitglied**er: Welche Berufsgruppe wird aber als Mitglied bezeichnet? Das Gesetz zählt insbesondere Darsteller (Solisten), Spielleiter (heute eher Regisseur genannt), Dramaturgen, Kapellmeister und Musiker zu den Mitgliedern. Diese Aufzählung ist jedoch keinesfalls taxativ.[125] Für die aktuelle Praxis von Bedeutung sind vor allem auch Choreographen, Ballettmitglieder, der szenische Dienst, Bühnen- und Kostümbildner, Souffleure. Auch Komparsen und Statisterie sind erfasst. Sowohl ständige Mitglieder als auch Gäste zählen zu den Mitgliedern.[126] Der Grad der Ausbildung ist unerheblich. Die Erprobung und Aufführung von Bühnenwerken muss im Vordergrund stehen. Auch die Tätigkeit des Intendanten fällt in den Anwendungsbereich des SchauspG, sofern die künstlerische Komponente die rein administrativen und kommerziellen Aufgaben überwiegt.[127]

Ad c) **Theaterunternehmen** im Sinne des § 1 Abs. 2 SchauSpG ist, wer gewerbsmäßig Bühnenwerke aufführt. Bundes-, Landes- und Stadttheater gelten als Theaterunternehmen im Sinne dieses Gesetzes, auch wenn sie nicht gewerbemäßig betrieben werden. Der Gesetzgeber wollte damit offenbar klarstellen, dass solche von der öffentlichen Hand betriebenen Anstalten unter allen Umständen als Theaterunternehmen zu behandeln sind, auch wenn - was mit dem Verkauf von Eintrittskarten vereinbar ist - keine Absicht besteht,

[122] SON 1973/Arb 9087 Bühnengewohnheit
[123] BGBl 1921/292
[124] Näheres dazu in *Kapfer/Bündsdorf*, SchauspG (1974) 175 ff § 45 Anm 1 - 8
[125] Eingehend dazu *Schwarz* welche die einzelnen Berufsgruppen nicht nur auflistet sondern auch beschreibt *Schwarz*, Historische Entwicklung 83 ff, *Kapfer /Bündsdorf*, SchauspG, 12 f § 1 Anm 12 – 15; vgl auch *Hausegger*, Der Bühnendienstvertrag 28
[126] *Kapfer/Bündsdorf*, SchauspG (1974) 7 f § 1 Anm 7
[127] Vgl OGH 1993/DRdA 1994, 151 mit kritischer Anmerkung von *Schindler* mwN

einen wirtschaftlichen Vorteil aus dem Betrieb zu ziehen.[128] Zur Gewerbsmäßigkeit siehe oben unter 2.1.1.

Ad d) **Künstlerische Dienste** in einer **Kunstgattung**

Künstlerische Dienste müssen abstrakt beurteilt werden und keinesfalls ein Werturteil sein.[129] Die im § 1 SchauspG in Klammerausdruck angegebenen Dienste sind jedenfalls künstlerisch. Alle weiteren müssen im Einzelfall beurteilt werden. MAn ist der Begriff weit auszulegen. Der OGH[130] definierte jene Tätigkeiten als künstlerisch, die den Ausführenden eine gewisse „schöpferische Persönlichkeitskräfte entfaltende Individualität" gestatten. Das Gegenstück bilden die kaufmännischen, höheren nichtkaufmännischen Dienste und die Kanzleiarbeiten, diese Dienstverhältnisse unterliegen größtenteils dem AngG. Sonstige meist niedere Dienste, bzw technische Dienste[131] wie beispielsweise die Dienste von Garderobieren, Bühnenarbeitern, Bühnenportieren und Mitarbeitern der Ton- bzw Beleuchtungstechnik[132] werden nach § 1151 ABGB zu beurteilen sein.[133] Auch der Generalsekretär des Österreichischen Bundestheaterverbandes ist Träger künstlerischer Autonomie und fällt in dieser Funktion in den Anwendungsbereich des Schauspielergesetzes.[134] Was unter Kunstgattung zu verstehen ist, ist umstritten. Die Unterteilung der auf der Bühne möglichen Beschäftigungsformen ist eine mögliche Definition[135]. Besser wäre mAn „Die Unterteilung der **für** eine Bühne möglichen Beschäftigungsformen". Bei der Beurteilung wird in diesem Zusammenhang der Bühnengewohnheit ein besonderer Stellenwert zukommen und auf die Entwicklung der Kunstgattungen Bedacht zu nehmen sein.[136]

Ad e) Unter dem Begriff „**Aufführung"** ist ein Werk zu verstehen, das öffentlich zugänglich sein muss bzw einem begrenzten Besucherkreis eröffnet ist. Proben unter Ausschluss der Öffentlichkeit sind jedenfalls nicht erfasst.

---

[128] OGH 9.12.1997, 4 Ob 341/97v – Theaterunternehmen
[129] Vgl *Schwarz*, Historische Entwicklung 100
[130] OGH 1993/DRdA 1994, 151 mit Anmerkung von *Schindler*
[131] Vgl *Kapfer/Bündsdorf*, SchauspG (1974) 8 f § 1 Anm 9
[132] mAn sind hier nur Hilfskräfte gemeint, welche nicht mit Lichtdesigner und auch Ton- oder Beleuchtungsmeister verwechselt werden dürfen.
[133] Zu der Anwendbarkeit des SchauspG auf Dienste des technischen Direktors OGH 1969/ZAS 1970, 107 mit Kommentar von *Fischer*
[134] OGH 1993/DRdA 1994, 151 mit Anmerkung von *Schindler*
[135] *Kapfer/Bündsdorf*, SchauspG (1974) 9 f § 1 Anm 10
[136] Man denke etwa an eine Performance des Allroundkünstlers *Hubert Lepka*.

Bühnenwerk ist ein Begriff des Urheberrechts. Gem der §§ 1 und 2 Urheberrechtsgesetz (UrhG)[137] sind Werke der Literatur, deren Ausdrucksmittel Gebärden und andere Körperbewegungen sind.[138] Auch Werke der Tonkunst, soweit diese zur bühnenmäßigen szenischen Aufführung in einem Theater bestimmt sind, zählen zu den Bühnenwerken. Nicht jedoch konzertante Aufführungen oder akrobatische Aufführungen in einem Zirkus und Filmvorführungen.[139] Die Genres verschmelzen jedoch in der Theaterpraxis zunehmend, weshalb der Begriff mAn weit auszulegen ist und auf den Zweck der einzelnen Aufführung abzustellen ist. So auch der OGH[140]: Ein Bühnenwerk setzt voraus, dass durch Personen eine Handlung vorgeführt wird. Das Fehlen einer szenischen Ausstattung oder die Darbietung in einem nicht geschlossenen Theaterraum verhindert nicht die Anwendbarkeit des SchauspG. Auch eine Folge von Szenenbildern, wie etwa Revuen, Pantomimen, choreographische Darstellungen und dergleichen erfüllen diese Voraussetzungen, sofern eine geschlossene Ensembleleistung erzielt wird und Menschen durch Worte, Töne, Bewegungen oder Gebärden eine Dichtung verlebendigen [sic] und vor dem Publikum zur Schau bringen. Der literarische oder dramatische Wert der Aufführung ist belanglos.

Ad f) Bloße **Nebenbeschäftigung** reicht nicht aus. Laut ständiger Rsp[141] ist damit ein hauptberufliches Dienstverhältnis gemeint, das den **größten Teil der Arbeitstätigkeit beansprucht**, die ein vollbeschäftigter Dienstnehmer der betreffenden Kategorie normalerweise leistet (gleichgültig, welche Zeit tatsächlich aufgewendet wurde). Maßgebend ist also das **Verhältnis** des Aufwandes an Arbeitskraft zur **gesamten verfügbaren Arbeitskraft**. Vergleiche dazu auch unten 5.2.1.

Das Gesetz **findet keine Anwendung** auf Filmarbeiten, bzw selbständige Tätigkeiten von Theaterschaffenden, weshalb unter „Schauspielerrecht im engeren Sinn“ nur das Schauspielergesetz verstanden wird. Unter „Schauspielerrecht im weiteren Sinn“ versteht man alle Normen, die auf Arbeitsverhältnisse für Künstler angewendet werden.[142]

[137] BGBl 1936/111
[138] Vgl Das Römer Leistungsschutzabkommen (1961) BGBl 1973/413 (= internationales Abkommen zum Schutz des ausübenden Künstlers) eingehend dazu bereits oben unter 2.1.2.
[139] Vgl *Schwarz*, Historische Entwicklung 101; *Kapfer/Bündsdorf*, SchauspG (1974) 14 § 1 Anm 17
[140] OGH 1974/Arb 9230 Freilichtbühne
[141] Hauptsächliche Inanspruchnahme einer Tätigkeit wurde zB bei mehr als der halben Beschäftigung bejaht. *Kapfer/Bündsdorf*, SchauspG (1974) 18 § 1 E 40 – 45; OGH 1967/ Arb 8475
[142] Einschränkender dazu *Schwarz/Berger/Veigl/Pernegger*, Darstellende Berufe 18

3.1.3. Besonderheiten des SchauspG im Vergleich zum allgemeinen Arbeitsrecht

Das Arbeitsvertragsrecht der Bühnenkünstler stellt ein **Sondergebiet** innerhalb des Arbeitsrechtes dar.[143] Die zu erbringende Leistung eines Bühnenkünstlers lässt sich nicht exakt messen. Fast immer stehen sich höhere künstlerische Interessen und wirtschaftliche Interessen gegenüber.[144] Bei der Beurteilung der Normen für Bühnenkünstler ist sowohl der historische Kontext als auch die Kenntnis der Theaterpraxis nötig. *Schwarz*[145] konstatiert, dass die Eigenart der schauspielerischen Tätigkeit Niederschlag in der Organisation ihrer Umwelt finden muss, soll die Wahrung ihrer Rechte zweckentsprechend sein.
Besonderheiten im Vergleich zum allgemeinen Arbeitsrecht finden sich im SchauspG insbesondere hinsichtlich der Arbeitszeit (§ 20 SchauspG), dem Recht auf Beschäftigung (§ 21 SchauspG)[146], Schadenersatzansprüche bei Austritt und Entlassung (§ 40 SchauspG), Ende des Vertragsverhältnisses und Vertragsverlängerung (§ 29 SchauspG), Hauptsächliche Inanspruchnahme (§ 1 SchauspG), Vertragsstrafe (§ 27 SchauspG), Gastspielverträge (§ 52 SchauspG), Unzulässigkeit von Probearbeitsverhältnissen (§ 5 SchauspG), Rollenverweigerungsrecht (§ 22 SchauspG).[147] Diese Aufzählung ist jedoch nur überblicksartig, die Eigenheiten im Theaterbereich sind vielfältig und können nur schwer eingefangen werden. Eine Besonderheit ist gewiss auch dass das AngG auf Bühnendienstverträge keine Anwendung findet und dafür dem ABGB und dem Bühnenbrauch besonderer Bedeutungsgehalt zukommt.

Auf den ersten Blick scheint es so, als wäre das Arbeitsrecht der darstellenden Künstler durch das Schauspielergesetz umfangreich geregelt. Dabei verkennt man aber die tatsächliche Sachlage. Zum einen liegt die letzte kommentierte Ausgabe des SchauspG[148] mehr als dreißig Jahre zurück, zum anderen treten in den letzten Jahren darstellende Bühnenkünstler vermehrt als „neue Selbständige“ auf und passen in diesem Sinn nicht in

[143] Vgl auch *Schwarz*, Historische Entwicklung 15
[144] So auch eine 2003 durchgeführte Studie vom Institut für empirische Sozialforschung, welche von der Gewerkschaft Kunst, Medien, Sport, freie Berufe in Auftrag gegeben wurde. Sie beschreibt, dass sich Schauspieler im Spannungsfeld zwischen künstlerischer Bestimmung und materieller Existenznotwendigkeit bewegen. *Michenthaler* für das IFES, Der Schauspiel –Beruf im Wandel der Zeit, http://www.ifes.at/upload/1049396999_referat.pdf (16. Okt. 2005)
[145] *Schwarz*, Historische Entwicklung 15
[146] Der Gesetzgeber hat nur in Ausnahmefällen ein Recht auf Beschäftigung anerkannt *Tomandl/Schrammel*, Sachprobleme[5] (2004) 109
[147] Eingehend dazu *Rosenberger*, Ausgewählte Probleme 46 f
[148] *Kapfer/Bündsdorf*, SchauspG (1974); Nur Teile davon wurden von Schwarz aktualisiert, *Schwarz*, Historische Entwicklung

den Anwendungsbereich des SchauspG. Es entsteht eine Diskrepanz zwischen rechtlicher Lage und Praxis, sowie zwischen sozialrechtlichen und arbeitsrechtlichen Bestimmungen.

3.2. Kollektivverträge

Kollektivverträge sind schriftliche Vereinbarungen zwischen kollektivvertragsfähigen Körperschaften der Arbeitnehmer und der Arbeitgeber so § 2 Abs 1 Arbeitsverfassungsgesetz (ArbVG)[149]. KollV haben sowohl sozial- als auch wirtschaftspolitische Funktionen (automatischer Stabilisator, Friedensfunktion, Instrument der Lohnpolitik, usw) und dienen als Konkretisierungs- und Auslegungshilfe. Der räumliche Geltungsbereich grenzt jenes Gebiet ab, in dem der KollV zur Anwendung kommt, der fachliche Geltungsbereich erstreckt sich auf eine Berufssparte, der persönliche Geltungsbereich bezeichnet jene Gruppen von Arbeitnehmern, die vom KollV erfasst werden sollen.[150]
Zum Abschluss von KollV sind gesetzliche Interessensvertretungen der AG und AN ermächtigt, sofern sie die Voraussetzung der Gegnerunabhängigkeit erfüllen und die Regelung von Arbeitsbedingungen in ihren Aufgabenkreis fällt (§ 4 Abs 1 ArbVG).[151] Künstlervertretungen sind nach dem K-SVFG[152] für die Kurie der darstellenden Kunst in § 1 Z 4, für zeitgenössische Ausformungen der Kunst in § 1 Z 5 der Künstlerkommissionsverordnung[153] genannt. Seitens der AN wird der KollV durch die Sektion Bühnenangehörige, Gewerkschaft Kunst, Medien, freie Berufe[154] ausgehandelt.[155] Auf Seiten der Arbeitgeber sind freiwillige Verbindungen für die Aushandlung von Kollektivverträgen zuständig.[156] Mit dem Bundestheaterorganisationsgesetz (BThOG)[157] wurde ein Gesetz geschaffen, das die Bundestheater-Holding GmbH für zuständig erklärt,

[149] BGBl 1974/22
[150] Vgl *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I[4] (1998) 99 f*; Schwarz/Löschnigg,* Arbeitsrecht[10] (2003) 71f; *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht 1[4] (1999) 120
[151] Vgl *Feil/Wennig,* Bühnenrecht 36 Rz 49*; Schwarz/Löschnigg,* Arbeitsrecht[10] (2003) 75 f
[152] BGBl I 2000/131
[153] BGBl II 2001/42
[154] Gewerkschaft KMSfB http://www.kmsfb.at/
[155] Auch Vereine, sofern sie hinsichtlich ihrer Mitglieder- und Arbeitnehmerzahl sowie ihres Tätigkeitsumfanges eine maßgebende Bedeutung haben, können die Zuerkennung der Kollektivvertragsfähigkeit beim Bundes-einigungsamt beantragen. So zB die „Wiener Symphoniker", *Schwarz/Löschnigg,* Arbeitsrecht[10] (2003) 78
[156] *Schwarz,* Historische Entwicklung 91
[157] BGBl I 1998/108

für ihre Tochtergesellschaften KollV zu schließen (§ 11 BThOG).[158] Zu den Tochtergesellschaften gehören die Burgtheater GmbH, die Wiener Staatsoper GmbH, die Volksoper GmbH und die Theaterservice GmbH. Im Rahmen der Gesamtrechtnachfolge gem § 5 Abs 1 gelten alle bestehenden Kollektivverträge weiter. So etwa der für darstellende Bühnenkünstler geltende Bühnenkollektivvertrag.[159] Für die Bundesländer ist der Theatererhalterverband österreichischer Bundesländer und Städte zuständig.[160] Gehört ein Theater nicht der freiwilligen Verbindung an, gilt auch kein Kollektivvertrag im betreffenden Theater. Die Kollektivvertraglichen Mindeststandards wie zB Mindestlohntarif, Theaterbetriebsordnung usw kommen damit nicht zur Anwendung.[161]

3.3. Betriebsvereinbarung

Gem § 29 Arbeitsverfassungsgesetz[162] (ArbVG) können durch Betriebsvereinbarungen Regelungen getroffen werden, die durch Gesetz oder Kollektivvertrag den Betriebsvereinbarungen vorbehalten sind. Es handelt sich um schriftliche Vereinbarungen, die vom Betriebsinhaber (Intendant) einerseits und vom zuständigen Belegschaftsorgan[163] andererseits (Betriebsrat, Betriebsausschuss, usw) geschlossen werden.[164] In den oben beschriebenen Kollektivverträgen sind zB die Tochtergesellschaften zu ermächtigen, Betriebsvereinbarungen zu schließen.

Ihrer Funktion nach ist die Betriebsvereinbarung primär ein **Instrument der Mitbestimmung** im Betrieb.[165] Betriebsvereinbarungen werden grundsätzlich in notwendige, erzwingbare und fakultative Betriebsvereinbarungen gegliedert.[166] Betriebsvereinbarungen werden in einen normativen (schaffen objektives Recht) und

---

[158] Einen Überblick über die seit 1999 geschlossenen Kollektivverträge bietet *Springer*, Geschäftsbericht 2000, BT – Holding GmbH, http://www.bundestheater-holding.at/Content.Node2/holding/bilanzen2000-01.pdf (20.1.2006) 28 f
[159] Kollektivvertrag vom 1.7.1984 abgeschlossen zwischen dem Wiener Bühnenverein und der GKMfB
[160] Kollektivvertrag vom 10.4.1989; Eingehend zu den Kollektivverträgen der Theater und zur Schiedsgerichtsklausel in Kollektivverträgen, *Rosenberger*, Ausgewählte Probleme 4 f und 58 ff
[161] *Schwarz*, Historische Entwicklung 91
[162] BGBl 1974/22
[163] § 133 Abs 2 ArbVG sieht eine Reihe von Sonderbestimmungen für Theaterunternehmen im Sinne des § 1 SchauspG vor. Beschäftigt ein Theaterunternehmen mehr als 50 dem Schauspielergesetz unterliegenden Arbeitskräfte, so sind für diese Personen getrennte Betriebsräte des darstellenden und nicht darstellenden Personals zu wählen, wenn jede dieser Gruppen mindestens 20 Arbeitnehmer umfasst.
[164] Vgl *Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht [2] (2003) 49 Rz 164
[165] *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht[10] (2003) 103
[166] *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht[10] (2003) 105 ff

obligatorischen (schaffen Verpflichtungen zwischen den beiden vertragsschließenden Parteien) Inhalt eingeteilt. Sie sind innerhalb ihres Geltungsbereiches unmittelbar rechtsverbindlich.[167]

Gem § 26 SchauspG ist eine **Theaterbetriebsordnung** zu erlassen. Darunter ist eine Arbeitsordnung zu verstehen, welche detaillierte Ausführungsbestimmungen zu den, an der betreffenden Betriebstätte geltenden Dienststätte, regelt.[168] Diese sind aus dem speziellen Sicherheits- und Regelungsbedürfnis des Theaterorganismus entstanden. Es handelt sich um Ordnungsvorschriften, welche für alle Mitglieder (nicht nur für die Darsteller) gelten. Ihrer Rechtsnatur her sind es teilweise fakultative, teilweise erzwingbare und teilweise notwendige Betriebsvereinbarungen. Sie enthalten auch Themenbereiche, die durch Betriebsvereinbarungen nicht geregelt werden können.[169] Für die dem Wiener Theaterdirektorenverband (Bühnenverein) angehörigen Theater wurden ebenso wie für die Bundestheater und die Theater der Bundesländer und Städte im Rahmen der Kollektivverträge Betriebsordnungen erlassen. In kollektivvertragsfreien Theatern ist eine gesonderte Betriebsordnung ex lege zu erlassen.

3.4. Einzelarbeitsvertrag

Wie oben beschrieben, bestimmen die Vertragsparteien, welchen Inhalt ein (Arbeits-)vertrag hat (= Vertragsfreiheit). Die **Grenzen dieser Privatautonomie** liegen einerseits in der **Sittenwidrigkeitsklausel** § 879 ABGB[170], andererseits in der **Unmöglichkeit** (Natur der Sache) des § 878 ABGB. Nicht vereinbart werden kann also tatsächlich und rechtlich Unmögliches. Die Arbeitsverhältnisse sind dabei rechtlich nach deren faktischem Inhalt und nicht (nur) nach den im Vertragstext verwendeten Termini zu beurteilen.[171] Eine erst später eintretende Unmöglichkeit ist nur eine Leistungsstörung und wird nach der Sphärentheorie beurteilt.[172] Das vom ArbeitnehmerInnenschutzprinzip geprägte Arbeitsrecht enthält zahlreiche (idR relativ) zwingende Regeln. IdR führt deren Verletzung

[167] Vgl *Floretta/Spielbüchler/Strasser,* Arbeitsrecht I[4] (1998) 100 f
[168] *Kapfer/Bündsdorf,* SchauspG (1974) 115, § 26, Anm 1; anders *Feil /Wennig,* welche konstatieren, dass an die Stelle der Betriebsvereinbarung die Theaterbetriebsordnung getreten ist. *Feil/Wennig,* Bühnenrecht 35 Rz 48
[169] Eingehend dazu *Schwarz*, Historische Entwicklung 93 f
[170] Vgl *Dittrich/Tades,* ABGB[21] I (2005) 308 ff
[171] Die Überwälzung des Arbeitgeberrisikos auf den Arbeitnehmer ist vor allem in gravierenden Fällen sittenwidrig, die Gesamtheit der Umstände ist zu beurteilen.
[172] Vgl *Schwarz/Löschnigg,* Arbeitsrecht[10] (2003) 386, OGH 12.6.2001, 4 Ob 46/01w Sphärentheorie

lediglich zur Nichtigkeit der die Norm missachtenden Vertragsbestimmung.[173] Mögliche sittenwidrige Bestimmungen könnten beispielsweise der Verzicht auf zwingende zustehende ArbeitnehmerInnenansprüche[174], Kettenarbeitsverträge ohne sachlichen Rechtfertigungsgrund[175], Arbeitsvertragsänderungen zu Lasten Dritter[176] usw sein. Wegen Sittenwidrigkeit nichtig wurde beispielsweise ein Vertrag gem § 138 I BGB qualifiziert, welcher die filmische Darstellung von Geschlechtszenen zum Inhalt hatte.[177] *Krejci* konstatiert, dass Arbeitsverträge beispielsweise nichtig seien, sofern die Vorführung des Geschlechtsverkehrs auf einer Bühne Inhalt des Vertrages sei.[178]

Die **Auslegung** von Dienstverträgen erfolgt nach den Bestimmungen der § 914, § 863 und § 915 ABGB. Eine teleologische Auslegung wird man wie bei der Gesetzesauslegung als wichtigstes Ziel anstreben und in Einklang mit der Wortinterpretation bringen müssen.[179]

§ 914 ABGB gilt nicht nur für Verträge aller Rechtsgebiete des Privatrechts, sondern ua auch für die Auslegung von Kollektivverträgen und Betriebsvereinbarungen.[180] In zweiter Linie ist bisweilen die Verkehrssitte als ergänzende Vertragsauslegung heranzuziehen.[181] Vor dem Hintergrund der Besonderheit von Bühnendienstverträgen spielt der Bühnenbrauch eine besondere Rolle.

---

[173] *Krejci* in *Rummel*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch[3], Band I (2000) § 897 Rz 176
[174] *Krejci* in *Rummel*, ABGB[3] I (2000) § 897 Rz 181
[175] *Krejci* in *Rummel*, ABGB[3] I (2000) § 897 Rz 180 a
[176] *Krejci* in *Rummel*, ABGB[3] I (2000) § 897 Rz 183
[177] Vgl dazu OGH 18.11.1986, 14 Ob 192 – „Das französische Frühstück/Annabella"
[178] *Krejci* in *Rummel*, ABGB[3] I (2000) § 897 Rz 76 Dazu ist zu sagen, dass die zur Schaustellung von Genitalien, und die gegenseitige Berührung dieser, in der aktuellen Theaterpraxis häufig ist (zB Castorff, Kokain – Festspiele 2005). mAn muss die Grenze zwischen Pornographie und Kunst sensibel gezogen werden. Handelt es sich ausschließlich um pornographische Darstellung so wird wohl Sittenwidrigkeit anzunehmen sein, ist diese Szene jedoch unerlässlicher Bestandteil einer künstlerischen Gesamtkomposition, so wird wohl das künstlerische Element im Vordergrund stehen.
[179] *Löschnigg* eingehend zur Vertrauenstheorie *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht[10] (2003) 197
[180] Rummel in *Rummel*, ABGB[3] I (2000) § 914 Rz 1a f
[181] *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I[4] (1998) 104

4. Die einzelnen Vertragstypen

Kommt es zu einer künstlerischen Zusammenarbeit, stellt sich häufig die Frage welcher Vertragstypus heranzuziehen bzw anzuwenden ist. Ich möchte im Folgenden Abgrenzungen zwischen den einzelnen Vertragstypen ziehen, die Unterschiede aufzeigen und anhand theaterspezifischer Entscheidungen, die Rechtslage näher bringen.

4.1. Der (echte) Dienstvertrag

Unter einem Dienstvertrag im Sinne von § 1151 Abs 1 (1. Satz) iVm § 1153 ABGB[182] wird ein Vertragsverhältnis verstanden, mit dem sich ein Dienstnehmer,

- für **gewisse Zeit** (= **Dauerschuldverhältnis**: Es endet nicht mit der Leistungserbringung, sondern bedarf einer eigenen Beendigung wie Befristung, Kündigung, Entlassung bzw Austritt. Der Entgeltanspruch entsteht bereits wenn der Arbeitnehmer arbeitsbereit und arbeitsfähig ist.)
- in **persönliche Abhängigkeit**[183] (der Dienstnehmer kann über seine Arbeitskraft nicht mehr frei disponieren. Er ist also fremdbestimmt. Er ist weisungsgebunden und muss sich den betrieblichen Ordnungsvorschriften vor allem hinsichtlich Arbeitszeit, Arbeitsort und Arbeitsabfolge unterwerfen, nicht unbedingt der Art der Ausführung[184]; er verpflichtet sich zur persönlichen Leistungserbringung, hat also eine persönliche Dienstpflicht; hat disziplinäre Verantwortlichkeit und laufende Kontrolle des Dienstgebers, weiters sind die Verwendung der betrieblichen Mittel des Dienstgebers und das Tragen des wirtschaftlichen Risikos durch den Dienstgeber Merkmale für einen Dienstvertrag. Geschuldet wird ein „Wirken" nicht ein Werk[185]) [186]
- zu **Dienstleistungen** verpflichtet.[187]

---

[182] Vgl *Dittrich/Tades,* ABGB[21] I (2005*)* 429 f; *Schwimann,* ABGB [2] (1997) § 1153 Rz 1 ff
[183] Vgl *Krejci* in *Rummel,* ABGB[3] I (2000) § 1151 Rz 36 ff und § 1153 Rz 1 ff; *Dittrich/Tades, ABGB*[36] I (2003) § 1153 E 1 ff; *Schwimann,* ABGB [2] (1997) § 1151 Rz 13
[184] OGH 1981/Arb 9972 - journalistischer Arbeitnehmer
[185] *Firlei*, Ein langsamer Arbeitnehmer, DRdA 1979, 227
[186] Vgl auch OGH 1993/RdW 1993, 286 - Ersatz von Werbekosten durch den Arbeitnehmer; OGH 17.3.1999, 9 ObA 8/99p; OGH 5.7.2001, 8 ObA 163/01f; OGH 19.12.2002, 8 ObA 135/02i
[187] Vgl *Floretta/Spielbüchler/Strasser,* Arbeitsrecht I[4] (1998) 96 f und *Engelbrecht/Gruber/Risak,* Werkverträge 27ff

Der Arbeitsvertrag ist ein **zweiseitiger Vertrag** der durch Willensübereinstimmung zustande kommt. Damit ein Vertrag wirksam zustande kommt, müssen gewisse Voraussetzungen gem § 861 ff ABGB erfüllt werden.[188] Hervorzuheben ist dabei die Besonderheit, dass gem § 3 SchauspG der Abschluss von Bühnendienstverträgen mit Minderjährigen unter 18 Jahren an die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters gebunden ist. Normalerweise ist der Vertrag an **keine Form** gebunden.[189] Er kann nicht nur schriftlich sondern auch mündlich bzw auch durch schlüssige Handlung (indem jemand Arbeitsleistung für einen anderen erbringt und dieser die Handlung annimmt) gem § 863 ABGB zustande kommen.[190] Gem § 2 Abs 1 Arbeitsvertragsrechts- Anpassungsgesetz (AVRAG)[191] muss dem Dienstnehmer aber auf sein Verlangen, wenn nicht ein vollständiger Dienstvertrag, so doch ein Dienstzettel[192] ausgefolgt werden.[193]

Nicht nur *Stegmüller*[194] schreibt, dass die **Vorteile** des Dienstvertrages für die AN auf der Hand liegen: Anwendbarkeit von Arbeitszeitrecht, Kollektivvertragsrecht, Schauspielergesetz, Entgeltfortzahlungsgesetz, Arbeitsruhegesetz, Urlaubsrecht, Anspruch auf Mindestlohn, Kündigungs- und Entlassungsschutz, Arbeitslosenversicherung, Abfertigung um nur einige zu nennen.[195]

4.1.1. Bühnen(dienst)verträge:

Laut herrschender Meinung und Rechtsprechung ist § 1 SchauspG nur anzuwenden wenn ein Dienstvertrag (Bühnendienstvertrag) vorliegt.[196] Ob ein Bühnendienstvertrag vorliegt, hängt davon ab, ob durch den Vertrag ein Dienstverhältnis begründet wurde. Der wesentliche Unterschied zwischen Werkvertrag und Dienstvertrag liegt darin, dass bei ersterem das Merkmal der **persönlichen Abhängigkeit** fehlt.[197]

---

[188] Näheres dazu in *Jabornegg/Resch/Strasser,* Österreichisches Arbeitsrecht[2] (Wien 2005) 29 ff
[189] Vgl *Floretta/Spielbüchler/Strasser,* Arbeitsrecht I[4] (1998) 98, *Schwarz/Löschnigg,* Arbeitsrecht[10] (2003) 194
[190] Vgl *Schmidjell,* AK [Hrsg] Arbeitnehmerrechte (2005) 8
[191] BGBl 1993/459
[192] näheres zum Dienstzettel in *Jabornegg/Resch/Strasser,* Arbeitsrecht[2] (2005) 31 Rz 174 ff
[193] Ein Muster für einen Dienstzettel findet sich bei *Hodik*, Theater- und Konzertverträge 102
[194] *Stegmüller,* Atypische – die Unterscheidung, DABEI / GKMfB 1999, Nr. ¾, 4
[195] Vgl auch *Tomandl/Schrammel,* Arbeitsrecht 1[4] (1999) 202
[196] Vgl *Kapfer/Bündsdorf,* SchauspG (1974) 5 § 1 Anm 5
[197] Vgl dazu OGH 1981/Arb 10.060 – persönliche Abhängigkeit eines Regisseurs

Auch wenn sich ein Vertrag nur auf ein **Bühnenstück** bezieht, also auf eine nicht bloß zeitbezogene, sondern auf eine auch erfolgsbezogene Leistung, überwiegen jedoch die Merkmale der persönlichen Abhängigkeit zeitmäßig, wie etwa die Verpflichtung zur Mitwirkung an Proben und Vorstellungen, die Eingliederung in den Theaterbetrieb und das Weisungs- und Kontrollrecht des Theaterunternehmers und die Tragung des wirtschaftlichen Risikos durch den Theaterunternehmer, ist der Vertrag als Dienstvertrag zu qualifizieren. Der rechtliche Charakter des Vertrages ist in seiner Gesamtheit und nach dem Schwergewicht des Vertragsinhaltes zu beurteilen.[198]

Schauspieler und Tänzer sind aufgrund der persönlichen Arbeitsverpflichtung und der Gebundenheit an Zeitvorgaben (Proben, Aufführungen,...) in der Regel Arbeitnehmer auf Grund eines Dienstvertrages. Ein Schauspieler, der sich in einem Stückvertrag für eine Theaterproduktion verpflichtet hat, Schauspielleistungen zu bestimmten Zeiten und an einem bestimmten Ort, zu erbringen, beim Kulissenschieben und Abtransport zu helfen sowie die Arbeit persönlich zu erbringen und der in den Betrieb des Arbeitgebers organisatorisch eingegliedert ist, steht in persönlicher Abhängigkeit, weshalb der Vertrag als Dienstvertrag zu qualifizieren ist, eine Weisungsgebundenheit ist hierbei nicht notwendig.[199] Hat ein **Regisseur**, welcher sich mit einem „**Gastspielvertrag“** verpflichtet hat, zwar das Konzept der Inszenierung aus eigenem vorgegeben, muss er sich jedoch an die organisatorischen Bedingungen des Theaters halten, sich des von der Intendanz beigestellten Personals und Schauspieler bedienen und ist organisatorisch in den Theaterbetrieb eingegliedert und hat seine Leistungen mit Mitteln des Theaters zu erbringen und ist er überdies für diese Probenzeit nur für dieses Theater tätig, so ist von einem Dienstverhältnis auszugehen.[200]

Auch die Verpflichtung einer **Theatertruppe** für einen Theaterbetrieb auf eine bestimmte Spielzeit und gegen ein bestimmtes Gesamthonorar ist Dienstvertrag, nicht Werkvertrag.[201]

Verpflichtet sich ein **Schauspieler** in der Weise, dass er zur Kenntnis nahm, für eine bestimmte Rolle in einer bestimmten Theateraufführung, die an neun bestimmten Tagen zu bestimmten Tageszeiten stattfinden sollte, engagiert worden zu sein und garantierte der

[198] Vgl OGH 1979/Arb 9845 – Faust I = DRdA 1982, 207 ff, mit Besprechung von *Rabowsky*, Nichtzahlung von Reisekosten als Austrittsgrund?
[199] ASG Wien 2000/ARD 5139/10/2000 – Hauptsächliche Inanspruchnahme
[200] Vgl OGH 1990/infas 1991, A87, 79 – Gastspielvertrag
[201] OGH 1948/Arb 4995, 134 – Theatertruppe; Weitere Nennungen und Abgrenzungskriterien bei *Feil/Wennig*, Bühnenrecht 9 ff, Rz 2

Arbeitgeber einen pauschalen Geldbetrag für Proben und Aufführungen so ergibt sich für den Schauspieler kein Unternehmenswagnis, er ist vielmehr in den Organismus des Theaters eingegliedert, weshalb ein **Dienstverhältnis im abgabenrechtlichen Sinn** vorlag.[202]

Von einem Normalarbeitsverhältnis darstellender Bühnenkünstler kann somit dann gesprochen werden, wenn jemand als Mitglied im Sinne des Schauspielgesetzes, bei einem Theaterunternehmen, mittels Bühnendienstvertrag künstlerisch tätig ist, und diese Tätigkeit seine Arbeitskraft hauptsächlich in Anspruch nimmt.

4.2. Der freie Dienstvertrag

Der freie Dienstvertrag ist gesetzlich nicht geregelt. Er ist Ergebnis der Vertragsfreiheit, so wie die zahlreichen weiteren atypischen Vertragsverhältnisse.[203] Man versteht darunter ein Vertragsverhältnis, mit dem sich jemand

- in **persönlicher Unabhängigkeit** (Er kann den Ablauf seiner Arbeit selbst regeln und ändern und die Arbeitszeit frei einteilen, hat keine Anwesenheitspflicht, kann sich beliebig vertreten lassen, kann seinen Urlaub selbst bestimmen und ist nicht in den Betrieb eingebunden; zu unterscheiden ist jedoch eine Bindung an Bedingungen, die sich aus der „Natur der Sache“ ergeben.)[204]
- für **gewisse Zeit** (= Dauerschuldverhältnis; das Entgelt steht schon dann zu, wenn der Dienstnehmer arbeitsfähig und arbeitsbereit ist)
- zu **Dienstleistungen verpflichtet.**[205]

Wo die Dienste in der Mehrzahl aus, bloß gattungsmäßig bestimmten Leistungen bestehen, kann man zwar iwS von Dienstvertrag sprechen, doch liegt mangels persönlicher

[202] Vgl Zum Dienstverhältnis im abgabenrechtlichen Sinn VwGH 1985/ARD-HB 1986, 280 =ARD 3704/10/85
[203] *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I[4] (1998) 54, *Schwimann*, ABGB [2] (1997) § 1151 Rz 32
[204] Vgl auch *Pfeil* in *Schwimann*, ABGB [2] (1997) § 1151 Rz 31 f; *Dittrich/Tades*, *ABGB*[36] I (2003) § 1151 E 91 f; Krejci in *Rummel*, ABGB[3] I (2000) § 1151 Rz 83
[205] OGH 7.3.2002, 8 ObA 228/01i - Dienstvertrag/freier Dienstvertrag; OGH 1981/Arb 9972 - journalistischer Arbeitnehmer

Abhängigkeit ein freier Dienstvertrag vor.[206] Die wirtschaftliche Abhängigkeit für sich allein steht der Annahme eines freien Dienstverhältnisses ebenso wenig entgegen wie die Verpflichtung zur regelmäßigen dauernden Dienstleistung[207] Bei wirtschaftlicher Abhängigkeit kommt jedoch die Ähnlichkeit mit Arbeitnehmern in Betracht.[208]

Das Arbeitsrecht kommt grundsätzlich für freie Dienstverhältnisse nicht in Betracht, nach ständiger Judikatur sind jedoch jene **arbeitsrechtlichen Normen** (insbesondere das 26. Hauptstück des ABGB), die nicht vom persönlichen Abhängigkeitsverhältnis des Arbeitsnehmer ausgehen und den sozial Schwächeren schützen sollen, auf den „freien Dienstvertrag“ **analog anwendbar**[209] Die Anwendbarkeit bestimmter arbeitsrechtlicher Vorschriften kann auch vereinbart werden.

Arbeitnehmerähnliche Personen nennt man dienstpflichtige Personen die nicht in persönlicher, wohl aber in wirtschaftlicher Abhängigkeit tätig sind. Sie schließen idR freie Dienstverträge. Die wirtschaftliche Abhängigkeit steht aber der Annahme eines freien Dienstvertrages nicht entgegen.[210] Der freie Dienstvertrag wird im Arbeitsrecht lediglich im Zusammenhang mit § 1164 a ABGB, welcher die Dienstzettelpflicht festschreibt, erwähnt.[211]

4.2.1. Freier Dienstvertrag im Theaterbereich:

Vor dem Hintergrund der nunmehr restriktiven sozialrechtlichen Beurteilung von freien Dienstverträgen für darstellende Bühnenkünstler[212] dürften diese auch für die arbeitsrechtliche Praxis künftig wenig Bedeutung haben. Als arbeitnehmerähnlich wurde in der Vergangenheit das Verhältnis einer Musikkapelle[213] eingestuft, welche sich mittels Werkvertrag an begrenzten Spieltagen für einen Lokalbesitzer verpflichtet hatte und wirtschaftlich von diesem abhängig war.[214] Die kurze Zeit des Vertragsverhältnisses

---

[206] *Engelbrecht/Gruber/Risak,* Werkverträge 27 ff; Vgl auch *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I[4] (1998) 51

[207] *Dittrich/Tades, ABGB*[36] I (2003) § 1151 Rz 95; vgl auch *Krejci* in *Rummel,* ABGB[3] I (2000) § 1151 90

[208] *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I[4] (1998) 55, Krejci in *Rummel,* ABGB[3] I (2000) § 1151 Rz 62 ff

[209] Vgl *Löschnigg,* Arbeitsrecht, Gesetze und Kommentare 129[10] (Wien 2003) 126; *Pfeil* in *Schwimann*, ABGB [2] (1997) § 1151 Rz 32 f; *Dittrich/Tades, ABGB*[36] I (2003) § 1151 E 95e

[210] *Krejci in Rummel,* ABGB[3] I (2000) § 1151 Rz 90

[211] *Jabornegg/Resch/Strasser,* Arbeitsrecht[2] (2005) 12

[212] Siehe unten unter 6.4.2.

[213] Vgl OGH 1975/Arb 9405, 77 – Musikkapelle

[214] Bei der Beurteilung der wirtschaftlichen Abhängigkeit ist jedoch Vorsicht geboten. Auch ein Selbständiger kann wirtschaftliche abhängig sein...; mitunter wird aber der Umfang der Inanspruchnahme mit der wirtschaftlichen Abhängigkeit ergänzend ins Spiel gebracht. Diese Auffassung verhilft im Grunde

schadet dabei nicht. Für Theaterpädagogische Unterrichtstätigkeit, Seminare oder Workshops sind freie Dienstverträge für darstellende Bühnenkünstler jedoch gewiss auch in Zukunft von Bedeutung. Auch für Tätigkeiten von Kunstschaffenden im sog „Dritten Sektor“ (dh zB im Sozial- oder Bildungsbereich) dürfen freie Dienstverträge auch für Theaterschaffende nicht vernachlässigt werden. Ebenso für die freie Mitarbeit bei Massenmedien, beispielsweise als Sprecher.[215]

4.3. Der Werkvertrag

Gem § 1151 Abs 1 (2.Satz) iVm § 1165 ABGB entsteht ein Werkvertrag, wenn jemand die Herstellung eines Werkes gegen Entgelt übernimmt.[216] Ein Werkvertrag ist im Detail:

- Die zur **Verfügung Stellung eines Werkes** (= Zielschuldverhältnis: der Werknehmer verpflichtet sich zur Erbringung eines Erfolges, zu einem bestimmten Zeitpunkt. Wird der Erfolg erbracht, so ist das Vertragsverhältnis automatisch beendet und der Werklohn wird fällig; der Werksteller trägt die Gewähr für die richtige Ausführung (vgl § 1167, 1168, 1168a ABGB); der Werknehmer trägt das wirtschaftliche Risiko seiner Tätigkeit, da, wenn die vereinbarte Leistung nicht oder nicht ordnungsgemäß erbracht wird, der Werksteller entweder nicht zahlen muss oder Preisminderung verlangen kann)
- in **persönlicher Unabhängigkeit** (keine persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit des Werknehmers vom Werksteller;[217] Keine Einordnung in den betrieblichen Ordnungsbereich und keine Kontrollunterworfenheit;[218] Die Arbeiten werden mit eigenen Mitteln und nach eigenem Plan ausgeführt; Es besteht keine persönliche Arbeitspflicht und kein persönlicher Anspruch auf Arbeit sowie keine Weisungsgebundenheit)
- **gegen Entgelt.**[219]

---

arbeitnehmerähnlichen Personen zu jenem arbeitsrechtlichen Schutz zu kommen der ihnen bislang verwehrt blieb. *Krejci* in *Rummel*, ABGB[3] I (2000) § 1151 62;

[215] *Krejci* in *Rummel*, ABGB[3] I (2000) § 1151 Rz 91; Der ORF stellt aber auch tageweise Schauspieler welche Sprechertätigkeit durchführen mittels Dienstvertrag an, so aus eigener Erfahrung

[216] Vgl *Dittrich/Tades*, ABGB[21] I (2005*)* 429 f *; Dittrich/Tades*, *ABGB*[36] I (2003) § 1151 E 11 ff ; *Pfeil* in *Schwimann*, ABGB [2] (1997) Rz 36 ff; *Krejci in Rummel*, ABGB[3] I (2000) § 1165 Rz 4 ff und § 1151 Rz 92 ff

[217] OGH 2000/RdW 2001/103 f – Lebensgemeinschaft

[218] ASG Wien 2000/ARD 5139/10/2000 – Hauptsächliche Inanspruchnahme

[219] Vgl *Engelbrecht/Gruber/Risak*, Werkverträge 34 f; Floretta/Spielbüchler/Strasser, Arbeitsrecht I[4] (1998) 50 ff; Jabornegg/Resch/Strasser, Arbeitsrecht[2] (2005) 13 Rz 54f; Jud/Radner/Hauser, Arbeitsrecht[2] (2000) 47 Rz 68 ff; Schwarz/Löschnigg, Arbeitsrecht[10] (2003) 124 f

Auch für den Werkvertragsabschluss gilt **Formfreiheit,** er kann also auch konkludent geschlossen werden.[220] Das Werk wird eigens für den Besteller hergestellt, also unter seinen Vorstellungen, seiner Begutachtung und seinen Anweisungen, welche allerdings nur das Werk, nicht jedoch die Art und Weise der Herstellung betreffen.[221] Unter „**Werk"** versteht man nicht nur die Her- bzw Wiederherstellung, Be- oder Umarbeitung bzw Verbesserung einer körperlichen Sache, sondern auch die Schaffung ideeller, unkörperlicher, also geistiger Werke.[222] Der wirtschaftliche Erfolg kommt dem Werkunternehmer selbst zu.[223] Die Tragung des Unternehmenswagnisses und Gewährleistung für Mängel des Werkes sind typische Kennzeichen eines selbständigen Unternehmers. Es handelt sich also im weiten Maße um eine selbständige Arbeit.[224]

4.3.1. Werkvertrag von Bühnenkünstlern

Bühnendienste eines Schauspielers können in Form eines **Aufführungsvertrages** vereinbart werden oder Gegenstand eines Bühnendienstvertrages sein.[225] Aufführungsverträge sind dann Werkverträge, wenn zwischen einem Veranstalter und einem Künstler, Schauspielerensemble, Orchester etc die Durchführung eines Gastspieles oder einer sonstigen Aufführung vereinbart wird.[226] Für die Abgrenzung entscheidend sind die zwischen Dienst- und Werkvertrag maßgeblichen Kriterien.

Verpflichtet sich beispielsweise eine **Solosängerin** zu bestimmten Auftritten in der BRD, bei denen sie sich auch vertreten lassen kann, und fehlt es an der persönlichen Abhängigkeit zum Vertragspartner, überwiegen die Elemente des Werkvertrages.[227] Als Werkvertrag im Bereich der Bühnenkünstler wurde vom OGH auch ein **einmaliger Bühnenauftritt** qualifiziert.[228] Gegenstand eines Werkvertrages ist auch die Verpflichtung eines Kapellmeisters, mit seiner Kapelle zwei **Varieté Abende** musikalisch zu begleiten.[229]

---

[220] Vgl *Krejci in Rummel,* ABGB[3] I (2000) § 1165 Rz 2
[221] *Krejci* in *Rummel,* ABGB[3] I (2000) § 1165 Rz 4
[222] *Krejci* in *Rummel,* ABGB[3] I (2000) § 1165 Rz 9
[223] Vgl *Krejci* in *Rummel,* ABGB[3] I (2000) § 1151 Rz 93
[224] Vgl *Schwarz/Löschnigg,* Arbeitsrecht[10] (2003) 124
[225] OGH 1979/Arb 9845 – Faust I = DRdA 1982, 207 ff, mit Besprechung von *Rabowsky*
[226] *Krejci in Rummel,* ABGB[3] I (2000) § 1165 Rz 18
[227] OGH 1987/WBl 1988, 91 - Solosängerin
[228] OHG 1993/SZ 66/174 Dancefloorfestival
[229] OGH 1948/Arb 4995, 134 – Theatertruppe

Der Besucher einer künstlerischen Vorstellung (Theaterstück, Konzert…) schließt mit dem Veranstalter wiederum einen Werkvertrag, mit mietrechtlichem Einschlag. (=**Theaterbesuchsvertrag**).[230]

Die *IGFT* schreibt im Infoblatt[231], dass Beispiele für echte Werkverträge Bühnenbildner/in, Kostümbildner/in, Produktionsleiter/in, Performer/in, Kabarettist/in, Licht- und Tondesigner/in sind. Das ist insofern irreführend, als die Strukturen des Dienstverhältnisses sehr unterschiedliche Ausformungen haben können und im Einzelfall beurteilt werden müssen. Gewiss ist etwa bei Bühnenbildnern eher ein Zielschuldverhältnis, also ein zur Verfügung stellen eines Werkes, anzunehmen. Ist der Bühnenbildner aber in den Theaterbetrieb eingegliedert und hat sich den Ordnungsvorschriften und Weisungen des Theaterbetriebes zu unterwerfen, ist auch hier von einem Dienstverhältnis auszugehen. Richtig ist mAn, dass echte Dienstverträge für diese Berufsgruppen in der freien Theaterszene kaum vorkommen.

4.4. Verdrängung – Kombination – Ergänzung

In den Vertragsbeziehungen finden sich häufig Elemente verschiedener Vertragsarten. Welches Recht auf dieses Rechtsverhältnis anzuwenden ist bestimmt sich vor allem durch drei Modelle:[232]

- **Verdrängung**: Die Vertragsbeziehung muss zur Gänze rechtlich einheitlich bewertet werden. (zB zwischen Arbeits- und Werkvertrag und zwischen Arbeitsvertrag und freiem Dienstvertrag) [233]
- **Kombination**: Jedes einzelne Moment wird nach jenem Vertragstypus behandelt, dem es sich am besten zuordnen lässt. (Zwischen Arbeitsvertrag und Dienstverschaffungsvertrag zB.: Kapellmeister der die Arbeitleistung dritter und seine Eigene Arbeitsleistung bereitstellt; zwischen Arbeits- bzw Werkvertrag und Gesellschaftsvertrag)[234]

---

[230] *Krejci* in *Rummel,* ABGB[3] I (2000) § 1165 Rz 18
[231] *IGFT*, Infoblatt – Sozialversicherung (Stand 1.1.2005) http://www.freietheater.at/material/Infoblatt-SV.pdf (10.12.2005)
[232] *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht 1[4] (1999) 201
[233] Bei Kombination des Arbeitsverhältnisses mit einem Werkvertrag beim selben Beschäftiger ist von einem einheitlichen Arbeitsverhältnis auszugehen OGH 13.11.2003, 8 ObA 107/03y
[234] OGH 1971/Arb 8860 = ZAS 1972, 65 mit Anmerkung von *Strasser*

- **Ergänzung**: Das Verhältnis wird zwar einem Vertragstypus zugeordnet, aber Hilfsweise durch Mitverwendung der der anderen Normen angereichert[235]. (zB zwischen Arbeitsvertrag und Auftrag)

4.5. Abgrenzungen Werk-, Dienst-, freier Dienst-, und Gesellschaftsvertrag

Da grundsätzlich jede Leistung als Dienst-, freier Dienst- oder Werkvertrag erbracht werden kann, kommt es nicht auf den Inhalt der Arbeitsleistung, sondern auf die **Art der Arbeit** an. Bei der Abgrenzung der einzelnen Arbeitsvertragstypen ist das **Überwiegen der Merkmale** ausschlaggebend, wobei das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses auf Grund des Schutzzwecks des Arbeitsrechts primär zu prüfen ist. Es ist also eine **Gesamtbeurteilung** nötig. Zur Abgrenzung bedarf es also nicht der Erfüllung aller Kriterien, vielmehr ist ein überwiegen der genannten Merkmale im Sinne eines beweglichen Systems ausreichend.[236] Weicht die tatsächliche Handhabung des Vertrages von dessen Bezeichnung oder schriftlichen Handhabung ab, so ist für die Beurteilung die tatsächliche Handhabung wesentlich.[237]

Der **Werkvertrag** unterscheidet sich vom **Dienstvertrag** (Arbeitsvertrag) vor allem dadurch, dass er auf das Ergebnis der Arbeitsleistung, also auf den Arbeitserfolg abstellt. Das Werk ist eine in sich geschlossene Einheit, während der Dienstvertrag durch die Verfügung über die Arbeitskraft charakterisiert ist.[238] Im Gegensatz zum Dienstvertrag ist das Fehlen der persönlichen Arbeitspflicht, das Arbeiten nach eigenem Plan und mit eigenen Mitteln, die Möglichkeit der Verwendung von Gehilfen und Substituten und das Fehlen jeder Einordnung in den fremden Unternehmensorganismus charakteristisch.[239] Das **Unternehmensrisiko** trägt der die Arbeit Leistende, während dies beim Dienstverhältnis keinesfalls dem Dienstnehmer auferlegt werden darf.[240]

Vom **Dienstvertrag** unterscheidet sich der **freie Dienstvertrag** durch das Fehlen der persönlichen Abhängigkeit welche sich durch Einbindung in das Ordnungsgefüge des

[235] *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht 1[4] (1999) 210
[236] ASG/2004, 21Cga 203/03f – Grenzfälle freier Dienst-/ Werkvertrag
[237] Engelbrecht/Gruber/Risak, Werkverträge 44
[238] Vgl *Pfeil* in *Schwimann*, ABGB [2] (1997) § 1151 Rz 36; *Krejci* in *Rummel*, ABGB[3] I (2000) § 1151 Rz 92 ff; *Dittrich/Tades*, *ABGB*[36] I (2003) § 1151 E 11 ff; vgl auch ASG Wien 2000/ARD 5139/10/2000
[239] *Dittrich/Tades*, ABGB[36] I (2003) § 1151 E 18
[240] OGH 1993/RdW, 1993, 286 - Ersatz von Werbekosten durch den Arbeitnehmer

Unternehmens, insbesondere hinsichtlich Arbeitszeit, Arbeitsort und Kontrolle, sowie durch die persönliche Arbeitspflicht äußert.[241] Der freie Dienstnehmer ist weitgehend weisungsfrei und der Ablauf der Arbeit kann selbständig geregelt und jederzeit geändert werden.[242] In Grenzfällen ist zu Gunsten des abhängigen Arbeitsverhältnisses zu entscheiden.[243]

Wie der Werkunternehmer ist auch der freie Dienstnehmer nicht persönlich vom Vertragspartner bei der Verrichtung seiner Arbeit abhängig. Der Unternehmer sagt jedoch einen bestimmten Erfolg zu, der freie Dienstnehmer schuldet nur sorgfältige Arbeit.[244] Der freie Dienstvertrag begründet ein Dauerschuldverhältnis und bedarf einer eigenen Beendigung, nicht so der Werkvertrag.[245] Beim **Werkvertrag** ist die Leistung schon vertraglich ausreichend konkretisiert, beim **freien Dienstvertrag** nur gattungsmäßig umschrieben und bedarf noch weiterer Weisungen.[246] In Zweifelsfällen wird man sich nach der Absicht der Parteien zu orientieren haben.[247]

Auf Grund der besonderen Bedeutung von **Gesellschaftsverträgen**, insbesondere der Erwerbsgesellschaft bürgerlichen Rechts **(GesBR**), im Theaterbereich möchte ich hier auch eine Abgrenzung zwischen diesen und **Werk-/Dienstvertrag** vornehmen. Gesellschaftsverträge im Sinne des § 1175 ABGB zeichnen sich durch die Verfolgung eines **gemeinsamen Zwecks** durch alle Parteien aus.[248] Während das Dienstverhältnis insbesondere von einem Subordinationsverhältnis (Über- bzw Unterordnung) geprägt ist, gilt im Gesellschaftsvertrag das Prinzip der Kooperation und der grundsätzlichen **Gleichordnung.**[249] Entscheidend für das Vorliegen eines Gesellschaftsvertrages sind Einwirkungs-, Mitbestimmungs- und Mitentscheidungsrechte. Bloße Gewinnbeteiligung begründet noch kein Gesellschaftsverhältnis ebenso wenig bloße Umsatzbeteiligung.

---

[241] *Dittrich/Tades, ABGB*[36] I (2003) § 1151 E 92 ff; *Krejci in Rummel,* ABGB[3] I (2000) § 1151 Rz 83 ff
[242] *Jud/Radner/Hauser,* Arbeitsrecht[2] (2000) 47 Rz 73
[243] ASG 9.9.2004, 21Cga 203/03f – Grenzfälle freier Dienstvertrag/ Werkvertrag
[244] Vgl *Krejci in Rummel,* ABGB[3] I (2000) § 1165 Rz 118
[245] *Jud/Radner/Hauser,* Arbeitsrecht[2] (2000) 47 Rz 73; *Engelbrecht/Gruber/Risak,* Werkverträge 33
[246] Vgl *Engelbrecht/Gruber/Risak,* Werkverträge 34 ff und *Feil/Wennig,* Bühnenrecht 9 f und Diettrich/Tades, ABGB, 2005, 429
[247] So *Mosler,* Die sozialversicherungsrechtliche Stellung freier Dienstnehmer, DRdA 2005, 491 welcher konstatiert, dass diese Faustregel häufig versagt, weil Anweisungen des Bestellers auch beim Werkvertrag möglich sind.
[248] Jabornegg/ Resch in *Schwimann,* ABGB [2] (1997) § 1175 Rz 1; *Krejci* in *Rummel,* ABGB[3] I (2000) § 1165 Rz 121;
[249] Vgl *Schwarz/Löschnigg,* Arbeitsrecht[10] (2003) 128 f *Krejci in Rummel,* ABGB[3] I (2000) § 1151 Rz 99; *Dittrich/Tades, ABGB*[36] I (2003) § 1151 E 84 ; *Pfeil* in *Schwimann,* ABGB [2] (1997) § 1151 Rz 39

Gewinn- und Verlustbeteiligung spricht hingegen eher gegen ein Beschäftigungsverhältnis.[250] Ein Dienstvertrag liegt aber stets dann nicht vor, wenn dem Gesellschafter maßgebender Einfluss auf die Geschäftsführung der Gesellschaft zukommt.[251] Auch Gesellschafter leisten idR Arbeit, Arbeitsgesellschafter im Sinne des § 1175 bringen sogar „ihre Mühe allein" in die Gesellschaft ein. Ein Gesellschafter kann sich auch intern verpflichten, ein Werk für die Gesellschaft auszuführen. Die Werkleistung kann auch als gesellschaftsvertragliche Sachbeitrag des Gesellschafters gewertet werden.[252] Das heißt Gesellschafts- und Werkverträge können in Kombination in Erscheinung treten.[253]

Beim **Zusammentreffen von Elementen** des Arbeitsvertrages und des Gesellschaftsvertrages ist zu unterscheiden. Grundsätzlich schließen sich Gesellschaftsvertrag und Dienstvertrag nicht aus.[254] Ein Gesellschafter einer Personengesellschaft (zB GesBR) kann daher gleichzeitig auch deren Dienstnehmer sein, die Mitbestimmungsrechte des Dienstpflichtigen dürfen aber nicht so umfassend sein, dass sie seine persönliche Abhängigkeit ausschließen.[255] Die Mitbestimmung der Arbeitnehmerschaft durch ihre Organe in personellen, sozialen und wirtschaftlichen Angelegenheiten tangiert die Qualifikation als Dienstverhältnisse nicht. Dem Dienstnehmer kommt hier kein gesellschaftsähnliches Mitwirkungsrecht zu. Auch der Besitz von Aktien, Stammanteilen schadet idR nicht.[256] Es liegt also „Kombination" vor. Je nach Gesellschaftsstruktur und –form sind jedoch auch Ergänzung und Verdrängung möglich.[257] Im Zweifel entscheidet, ob die für die wirtschaftliche Selbständigkeit oder Unselbständigkeit sprechenden Momente überwiegen.[258]

[250] Vgl OGH 13.1.1998, ObA 284/97s - Mitwirkungsrechte
[251] *Pfeil* in *Schwimann*, ABGB [2] (1997) § 1151 Rz 40
[252] *Krejci* in *Rummel*, ABGB[3] I (2000) § 1165 Rz 121
[253] *Krejci* in *Rummel*, ABGB[3] I (2000) § 1165 Rz 122
[254] *Krejci* in *Rummel*, ABGB[3] I (2000) § 1151 Rz 101; ebenso *Pfeil* in *Schwimann*, ABGB [2] (1997) § 1151 Rz 40; ablehnend dazu *Grillberger*, das ein und dieselbe Rechtsbeziehung als Arbeitsverhältnis und als Gesellschaftsverhältnis qualifiziert werden könnte, ist abzulehnen *Grillberger* in *Rummel*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch [3], 2 Band 1.Teil (Wien 2002) § 1175 Rz 31; vgl auch zum deutschen Recht *Hromadka/Maschmann*, Individualarbeitsrecht[2] 7 Rz 17
[255] *Dittrich/Tades, ABGB*[36] I (2003) § 1151 E 83
[256] *Krejci* in *Rummel*, ABGB[3] I (2000) § 1151 Rz 101
[257] Vgl *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht 1[4] (1999) 211
[258] *Krejci* in *Rummel*, ABGB[3] I (2000) § 1151 Rz 102

5. Ausgewählte Formen atypischer Arbeit

5.1. Befristete Arbeitsverhältnisse

Ein **unbefristetes Arbeitsverhältnis** liegt vor, wenn die Parteien seine Dauer nicht bestimmt haben oder wenn zwar eine bestimmte Vertragsdauer vorgesehen ist, aber das Arbeitsverhältnis nur dann endigt, wenn ein Vertragsteil vor Eintritt des Endtermins erklärt, dass er das Arbeitsverhältnis nicht fortsetzen will.

Ein befristetes Arbeitsverhältnis hingegen liegt vor, wenn es

- durch eine entsprechende Vereinbarung / Befristung,
- automatisch mit Ablauf der Zeit, für die es eingegangen wurde endet.[259]

Eine **wirksame Befristung**[260] setzt voraus, dass

- der **Endtermin** entweder schon von vornherein eindeutig kalendermäßig bestimmt ist (= echte Befristung) oder
- mit einem **Ereignis** zusammenfallen soll, dessen Eintritt zwar - nach menschlichen Erfahrungen - objektiv bestimmbar und gewiss, dessen zeitliche Lage aber im Vorhinein noch unbekannt ist (= unechte Befristung) ist. Jedenfalls muss das Ereignis der willkürlichen Beeinflussung durch den Arbeitgeber entzogen sein.[261]

Die Länge der Befristung steht den Vertragsparteien frei. Ein Arbeitnehmer kann aber höchstens für fünfeinhalb Jahre gebunden werden (§ 1158 Abs 3 ABGB). Befristete Arbeitsverhältnisse können für den Arbeitnehmer nachteilig wirken.[262] (Abfertigung, Urlaubshöhe, Anspruch auf Arbeitslosengeld)[263] Die mehrfach wiederholte Vereinbarung von befristeten Arbeitsverhältnissen in Bezug auf ein und denselben Arbeitnehmer[264] ist daher nach ständiger Rsp des OGH[265] grundsätzlich als „**unzulässiger**

[259] Vgl auch *Mühlberger*, Neue Formen der Beschäftigung 37 f
[260] Tomandl/Schrammel, Arbeitsrecht 2, Sachprobleme[5] (2004) 31
[261] *Egger*, Die Beendigung von befristeten Arbeitsverhältnissen im Lichte der Rechtssprechung, WBl 1993, 33ff
[262] Vgl *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I[4] (1998) 353 f
[263] Eine Hemmung, eines an sich wirksam vereinbarten Fristablauf und damit eine Hinausschiebung der Beendigung des Arbeitsverhältnisses ist gesetzlich zB für Belegschaftsfunktionäre des künstlerischen Personals in Theaterunternehmen (§ 133 Abs 3 ArbVG) vorgesehen., *Jabornegg/Resch/Strasser*, Arbeitsrecht[2] (2005) 102, Rz 559
[264] Vgl Tomandl/Schrammel, Sachprobleme[5] (2004) 32
[265] Vgl *Mayrhofer*, Der Steuerzahler §, Arbeitsrecht für die betriebliche Praxis (2000) 31; Einschlägig dazu die Entscheidung OGH 1994/RdW 1994, 400 mit Besprechung von *Peschek*, Der Saisonbetrieb in Theatern als Rechtfertigung für Kettenarbeitsverträge

Kettenarbeitsvertrag" unwirksam. Nur sachliche Gründe (wirtschaftlicher oder sozialer Natur) rechtfertigen die Aneinanderreihung von befristeten Arbeitsverträgen, übersteigt die Dauer der Unterbrechung bei weitem die der Beschäftigung, ist schon aus diesem Grund das Vorliegen eines unzulässigen Kettenarbeitsvertrages zu verneinen.[266] Je öfter die Befristung erfolgt desto strenger sind die inhaltlichen Anforderungen.[267] Die Überwälzung des typischen Unternehmerrisikos ist unzulässig.[268] Fehlt die sachliche Begründung für die Aneinanderreihung, so ist das Arbeitsverhältnis als unbefristetes zu qualifizieren. Der Arbeitnehmer muss nur die Tatsache des Abschlusses des Kettenarbeitsvertrages beweisen der Arbeitgeber muss wirtschaftliche oder soziale Gründe anführen, die die Umgehungsvermutung entkräften (zB vorübergehenden Bedarf).[269]

Während normalerweise unbefristete Arbeitsverhältnisse die Norm bilden ist es bei Bühnendienstverträgen umgekehrt. § 29 Abs 3 SchauspG besagt, dass wenn ein Dienstverhältnis ohne Zeitbestimmung eingegangen wurde, so endet es mit dem Ablauf der an der Bühne **üblichen Spielzeit.**[270] Gem § 29 Abs 2 SchauspG ist, wenn als Befristung eine oder mehrere Spielzeiten vereinbart werden, im Zweifel die Dauer einer Spielzeit mit zwölf Monaten anzunehmen.[271] Dies entspricht laut Ansicht von *Schwarz*[272] dem Bühnenbrauch, der sich aus dem Abwechslungsbedürfnis des Publikums ebenso wie aus der Notwendigkeit, dass der Theaterunternehmer bei der Besetzung verschiedener Rollen flexibel agieren kann, ergeben hat. Bühnendienstverträge enden aber nicht automatisch, sondern durch eine „Nichtverlängerungsmitteilung" gem § 32 SchauspG.[273] Diese Erklärung ist ein im österreichischen Arbeitsrecht einmaliges Rechtsinstitut, sie ist keine Kündigung und daher nicht iSd § 105 ArbVG anfechtbar.[274]

---

[266] OGH 1998/DRdA 1999, 321 mit Besprechung von *Krapf*
[267] Vgl OGH 4.9.2002, 9 ObA 89/02g – Zirkusorchester
[268] Vgl *Feil/Wennig,* Bühnenrecht 40
[269] Vgl OGH 1973/ZAS 1974, 57 – Lagerarbeiter
[270] Vgl *Schwarz/Löschnigg,* Arbeitsrecht[10] (2003) 459 f
[271] *Schwarz/Löschnigg* treffend:„ Die Spielzeit stellt also ein derart tragendes Element dieses Dienstverhältnisses dar, dass der Gesetzgeber selbst das Dienstverhältnis auf diese Zeit befristete, *Schwarz/Löschnigg,* Arbeitsrecht[10] (2003) 459 f; vgl *Kapfer/Bündsdorf,* SchauspG (1974) 129 § 29 Anm 1-20
[272] *Schwarz,* Historische Entwicklung 119
[273] Ist das Dienstverhältnis mindestens für ein Jahr eingegangen worden und hat das Mitglied dem Unternehmer spätestens am 15. Jänner den Antrag gestellt, das Dienstverhältnis fortzusetzen, so gilt das Dienstverhältnis für ein weiters Jahr verlängert, wenn das Mitglied nicht spätestens am 15. Feb ablehnt. Vgl § 32 SchauspG; ähnliche Regelungen finden sich in den einschlägigen Kollektivverträgen.
[274] Vgl EA Wien 1979/Arb 9789 = ZAS 1979, 201 – Tubabläser

5.1.1. Kettenarbeitsverträge und Branchenüblichkeit

Bei der Beurteilung von Kettenarbeitsverträgen im Theaterbereich spielt **Branchenüblichkeit** eine große Rolle. Die Dauer der Befristung und die Art der Beschäftigung sind in die Überlegungen einzubeziehen.[275] Einschlägig dazu ist die Entscheidung des OGH[276] der den Saisonbetrieb in Theatern als Rechtfertigungsgrund für einen Kettenarbeitsvertrag beurteilte. Auch der Tourneebetrieb eines Zirkus ist ein Saisonbetrieb, welcher befristete Dienstverhältnisse rechtfertigt.[277] Die mit einem Kapellmeister jeweils für die Saison (1.9 – 30.6) abgeschlossenen Verträge sind keine Kettenverträge.[278] Unzulässige Kettenarbeitsverträge sind bei Schauspielern im Hinblick auf die Sonderregeln des § 29 Abs 2 und 3 SchauspG nicht ohne weiteres anzunehmen.[279] Auf der anderen Seite schließen selbst längere Unterbrechungen des Dienstverhältnisses durch Theaterferien das Vorliegen eines einheitlichen Arbeitsverhältnisses nicht aus.[280] Wenn die Befristung eines Bühnendienstvertrages nicht - etwa durch Saisonende oder Spielende eines Stückes – gerechtfertigt ist, ist sie unwirksam.[281] Diese Entscheidung geht richtiger Weise davon aus, dass Verträge welche außerhalb der Normen des § 32 bzw einer derartigen KollV Regelung (nämlich für eine Spielzeit) abgeschlossen wurden, auf ihre sachliche Rechtfertigung zu prüfen seien, weil sonst die Gefahr besteht, dass durch das Aneinanderreihen von Verträgen mit kurzer Vertragsdauer, die ohnedies schon den besonders gelagerten Umständen der Theater angepassten Schutzmechanismen umgangen werden.[282] Befristete Dienstverhältnisse resultieren regelmäßig aus der besonderen Interessensituation der Vertragsparteien.[283] So etwa bei Schauspielern. Ein sehr treffendes Argument bietet *Löschnigg*[284], welcher befristete Dienstverhältnisse in Verhältnis zum Recht auf Beschäftigung (zB: expressis verbis in § 21 SchauspG) setzt. Die Bedeutung der

[275] OGH 4.9.2002, 9 ObA 89/02g – Zirkusorchester
[276] Näheres dazu bei OGH1994 /RdW 1994, 400 mit Besprechung von *Peschek*, Der Saisonbetrieb in Theatern als Rechtfertigung für Kettenarbeitsverträge
[277] OGH 2003/ASok 2004, 32 = Arb 12.314 – Zirkus
[278] OGH 1962/Arb 7595 – Kapellmeister
[279] OGH 1990/ecolex 1991, 192 – Kettenarbeitsvertrag
[280] OGH 1994/RdW 1994, 401 mit Besprechung von *Peschek*, Der Saisonbetrieb in Theatern als Rechtfertigung für Kettenarbeitsverträge
[281] OGH 2004/RdW 2004, 685 – Regieassistent
[282] OGH 2004/RdW 2004, 686 – Regieassistent
[283] Vgl Zum unbegrenzten Abschluss von Kettenarbeitsverträgen mit teilzeitbeschäftigten journalistischen Mitarbeitern des ORF *Tomandl/Schrammel*, Sachprobleme[5] (2004) 32 mwN
[284] OGH 2004/DRdA 2005, 313 mit Besprechung von *Löschnigg*, Allgemeiner Entlassungsschutz im befristeten Dienstverhältnis

tatsächlichen Beschäftigung für diese Arbeitnehmer[285] geht dabei über jene bei „normalen Arbeitsverhältnissen“ hinaus. Ein Recht auf Beschäftigung kann aber nicht nur durch rechtswidrige Suspendierung, dh durch ungerechtfertigtes bzw diskriminierendes Ruhendstellen der Dienstleistungspflicht, sondern auch durch rechtswidrige vorzeitige Auflösung des Arbeitsverhältnisses unterlaufen werden.[286]

5.1.2. Spielzeiten

Spielzeiten der Österreichischen Bundes-, Landes-, und Stadttheater sind meist September bis September. Festspielbetriebe zeichnen sich durch saisonale Aufführungen aus, weshalb sehr oft nur Stückverträge (= Engagement für die Dauer der Proben und Aufführungen eines bestimmten Stückes), fast immer aber befristete Verträge mit Bühnenkünstlern abgeschlossen werden. Freie Theaterarbeit lässt sich nicht so eindeutig in einen „üblichen“ Rahmen passen. Die Strukturen sind oft undurchsichtig und von vielen Faktoren abhängig. Am häufigsten werden Stückverträge abgeschlossen. Aus terminlichen/organisatorischen Gründen, werden oft Proben- bzw Aufführungsblocks veranlagt. Eine sachliche Rechtfertigung ergibt sich für die Aneinanderreihung von Verträgen mEn zumindest für die Aufführungsblocks durch die Aufführungstermine. Vor willkürlicher Festlegung muss jedoch gewarnt werden. Negative Folgen befristeter Dienstverhältnisse ergeben sich vor allem für den sozialrechtlichen Bereich.

5.2. Teilzeitarbeit

Eine weitere Abweichung von der Normalarbeit liegt in der Flexibilität bezüglich Ausmaß und Verteilung der Arbeitszeit. Die Erscheinungsformen der Teilzeitarbeit sind vielfältig. Man unterscheidet gängigerweise zwischen starren und flexiblen Formen.[287] Teilzeitarbeit liegt gem § 19 d Abs 1 Arbeitszeitgesetz (AZG) vor

- wenn die **vereinbarte Wochenarbeitszeit**
- die **gesetzliche Normalarbeitszeit** (40h/Woche) oder eine durch Normen der kollektiven Rechtsgestaltung **festgelegte** kürzere Normalarbeitszeit

[285] Gewisse Sondergruppen etwa Berufssportler, Schauspieler ua
[286] Die Bedeutung des § 106 ArbVG kann nicht nur als Umgehungsschutz im klassischen Sinn gesehen werden sondern auch als Schutz vor rechtswidriger Nichtbeschäftigung im Hinblick auf ein Recht auf Beschäftigung.
[287] *Mosler*, Arbeitsrechtliche Probleme der Teilzeitbeschäftigung, DRdA 1999, 338 f

- **im Durchschnitt unterschreitet**[288]

Je nach Erhebungsmodell, werden Personen als Teilzeitbeschäftigte mit gezählt, die eine Mindestwochenarbeitszeit von einer Stunde (LKF) bzw zwölf Stunden (LUK) bis 35 Stunden haben.[289] Betrachtet man die Entwicklung der Teilzeitbeschäftigung in Österreich über einen längeren Zeitraum, so zeigt sich ein **kontinuierlicher Anstieg** dieser Beschäftigungsform. Im Jahr 2004 gab es in Österreich bereits mehr als 800.000 Teilzeitbeschäftigte, das entspricht einem Anteil von 21,4 % an der Gesamtzahl der Beschäftigten.[290] Dabei ist festzuhalten, dass davon **vorwiegend Frauen** betroffen sind. Teilzeitarbeit ist meist mit einem eingeschränkten Tätigkeitsfeld verbunden und Aufstiegschancen sind gering. Dabei ist auffallend, dass 1997 nur 8,4 % der Befragten angaben, unfreiwillig teilzeitbeschäftigt zu sein, weil sie keine adäquate Vollbeschäftigung gefunden hätten. Der Großteil war freiwillig bzw auf Grund von Kinderbetreuung, Haushaltsführung usw teilzeitbeschäftigt. [291]

Teilzeitarbeit stellt hinsichtlich Sicherheit und Voraussehbarkeit zwar die **höchste zu kalkulierende Form atypischer Beschäftigungen** dar, da sich am Charakter des Vertrages nichts ändert. Es muss jedoch das Faktum des geschlechterspezifischen Ungleichgewichtes beachtet werden.[292] Da es keine Stunden mäßige Untergrenze für Teilzeitarbeit gibt, sind auch geringfügige Beschäftigungen in den Erhebungsdaten erfasst.[293] Im Mikrozensus des ÖSTAT wird die Anzahl der Normalarbeitsstunden – nämlich von 0 bis 11 Wochenstunden – zur Berechnung der geringfügigen Erwerbstätigkeit herangezogen.[294]

Interessant dazu der Aufsatz von *Heidecker*: „Betrachten wir das Feld der **Kunst und Kultur** als Modell für vorhandene Strukturen innerhalb unserer Gesellschaft – …- werden

---

[288] Vgl *Jabornegg/Resch/Strasser,* Arbeitsrecht[2] (2005) 42; *Floretta/Spielbüchler/Strasser,* Arbeitsrecht I[4] (1998) 183
[289] Vgl Tálos, Atypische Beschäftigung 255
[290] So auch der aktuelle Bericht der *Salzburger Nachrichten*, Teilzeitarbeit nimmt stark zu (5.1.2006) 15
[291] Tálos, Atypische Beschäftigung 256 ff
[292] Vgl *Gstöttner-Hofer/Kaiser/Wall-Strasser/Greif,* Was ist morgen noch normal? 20 und *Mühlberger,* Neue Formen der Beschäftigung 42 f, Einschlägig dazu auch *Bäcker/ Stolz-Willig* in *Keller/Seifert,* Atypische Beschäftigung 25 f
[293] Vgl *Schmidjell,* AK Salzburg [Hrsg] Teilzeitarbeit und geringfügige Beschäftigung (2001) http://www.ak-sbg.at/pictures/d4/Teilzeitarbeit.pdf?PHPSESSID=cd5dde6b104500a93f38d6a6f019bca4 (27.12.2005) 8; *Mosler*, Teilzeitbeschäftigung, DRdA 1999, 342
[294] Vgl *Mühlberger,* Neue Formen der Beschäftigung 85 und 46

die Unterrepräsentation von Frauen, die Tendenz zu Teilzeitjobs und unsichere Beschäftigungsstrukturen augenscheinlich.[295]

5.2.1. Zum Problem „Nebenbeschäftigung darstellender Bühnenkünstler"

§ 1 SchauspG verlangt, dass das Dienstverhältnis die Erwerbstätigkeit des Mitgliedes **hauptsächlich in Anspruch** nehmen muss. *Kapfer*[296] spricht von einer nicht sehr glücklichen Formulierung. Maßgebend ist also das Verhältnis des Aufwandes an Arbeitskraft zur gesamten verfügbaren Arbeitskraft. Eine bloße Nebenbeschäftigung reicht nicht aus.

Nicht hauptsächlich in Anspruch genommen wird die Arbeitskraft, wenn ein **Schauspieler** lediglich 6 von 12 Vorstellungen pro Monat absolviert und für ihn eine Verpflichtung an einem anderen Theater im Vordergrund steht, nach dem sämtliche Termine ausgerichtet werden. [297] Es kommt dabei nicht darauf an, wie lange die Tätigkeit (zB nur ein kurzer Auftritt pro Vorstellung) ausgeübt wird, wenn dadurch der Lebensunterhalt bestritten wird. Durch die Verpflichtung zur Mitwirkung an den erforderlichen Proben während eines Zeitraums von 6 Wochen und weiters zur Mitwirkung an insgesamt 30 Vorstellungen, die in zwei getrennte Zeiträume fallen, wird die Erwerbstätigkeit eines Schauspielers zumindest in diesem Zeitraum hauptsächlich in Anspruch genommen.[298]

Schwarz[299] konstatiert, dass das Kriterium das nur gelegentlich aufgetreten wird, nicht für sich alleine gültig sein kann, wenn man sich nur die Auftritte eines Stars vorstellt der seinen Lebensunterhalt dadurch bestreitet. *Schwarz/Löschnigg* [300] halten fest: „Mit dem Hinweis auf die Nebenbeschäftigung soll zum Ausdruck kommen, dass die Tätigkeit **nicht die**

---

[295] *Heidecker*, (Frauen-) Freie Szene, Eine Analyse von Studien und Publikationen 12.8.2004 http://www.kupf.at/index.php?sid=775&icatid=145 (28.12.2005) 4
[296] *Kapfer/Bündsdorf*, SchauspG (1974) 18 § 1 Anm 21
[297] Vgl ASG Wien 2000/ARD 5139/10/2000; Diese Entscheidung empfinde ich als problematisch, da Vor- und Nachbereitungszeiten einzuberechnen sind und nicht lediglich die Aufführungszeit relevant sein kann. Auch in Hinblick auf den Schutzzweck der Norm muss darauf bedacht genommen werden. Vielmehr müsste eine Beurteilung stattfinden, wonach jemand grundsätzlich hauptberuflich als Schauspieler tätig ist (Feststellung der Künstlereigenschaft) oder als Amateur auftritt, der aus seinem Hobby ein wenig Geld verdient.
[298] Vgl OGH 1979/Arb 9845 – Faust I = DRdA 1982, 207 ff, mit Besprechung von *Rabowsky*, Nichtzahlung von Reisekosten als Austrittsgrund?
[299] *Schwarz*, Historische Entwicklung 102
[300] *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht[10] (2003) 358

maßgebliche wirtschaftliche Grundlage für die Existenzsicherung des Arbeitnehmers darstellt. Eine sachlich gerechtfertigte und damit zulässige Schlechterstellung des Arbeitnehmers kann aber damit nicht begründet werden, handelt es sich doch um einen Differenzierungsansatz, der völlig außerhalb des Arbeitsverhältnisses liegt."

MEn ist **Teilzeitbeschäftigung für eine professionelle Theaterproduktion kaum denkbar**, da meist intensive Proben- und Vorbereitungszeiten veranschlagt werden müssen. Auch bei einer Vorstellung ist eine Vor- und Nachbereitungszeit notwendig und so wird die Arbeitskraft, wenn vielleicht nicht im vollständigen zeitlichen Ausmaß, doch vollständig eingesetzt.[301] Lediglich im **Amateurtheaterbereich** ist mEn Teilzeitarbeit vorstellbar, aber da handelt es sich eben nicht um ausgebildete Berufskünstler deren Existenzsicherung von Theaterarbeit abhängt. Auch im Bereich der **Statisterie** ist eine Art Teilzeitbeschäftigung vorstellbar.[302] Da diesbezüglich aber eine Bereitschaftsstellung in meist großem Umfang vorliegt, muss von Arbeit auf Abruf gesprochen werden, weshalb dieser Sonderfall unten zu behandeln ist.

Bei der Feststellung, ob eine Nebenbeschäftigung vorliegt und ob diese die maßgebliche wirtschaftliche Existenzsicherung darstellt, müsste mAn ein großer Betrachtungszeitraum (zB 1 Jahr) herangezogen werden. Dabei müsste auf die Gesamtumstände abgestellt werden und nicht rein auf die Arbeitszeit. Gerade in der freien Theaterszene wird eine hauptsächliche in Anspruchnahme dann meist zu bejahen sein, weshalb Nebenbeschäftigung kaum ein Ausschließungskriterium für die Anwendbarkeit des SchauspG sein wird.

5.3. Mehrpersonenverhältnisse

Während normalerweise das Arbeitsverhältnis durch die **bipolare Struktur** (Arbeitgeber und Arbeitnehmer) geprägt ist, entwickelten sich in der realen Arbeitswelt andere Formen.[303] Das Arbeitsverhältnis muss ja keineswegs zwingend als Zweipersonenstück

[301] Gewiss gibt es Modelle in denen über Monate hinweg, vereinzelt geprobt wird, diese sind jedoch mAn die Ausnahme und kommen eher im Amateurtheaterbereich vor.
[302] Vor allem für den Bereich der Festspiele und Bundestheater, da wiederum jene, bei denen die Statisterie nicht die Haupteinnahmequelle darstellt.
[303] *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht[10] (2003) 161

über die Bühne gehen.[304] Von einem Drei- oder Mehrpersonenverhältnis lässt sich im weitesten Sinn schon immer dann sprechen, wenn **mehr Rechtssubjekte** in rechtlicher oder tatsächlicher Hinsicht an der Durchführung eines Arbeitsverhältnisses beteiligt sind[305] Sowohl auf Arbeitnehmer- als auch auf Arbeitgeberseite können Personenmehrheiten ins Spiel kommen.[306]

Mit der Anzahl der Akteure wächst allerdings auch die Zahl der Probleme. Mangels gesetzlicher Regelungen sind diese atypischen Beschäftigungsverhältnisse schwer in den Griff zu bekommen.[307] Die rechtliche Gestaltung richtet sich nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit - in erster Linie nach dem Willen der Beteiligten.[308] Ich werde in diesem Zusammenhang mangels Vielfalt an österreichischer Literatur immer wieder auf deutsche Literatur verweisen.

5.3.1. Das mittelbare Arbeitsverhältnis

Der Ausdruck „mittelbares Arbeitsverhältnis“ ist vage, mehrdeutig, „schillert“ und wird in Rechtswissenschaft und Rechtsprechung inkonsistent verwandt.[309] Unter mittelbaren Arbeitsverhältnissen werden idR auch die meisten Fälle der Arbeitnehmerüberlassung und der Gruppenarbeitsverträge zu verstehen sein.[310] Das job-sharing stellt eine besondere Form der Dreiecksbeziehung dar. *Heinrich*[311] konstatiert, dass die Entwicklung der Rechtsfigur der Prämisse folgt, dass durch das Fehlen einer Arbeitsvertragsbeziehung auch zwischen Arbeitgeber und Drittem eine **Schutzlücke** zum Nachteil des letzteren entstehen könne, wenn auch der Mittelsmann Arbeitnehmer ist.

Tomandl[312] versteht unter einem mittelbaren Arbeitsverhältnis ein zweistufiges Arbeitsverhältnis, an dem **mindestens drei Personen beteiligt** sind. Für *Floretta/Spielbüchler/Strasser*[313] entsteht eine Dreiecksbeziehung wenn ein Arbeitnehmer

[304] *Petrovic*, Zur Einzelauflösung bei Gruppenarbeitsverträgen, ZAS 1985, 171
[305] *Müllner*, Aufgespaltene Arbeitgeberstellung und Betriebsverfassung (1978) 16 ff
[306] Vgl *Petrovic*, Zur Einzelauflösung ZAS 1985, 171
[307] *Petrovic*, Zur Einzelauflösung ZAS 1985, 171
[308] Vgl *Thalhammer*, Rechtsfragen bei Gruppenarbeitsverhältnissen, Dipl. (2001) 1
[309] *Streicher*, Rechtsformzwang und mittelbares Arbeitsverhältnis (1995) 2
[310] *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I[4] (1998) 160
[311] Zur Notwendigkeit der Hilfskonstruktion auch *Heinrich*, Die Institutionalisierung des mittelbaren Arbeitsverhältnisses, DRdA 1960, 115
[312] *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht 1[4] (1999) 207
[313] *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I[4] (1998) 160

seine **Arbeitsleistung mittelbar oder unmittelbar einem Dritten zu erbringen hat**, ohne mit diesem einen Arbeitsvertrag abgeschlossen zu haben. Der Arbeitgeber übt in diesen Fällen nicht alle Arbeitgeberfunktionen selbst aus. Charakteristisch ist, dass mindestens Treue- und Fürsorgepflichten im Verhältnis des Arbeitnehmers zum Dritten entstehen. Der OGH[314] definierte wie folgt: Ein Mittelbares Arbeitsverhältnis ist dann gegeben, wenn ein Arbeitnehmer von einem Mittelsmann (Zwischenmeister) der seinerseits selbst Arbeitnehmer eines Dritten ist, beschäftigt wird, wobei jedoch die Arbeit mit Wissen des Unternehmers für diesen unmittelbar geleistet wird.

Im deutschen Schrifttum[315] wird unter einem mittelbaren Arbeitsverhältnis eine rechtliche Dreiecksbeziehung bezeichnet, in der nur jeweils zwei Parteien arbeitsvertraglich miteinander verbunden sind. Unternehmer und Mittelsmann sowie dieser und ein Dritter.[316] Die Problematik wir häufig unter dem Stichwort „aufgespaltete Arbeitgeberstellung" behandelt.[317] Da die Rechtsfolgen, welche sich aus dem mittelbaren Arbeitsverhältnis ergeben umstritten sind, wird in der deutschen Lehre auch dafür plädiert, die Rechtsfigur aufzugeben und mit Hilfe anderer Konstrukte zu erfassen.[318]

Schwarz/Löschnigg[319] unterscheiden zwischen drei verschiedenen Stellungen der Mittelsperson :

a) Die **Mittelsperson ist selbst Arbeitnehmer des Dritten**. Er ist **Bevollmächtigter** des Arbeitgebers und kann für ihn Arbeitnehmer einstellen. Es kommt laut hA zum Abschluss von unmittelbaren Einzelverträgen zwischen dem Dritten und den solcherart Verpflichteten. Es liegt kein mittelbares Arbeitsverhältnis vor.
b) **Die Mittelsperson ist Arbeitnehmer des Dritten.** Für eine **bestimmte Aufgabe** oder generell ist es ihr frei gestellt, im eigenen Namen **Arbeitskräfte aufzunehmen**. Das vorliegen von Einzelarbeitverträgen zwischen dem Dritten und den von der Mittelsperson aufgenommenen Arbeitskräften wurde in der

[314] OGH 9.4.1957, 3 AZR 435/54 – Heimarbeiter
[315] *Waas*, Das so genannte mittelbare Arbeitsverhältnis, RdA 1993, 153; Zur näheren Differenzierung zwischen Mittelbarem Arbeitsverhältnis und Leiharbeit, *Konzen*, Arbeitsrechtliche Drittbeziehungen, ZfA 1982, 259
[316] Als mittelbare Arbeitsverhältnisse wurden in der deutschen Rechtsprechung beispielsweise Orchestermitglieder, Tanzgruppenmitglieder und Mitglieder des Kurorchesters bezeichnet, *Röhsler*, Das mittelbare Arbeitsverhältnis in *Oehmann* [Hrsg] Arbeitsrecht-Blattei ES, Losebl.-Ausg. (1999) 5 und
[317] *Weber*, Das aufgespaltene Arbeitsverhältnis (1992)
[318] Vgl *Röhsler* in *Oehmann*, AR - Blattei ES (1999) 7
[319] Näheres zur Position der Mittelsperson in *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht[10] (2003) 161ff

Rechtsprechung[320] verneint. Aus sozialpolitischer Sicht ist diese Betrachtung jedoch bedenklich, da gegen den meist potenteren im Hintergrund stehenden Dritten keine Forderungen geltend gemacht werden können.[321]

c) In der dritten Variante **verpflichtet ein Arbeitgeber eine Person, die nicht selbst Arbeitnehmer in dessen Betrieb ist, Arbeitskräfte zur Verfügung zu stellen.** Ein Arbeitsverhältnis wird hier nur zwischen den Arbeitskräften und dem Dienstverschaffenden, nicht aber zwischen ihnen und dem Arbeitsempfänger (Arbeitgeber) bejaht.[322]

5.3.2. Der Dienstverschaffungsvertrag

Die Vereinbarung zwischen der **Mittelsperson (M)** und dem **Arbeitsempfänger (E)** in der sich M verpflichtet E **Arbeitskräfte (A)** zur Verfügung zu stellen, wird auch als **Dienstverschaffungsvertrag** bezeichnet. Es ist immer zu unterscheiden um welches Vertragsverhältnis es sich handelt. M und E sowie M und A oder A und E.

5.3.2.1. Rechtsverhältnis: Mittelsperson -Arbeitsempfänger - Arbeitskräfte

Krejci in *Rummel*[323] hält fest: Der Dienstverschaffungsvertrag ist ein atypischer Vertrag. Er ist kein Werkvertrag, weshalb der Verleiher von Arbeitskräften (M) daher nicht für schlechte Arbeitsleistung der verschafften Arbeitskräfte (A) haftet. Es gelten die allgemeinen Bestimmungen des Schuldrechts. Er ist auch kein Dienstvertrag, es können auf ihn jedoch arbeitsrechtliche Regelungen angewendet werden, wenn der Dienstverschaffende (M) selbst, vom Empfänger (E) der Dienste abhängig ist. Das ist allerdings nur bei Vorliegen persönlicher Abhängigkeit richtig, wenn die

[320] OGH 1953/SozM I A/e, 30 – Holzmeister
[321] Vgl OGH 9.4.1957, 3 AZR 435/54 – Heimarbeiter, Ein Unternehmer kann als sog. mittelbarer Arbeitgeber vom Arbeitnehmer nur dann in Anspruch genommen werden, wenn dieser gegenüber dem Mittelsmann selbst nicht zu Recht kommt; *Nikisch* weist darauf hin, dass sich ein Hauptarbeitgeber nicht durch die Einschaltung von Zwischenpersonen seinen Schutz- und Fürsorgepflichten entledigen kann. Nach dieser Auffassung soll der Hauptarbeitgeber den durch die Mittelsperson aufgenommenen Arbeitskräften deren Entgelt direkt auszahlen, wenn zu befürchten ist, dass der Zwischenmeister nicht zahlt *Nikisch*, Arbeitsrecht I [3] (1961) 235 f
[322] Der Dienstverschaffungsvertrag gehört zu den mittelbaren Arbeitsverhältnissen. Man versteht darunter die Rechtsbeziehungen derjenigen Arbeitnehmer die für einen Arbeitgeber arbeiten, obwohl sie von diesem überhaupt nicht oder zumindest nicht von ihm unmittelbar verpflichtet worden sind. *Maultaschl*, Der Dienstverschaffungsvertrag, ÖJZ 1952, 2
[323] *Krejci* in *Rummel*, ABGB[3] I (2000) § 1151 Rz 96 und § 1165 Rz 32

Dienstverschaffung zu den Dienstpflichten des Schuldners gehört. Die arbeitsrechtlichen Vorschriften sind nicht anwendbar, wenn der Dienstverschaffende (M), dem Empfänger (E) der Dienste als selbständiger Unternehmer in gleichwertiger wirtschaftlicher Stellung gegenübertritt.[324]

Auch der OGH[325] ging von **zwei verschiedenen Möglichkeiten** von Dienstverschaffungsverträgen aus. Arbeitet der Dienstverschaffende (M) selbst beim Arbeitsempfänger (E) mit und ist daher wirtschaftlich, persönlich und organisatorisch vom Arbeitsempfänger abhängig so ist der Dienstverschaffungsvertrag nach den Regeln des Arbeitrechts zu beurteilen. Anders wenn der Dienstverschaffende tatsächlich nur die Arbeitskräfte verschafft.

Grundsätzlich begründet ein Dienstverschaffungsvertrag zwischen den **Arbeitskräften (A)** und dem **Arbeitsempfänger (E),** kein Dienstverhältnis; es bleibt vielmehr das Rechtsverhältnis zu demjenigen, der die Dienste verschafft **(M).**[326] Die Natur dieses Rechtsverhältnisses ist jedoch umstritten. *Tomandl*[327] schreibt: Im Sozialversicherungsrecht erfolgt ein Durchgriff auf den Empfänger der Dienste. E wird also auch als Arbeitgeber von A angesehen. Dahinter steht die Überlegung, dass der Mittelsmann (M) meist wirtschaftlich schwächer als der Unternehmer (E) ist und die Realisierung der Beitragspflicht daher gegenüber E sicherer ist. Im Arbeitsrecht hat sich das nicht durchsetzen können. *Tomandl* konstatiert aber, dass sowohl der Dienstverschaffungsvertrag zwischen A und M als auch zwischen und M und E als Verträge mit Schutzwirkungen für Dritte zu beurteilen sind und sich daher Nebenpflichten wie etwa die Fürsorgepflicht des E gegenüber dem A ableiten lassen.

Der Dienstverschaffungsvertrag fällt daher unter § 880a 2. Halbsatz ABGB. Das bedeutet, dass der Dienstverschaffungsvertrag eine Erfolgszusage gegenüber dem Dienstverschaffungsberechtigten abgibt. Der Erfolg besteht in der Leistung eines Dritten, also namentlich in der Arbeitsleistung der Arbeitskräfte des Dienstverschaffungsverpflichteten.

---

[324] Vgl auch *Praxmarer*, Arbeitsrechtliche Probleme bei der Beschäftigung von Musikergruppen unter besonderer Berücksichtigung des Gruppenarbeitsverhältnisses, Dipl. (2003) 27 f
[325] OGH 1958/Arb 6846, 382 f – Dreimannkapelle
[326] *Dittrich/Tades*, *ABGB*[36] I (2003) § 1151 E 103 – 106; OGH 25.10.1955, 4 Ob 100/55 – Dienstverschaffungsvertrag; OGH 1960/Arb 7210, 229 – Werbedame
[327] *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht 1[4] (1999) 207

5.3.2.2. Dienstverschaffungsverträge im Theaterbereich

Wird beim Engagement eines **Orchesters** der Vertrag nur mit dem Kapellmeister geschlossen, so bestehen zwischen den einzelnen Orchestermitgliedern und dem Dienstgeber des Kapellmeisters keine dienstrechtlichen Beziehungen.[328] Wer sich von einem anderen eine **Jazzkapelle** zum Spielen für eine bestimmte Zeit zur Verfügung stellen lässt, schließt einen Dienstverschaffungsvertrag. Er kann vom Vertrag zurücktreten, wenn die zur Verfügung gestellten Musiker für die Darbietung von Tanzmusik nicht geeignet sind.[329] Tritt ein **Kapellmeister** mit seiner bereits bestehenden Kapelle in den Dienst des Unternehmers und soll die Zahlung nur an ihn erfolgen, so liegt ein Dienstverschaffungsvertrag vor.[330] Wenn sich der **Leiter** einer aus drei Mann bestehenden **Kapelle** verpflichtet, in einem Cafe täglich 7 ½ Stunde gegen eine monatliche Pauschale zu spielen, kommt hinsichtlich der Person des Leiters ein Dienstverhältnis und hinsichtlich der weiteren zwei Musiker ein Dienstverschaffungsvertrag in Betracht.[331]

5.3.3. Arbeitskräfteüberlassung

Mühlberger bezeichnet Leiharbeit (wie Arbeitkräfteüberlassung auch genannt wird[332]) neben den befristeten Arbeitsverhältnissen als weitere Form der typischen **Zeitarbeitsverhältnisse**.[333] Es ist wohl die meist diskutierteste Form des mittelbaren Arbeitsverhältnisses.[334] 1988 hat der Gesetzgeber mit der Erlassung des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes (AÜG)[335] darauf reagiert[336] und Rahmenbedingungen für diese Beschäftigungsverhältnisse geschaffen, nimmt aber gleichzeitig eine Reihe von Überlassungsfällen aus. Die gesetzliche Ausgestaltung könnte idealtypisch[337] zwar als Normalarbeitsverhältnis gesehen werden, die Literatur ist sich jedoch einig, dass

---

[328] ArbG Linz 1954/Arb 5996, 290 – Orchester; vgl auch *Feil/Wennig,* Bühnenrecht 11
[329] OGH 1952/SZ 25/44 – Jazzkapelle
[330] OGH 1953/Arb 5718, 5 – Kapellmeister
[331] OGH 1958/Arb 6846, 372 – Dreimannkapelle
[332] *Geppert* in *Firlei*, Bericht von der 13. Tagung der österreichischen Gesellschaft für Arbeits- und Sozialrecht, DRdA 1978, 123
[333] *Mühlberger,* Neue Formen der Beschäftigung 32; vgl auch die deutsche Rechtslage *Voswinkel* in *Keller/Seifert*, "Die Regulierung der Leiharbeit. Zeitarbeit zwischen Arbeitsvermittlung und überbetrieblicher Beschäftigung „ *Keller/Seifert,* Atypische Beschäftigung 108
[334] Dazu ein Beitrag von *Geppert*, Fragen des „Leiharbeitsverhältnisses" DRdA 1978, 205; vgl auch *Müller*, Probleme des Leiharbeitsverhältnisses in *Martinek/Wachter* [Hrsg] FS *Schnorr* (1988) 13 und *Müller*, Das Leiharbeitsverhältnis, ZAS 1968, 77
[335] BGBl 1988/196, *Mazal*, Arbeitsrecht, Kodex[27](2005) 845 ff
[336] *Wachter*, Terminologische und typologische Überlegungen zur Arbeitnehmerüberlassung, ZAS 1975, 50
[337] So auch das Ziel der gesetzlichen Regelung

Arbeitskräfteüberlassung aus dem Blickwinkel der Beziehung Überlasser – Arbeitskraft als atypisches Beschäftigungsverhältnis qualifiziert werden muss.[338]

Als Arbeitkräfteüberlassung werden allgemein solche Rechtsbeziehungen bezeichnet, in denen Arbeitskräfte Dritten zur Erbringung von Arbeitsleistungen zur Verfügung gestellt werden.[339] Rechtlich relevanter Tatbestand gem § 1 AÜG ist also

- die Aufnahme eines **Arbeitsverhältnisses** zwischen zwei Personen
- mit dem erklärten **Zweck, dass die Arbeitsleistung** der Arbeitskraft (Arbeitskräfte = Arbeitnehmer und Arbeitnehmerähnliche Personen gem § 3 Abs 4 AÜG)
- **nicht unmittelbar dem Arbeitgeber** (Überlasser gem § 3 Abs 2 AÜG = Dienstverschaffenden = „Verleiher") erbracht wird,
- **sondern einem Dritten** (Beschäftigter gem § 3 Abs 3 AÜG = „Entlehner").[340]

In der älteren Literatur[341] wird zwischen **echter** bzw gelegentlicher (nur vorübergehende Überlassung von AK) und **unechter** bzw gewerbsmäßiger (Die Überlassung von AK ist die Regel und steht von vornherein fest) Arbeitnehmerüberlassung unterschieden.[342] Nur im Fall der echten Arbeitskräfteüberlassung steht voller Schutz seitens des AÜG zu (§ 1 Abs 3 AÜG).
Schacherer kontastiert[343]: Grundsätzlich fällt jede Form der „Zurverfügungstellung" von Arbeitskräften an Dritte in den Anwendungsbereich des AÜG. Allerdings differenziert das AÜG – je nach konkreter Überlassung – in welchem Umfang seine Normen auf den zu beurteilenden Sachverhalt anzuwenden ist. Der Abschnitt I ist in allen Fällen anwendbar.

Auch **arbeitnehmerähnliche Personen** sind erfasst (§ 3 Abs 4 AÜG), daher wird von Arbeitskräften und nicht Arbeitnehmern gesprochen.[344] Ob Arbeitskräfteüberlassung

---

[338] *Tálos,* Atypische Beschäftigung 259 f
[339] Vgl *Ramm,* Die Aufspaltung der Arbeitgeberfunktion ZfA 1973, 266, *Müller,* Probleme des Leiharbeitsverhältnisses in FS Schnorr (1988),179; *Schwarz,* Arbeitnehmerähnliche Personen und überlassene Arbeitskräfte in der Betriebsverfassung *Schwarz* in *Martinek* [Hrsg] FS *Schwarz* (1991) 315; Vgl auch OGH 1958/Arb 6846, 372 f – Dreimannkapelle; vgl auch *Reissner,* Das neue Lern- und Übungsbuch Arbeitsrecht[2] (2005) 162;
[340] Zu den einzelnen Merkmalen bereits eingehend *Wachter,* Terminologische und typologische Überlegungen zur Arbeitnehmerüberlassung, ZAS 1975, 51 f
[341] Vgl *Jabornegg/Resch/Strasser,* Arbeitsrecht[2] (2005) 37 und *Floretta/Spielbüchler/Strasser,* Arbeitsrecht I[4] (1998) 165; Pfeil in *Schwimann,* ABGB [2] (1997) § 1151 Rz 51
[342] Vgl *Wachter,* ZAS 1975, 52 f
[343] *Schacherer/Schöll,* Gelegentliche Arbeitskräfteüberlassung, RdW 2005, 492
[344] Eine interessante Sozialversicherungsrechtliche Komponente sei hier nur kurz angeführt. Der Grund dafür, dass der Tatbestand der so genannten „neuen Selbständigen" gem § 2 Abs 1 Z 4 GSVG idR nicht erfüllt sein

vorliegt, ist auf Grund **wirtschaftlicher Betrachtung** zu ermitteln. Arbeitskräfteüberlassung liegt auch dann vor, wenn die Arbeitskräfte ihre Arbeitsleistung in Erfüllung von Werkverträgen im Betrieb des Werkbestellers erbringen, aber organisatorisch in den Betrieb des Werkbestellers eingegliedert sind und dessen Dienst- und Fachaufsicht unterstehen oder der Werkunternehmer nicht für den Erfolg der Werkleistung haftet (§ 4 Abs 2 Z 3 und 4 AÜG). Darin liegt laut *Floretta/Spielbüchler/Strasser*[345] aber wohl keine Erweiterung des Schutzbereiches auf echte Werkverträge, sondern nur eine Hilfe zur Bewältigung der besonderen Mißbrauchsmöglichkeiten.

Zwischen dem Arbeitgeber und dem Dritten besteht ein Vertragsverhältnis, das einerseits die Bereitstellung von Arbeitskräften, andererseits die Leistung eines Honorars für diese Bereitstellung zum Inhalt hat **(= idR ein Dienstverschaffungsvertrag**).[346] Der Überlasser hat dem Beschäftiger für die durchschnittliche berufliche und fachliche Qualifikation der überlassenen Arbeitskräfte ein zu stehen.[347]

Im Verhältnis des Arbeitnehmers zum Arbeitgeber liegt in solchen Fällen nur ein modifiziertes Arbeitsverhältnis vor, bei dem der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber zur „Leistung an einen Dritten" im Sinn des § 881 Abs 1 ABGB verpflichtet ist,[348] während der Dritte im Zweifel keinen unmittelbaren Anspruch gegen den Arbeitnehmer erwirbt.[349] Das **Dienstverhältnis** besteht also nur zwischen dem Arbeitgeber (Überlasser) und den zur Verfügung gestellten Arbeitskräften. Durch einen Dienstverschaffungsvertrag wird zwischen dem Beschäftigter und den Arbeitskräften kein Dienstverhältnis begründet[350], der Beschäftigter hat jedoch bestimmte Arbeitgeberpflichten, wie die Wahrnehmung des Arbeitnehmerschutzes und Führsorgepflichten wahrzunehmen (§ 6 Abs 1 und 2 AÜG), der Dienstnehmer wiederum gewisse Treuepflichten einzuhalten.[351] Der Arbeitgeber schuldet nicht nur das Entgelt, er haftet für den Beschäftigter auch wegen Verletzung der

---

wird, liegt darin, dass in aller Regel nicht als neuer Selbständiger gilt, wer seine Dienstleistungen im Wesentlichen arbeitnehmerähnlich erbringt. *Resch,* Arbeitskräfteüberlassung und Sozialrecht, DRdA 2001, 400

[345] *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I[4] (1998) 155; so auch *Schacherer/Schöll,* RdW 2005, 492 Da sich Werkverträge mitunter bestens eignen die Bestimmungen des AÜG auszuhöhlen, ist bei der Beurteilung des Sachverhalts in erste Linie vom wahren wirtschaftlichen Gehalt der Vorgänge auszugehen.

[346] *Krejci* in *Rummel,* ABGB[3] I (2000) § 1151 Rz 131, 96 ,128

[347] *Schwarz/Löschnigg,* Arbeitsrecht[10] (2003) 163

[348] Ein Vertragsmuster eines Dienstzettels gibt es in *Mayrhofer*, Der Steuerzahler (2000) 408

[349] Vgl *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I[4] (1998) 154

[350] OGH 1960/Arb 7210; 229 Werbedame

[351] OGH 1992/DRdA 1993, 37 mit Anmerkung von *Ritzberger-Moser,* Der Entgeltanspruch der überlassenen Arbeitskräfte nach § 10 Abs 1 AÜG Vgl *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I[4] (1998) 156

Dienstgeberpflichten, wie für einen Erfüllungsgehilfen.[352] Hingegen ist der Vertrag zwischen dem Arbeitskräfteüberlasser und dem Beschäftigter kein Vertrag mit Schutzwirkungen zugunsten der Stammarbeitnehmer; der überlassene Arbeitnehmer ist daher insofern auch nicht Erfüllungsgehilfe des Überlassers.[353] Hervorzuheben ist, dass bei Arbeitsverhältnissen die dem AÜG unterliegen die ausdrückliche **Zustimmung** der Arbeitskraft notwendig.[354] Im Gegensatz zu den Regelungen in vielen anderen europäischen Staaten, gibt es in Österreich **keine gesetzliche Höchstdauer** der Arbeitskräfteüberlassung.[355] Für die **Praxis** bedeutsam ist, dass anders als nach § 1155 ABGB[356] überlassenen Arbeitnehmern auch das **Entgelt** zusteht, wenn der Überlasser aus welchen Gründen auch immer für sie keine oder keine zeitlich ausreichende Beschäftigung bereitstellen kann. Mann will dadurch verhindern, dass der Überlasser für Zeiten, in denen es keine Nachfrage nach seinen Arbeitskräften gibt, das wirtschaftliche Risiko auf die Arbeitskräfte abwälzt.[357]

Gstöttner-Hofer/Kaiser/Wall-Strasser/Greif[358] sprechen von dreigliedrigen wirtschaftlichen Beziehungen in der die Beschäftigten rechtlich an das verleihende Unternehmen, sozial und wirtschaftlich hingegen an das leihende gebunden ist. Weiters wird in diesem Zusammenhang von einem Dilemma der Gewerkschaft gesprochen. **Arbeitsmarktpolitisch** gibt es offensichtlich positive Effekte vor allem für Langzeitarbeitslose[359], welche durch Leiharbeit wieder ins Berufsleben eingegliedert werden können. Auf der anderen Seite hilft Leiharbeit nach deren Ansicht den Unternehmen, Kollektivverträge, Ist-Löhne und Vieles mehr zu unterlaufen. Die

[352] Vgl OGH 1990/ZAS 1991, 204 mit Besprechung von *Andexlinger*; differenzierter dazu *Schindler*, ob der Überlasser dem Arbeitnehmer für das Verhalten des Beschäftigers als sein Erfüllungsgehilfe haftet, bleibt offen: Jedenfalls macht eine gesetzwidrige Weisung des Beschäftigers nur eine weitere Tätigkeit für diesen unzumutbar, nicht aber jede weitere Tätigkeit für den Überlasser. *Schindler*, Arbeitkräfteüberlassung: Austritt wegen gesetzwidriger Weisungen des Beschäftigers, DRdA 2005, 349

[353] Anders die Entscheidung OGH 1992/DRdA 1993/37 - Gesangsverein mit kritischer Anmerkung von *Ritzberger-Moser* welche festhält, dass der Vertrag zwischen dem Überlasser und dem Beschäftiger niemals für den Überlassenen Arbeitnehmer zur Grundlage von Schutzpflichten zugunsten Dritter werden kann, da der überlassene AN in diesem Fall nicht Vertragspartner, sondern Dritter ist. Diese Konsequenz ließe sich nur zwischen Überlasser und Beschäftiger ziehen. Vgl dazu OGH 2005/JBl 2005, 669 Staplerfahrer

[354] Vgl auch *Tomandl/Scharmmel*, Sachprobleme[5] (2004) 94 f,

[355] *Tálos*, Atypische Beschäftigung 259

[356] Vgl *Dittrich/Tades*, ABGB[21] I (*2005)* 434

[357] *Tomandl/Scharmmel*, Sachprobleme[5] (2004) 96; Zu den Bestimmungen von Grundentgelt siehe auch OGH 2002/ASok 2003, 175

[358] Vgl *Gstöttner-Hofer/Kaiser/Wall-Strasser/Greif*, Was ist morgen noch normal? 22

[359] Vgl *Schwarz*, Besser Zeitarbeit als gar keine, Salzburger Nachrichten (30.12.2005) 13

Mitbestimmungsrechte im Falle der Arbeitskräfteüberlassung werden als prekär eingestuft.[360]

Die *IGFT*[361] geht zwar davon aus, dass es keine Arbeitskräfteüberlassung für darstellende Bühnenkünstler gibt. Es stellt sich jedoch die Frage, ob vor allem für Tourneetheater, aber auch sonstige Vereinigungen nicht die Bestimmungen des AÜG anwendbar sein könnten. Diese Überlegung wird durch eine Entscheidung des VwGH[362] noch untermauert, welcher zwar im vorliegenden Fall („Konzertvereinigung Wiener Volksopernchor") gegen eine Arbeitskräfteüberlassung entschied und auf Grund der tatsächlichen Verhältnisse (bloße Vermittlertätigkeit nach vereinsrechtlichen Regeln) eine Eigengruppe angenommen hat, welche sich mittels Dienstverschaffungsverträgen verpflichtet hat. Die grundsätzliche Möglichkeit der Arbeitskräfteüberlassung von Darstellern wurde aber nicht ausgeschlossen. Man stelle sich vor, dass ein Stück erarbeitet wird, ein Aufführungsblock an einem bestimmten (vom Tourneetheater festgelegten) Ort stattfindet und sodann eine **Tournee** geplant ist. Der Arbeitnehmer hat meist eine gewisse Zeitspanne für die Tournee reserviert. Gerade dann, wenn der Dienstnehmer auf die Vertragsabschlüsse mit den Gastveranstaltern (Zeiten, Ort, Umfang der Arbeitsleistung – zB auch noch Fototermine vor Ort usw) keinen Einfluss hat und die Tournee schon im Vorfeld geplant war, ist die Überwälzung des Risikos auf den Arbeitnehmer nicht tragbar. Werden lediglich Abendspielgagen vereinbart, sagt aber ein Veranstalter ab, so wäre diese Zeit eine verlorene, in welcher so kurzfristig kaum ein anderes Engagement dazukommen wird.[363] Hier könnten die Regelungen des AÜG Schutz bieten. Werden an einem Gastspielort mehr als fünf Aufführungen geboten würde der Schutz noch erweitert.[364]

Anders ist die Sachlage zu beurteilen, wenn die Bühnenkünstler für andere Engagements frei sind und jeder Termin mit dem Tourneetheater abgestimmt wird. Das ist meist dann der

---

[360] Vgl *Gstöttner-Hofer/Kaiser/Wall-Strasser/Greif*, Was ist morgen noch normal? 23

[361] *Stüwe-Eßl*, Anhang A Rz 82

[362] VwGH 1994/ZAS 1995, 209 – Wiener Volksopernchor mit Kommentar von *Windisch-Graetz*, Währen nämlich bei Bestand von Beschäftigungsverhältnissen zwischen Konzertvereinigung Wiener Volksopernchor und Bregenzer Festspiele die Chorsänger mit ihrer Zustimmung in dem maßgebenden Zeiträumen durch die Werkverträge zu dem Zweck überlassen worden, ihr die der Konzertvereinigung aufgrund der zu ihr bestehenden Beschäftigungsverhältnisse geschuldete Arbeitsleistung bei Fortbestand der grundsätzlichen Rechte und Pflichten aus diesem zu erbringen, so hätte dies gem AÜG zur Folge gehabt, dass die Konzertvereinigung als „Verleiher" und die nicht die Bregenzer Festspiele als „Entleiher" Dienstgeberin im Sinne des § 35 Abs 1 ASVG geworden wäre.

[363] Vor dem Hintergrund, dass das Risiko eines Ausfalls einer Veranstaltung der Tourneeveranstalter zu tragen hat, wird dieser bei Vertragsabschluss präziser ausformulieren, wie eine Absage gehandhabt werden muss.

[364] Das ist vor dem Hintergrund der meist wesentlich finanzkräftigeren Gastveranstalter nur zu befürworten.

Fall, wenn sich die Tourneetermine erst nach und nach ergeben, weil die Terminplanung der einzelnen Theater unterschiedlich ist und der Vertragsabschluss mit dem Gastveranstalter auch vom Ergebnis (dh von der konkreten Inszenierung) abhängt gemacht wird.[365] Zur Einführung einer Leiharbeitsfirma für Darsteller siehe unten 8.1.1.1.

5.3.4. Gruppenarbeitsverhältnisse

Gruppenarbeit ist keine neue Arbeitsform, es hat sie schon immer gegeben.[366] Bei der Beschäftigung mit dem Thema Gruppenarbeit stößt man zunächst auf das Problem, das der Begriff uneinheitlich verwendet wird. Elementare Form der Gruppenarbeit ist das Zusammenwirken mehrerer Menschen an einem Arbeitsgegenstand.[367] Obwohl zentrale Kriterien definiert werden können sind die Ausformungen unterschiedlich.[368] Eine eindeutige, allgemein anerkannte Definition existiert in Österreich nicht. Richtigerweise wird in der Jud[369] festgehalten, dass auch Gruppenarbeitsverträge zum Arbeitsrecht und nicht zum Gesellschaftsrecht gehören.

Man könnte sagen, dass es sich um

- ein **Dienstverhältnis** handelt in dem
- eine **Gruppe von Arbeitnehmern**
- **gemeinsam** für einen Arbeitgeber
- **Arbeitsleistung** erbringen.[370]

Eine Arbeitsgruppe besteht aus **mehr als zwei Personen**.[371] Charakteristisch für Gruppenarbeitsverhältnisse ist, dass die Gruppenmitglieder gemeinsam die Arbeit leisten (zB Mitglieder einer Theatergruppe Musikkapelle oder einer Maurerpartie), d.h. dass sie

[365] Die Produktion wird entweder persönlich vom Veranstalter beurteilt oder anhand einer Videoaufzeichnung.
[366] Schon in grauer Vorzeit haben Menschen zB bei der Jagd oder in der Landwirtschaft gemeinsam gearbeitet um Synergieeffekte zu nutzen. *Bergmann*, Lohndifferenzierung bei betrieblicher Gruppenarbeit am Beispiel der deutschen Automobilindustrie (1998) 26
[367] *Boysen*, Betriebsverband und Arbeitsverhältnis am Beispiel der Gruppenarbeit, Band 16 (1998) 147
[368] Das Spektrum möglicher Auffassungen reicht von einer bloßen Umdefinition der am Fließband zusammenstehender Personen als Gruppe, bis hin zum Idealtypus der teilautonomen Gruppenarbeit mit einer erheblichen Erweiterung der Handlungs- und Entscheidungsspielräume für die Beschäftigten. *Breisig*, Gruppenarbeit 30
[369] OGH 1962/Arb 7589, 374 - Arbeitsgruppe
[370] Vgl *Pfeil* in *Schwimann*, ABGB [2] (1997) § 1151 Rz 55; Zu den Historischen Wurzeln der Gruppenarbeit eingehend *Schack*, Gruppenarbeit, Mitarbeitsverhältnis und die Arbeitsrechtsordnung (1997) 27 ff; *Reissner*, Arbeitsrecht[2] (2005) 165
[371] Vgl *Praxmarer*, Beschäftigung von Musikergruppen 33; vgl auch *Franken*, Individualrechtliche Fragen der Gruppenarbeitsverhältnisse (2005) 36

Mitkontrahenten sind und die Arbeitsverhältnisse zueinander in einem Abhängigkeitsverhältnis stehen. Die Interdependenz ist dabei mehr als die Summe der einzelnen Teilleistungen.[372] Schließt der Dienstgeber auf Grund seines Weisungsrechts mehrere Dienstnehmer zusammen entsteht noch kein Gruppenarbeitsverhältnis.[373]

Im Verhältnis zum Arbeitgeber entstehen **arbeitsrechtliche**[374] **Beziehungen**.[375] Dabei liegt die Bedeutung für den Dienstgeber weniger in den Arbeitsleistungen der einzelnen Dienstnehmer, als vielmehr in den Aktivitäten der Gruppe.[376] Der Zusammenschluss der Gruppe kann auf Grund verschiedener Motive geschehen. Es handelt sich meist um Arbeitsleistungen die wegen ihrer Art, ihres Umfangs oder wegen ihrer Rationalität gemeinsam besser erbracht werden können. Jedenfalls kann die Arbeitsleistung nur gemeinsam erbracht werden.[377] Gruppenarbeit ist ein, wenn nicht das zentrale Element einer Dezentralisierung von Unternehmen.[378]

Jeder Arbeitnehmer schuldet neben der zur Verfügung Stellung der eigenen Arbeitskraft, die Koordination seiner Leistung mit jedem seiner Kollegen. Bei der Gruppenarbeit wird darüber hinaus ein gemeinschaftliches Zusammenwirken in hohem Maße verlangt, was sich in der gemeinsamen Verantwortung niederschlägt. Nur bei kollektiver Leistung ist ordnungsgemäß erfüllt. Eine solide Vertrauensbasis ist Voraussetzung.[379]

---

[372] Vgl dazu auch *Franken*, Gruppenarbeit soll nicht vorliegen wenn den Arbeitnehmern jeweils abgegrenzte Arbeitsaufgaben zugewiesen werden *Franken*, Individualrechtliche Fragen (2005) 39 f; Regelmäßig verrichtet der Arbeitnehmer seine Arbeit nicht allein, sondern mit anderen Kollegen zusammen, seinen es Sekretärinnen im Schreibbüro, seien es Arbeitnehmer an einem Fließband. Diese Art der Arbeit entspricht nicht der Gruppenarbeit, weil dabei die jeweiligen individuellen Arbeiten weiterhin verrichtet werden, die dann dem einzelnen Arbeitnehmer zugerechnet werden können. *Schack*, Gruppenarbeit (1997) 88

[373] *Krejci* in *Rummel*, ABGB[3] I (2000) § 1151 Rz 124

[374] Das es sich um einen Gruppenarbeitsvertrag und nicht um einen Werkvertrag handelte, kann im Hinblick auf die Bestimmung von Arbeitszeit und Arbeitsort durch den Arbeitgeber sowie die Eingliederung in den Betrieb nicht zweifelhaft sein. OGH 24.5.1989, 9 ObA 95/89 kritisch dazu *Schnorr* in DRdA, 1991, 129

[375] Vgl *Krejci* in *Rummel*, ABGB[3] I (2000) § 1151 Rz 125 f; *Mayer-Maly/Marhold*, Arbeitsrecht I (1987) 40 f; *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht 1[4] (1999) 208 f; *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht[10] (2003) 162 ff; *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I[4] (1998) 159

[376] Vgl *Feil/Wennig*, Bühnenrecht 12

[377] Vgl dazu OGH 2002/ARD 5377/1/2003 – Weihnachtsverkaufstand; Zu den Parallelen beim job-pairing bzw Unterschieden beim „job- sharing“ , *Petrovic*, Einige arbeits- und sozialrechtliche Fragen zum Job-sharing, ZAS 1984, 174 ff

[378] *Minssen*, Zumutung und Leitlinie, Der Fall Gruppenarbeit, ZfS 2001, 185

[379] Die Mitglieder einer Akkordkolonne haften für einen Schadenersatzanspruch aus Schlechtarbeit auch dann als Gesamtschuldner, wenn die Kolonne vom Arbeitgeber zusammengestellt worden ist und die Arbeit in dieser Zusammensetzung widerspruchslos aufgenommen hat. BAG 1974 = NJW 1974, 2225 – Akkordgruppe

5.3.4.1. Die Betriebsgruppe

Geht die Initiative zur Gruppenbildung vom Arbeitgeber aus spricht man von **Betriebsgruppe.**[380] Die Einzelverträge werden dabei in der Regel nicht berührt.[381] Das Recht zur Zusammenfassung mehrere AN wird dabei vom Direktionsrecht abgeleitet.[382] Es gelten die jeweiligen besonderen Absprachen. Besonderheiten ergeben sich aber zB, wenn das Entgelt laut Vereinbarung nach dem Ergebnis der gemeinsamen Arbeit berechnet wird.[383] In Deutschland gibt es für einen Bereich der Betriebsgruppe, nämlich der teilautonomen Gruppe[384], eine gesetzliche Definition[385], welche in der Literatur heftig diskutiert wird.[386] *Breisig*[387] hält fest, dass in der gegenwärtigen Phase der Umstrukturierung, die Gruppenarbeit immer mehr zu einem Kernelement eines aktiven Rationalisierungspaketes von Management und Betriebsräten zu werden scheint. Mit der Einführung von teilautonomen Gruppen in der industriellen Produktion sind neue kollektiv zu bewältigende Anforderungen an die Beschäftigten entstanden.[388] Die Gruppenarbeit wird gefördert, wenn die Mitglieder die Zusammenarbeit fachlich und persönlich positiv bewerten. Das kann auch durch die Art der Personalwahl und die Gestaltung von Belohnungs- und Entgeltsystemen gefördert werden.[389]

---

[380] Vgl *Petrovic*, Zur Einzelauflösung ZAS 1985, 172; zur deutschen Lehre ua *Rüthers*, Probleme der Organisation, des Weisungsrechts und der Haftung bei Gruppenarbeit, ZfA 1977, 4

[381] Der Begriff bezeichnet eine Mehrheit von Arbeitnehmern, die jeweils einzeln und unabhängig voneinander ihren Arbeitsvertrag mit dem Arbeitgeber geschlossen haben und durch diesen aus arbeitsorganisatorischen Gründen zwecks Erreichung eines näher bestimmten Arbeitserfolges zusammengeschlossen wurden so *Franken*, Individualrechtliche Fragen (2005) 31; vgl auch *Schack*, Gruppenarbeit (1997) 89

[382] Vgl *Hueck/Nipperdey*, Lehrbuch des Arbeitsrechts I[7] (1963) 789; *Schack*, Gruppenarbeit (1997) 91

[383] Vgl *Krejci* in *Rummel*, ABGB[3] I (2000) § 1151 Rz 124 f

[384] Der Kerngedanke ist die Planung, Verteilung und Kontrolle der gemeinsamen, nicht partialisierten Arbeit möglichst selbständig von den Gruppenmitgliedern zu gestalten daher auch „selbststeuernde" bzw „selbstregulierende" Gruppe genannt *Franken*, Individualrechtliche Fragen 13; Diese ist die kleinste betriebliche Organisationseinheit und Teil einer größeren, von deren Tätigkeiten, Entscheidungen, Zielen und Forderungen die Gruppe abhängig ist. Die Gruppen unterscheiden sich jedoch hinsichtlich des Umfangs- und Entscheidungsniveaus vgl *Schack*, Gruppenarbeit (1997) 96

[385] Für die teilautonome Arbeitsgruppe besteht seit der Reform des Betriebsverfassungsgesetzes in § 87 Abs 1 Nr 13 Halbsatz 2 BetrVG eine Legaldefinition: „Wenn im Rahmen des betrieblichen Arbeitsablaufs eine Gruppe von Arbeitnehmern eine ihr übertragene Gesamtaufgabe im Wesentlichen eigenverantwortlich erledigt.

[386] Vgl *Blanke*, Arbeitsgruppen und Gruppenarbeit in der Betriebsverfassung, RdA 2003, 140; *Elert*, Erweiterung der Mitbestimmung bei Gruppenarbeit, NZA 2001, 371; *Raab*, Die Arbeitsgruppe als neue Betriebsverfassungsrechtliche Beteiligungsebene – Der neue § 28a BetrVG, NZA 2002, 474;

[387] *Breisig*, Gruppenarbeit 40

[388] *Lengfeld/Liebig*, Gruppenarbeit, Entlohnung und Gerechtigkeit, ZfS 2002, 211

[389] *Antoni*, Gruppenarbeit http://www.aodgps.de/alt/gruppenarbeit.html (10.1.2006)

5.3.4.2. Die Eigengruppe

Schließen sich die Arbeitnehmer aus eigenem Antrieb zusammen und bieten als solche dem Arbeitgeber die Dienste an spricht man von einer **Eigengruppe.**[390] Während die Betriebsgruppe **nach** Abschluss des Arbeitsvertrages gebildet wird, liegt der **Zusammenschluss** der Eigengruppe **vor dem Anbieten der Dienste** an den Arbeitgeber.[391]

Auch wenn der Zusammenschluss nicht schriftlich dokumentiert ist, so ist etwa bei Schauspielern, Artisten oder Musikergruppen die bereits Proben abgehalten oder Textarbeit geleistet haben oder Kostüme bzw Ausstattung angefertigt haben von einem Zusammenschluss auszugehen.[392] Die Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen der Gruppenmitglieder untereinander und gegenüber dem Arbeitgeber können vereinbart werden. Wo Vereinbarungen fehlen, müssen die rechtlichen Verhältnisse aus der faktischen Gestaltung abgeleitet werden. Dabei wird der Übung die sich im Arbeitsleben herausgebildet hat, hoher Bedeutungsgehalt zukommen.[393]

Besondere Schwierigkeiten wirft das **Innenverhältnis** zwischen den Gruppenmitgliedern auf. Obwohl auch andere Gestaltungsmöglichkeiten vorstellbar sind, wird meist ein Gesellschafts- (hier vor allem Gesellschaft Bürgerlichen Rechts, manchmal Kapitalgesellschaft) oder Vereinsverhältnis zwischen zwei oder mehreren Arbeitnehmern bestehen.[394] Die Eigengruppe kann in verschiedenen Gestalten auftreten, welche vom Zweck stark beeinflusst sein wird. Es ist sogar denkbar, dass ein und dieselbe Eigengruppe im Lauf der Zeit durch die verschiedensten Einflüsse ihren Charakter ändert.[395] Das ausschlagende Kriterium ist in diesem Zusammenhang der Grad der gegenseitigen Abhängigkeit. IdR wird keine Einzelkündigung, kein Austritts- oder Entlassungsrecht eines

---

[390] Diese Unterscheidung wurde in der deutschen Lehre entwickelt und ist auch weitgehend anerkannt ua *Rüthers,* ZfA 1977, 4; Sie wurde für Österreich übernommen, Vgl dazu *Tomandl/Schrammel,* Arbeitsrecht 1^4 (1999) 208; *Petrovic*, Zur Einzelauflösung ZAS 1985, 172; *Krejci* in *Rummel,* ABGB^3 I (2000) § 1151 Rz 124; in letzter Zeit gibt es in Deutschland Bedenken gegen die Effizienz dieser Einteilung. *Linde* meint, dass diese Einteilung nicht wirklich weiter führt und differenziert bei den einzelnen Gruppenarbeitsverhältnissen feiner. *Linde,* Gruppenarbeit http://www.aus-innovativ.de/media/Gruppenarbeit.pdf (10.1.2006) 5

[391] Vgl auch *Franken*, Individualrechtliche Fragen 31; *Schack*, Gruppenarbeit (1997) 89

[392] Vgl auch *Praxmarer*, Beschäftigung von Musikergruppen 40

[393] Vgl auch *Gerl*, Das Gruppenarbeitsverhältnis, Diplomarbeit (1993) 8

[394] Vgl *Krejci* in *Rummel,* ABGB^3 I (2000) § 1151Rz 127; *Heinrich*, Die Institutionalisierung DRdA, 1960, 120; OGH 1980/ZAS 1983, 175 mit einem ausführlichen Kommentar von *Selb*, So auch weitgehend *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht 1^4 (1999) 209; vgl auch *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I^4 (1998) 159

[395] *Petrovic*, Zur Einzelauflösung ZAS 1985, 177

einzelnen Gruppenarbeitnehmers und vor allem keine individuelle Entlohnung möglich sein.[396] Die Gestaltung der internen Gruppenverhältnisse bedarf im Einzelfall jedoch gesonderter Differenzierung. Die Zusammensetzung der Gruppe ergibt sich zunächst aus dem Willen der Gruppenmitglieder. Ab dem Zeitpunkt der Beschäftigung beim Arbeitgeber stellt sich jedoch die Frage, wer für die Umgestaltung personeller Natur, die oft nicht vermeidbar sind, zuständig und berechtigt sein soll. Festzuhalten ist, dass grundsätzlich die Befugnis, die Gruppe in ihrer Struktur zu verändern, nur der Gruppe selbst gestattet sein kann.[397] Gewisse Grundtypen wurden bereits von *Hofrichter*[398] gebildet und haben bis heute Gültigkeit. Dazu gehören die Gelegenheitsgruppe, Gruppen mit Dauertendenz und dazu kommt noch die Originalgruppe. Die Grenze zwischen den einzelnen Gruppentypen verläuft fließend und Mischtypen sind möglich.

1) Gelegenheitsgruppen

Über das Zustandekommen und Bestehen von Gelegenheitsgruppen entscheidet nicht selten der Zufall. Hier geht es häufig um eher gleichförmige Tätigkeiten wie etwa Maurertrupps, Fensterputzkolonnen und Fliesenleger. Das muss jedoch nicht so sein, auch für Musiker oder andere Künstler kann dieser Gruppentyp relevant sein. Aus der Sicht des Arbeitnehmers kommt es nicht darauf an, besonders qualifizierte Individuen für die in Frage kommende Tätigkeit zu beschäftigen. Auch aus Sicht der Arbeitnehmer ist es mehr oder weniger gleichgültig, wer neben ihm arbeitet, da bei Vorliegen der Mindest-qualifikationen immer den Anforderungen des Arbeitsvertrages genüge getragen wird.[399]

2) Gruppen mit Dauertendenz

Dieser Gruppentyp unterscheidet sich von der Gelegenheitsgruppe durch das Fehlen von Spontaneität und Zufälligkeit in der Entstehung. Der totalen Beliebigkeit der Gelegenheitsgruppe weicht einer gewissen Systematik oder organisierten Struktur auch

---

[396] Vgl *Krejci* in *Rummel*, ABGB[3] I (2000) § 1151 Rz 125
[397] Vgl auch *Rüthers*, Der Arbeitgeber hat idR keinen Einfluss auf die Bildung und Zusammensetzung der Gruppe. *Rüthers*, ZfA 1977, 34 ; *Schack*, Gruppenarbeit (1997) 89
[398] *Hofrichter*, Das mittelbare Arbeitsverhältnis (1939) 115 f nach *Petrovic*, Zur Einzelauflösung ZAS 1985, 176
[399] *Petrovic*, Zur Einzelauflösung ZAS 1985, 178; vgl auch *Praxmarer*, Beschäftigung von Musikergruppen 43

hinsichtlich der ausgeübten Tätigkeit.[400] IdR haben die Gruppenmitglieder schon vorher einmal Verträge abgeschlossen. Innerhalb der Gruppe ist also die Betonung des Individuums stärker. Der Gruppe, welche bereits eingespielt ist, wird es darauf ankommen ihre Zusammensetzung möglichst zu erhalten. Häufig bildet sich hier bereits eine Differenzierung der Aufgaben innerhalb der Gruppe und meist wird ein Gruppenleiter bestimmt werden.[401] Dem Arbeitgeber ist aber auch hier die vereinbarte Gruppen-gesamtleistung wichtiger, nämlich dass in vereinbarter Weise, zu gegebener Zeit, in entsprechender Zahl und mit den entsprechenden Fähigkeiten ausgestattet die erwartete Leistung erbracht wird, wenn auch die Arbeitsleistungen deutlich individualisierbar ist.[402]

3) Originalgruppen

Die Wichtigkeit der Individualisierung hat bei der Originalgruppe ein Ausmaß erreicht, das auch für Außenstehende erkennbar ist. Ein Mitgliederaustausch wird dann ausgeschlossen sein, wenn nach den Umständen des Einzelfalls kein vernünftiger Grund daran zu zweifeln übrig bleibt, dass nach dem Willen der Parteien stets nur die gesamte Gruppe in ihrer jeweiligen Besetzung leisten soll.[403] Die Erfüllung des Vertrages hängt daher nicht allein von der Güte der Gesamtarbeitsleistung ab, sondern auch davon wer sie erbringt. Auch für die Gruppenmitglieder ist die Zusammensetzung der Gruppe, vor allem für deren Ruf und Arbeitszufriedenheit von zentraler Bedeutung. Die Größe der Gemeinschaft sagt mAn hingegen nichts darüber aus, ob eher eine Gelegenheitsgruppe, eine Gruppe mit Dauertendenz oder eine Originalgruppe vorliegt.[404] Vielmehr ist mEn auf das spezielle Talent, ein ausgewähltes Wissen bzw auf besondere Fähigkeiten abzustellen. Sobald (objektiv zu beurteilende) ganz spezielle Fähigkeiten nötig sind um die Arbeit verrichten zu können, ist mAn eher von einer Originalgruppe auszugehen.

Nur bei einer Originalgruppe besteht ein unantastbarer Gruppenverband, der durch Ersatzkräfte nicht austauschbar ist. Sowohl bei der Gelegenheitsgruppe als auch der Gruppe mit Dauertendenz kann die Arbeit mit Hilfe vollwertiger Ersatzkräfte bewältigt werden (mitunter auch der Übriggebliebenen), sodass sowohl der Arbeitgeber als auch die

---

[400] *Petrovic*, Zur Einzelauflösung ZAS 1985, 178
[401] Vgl *Praxmarer*, Beschäftigung von Musikergruppen 46
[402] *Petrovic*, Zur Einzelauflösung ZAS 1985, 178; vgl auch *Franken*, Individualrechtliche Fragen 49 f
[403] *Petrovic*, Zur Einzelauflösung ZAS 1985, 178
[404] Vgl jedoch *Petrovic*, Zur Einzelauflösung ZAS 1985, 179 mAn würde sich die Gesamtleistung wesentlich ändern, wäre die erste Geige der Wiener Philharmoniker durch eine andere Person besetzt.

einzelnen Gruppenmitglieder das Erscheinungsbild der Gruppe durch Einzelauflösung gestalten können. Das Ausmaß dieser Befugnis richtet sich laut *Petrovic*[405] bei Fehlen einer ausdrücklichen Abrede nach dem Grad der Verbundenheit der gemeinsamen Arbeitsschuldner.

Das **Außenverhältnis** hängt davon ab, wer als Vertragspartner für die Gruppe nach außen hin auftritt. Als Rechtsgrundlage der Tätigkeit der Gruppe kann in der Regel ein Werk-, Dienst-, oder Dienstverschaffungsvertrag bestehen. [406]
Im Einzelfall ist jeweils zu prüfen[407]

1) ob mit jedem einzelnen Gruppenmitglied ein Arbeitsvertrag abgeschlossen wird (= **parallele Arbeitsverträge**). Unmittelbare arbeitsrechtliche Beziehungen werden begründet, der Unterschied zu normalen Einzelarbeitsverträgen besteht lediglich in der Zusammenfassung etwa wegen eines gemeinsamen Lohnanspruchs. Größtmöglichster Schutz besteht.[408]
2) oder ob die Gruppe im eigenen Namen und im Namen der Mitglieder einen Arbeitsvertrag eingeht. (**Dienstverschaffungsvertrag zwischen Gruppe und Vertragspartner**) Es ist jedoch zu fragen, ob nicht konkludente Arbeitsverträge zwischen den Gruppenmitgliedern und dem Vertragspartner entstehen. *Petrovic*[409] hat darauf verwiesen dass es darauf ankommt ob das Gruppenarbeitsverhältnis vereinbarungsgemäß „stärker“ ist. Eine Begründung von Rechtsbeziehungen zwischen Eigengruppen-Gesellschaft und Arbeitgeber kommt nur dann in Betracht, wenn die Gruppe Rechtssubjektivität hat.[410]
3) oder dass ein Bevollmächtigter der Gruppe den Arbeitsvertrag für sich und die Gruppenmitglieder/Gruppe abschließt. (**Dienstverschaffungsvertrag mit der Gruppe/Gruppenleiter verbunden mit gebündelten Arbeitsverträgen der Gruppenmitglieder**)[411] Mit dem Dienstverschaffungsvertrag verpflichten sich die Eigengruppen für die Arbeitsleistung der Gruppenmitglieder zu sorgen.

[405] *Petrovic*, Zur Einzelauflösung ZAS 1985, 179
[406] *Rüthers*, ZfA 1977, 36
[407] Vgl dazu eingehend *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht 1[4] (1999) 208 f und *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht[10] (2003) 162 f
[408] *Hueck/Nipperdey*, Arbeitsrechts I[7] (1963) 794
[409] *Petrovic*, Zur Einzelauflösung ZAS 1985, 172; vgl auch *Pfeil* in *Schwimann*, ABGB [2] (1997) § 1151 Rz 55
[410] Vgl *Franken*, Individualrechtliche Fragen 4
[411] *Rüthers*, ZfA 1977, 42

5.3.4.3. Entgelt- und Leistungsproblem

Beim Gruppenarbeitsverhältnis stellen sich sowohl Entgelt- als auch Leistungsprobleme, die mangels Literatur nur ansatzweise gelöst sind.[412] Nur bei unmittelbaren Rechtsbeziehungen zwischen den Gruppenmitgliedern und dem Dritten können vertragliche Entgeltansprüche zwischen diesen Personen vorliegen.[413] IdR wird ein Gesamtentgelt vereinbart, so wird die Abhängigkeit manifestiert.[414] Unbestritten ist, dass die Beschaffenheit der geforderten bzw geschuldeten Leistung keinen zwingenden Schluss auf die Teilbarkeit bzw Unteilbarkeit des Schuldverhältnisses zulässt.[415]

Im Ergebnis finden sich unterschiedliche Lösungen:

Der OGH[416] gelangt sonst bei Forderungen gegenüber GesBR zur **Solidarhaftung** der Gesellschafter und zwar als Alternative zur quotenmäßigen Haftung. Jeder Schuldner schuldet die ganze Leistung und jeder Gläubiger kann die ganze Leistung fordern. Für Gruppenarbeitsverhältnisse ist diese Lösung jedoch unzureichend und gerade für die Arbeitnehmer unmöglich, da die gesamte Arbeitsleistung nicht von einem erbracht werden könnte.

Ein anderer Ansatz begegnet der Problematik mit der Rechtsfigur der **Gesamthand**. Alle Schuldner haben durch gemeinsames Handeln zu leisten oder alle Gläubiger gemeinsam zu fordern. Dh sofern kein selbständiger Anspruch eines Mitgliedes besteht, muss das (Gesamt)-entgelt von allen Mitgliedern gemeinsam gefordert und im Innenverhältnis in der Gruppe aufgeteilt werden.[417] Haben wir es mit einer Mischung aus teilbarer und unteilbarer Leistung zu tun, ist laut *Gschnitzer*[418] davon auszugehen, dass die unteilbaren auf die teilbaren wirken, weil das Schuldverhältnis selbst eine Einheit ist. Die einzelnen Ansprüche und Verbindlichkeiten können zwar für sich allein betrachtet eigene Wege gehen, die Gesamtheit ihrer rechtlichen Beziehungen steht jedoch im Zeichen der Unteilbarkeit. Auch wenn sich mehrere in einem Gruppenarbeitsverhältnis zu Leistungen verpflichten, die sie nur gemeinsam erbringen können, muss dies aber noch **nicht zur Unteilbarkeit** der ihnen

---

[412] Detailliert zu Haftungsproblemen va der Betriebsgruppe *Rüthers,* ZfA 1977, 17
[413] *Pfeil* in *Schwimann,* ABGB [2] (1997) § 1151 Rz 57
[414] näheres dazu auch in *Kapfer/Bündsdorf,* SchauspG (1974) 9 § 1Anm 16 und 17
[415] *Petrovic,* Zur Einzelauflösung ZAS 1985, 174
[416] Vgl die Erläuterungen zu OGH 1980/ZAS 1983, 175 mit Kommentar von *Selb*; *Koziol/Welser,* Bürgerliches Recht II[12] (2001) 129
[417] OGH 25.11.1970, 7 Ob 154/70 – Gesamthandforderung; OGH 24.5.1989, 9 ObA 95/89 = DRdA, 1991, 129 mit Besprechung von *Schnorr*; OGH 1980/ZAS 1983, 175 mit Kommentar von *Selb*
[418] *Gschnitzer* in *Klang/ Gschnitzer*[Hrsg] Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch [2] 4. Band (1968) § 888; 281 *Gamerith* in *Rummel,* ABGB[3] I (2000) § 888 Rz 1 ff

gebührenden Gegenleistung führen.[419] Verpflichten sich aber die Arbeitnehmer zu einer Leistung, die sie nur gemeinsam erbringen können und wird ein Gesamtentgelt vereinbart, wobei bei Vertragsabschluss noch nicht feststeht wie es unter den Mitgliedern verteilt werden soll, so wird die Entgeltforderung zu einer Gesamthandforderung gem § 890 ABGB.[420] Eine GesBR im Sinne der §§ 1175 ABGB ff kann ihre Forderungen nicht als Gesellschaft einklagen, als Kläger haben vielmehr die Gesellschafter aufzutreten. Das bedeutet aber nicht, dass ein Gesellschafter keinesfalls zur Klage legitimiert wäre.[421] Zur Geltendmachung sind laut Judikatur nicht nur alle Gläubiger gemeinsam, sondern auch ein Gläubiger mit Zustimmung der übrigen berechtigt.[422]

Selb[423] hingegen spricht davon, dass diese Lösung unbefriedigend ist und kommt zu einem **gemeinschaftlichen Schuldverhältnis**. Man versteht darunter ein Schuldverhältnis bei dem das Interesse des Gläubigers, also des Arbeitgebers, unteilbar ist, weil ja der Beitrag des einzelnen Schuldners für ihn nicht wichtig ist. Gleichzeitig kann aber die Gesamtleistung von keinem der Schuldner ganz erbracht werden, sondern nur durch ein Zusammenwirken der Einzelnen. Auf dieses Zusammenwirken stellt *Selb* als Wesensmerkmal der gemeinschaftlichen Schuld ab.[424]

Gruppenarbeitsverträge können gegenüber allen Mitkontrahenten **vorzeitig aufgelöst** werden, sofern auch nur ein Mitglied die vereinbarte Arbeitsleistung vereitelt oder einen Entlassungsgrund setzt.[425] Von der Gesamtauflösung ist abzusehen, wenn die Arbeit auch ohne das ausgeschiedene Gruppenmitglied ausführbar ist.[426] Der gegenüber einem Arbeitnehmer gesetzte Austrittsgrund, gilt auch für die übrigen Mitglieder.[427] Bei der Beurteilung der Austrittsgründe ist – so wie im Allgemeinen – entscheidend, ob es sich um eine so wesentliche Vertragsverletzung handelt, dass dem AN das weitere Aufrechterhalten des Arbeitsverhältnisses nicht zugemutet werden kann.[428]

---

[419] OGH 1980/ZAS 1983, 175 mit Kommentar von *Selb*; *Dittrich/Tades*, *ABGB*[36] I (2003) § 890 E 3
[420] OGH 1980/ZAS 1983, 175 mit Kommentar von *Selb*
[421] OGH 27.10.1972, 2 Ob 149/72 – Gesamthandforderung
[422] Vgl OGH 24.5.1989, 9 ObA 95/89 = DRdA, 1991, 129 mit Besprechung von *Schnorr*¸ OGH 25.11.1970, 7 Ob 154/70 – Gesamthandforderung
[423] Kritisch zur Gesamthandforderung *Selb* ZAS 1983, 175 zu OGH 1980/ SZ 53/101
[424] Näheres dazu auch bei *Praxmarer*, Beschäftigung von Musikergruppen 52 f
[425] OGH 1963/Arb 7852, 85 f – Musikertrio
[426] Siehe dazu auch Petrovic, Zur Einzelauflösung ZAS, 1985, 171; vgl auch OGH 1955/ARD 6143, 185 ff und OGH 1980/SZ 53/101 = ZAS 1983, 172 mit Kommentar von *Selb*; OGH 1996/ZAS 1997, 9 – Entlassung einzelner Mitglieder
[427] OGH 2002/ARD 5377/1/2003 – Weihnachtsverkaufstand (Praxisrelevant auch für Darsteller)
Wurde auf Grund des Willens der Parteien die Arbeitsverträge verbunden liegt ein Gruppenarbeitsvertrag vor,
[428] OGH 2003/infas 2003, A 58 – Ehrenbeleidigung

5.3.4.4. Gruppenarbeitsverträge im Theater

Die Leistungsverbundenheit ergibt sich im Theaterbereich vor allem durch das komplexe künstlerische Zusammenwirken. Man könnte sagen, dass die Interaktion der Gruppenmitglieder durch permanente Abhängigkeit gekennzeichnet ist. Die Aufgabe der Darsteller besteht darin, mit ihren Kollegen ein Gesamtkunstwerk zur Aufführung zu bringen. Ein in bestimmter Weise gesprochener, intonierter oder bewerteter Text/Ton oder ein choreographierter Körperausdruck wird beim Gegenüber unterschiedliche Reaktionsweisen auslösen; nach dem Motto: „Aufnehmen – Bewerten – Reagieren".[429] Die Interdependenz zeigt sich im besonderen Maße dann, wenn ein Schauspieler bei einer Aufführung plötzlich einen „Texthänger" hat und sein Kollege durch Improvisation die Situation „retten" muss. Gelingt es nicht, die Situation aufrecht zu erhalten, mindert dies die Leistung der ganzen Gruppe. Die Zusammensetzung der Gruppe ist daher von enormer Bedeutung. Je nach Qualität, Charakter usw der einzelnen Gruppenmitglieder wird die Aufführung besser oder schlechter sein, jedenfalls wird sie aber anders sein. Aus diesem Grund kommt der Entscheidungsbefugnis hinsichtlich der Gruppenzusammensetzung mAn besonderer Bedeutungsgehalt zu. Für den Arbeitgeber wird gewiss die Zusammensetzung eines überaus bekannten Ensembles (beispielsweise eine Festspielproduktion mit Johanna Wokalek, Birgit Minichmayr und Gert Voss) mehr Bedeutung haben als die Besetzung einer Kindertheaterproduktion, obwohl diese Einschätzungen sicher sehr subjektiv und auch regional unterschiedlich sein können und mAn vorwiegend auf den Willen der Parteien abzustellen ist, welcher idealer Weise im Vertrag festgeschrieben wird.

Der **Direktor einer Theatergruppe**, der sich mit seinen Schauspielern einem Theaterbetrieb verpflichtet, für eine garantierte und bestimmte Spieldauer Stücke seiner Wahl aufzuführen, wobei die Aufteilung des Gesamthonorars ihm überlassen bleibt, ist Arbeitnehmer aus einem Gruppenarbeitsvertrag und wirtschaftlich vom Unternehmen (Direktor des Kabaretts) abhängig, der das Risiko des Unternehmens ausschließlich trägt.[430]
Die **Musiker eines Trios** bilden eine Arbeitsgruppe und stehen daher auch bei Abschluss von unmittelbaren Einzelverträgen in einem Gruppenarbeitsverhältnis zu ihrem

[429] Vgl dazu die einschlägige Literatur, *Johnstone*, Improvistation und Theater [5] (2000); *Molcho*, Körpersprache (1998); *Fo*, Kleines Handbuch des Schauspielers (1997); *Stanislavsky*, Die Arbeit des Schauspielers an der Rolle[2] (1996)
[430] OGH 1948/Arb 4995, 134 – Theatertruppe

Dienstgeber[431] Der **Kapellmeister,** von dem eine Vertragsstrafe für die Nichterfüllung des Vertrages gefordert wird, ist Arbeitnehmer des Theaterunternehmers (Kabaretts).[432] Hat gemäß Vertrag zwischen den Kapellenmitgliedern im Innenverhältnis der Kapellmeister für die Gesamtgage der Musiker aufzukommen, so haften für die Ansprüche der Unternehmer und der Kapellmeister als Mitschuldner zur ungeteilten Hand. Der Kapellmeister kann jedoch gem § 896 Regress nehmen.[433]

Sehr differenzierend zu den einzelnen Vertragsverhältnissen und zur Abgrenzung zwischen Dienstverschaffungsvertrag und Gruppenarbeitsverhältnis die Entscheidung des VwGH [434] zur **Konzertvereinigung Wiener Volksopernchor,** welcher sich bei den Bregenzer Festspielen für die Sommersaison verpflichtete. Die Mitglieder des Chores waren an die Weisungen des Regisseurs, des Chordirektors in Bezug auf Probenzeiten, Probenanzahl, szenische Abfolge, Art der Wiedergabe des einstudierten Werkes gebunden und mussten sich an eine Pausenregelung halten. Sie bildeten zum Zweck der vereinbarten Werkverträge (zwischen Konzertvereinigung und Festspiele) eine Eigengruppe, welche den Festspielen in den vereinbarten Zeiträumen Arbeitsleistung erbrachte. Nach Ansicht des VwGH kamen zwischen den Festspielen und den Chorsängern somit konkludente Gruppenarbeits-verhältnisse iSd § 863 zustande. Daran änderte auch der Umstand nichts, dass die Gesangspartien schon vor den Proben studiert sein mussten.

5.3.5. Abgrenzungen zwischen den einzelnen Mehrpersonenverhältnissen

Die Unterscheidung zwischen den einzelnen Mehrpersonenverhältnissen gestaltet sich zum Teil sehr schwierig, da die Begriffsbestimmungen schon uneinheitlich sind. Dennoch ist die Abgrenzung von zentraler Bedeutung für die Einordnung der Rechtsbeziehungen und deren Rechtsfolgen.

5.3.5.1. Dienstverschaffung und Gruppenarbeitsvertrag

Die Grenze zwischen **Dienstverschaffung und Gruppenarbeitsvertrag** ist fließend, es muss im Einzelfall beurteilt werden. Während beim Dienstverschaffungsvertrag zu

[431] OGH 1962/Arb 7589, 373 f – Arbeitsgruppe; und OGH 1963/Arb 7852, 85 f.– Musikertrio
[432] OGH 1971/Arb 8909, 58
[433] OGH 1971/Arb 8860 = ZAS, 1972, 65 mit Anmerkung von *Strasser*
[434] VwGH 1994/ZAS 1995, 204 – Wiener Volksopernchor mit Kommentar von *Windisch-Graetz*

unterscheiden ist, ob einzelne arbeitsrechtliche Beziehungen entstehen, ist bei Gruppenarbeitsverträgen jedenfalls davon auszugehen, dass zwischen den Arbeitskräften und demjenigen, dem die Arbeit geleistet wird, arbeitsrechtliche Beziehungen entstehen. Siehe dazu vor allem die Entscheidung „Konzertvereinigung Wiener Volksopernchor“.[435]

5.3.5.2. Gruppenarbeitsvertrag und Arbeitskräfteüberlassung

Der Leiter der Gruppe tritt vielfach als Mittelsperson (Zwischenmeister) auf, die dem Dienstgeber die Gruppenmitglieder verschafft. Von der Arbeitskräfteüberlassung unterscheidet sich diese Form nur dadurch, dass der Gruppenleiter, **nicht selbständiger Unternehmer**, sondern Arbeitnehmer (sog. Hauptarbeitnehmer) ist, bei dem bloß die eigene Arbeitspflicht durch die Pflicht zur Verschaffung der Dienste anderer ergänzt wird.[436]

Diese Unterscheidung ist für die Theaterpraxis mAn sehr wichtig, da es häufig vorkommt, dass freie Gruppen an verschiedenen Aufführungsorten jeweils eine Reihe von Aufführungen (Gastspiele) präsentieren. Wer dabei die Arbeitgeberposition innehat, wird im Einzelfall zu prüfen sein. Von der Arbeitskräfteüberlassung muss weiters die Arbeitsvermittlung abgegrenzt werden.[437] Auf Arbeitsvermittlung ist das Arbeitsmarktförderungsgesetz (AMFG)[438] anwendbar.[439]

Interessant dazu *Heinze*[440], in einer Besprechung einer Entscheidung des BAG. Hier wurde der Tourneeveranstalter Kraft seiner Funktion als Betriebsinhaber qualifiziert. Daran änderte nach Auffassung des BAG auch der Umstand nichts, dass der Kapellleiter das Recht besessen habe, Kapellenmitglieder auszuwechseln und eine Gesamtgage vereinbart wurde. Der Tourneeveranstalter teilte die Dienste und freien Tage ein und setzte die Dauer der Tournee fest, weshalb keine sicheren Anhaltspunkte für die Annahme gegeben seien, dass keine unmittelbaren arbeitsvertraglichen Beziehungen zwischen den einzelnen Kapellmitgliedern und dem Tourneeveranstalter zustande gekommen wären.

---

[435] VwGH 1994/ZAS 1995, 209 f – Wiener Volksopernchor mit Kommentar von *Windisch-Graetz*
[436] Vgl Floretta/Spielbüchler/Strasser, Arbeitsrecht I[4] (1998) 159
[437] Dazu *Wachter*, Gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung und Arbeitsvermittlung, ZAS 1974, 163 ff
[438] BGBl 1969/31
[439] Arbeitsvermittlung ist auch die Überlassung von Arbeitskräften an Dritte, sofern der Überlasser nicht die Pflichten des Arbeitgebers trägt (§ 9 Abs 4 AMFG); die Künstlervermittlung ist in § 18 AMFG geregelt
[440] *Heinze*, Zum Arbeitsrecht der Musiker, NW 1985, 2118 (= BAG vom 27.8.1964)

Nach dieser Entscheidung müsste demnach nicht der Leiter der Theatergruppe als Unternehmer bezeichnet werden, sondern der Tourneeveranstalter, dh eine allfällige Mittelsperson/Agent, welcher die Koordination für die Gastspiele durchführt und die Verträge aushandelt.

5.3.5.3. Arbeitskräfteüberlassung und reine Dienstverschaffung

Pfeil[441] unterscheidet nicht zwischen Dienstverschaffung und Arbeitskräfteüberlassung. Er geht davon aus, dass Dienstverschaffungsverträge früher gesetzlich nicht geregelt waren und seit dem AÜG einen gesetzlichen Rahmen gefunden haben. Auch *Floretta/Spielbüchler/Strasser* [442] geben keine Abgrenzungskriterien.

Die Abgrenzung zwischen Dienstverschaffung und Arbeitnehmerüberlassung ist mAn in der Praxis nicht einfach, aber vorzunehmen. Ein Dienstverschaffungsvertrag liegt vor, wenn der eine Überlasser die Verpflichtung übernimmt, dem anderen Arbeitsempfänger die Dienstleistung eines Dritten zu verschaffen. Der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag ist mAn insofern ein Unterfall, bei dem die Dienste abhängig Beschäftigter verschafft werden. Für ihn gelten die Besonderheiten des AÜG.

[441] *Pfeil* in *Schwimann*, ABGB [2] (1997) § 1151 Rz 52
[442] *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I[4] (1998) 153

5.4. Atypische Arbeitszeiten

Zu den nur selten vorkommenden Formen der Arbeitszeitformen unter dem Motto kapazitätsorientierte variable Arbeitszeit (KAPOVAZ) gehören die Arbeit auf Abruf und das Job-Sharing.[443] Gemeinsam ist den beiden Formen, dass die Arbeitsplatzgestaltung in den Details vorbehalten wird.

5.4.1. Das Job-Sharing

Man kann beim Job-Sharing von einer abgeänderten Form der Teilzeitarbeit sprechen, bei der die Verteilung der Arbeitszeit innerhalb eines bestimmten zeitlichen Rahmens nach den Bedürfnissen und Wünschen der teilzeitbeschäftigten Arbeitskräfte erfolgt.[444] Der Job-Sharer unterscheidet sich vom Normaltypus des Arbeitnehmers prinzipiell nur dadurch, dass er **hinsichtlich der Arbeitszeit dem Weisungsrecht des AGs entzogen ist**. Dennoch nimmt die Zeitsouveränität beim Job-Sharing nicht den Status eines Arbeitnehmers.[445] Eine Unterform davon, das sog Job-Pairing[446], ist mAn für eine „Doppelbesetzung“ (= zwei Schauspieler teilen sich eine Rolle, so dass jeder eine gewisse Anzahl von Vorstellungen spielt) eine überlegenswerte Möglichkeit. Auch die Nähe zu Gruppenarbeitsverhältnissen bietet Anknüpfungspunkte für Analogien. In der Regel werden zwar beim Gruppenarbeitsverhältnis die einzelnen Gruppenmitglieder zur gleichen Zeit tätig (zB Musikkapelle), aber auch ein zeitlich versetztes Tätigwerden spricht nicht zwingend gegen das Vorliegen eines Gruppenarbeitsverhältnisses. Unzureichende rechtliche Grundlagen führen jedoch ohnehin zu großer Rechtsunsicherheit [447], weshalb ich hier nicht näher darauf eingehen möchte.

---

[443] Das aus der USA stammende neue Arbeitszeitmodell, wurde an mitteleuropäische Verhältnisse angepasst und zeigt Reaktionen auf die verschiedenen Musterverträge in der BRD. *Petrovic*, Fragen zum job-sharing, ZAS 1984, 174 ff

[444] Vgl *Hromadka/Maschmann*, Arbeitsrecht Band1, Individualarbeitsrecht[2] (Heidelberg 2002) 98 Rz 45 ff; *Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht[2] (2003) 18 Rz 56; *Mühlberger*, Neue Formen der Beschäftigung 47; *Schwarz/Löschnigg, Arbeitsrecht*[10] (2003) 385; *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I[4] (1998) 209

[445] So auch *Reuter*, Arbeitsrechtliche Aspekte neuer Arbeitszeitstrukturen, DRdA 1981, 203

[446] Zwei Arbeitnehmer teilen sich einen Vollzeitarbeitsplatz zu vorab festgelegten Zeitanteilen im Rahmen eines von ihnen aufgestellten Arbeitszeitplanes so, dass sie diesen zwar alternierend besetzen, aber wegen der Natur der anfallenden Arbeiten soweit erforderlich gemeinsam für deren Erledigung die Verantwortung übernehmen, sich bei Bedarf gegenseitig informieren und die wesentlichen Entscheidungen gemeinsam treffen. Vgl *Petrovic*, Fragen zum job-sharing, ZAS 1984, 175 ff

[447] *Heinrich*, Arbeitsrechtliche Fragen flexibler Arbeitszeitstrukturen, RdW 1984/2, 50

5.4.2. Arbeit auf Abruf

Bei dieser Art der Arbeitszeitgestaltung behält sich der Arbeitgeber auf Grund seines Weisungsrechts vor, die Arbeitskraft des Arbeitnehmers je nach Auslastung des Betriebs bzw Bedarf innerhalb gewisser Grenzen in Anspruch zu nehmen.[448] Im Arbeitsvertrag ist meist eine bestimmte Anzahl von Arbeitsstunden vereinbart, deren Ableistung nach Weisung des Arbeitgebers erfolgt.[449] Die Arbeitnehmer halten sich bereit. Abgegolten werden nur die effektiv geleisteten Arbeitsstunden.[450] Die Vereinbarungen verschieben somit das Wirtschaftsrisiko vom Unternehmer auf den AN.[451] Bloße Rufbereitschaft liegt vor, wenn der AN seinen Aufenthaltsort (etwa im Gemeindegebiet) und damit sein Verhalten selber regeln und für den AG nur schnell erreichbar sein muss. Aber auch Rufbereitschaft kann nicht schrankenlos vereinbart werden. Es gelten die Bestimmungen des § 1152.[452] Beschränkungen für die Vereinbarung von Rufbereitschaft finden sich in § 20 a AZG und § 6 a ARG[453], aber auch daraus, dass die Lage der Normalarbeitszeit und Teilzeitarbeit vom Dienstgeber nicht beliebig verändert werden darf. Kurzfristige Änderungen der Normalarbeitszeit dürfen gem
§ 19c Abs 2 Z 3 AZG berücksichtigungswürdigen Interessen des AN nicht entgegenstehen.[454] Abzugrenzen von der Rufbereitschaft ist die Arbeitsbereitschaft. Der AN muss sich bei der Arbeitsbereitschaft an einer bestimmten Stelle zur jederzeitigen Verfügung halten. Arbeitsbereitschaft ist im Gegensatz zu Rufbereitschaft Arbeitszeit.
Da in allen Fällen, in denen Rufbereitschaft ohne Vorankündigung und Abgeltung veranlasst wird, das gesamte wirtschaftliche Risiko auf den AN abgewälzt wird, ist eine solche Vereinbarung als sittenwidrig anzusehen.[455] Rechtspolitisch muss die aktuelle Entscheidung des OGH[456] als Signal gesehen werden, dass Flexibilisierungsvereinbarungen nicht erwünscht sind.[457] Der derzeitige Trend im Arbeitsleben, durch die Gestaltung von atypischen Arbeitsverträgen aus dem Arbeitsrecht zu flüchten und die Schutzbestimmungen

---

[448] Vgl *Rebhahn*, Schranken für KAPOVAZ und Arbeit auf Abruf, RdW 1989, 194
[449] *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht[10] (2003) 384
[450] Vgl *Tálos*, Atypische Beschäftigung 264; *Mayer-Maly/Marhold*, Arbeitsrecht I (1987) 98; *Mühlberger*, Neue Formen der Beschäftigung 47;
[451] *Rebhahn*, RdW 1989, 195
[452] Floretta/Spielbüchler/Strasser, Arbeitsrecht I[4] (1998) 166 f und 182
[453] *Jabornegg/Resch/Strasser*, Arbeitsrecht[2] (2005) 44 Rz 234
[454] Vgl auch *Reisner/Kochanowski*, Zur Diensteinteilung und Abgeltung von Abwesenheitszeiten bei schwankendem Beschäftigungsausmaß, ASok 2004, 384
[455] Vgl OGH 1998/DRdA 1999, 321f mit Besprechung von *Krapf*; *Gstöttner-Hofer/Kaiser/Wall-Strasser/Greif*, Was ist morgen noch normal? 20
[456] OGH/2004, 8 ObA 116/04y
[457] OGH 2004/RdW 2005, 764 mit Besprechung von *Gerhartl*, Probleme der Beschäftigung nach Bedarf

zu umgehen, lässt es geboten erscheinen, derartige Vertragsmodelle auf ihre Umgehungsabsicht streng zu prüfen.[458]

5.4.2.1. Ein Fall aus der Festspielpraxis

Für Stückverträge bei Festspielen wird häufig Folgendes vereinbart:
„Der Mitwirkende verpflichtet sich während der Dauer seines Vertrages in (...)-Stadt oder Umgebung anwesend und jederzeit erreichbar zu sein und diese nur mit Zustimmung der Festspielleitung zu verlassen. Der Mitwirkende hat sich während der Vertragsdauer durch den täglich erscheinenden Proben- und Vorstellungsplan selbst über seine Verpflichtungen zu informieren. Als Honorar wird (in diesem Fall) ein Pauschalentgelt für Proben und Aufführungen vereinbart.“ [459]

*5.4.2.2. **Lösungsansätze***

Das ARG ist für darstellende Bühnenkünstler nicht anwendbar. Das AZG (§ 20 Abs 3 SchauspG) hingegen schon. Gem § 20 a Abs 1 AZG darf Rufbereitschaft außerhalb der Arbeitszeit nur an zehn Tagen pro Monat bzw durch KollV an 30 Tagen innerhalb von drei Monaten vereinbart werden. Die Theaterpraxis zeigt hier etwas anderes, fordert aber auch teilweise etwas anderes. Das zeigt einerseits § 20 Abs 1 SchauspG welcher normiert, dass das Mitglied nicht verpflichtet, ist zur Nachtzeit oder an einem Sonntag oder staatlich anerkannten Feiertag an einer Probe teilzunehmen, wenn nicht besondere Umstände es notwendig machen, die Probe zu dieser Zeit abzuhalten. Andererseits § 20 Abs 3 SchauspG welcher festschreibt, dass ein Mitglied in der Zeit vom Beginn der Abendvorstellung bis zum Beginn der Abendvorstellung am nächsten Tag nicht länger als acht Stunden beschäftigt werden darf.
Die oben genannte Vereinbarung ist also differenziert zu betrachten und auch auf die Bedürfnisse der Theaterpraxis abzustimmen. Für Stars mit einer hohen Gage mag diese vage Vereinbarung tragbar sein. Diese befinden sich ohnehin gegenüber dem Regisseur/Dirigent in der Position, auch einseitig Probenzeiten mitzubestimmen bzw

[458] OGH 1998/DRdA 1999, 323 mit Besprechung von *Krapf*
[459] Der Vertragsinhaber möchte anonym bleiben

werden sie im Fall einer Nichteinhaltung, kaum Konsequenzen spüren.[460] Für Kleindarsteller oder Mitglieder des Chores oder Bewegungschores oder Statisten kann diese Regelung mAn nicht haltbar sein. Eine umfassende Rufbereitschaft wie es die oben genannte Regelung vorsieht, kann mAn lediglich in der Endprobenphase vereinbart werden. Das wäre sowohl gesetzeskonform, als auch für die Praxis eine gangbare Lösung.

Wie ein angemessenes Entgelt berechnet werden kann, ist gewiss fraglich. Dass nur ein Stundensatz vereinbart wird, welcher die tatsächliche Leistung entlohnt, ist mEn nicht angemessen und sittenwidrig.[461]

[460] Diese Meinung kann auch vor dem Hintergrund unterstrichen werden, dass § 52 SchauspG gewisse Regelungen (zwar nicht § 20 SchauspG - Arbeitszeit) für Gastspielverträge ausnimmt, sofern das Entgelt die festen Bezüge der meisten übrigen an demselben Unternehmen angestellten Mitglieder, weit übersteigt.
[461] Vgl *Rebhahn*, RdW 1989, 196

6. Sozialrechtliche Fragen

Auf Grund der hitzigen aktuellen Diskussion über eine soziale Absicherung von Kunstschaffenden möchte ich auch sozialrechtliche Aspekte behandeln. Man kann zum Sozialrecht all jene Rechtsnormen zählen, die staatlich organisierte Hilfe zu Gunsten des Einzelnen in bestimmten Risikofällen regeln.[462] Ich beschränke mich in meinen Ausführungen auf mir wichtig erscheinende Aspekte aus den Bereichen Kranken-, Unfall-, und Pensionsversicherung sowie aus der Arbeitslosenversicherung.

6.1. Sozialversicherungsrechtliche Grundbegriffe

Zu unterscheiden von dem oben beschriebenen Arbeitsverhältnis ist das **Beschäftigungsverhältnis**, das die **Pflichtversicherung** nach dem Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz[463] (ASVG § 4 Abs 2) auslöst, indem es zum Dienstnehmer iSd Gesetzes macht. Das Beschäftigungsverhältnis setzt keinen Vertrag, sondern **nur tatsächliche, entgeltliche Beschäftigung** voraus und ist meldeunabhängig.[464] Beginn, Bestand und Ende des Versicherungsverhältnisses sind vom Parteiwillen unabhängig. Der Grundsatz des **Ausschlusses der Privatautonomie** bedingt, dass Rechte und Pflichten nicht rechtsgeschäftlich, sondern ex lege begründet werden. Aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht ist somit nicht nur zwischen Dienstvertrag und anderen Vertragsverhältnissen zu unterscheiden, es ist auch zu prüfen, ob ein freier Dienstvertrag oder ein Vertragsverhältnis mit einem neuen Selbständigen vorliegt, die Tätigkeit einer Gewerbeberechtigung bedarf, eine freiberufliche Selbständigkeit oder eine Pflichtversicherung nach einem anderem Sozialversicherungsgesetz zu bejahen wäre oder ein Ausnahmetatbestand vorliegt.[465]

---

[462] *Grillberger*, Österreichisches Sozialrecht [6] (Salzburg 2005)1
[463] BGBl 1955/189 in *Marhold*, Sozialversicherung[31] (2005) 9 ff
[464] Vgl dazu eingehend, Brodil/Windisch-Graetz, Sozialrecht[5] (2005) 31 ff und *Tomandl*, Grundriss des österreichischen Sozialrechts[5] (Wien 2002) 29 Rz 45; *Schwarz/Berger/Veigl/Pernegger*, Darstellende Berufe 187 ff; *Resch*, Sozialrecht[3] (2005) 10 f
[465] Vgl *Engelbrecht/Gruber/Risak*, Werkverträge 15

6.2. Sozialversicherungsrechtliche Rechtsquellen

Die derzeit gültigen Regelungen beziehen sich vorwiegend auf das Arbeits- und Sozialrechtsänderungsgesetz (ASRÄG)[466] 1997. Im ASRÄG wurde erstmals der Begriff „freier Dienstnehmer" im Gesetz verankert sowie geringfügig Beschäftigte und selbständig Beschäftigte ohne Gewerbeschein in die Sozialversicherung einbezogen.[467] Somit sind das Allgemeine Sozialversicherungsgesetz (ASVG), das Gewerbliche Sozialversicherungsgesetz (GSVG)[468] sowie das Freiberufliche Sozialversicherungsgesetz (FSVG)[469] wesentliche Grundlagen für die soziale Absicherung von atypisch Beschäftigten.

6.3. Arbeitslosenversicherung (AlV)

Die staatliche Arbeitsmarktpolitik kann das Ziel der Vollbeschäftigung oft nicht erreichen, dh Arbeitslosigkeit nicht verhindern. [470] Die Arbeitslosenversicherung (AlV) versucht die finanziellen Folgen der Arbeitslosigkeit zu mildern und den Verdienstausfall teilweise auszugleichen. Einige Leistungen haben auch Sozialhilfecharakter wie zB die Notstandshilfe.[471] Auch die AlV ist eine **Pflichtversicherung**. Wer Dienstnehmer im Sinne des § 1 Abs 1 a) Arbeitslosenversicherungsgesetzes[472] (ALVG) ist, richtet sich nach § 4 Abs 2 ASVG. Nicht erfasst sind geringfügig Beschäftigte, dienstnehmerähnliche Personen oder selbständig Erwerbstätige (§ 1 Abs 2). Es gibt aber eine Reihe von Personenkreisen, die ausdrücklich in die AlV mit einbezogen werden (§ 1 Abs 1 b –j AlVG). Formen der freiwilligen Versicherung kennt das AlVG grundsätzlich nicht.[473] Die AlV beginnt mit der Aufnahme der abhängigen Beschäftigung (unabhängig von der vorgeschriebenen Meldung). Sie endet grundsätzlich mit dem Ende des Beschäftigungsverhältnisses. Mehrfachversicherung ist möglich.

---

[466] Arbeit- und Sozialrechts- Änderungsgesetz 1997, BG 29.12.1997, BGBl I 1997/139
[467] *Scherz*, Werkverträge und freie Dienstverträge, Rechtliche Grundlagen flexibler Arbeitsverträge (2005) 1
[468] BGBl 1978/560 in *Marhold*, Sozialversicherung[31] (2005) 557 ff
[469] BGBl 1987/624
[470] Das Jahr 2005 endete mit einem Arbeitslosen-Rekord: Mehr als 530 000 Menschen sind auf Arbeitssuche. *So Canaval*, Wende noch nicht in Sicht, Salzburger Nachrichten (4. 1.2006) 13
[471] *Resch*, Sozialrecht[3] (2005) 126 f; *Tomandl*, Grundriss[5] (2002) 241 Rz 335 f; *Grillberger*, Sozialrecht[6] (2005) 109 f; *Brodil/Windisch-Graetz*, Sozialrecht[5] (2005) 157 ff
[472] BGBl 1977/609
[473] Vgl *Grillberger*, Sozialrecht[6] (2005) 110 f

6.4. Versicherungspflicht bei den verschiedenen Vertragstypen

6.4.1. Der Dienstvertrag

Dienstnehmer iSd ASVG ist, wer in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird.[474] Darstellende Bühnenkünstler, die auf Grund eines Bühnendienstvertrages im Sinne des § 1 SchauspG beschäftigt werden, sind jedenfalls nach § 4 Abs 2 ASVG voll pflichtversichert (Kranken-, Unfall-, Pensionsversicherung), sofern sich nicht Ausnahmen ergeben, weil ein Dienstverhältnis zu einer Gebietskörperschaft besteht.[475] Ausnahmen von der Versicherungspflicht wegen pauschalierter Aufwandsentschädigung gem § 49 Abs 7 ASVG gelten für gewisse Personengruppen, die diese Tätigkeit nebenberuflich ausüben.[476] Auch ein kurzfristiger Stückvertrag mit Schauspielern unterliegt bei wirtschaftlicher und persönlicher Abhängigkeit dann der Versicherungspflicht, wenn dem Schauspieler hinsichtlich Probenterminen und Probenort ein Mitspracherecht zukommt.[477]
In einem Erlass des BMS[478] heißt es: Ein Schauspieler, der sich im **Gastspielvertrag** verpflichtet, seine Leistungen an einem bestimmten Theater bzw an Abstecherorten zu erbringen, unterliegt bei der Ausübung seiner Tätigkeit den jeweils geltenden Ordnungsvorschriften. Auch das Recht zur Stellung einer Ersatzkraft im Verhinderungsfalle – im Einvernehmen mit dem Arbeitgeber – sowie die Vereinbarung einer Konventionalstrafe schließen die Dienstnehmerstellung nicht aus. Er unterliegt daher der Versicherungspflicht.[479]

Dienstgeber im sozialversicherungsrechtlichen Sinn ist gem § 35 Abs 1 ASVG derjenige, für dessen Rechnung der Betrieb geführt wird, auch wenn der Dienstgeber durch Mittelspersonen in den Dienst genommen wurde oder ihn ganz oder teilweise auf

---

[474] Vgl *Brodil/Windisch-Graetz*, Sozialrecht[5] (2005)25 ff; *Schwarz/Berger/Veigl/Pernegger*, Darstellende Berufe 189; *Grillberger*, Sozialrecht[6] (2005) 12 f; *Petrovic*, Handstandüberschlag mit Folgen, DRdA 1986, 438
[475] Vgl auch *Schweitzer*, Handbuch Theater und Tanz (1997) 168; *Schwarz/Berger/Veigl/Pernegger*, Darstellende Berufe 189; *Alton*, Künstlersozialversicherung in Österreich, Schwerpunkt Theater- und Filmschaffende, Diss. (1997) 52
[476] Näheres dazu in *Korn*, Der Steuerzahler §, Die Werkvertragsregelung, Wegweiser für die Praxis[4] (2005) 103
[477] so die für die Praxis bedeutsame Entscheidung des VwGH 1999/ARD 5091/9/2000 – Insel mit Schiffbrüchigen
[478] Vgl auch *Petrovic*, Handstandüberschlag DRdA 1986, 438
[479] Vgl den Erlass des BMS 1983/ARD 3619/5/84

Leistungen Dritter an Stelle des Entgeltes verweist.[480] Das ASVG erweitert also den Dienstgeberbegriff gegenüber dem arbeitsvertraglichen Arbeitgeberbegriff auf den mittelbaren Dienstgeber.[481] Diese Auffassung wird damit begründet, dass der Mittelsmann meist wirtschaftlich schwach ist, wogegen der im Hintergrund stehende Unternehmer finanziell potenter ist. Das ist vor allem bei der Beurteilung von Gruppenarbeits-verhältnissen und Dienstverschaffungsverträgen von Bedeutung. Besondere Regelungen sieht § 14 AÜG für die Arbeitskräfteüberlassungen vor. Grundsätzlich gilt der Überlasser als Dienstgeber (§ 5 Abs 1 AÜG). Dienstgeber kann nur derjenige sein, der auch einen rechtlich gesicherten Zugang zum Beschäftigungsverhältnis hat. Das bedarf der Beurteilung im Einzelfall und bereitet teilweise Anwendungs-schwierigkeiten. Hinsichtlich Personengesellschaften hat der VwGH seine Judikatur[482] geändert; obwohl ihnen nur eingeschränkte Rechtspersönlichkeit zukommt, sind sie als Dienstgeber im sozial-versicherungsrechtlichen Sinn anzusehen.

6.4.2. Der Freie Dienstvertrag

Das Arbeits- und Sozialrechtsänderungsgesetz (ASRÄG)[483] 1997 hat nach der Aufhebung der „Werkvertragsregelung“ gem § 4 Abs 5 ASVG und anderen Bestimmungen durch den VfGH nunmehr ein neues System der Versicherung für freie Dienstnehmer geschaffen.[484] Dienstnehmer, welche sich auf Grund eines freien Dienstvertrages iSd § 1151 ABGB auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zur Erbringung von Dienstleistungen (im Geschäftsbereich des Dienstgebers) verpflichten, unterliegen so wie Dienstnehmer auf Grund eines (echten) Dienstvertrages **§ 4 Abs 4 Z 1 ASVG**. Zudem sind nur jene freien Dienstnehmer versicherungspflichtig, die im Wesentlichen höchstpersönlich, sowie ohne wesentliche eigene Betriebsmittel tätig sind (= Dienstnehmerähnlichkeit).[485]

---

[480] *Brodil/Windisch-Graetz*, Sozialrecht[5] (2005) 47; *Grillberger*, Sozialrecht[6] (2005) 26 ff; *Schwarz/Berger/Veigl/Pernegger*, Darstellende Berufe 189; *Tomandl*, Grundriss[5] (2002) 54 Rz 88

[481] Gründen beispielsweise **Mitglieder eines Chores**. einen Verein zum Zweck der besseren Verwaltung, so ist bei Personenidentität zwischen Verein und Mitgliedern der Verein nicht als sozialversicherungspflichtige Mittelsperson zu werten, weshalb die Festspiele mit denen der Vertrag abgeschlossen wurde sozialversicherungspflichtiger Dienstgeber ist. VwGH 1994/ZAS 1995, 208 – Wiener Volksopernchor mit Kommentar von *Windisch-Graetz*

[482] VwGH 17.11.2004, 2002/08/0261 – Gutsverwaltung

[483] BGBl 1997/139

[484] *Brodil/Windisch-Graetz*, Sozialrecht[5] (2005) 35; sehr interessant der Beitrag von *Mosler*, Die sozialversicherungsrechtliche Stellung freier Dienstnehmer, DRdA 2005, 487

[485] Näheres dazu in *Tomandl*, Grundriss[5] (2002) 43 Rz 70; *Grillberger*, Sozialrecht[6] (2005) 15 f; *Resch*, Sozialrecht[3] (2005) 17 f; *Korn*, Der Steuerzahler[4] (2005) 68 f

Davon ausgenommen sind seit der 58.ASVG – Novelle[486] ab 1.8.2001 gem § 4 Abs 4 Z 2 d ASVG jedoch Künstler, bezüglich ihrer Tätigkeit als Kunstschaffende, insbesondere Künstler im Sinne des § 2 Abs 1 des Künstler-Sozialversicherungsfondsgesetzes. Somit können auch darstellende Künstler generell nicht als freie Dienstnehmer beschäftigt werden.[487] Man wollte damit verhindern, dass sich theaterschaffende Einrichtungen mit sog. billigen Arbeitskräften versorgen, so der Tenor der IGFT. Freie Dienstverträge kommen mAn wie bereits erwähnt, für theaterpädagogische Unterrichtstätigkeiten oder Workshops nach wie vor in Frage. Gerade vor dem Hintergrund, dass sich Wirtschaftstreibende immer mehr an den Fähigkeiten von Kunstschaffenden bedienen (Sprechtechnikseminare, Kreativworkshops), ist dieser Faktor auch für die Zukunft nicht zu übersehen.

6.4.3. Neue Selbständige

Seit 1.1.2001 unterliegen selbständig erwerbstätige Kunstschaffende als sog. „neue Selbständige" dem GSVG[488] Neue Selbständige sind Werkvertragsnehmer ohne Gewerbeschein. Sie werden auf eigene Rechnung aber auch auf eigene Gefahr tätig und tragen das wirtschaftliche Risiko ihrer Leistung selbst.[489] Arbeitsrechtliche Schutzvorschriften finden auf „Neue Selbständige" keine Anwendung, obwohl das mAn einer näheren Überprüfung bedarf.[490]

Pflichtversichert gem § 2 Abs 1 Z 4 GSVG sind

- **natürliche, selbständig erwerbstätige Personen**,
- die auf Grund einer **betrieblichen Tätigkeit**

---

[486] Vgl *NR*, 624 der Beilagen zu den Stenographischen Protokoll des Nationalrates XXI. GP http://www.parlinkom.gv.at/pls/portal/docs/page/PG/DE/XXI/I/I_00624/daten_000000.doc (1.1.06)
Vgl dazu die Info der *OÖGKK* zur 58. ASVG – Novelle, Artikel aus der DG-Info Nr. 154/01, Kunstschaffende, Ausnahme als „Freier Dienstnehmer" ab 1. August 2001 http://www.ooegkk.at/esvapps/page/page.jsp?p_pageid=182&p_menuid=2969&pub_id=1708&p_id=5#pd315589 (9.1.2006)

[487] Vgl *Korn*, Der Steuerzahler[4] (2005) 101

[488] Bis 31.12.2000 waren freiberuflich tätige Kunstschaffende – mit Ausnahme von selbständigen Musikern, Artisten und Kabarettisten und bildende Künstler – weder als freie Dienstnehmer noch als neue Selbständige sozialversicherungspflichtig (§ 273 Abs3a GSVG bzw 572 Abs. 4a ASVG) so bei *Scherz*, Werkverträge 29

[489] *Schwarz/Berger/Veigl/Pernegger*, Darstellende Berufe 19; *Brodil/Windisch-Graetz*, Sozialrecht[5] (2005) 40; *Tomandl*, Grundriss[5] (2002) 45; *Korn*, Der Steuerzahler[4] (2005) 113 ff Rz 74; *Resch*, Sozialrecht[3] (2005) 19 f

[490] Siehe dazu unten 7. Scheinselbständigkeit

- **Einkünfte** im Sinne der §§ 22 Z 1 bis 3 und Z 5 und /oder Z 23 EStG 1988[491] erzielen,
- wenn **nicht** eine **andere Pflichtversicherung** eintritt. [492]

Sofern eine **gewisse Einkommensgrenze überschritten** wird oder der **Kunstschaffende erklärt**, dass das Übersteigen wahrscheinlich ist, liegt eine Pflichtversicherung in der Kranken-, Pensions-, und der Unfallversicherung vor.[493] Versicherungsgrenze II (€ 3.881,52) ist anwendbar, wenn in einem Kalenderjahr eine weitere Erwerbstätigkeit ausgeübt wird oder eine Pension, ein Ruhe-/Versorgungsgenuss, Kranken- oder Wochengeld, Kinderbetreuungsgeld, Sonderunterstützung oder eine Geldleistung aus der Arbeitslosenversicherung bezogen wird, Versicherungsgrenze I (€ 6.453,36) wenn in einem Kalenderjahr keine weitere Erwerbstätigkeit ausgeübt wird und keine der oben genannten Bezüge vorliegen (Stand: Dez. 2005). Es kommt zu einer **vorläufigen Beitragsvorschreibung**, welche nach Vorliegen eines rechtskräftigen Einkommensteuerbescheides (§ 25a GSVG) korrigiert wird.[494] Werden die Grenzen nicht erreicht, ändert das nichts am Bestehen der Versicherung, auch die Beiträge werden nicht rückerstattet. Mangels Erklärung des Versicherten wird das Vorliegen der Pflichtversicherung erst im Nachhinein festgestellt. Kommt es jedoch **rückwirkend** zu einer Feststellung der Versicherungspflicht, führt dies dazu, dass die Beiträge mit einem 9,3% Zuschlag vorgeschrieben werden, ohne dass höhere Leistungen in Anspruch genommen werden können. Diese Regelung ist vor dem Hintergrund der finanziellen Situation von freischaffenden Künstlern mAn sehr bedenklich. Beendet werden kann die Versicherung durch eine Erklärung, dass die Versicherungsgrenze voraussichtlich nicht überschritten wird.

Es stellt sich weiters die Frage, was passiert, wenn jemand die Einkommensgrenze nicht erreicht. Das kommt ob der prekären Arbeitssituation[495], gerade bei Kunstschaffenden

---

[491] BGBl 400/ 1988
[492] Um eine **Doppelversicherung** wegen desselben Einkommens zu vermeiden, unterliegen Einkommen aus „neuer Selbständigkeit“ nur dann der Versicherungspflicht, wenn sie nicht bereits nach anderen Bestimmungen eine Pflichtversicherung begründen.
[493] *Petridis*, Die neue Versicherung von KünstlerInnen, ASoK 2001, 52
[494] Sehr hilfreich für die Praxis ist das „Infoblatt Sozialversicherung 2005“ der IGFT, zu finden unter www.freietheeter.at , sowie *Ksvf*, Infoblatt des Künstler-Sozialversicherungsfond, http://www.ksvf.at/infokunst/info_kuenstler.pdf (9.1.2006)
[495] Vgl *Kulturrat*, Pressemitteilung vom 19.4.2005 „Die Arbeitssituation von – nicht nur! – Kunst- und Kulturschaffenden ist prekär! http://kulturrat.at/agenda/sozialrechte/stellungnahmen/20050419 (24.11.2005)

immer wieder vor. Durch ein sog. „**Opting in**“ gem § 3 Abs 1 Z 2 kann über Antrag eine Einbeziehung in die Kranken- und Unfallversicherung erfolgen, obwohl das Einkommen unter der Versicherungsgrenze liegt. Die Ausnahme von der Pensionsversicherung bleibt jedoch bestehen. Diese Ausnahme hat gerade für Kunstschaffende weit reichende Folgen. Fällt nämlich die Pflichtversicherung in der Pensionsversicherung weg, fällt auch der **Anspruch auf Zuschuss aus dem K-SVFG**[496] gem § 17 Abs 1 Z 3 weg.

6.4.4. Abgrenzungen

Bei der Beurteilung, ob ein Dienst-, Werk- oder freier Dienstvertrag iSd Sozialversicherungsrechts vorliegt, ist wiederum stets das Gesamtbild des vorliegenden Beschäftigungsverhältnisses entscheidend und nicht etwa das Fehlen einzelner Merkmale. In der freien Theaterszene ist oft schwer feststellbar, für wen der Betrieb tatsächlich geführt wird. Gerade hier ist die Abgrenzung von zentraler Bedeutung. Ob jemand selbständig oder unselbständig tätig ist, hängt nur vom Inhalt und nicht von der Bezeichnung des Vertrages ab.[497] Gem § 41 a ASVG haben die Krankenversicherungsträger die Einhaltung, aller für das Versicherungsverhältnis maßgebenden Tatsachen, zu prüfen (Sozialversicherungs-prüfung). *Stüwe-Eßl*[498] wörtlich: „Die Gebietskrankenkasse kontrolliert manchmal Werkverträge, ob sie echte Werkverträge bzw ob sie in Wirklichkeit versteckte Dienstverträge sind.“

6.4.5. Der Künstler-Sozialversicherungsfond

Das Künstler-Sozialversicherungsfondgesetz (K-SVFG), welches mit 1.1.2001 in Kraft getreten ist, regelt die Leistung von Zuschüssen zu den Beiträgen zur Pensionsversicherung der im Inland pflichtversicherten Künstler (§ 1 K-SVFG).[499] Künstler im Sinne des K-SVFG ist,

- wer in den **Bereichen** der bildenden Kunst, der darstellenden Kunst, der Musik, der Literatur oder in einer ihrer zeitgenössischen Ausformulierungen
- auf **Grund seiner künstlerischen Befähigung**

[496] BGBl 2001/131
[497] Vgl *Wirtschaftskammer* [Hrsg] Sozialversicherung für alle Erwerbstätigen (2001) 97
[498] *Stüwe-Eßl*, Anhang A Rz 39 f
[499] Vgl ua *Korn*, Der Steuerzahler[4] (2005) 102

- im Rahmen einer **künstlerischen Tätigkeit**
- **Werke der Kunst** schafft.[500]

Die oben angeführten Einkommensgrenzen sind auch für den Anspruch auf Unterstützung aus dem Künstlersozialversicherungsfond maßgeblich. Gem § 17 Abs 1 Z 2 K-SVFG müssen Einkünfte aus der selbständigen künstlerischen Tätigkeit im Kalenderjahr das Zwölffache der ASVG-Geringfügigkeitsgrenze erreichen (€ 3.881,52, Stand Dez. 05) bzw dürfen € 19.621,67) nicht übersteigen. Wird die Einkommensgrenze nicht erreicht, wurde aber auf Grund der Prognose des Kunstschaffenden Unterstützung gewährt, kann es zu einer Aufforderung zur **Rückzahlung der Beitragszuschüsse** durch den Fond kommen (§ 23 Abs 1 K-SVFG). Nach Vorliegen des Steuerbescheides wird die Zuschussberechtigung nämlich neuerlich geprüft. Der Zuschuss beträgt maximal € 872,07 (Stand 2006) pro Jahr.
Die Verpflichtung zur Rückzahlung ist auf Antrag des Betroffenen mit Bescheid festzusetzen. Der Fond entscheidet in erster und letzter Instanz. Auf das Verfahren ist das Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 anzuwenden. (§ 23 Abs 2). Diese **Härtefälle** wurden dahingehend geregelt, dass ein schriftlicher Verzicht auf Rückzahlungsforderungen gestellt werden (§23 Abs 4 K-SVFG) oder um Ratenzahlung oder Stundung (§ 23 Abs 3 K_SVFG) angesucht werden kann. Die Betroffenen müssen sich jedoch umgehend (innerhalb 1 Monats) beim Fond melden. Der Fond darf (= Ermessensfrage) auf die Rückforderung ganz oder teilweise verzichten, wenn die Einziehung der Forderung für den Betroffenen nach der Lage des Falles, insbesondere unter Berücksichtigung seiner wirtschaftlichen Verhältnisse, unbillig wäre. Laut **Geschäfts-bericht** 2001 wurden 3462 Künstlern Zuschüsse aus dem KSVF zugesprochen.[501]

6.4.6. Ansprüche aus dem IG-Netz

An die Anspruchsvoraussetzungen aus dem KSVF knüpfen sich wiederum Ansprüche aus dem IG- Netz. Das IG-Netz gewährt selbstversicherten freien Theaterschaffenden, sowie Theatergruppen die Dienstgeber sind, Zuschüsse zur Zahlung ihrer Sozial-versicherungsbeiträge. Es wird von der IGFT verwaltet und aus Mitteln der Kunstsektion

[500] Vgl auch *Schwarz/Berger/Veigl/Pernegger*, Darstellende Berufe 205 f; Siehe dazu auch oben unter 2.2.
[501] Schüssel, in der Anfragebeantwortung vom 12.01.2004, bezüglich der parlamentarischen Anfrage vom 12.11.2003 von *Glawischnig* betreffend den KSVFG, http://www.parlinkom.gv.at/pls/portal/docs/page/PG/DE/XXII/AB/AB_01071/FNAME_013914.PDF# (15.01.04)

des Bundeskanzleramts finanziert.[502] Die einzelnen Anspruchsvoraussetzungen finden sich in den IG-Netz Vergaberichtlinien.[503]

6.4.7. Problemstellungen

Die **Praxis** zeigt eine prekäre Situation. 2005 wurden nach Angaben der *IGFT* und *Kulturrat*[504] einige hundert Künstler (600)[505] aufgefordert, den 2001 erhaltenen Zuschuss aus dem KSVF wegen „Nicht – Erreichung" des vorgeschriebenen Mindesteinkommens zurückbezahlen. Davon betroffen sind laut Angaben der *IGFT* auch jene, die ein Stipendium bzw einen Preis erhalten haben, da diese Einkommen nicht steuerpflichtig sind und somit im Einkommensteuerbescheid, welcher für die Berechnung des Zuschusses herangezogen wird, nicht aufscheinen.[506] Das ist mAn ein Paradoxon und stellt eine Ungleichbehandlung dar. Ein Preis ist eine Auszeichnung und kann nicht als Grundlage dienen, schlechter gestellt zu werden.

Mit den Rückzahlungsaufforderungen wird laut *Koweindl*[507] genau jenen KünstlerInnen, die es am nötigsten hätten, die minimale Förderung ihrer sozialen Absicherung verweigert. Etwa ein Drittel der Betroffenen befindet sich laut Fond-Geschäftsführer *Stoss* auch heute in einer wirtschaftlich prekären Lage.[508] Ob der Fond deshalb auf die Rückzahlung verzichten kann, ist unentschieden.

Neumayr[509] schreibt aktuell, dass das **Kriterium der Zumutbarkeit** im Sozialversicherungsrecht dazu dient, im Einzelfall Grenzen zu ziehen, für welche Risiken auf der Versicherte selbst aufzukommen hat. Die Solidargemeinschaft stellt an denjenigen, der Sozialleistungen in Anspruch nehmen will, bestimmte Anforderungen und zwar bis zu einem „zumutbaren Ausmaß". Die Grenze der Zumutbarkeit ist bei darstellenden Bühnenkünstlern auf Grund der unsicherer Beschäftigungslage mAn niedrig anzusetzen.

---

[502] *IFGT*, Was ist das IG-Netz? http://www.freietheater.at/ignetz/ignetz.htm (20.1.2006)
[503] IGFT, IG-Netz, Vergaberichtlinien http://www.freietheater.at/ignetz/vergaberichtlinien.htm (20.1.2006)
[504] *Kulturrat*, Pressemitteilung vom 20.9.2005 Mittellose Kunstschaffende werden zur Kasse gebeten http://kulturrat.at/agenda/sozialerechte/20050920 (20.1.2006); *Stüwe-Eßl*, Anhang Rz 62 ff
[505] laut *IGFT* Pressemitteilung „ Wir werden auf die Barrikaden gehen" 21.2.2006 anlässlich der Depotsitzung zu 5 Jahre KSVF
[506] Diese Tatsache wird im konkreten auch mich für das Jahr 2005 treffen, Ich habe für meine hier zu lesende Diplomarbeit ein Studienabschlussstipendium erhalten und durfte für ein halbes Jahr nichts dazuverdienen. Es ist schwierig die Mindesteinkommensgrenze in nur einem halben Jahr zu erreichen.
[507] So meiner Ansicht nach absolut zutreffend *Koweindl*, Zuschuss mit Geld-zurück-Garantie für den Fonds, GIFT 1-2, 2006, 5
[508] *Stoss* in *IGFT* Pressemitteilung „ Wir werden auf die Barrikaden gehen" 21.2.2006 interner Newsletter
[509] *Neumayr*, Zumutbare Beschäftigung im Arbeitslosen- und Pensionsversicherungsrecht? DRdA 2005, 471

Was die Mindesteinkommensgrenze betrifft, ist die Zumutbarkeitsgrenze bei weitem überschritten und unbillig. *Kock*[510] treffend, „Von KünstlerInnen mit ohnehin geringem Einkommen Rückzahlungen zu fordern ist unangemessen gegenüber den Betroffenen, juristisch unbillig und dem Grundzweck des Fonds widersprechend."
MAn bedarf es einer Änderung des K-SVG im Sinne einer Abschaffung der Mindestgrenze, zumal die Künstlereigenschaft (künstlerische Befähigung im Rahmen einer künstlerischen Tätigkeit) ohnehin festgestellt werden muss und der Fond Stichproben durchzuführen hat, um die Anspruchsvoraussetzungen zu prüfen. Ein Forderungskatalog mit Sofortmaßnahmen wurde vom *Kulturrat* bereits entwickelt.[511] Im Detail muss daran gearbeitet werden. Vor allem junge Kunstschaffende und avantgardistische Produktionen, haben ansonsten keine Chance auf ein Fortkommen.

Die **schlechte Position** der „neuen Selbständigen" (Kunstschaffenden) wird mAn noch dadurch verschärft, dass es häufig zu einer **Mischung von Arbeitsverhältnissen** kommt (zB freier Dienstvertrag, Werkvertrag). Die Betroffenen haben dann, wenn auch mit geringeren Beiträgen ihrer jeweiligen Sozialversicherungspflicht (gem ASVG und GSVG) nachzukommen, sofern gewisse Grenzen überschritten werden. Hat beispielsweise ein in der freien Szene tätiger Schauspieler, welcher auch als Produktionsleiter tätig ist, bereits seine Sozialversicherungspflicht gem GSVG erfüllt, hat er aber noch einen Drehtag oder ein Engagement als Sprecher beim ORF oder etwa einen Stückvertrag bei den Festspielen, muss er für diesen Zeitraum (wenn auch vermindert) zweimal Beiträge bezahlen.[512]

Sozialpolitisch, so *Hofer*[513], sei darauf hingewiesen worden, dass es auf Dauer entweder ASVG - Pflichtversicherte oder GSVG - Pflichtversicherte geben soll. Die neue Selbständigkeit gelte oft als ungeliebter „Zwitter", mit dem die Sozialversicherungen, aber auch die Betroffenen selbst, keine wirkliche Freude haben. Der Ruf nach einer echten Künstlersozialversicherung wird also laut.[514] Der *Kulturrat* fordert eine umfassende

[510] *Kock* in *IGFT* Pressemitteilung „ Wir werden auf die Barrikaden gehen" 21.2.2006 interner Newsletter
[511] Forderungen zum Künstlersozialversicherungsfondgesetz (22.2.2006) http://kulturrat.at/agenda/sozialerechte/forderungen/ksvfg (23.2.2006) im Detail können diese Forderungen hier nicht besprochen werden.
[512] Hier spreche ich aus eigener Erfahrung.
[513] *Hofer*, Arbeit ohne Schutz 22
[514] Vgl auch *IGFT*: Aus der angepeilten Künstlersozialversicherung ist nichts weiter als die Einbindung der Künstler in die Neue Selbständigenversicherung geworden und aus dem ersatzweise geschaffenen Künstler KSVF lediglich ein Instrument, das zahlreichen künstlerisch Tätigen, die von ihrem Einkommen her dafür in Frage kommen, die Künstlereigenschaft aberkennt sowie ökonomisch erfolglosere und ökonomisch

Künstlersozialversicherung nach deutschem Vorbild.[515] Eine soziale Absicherung, wie sie vom *Kulturrat*[516] gefordert wird, würde mAn Schaffensdruck abbauen und Effizienz steigern.

6.4.8. Geringfügige Beschäftigung

Geringfügige Beschäftigung wurde 1989 als Möglichkeit geschaffen, zum Arbeitslosengeld, zur Notstandshilfe, zum Karenzgeld oder zur vorzeitigen Alterspension etwas dazu zu verdienen. Die sozialrechtliche Definition geringfügig Beschäftigter erfasst jene Personen, deren monatliche Entlohnung nicht über € 333,16 (Stand 2.1.2006) liegt. Diese Arbeitnehmer stellen die wichtigste Ausnahme von der Vollversicherung gem § 5 Abs 1 Z 2 ASVG dar. Sie sind nur in der Unfallversicherung teilversichert.[517] Es besteht jedoch die – in vielen Fällen auf Grund der Beitragshöhe attraktive – Möglichkeit der freiwilligen Selbst(voll)versicherung gem § 19a ASVG in der Kranken- und Unfallversicherung (Nicht jedoch in der Arbeitslosenversicherung!). [518] Probleme bestehen in diesem Bereich vor allem darin, dass bei bloß Tageweiser Beschäftigung eine Abgrenzung zu durchgehenden Beschäftigungsverhältnissen vorzunehmen ist, wie etwa bei Filmschauspielern[519] oder Fernsehsprechern.[520]

Gerade in der freien Szene werden häufig neben der Arbeit am Theater andere Arbeiten angenommen. Viele versuchen durch **verschiedene geringfügige Beschäftigungen** eine Grundabsicherung zu erhalten, um im Falle einer Beschäftigungslücke zumindest gewisse Fixkosten abdecken zu können.[521] Somit befinden sich diese aber wieder in einem atypischen Beschäftigungsverhältnis. Dazu ist noch zu bemerken, dass diese Arbeit sehr

---

erfolgreichere Künstler und künstlerische Tätigkeiten überhaupt ausschließt. *IFGT*, Kulturpolitische Halbzeitbilanz der neuen österreichischen Bundesregierung http://www.freietheater.at/ (20.1.2006)

[515] *Kulturrat*, Künstlersozialversicherung ist keine Erfolgsgeschichte, 29.06.2004 http://igkultur.at/igkultur/kulturpolitik/1091518194 (27.12.2005)
Vgl auch die deutsche Rechtslage, Gesetz über die Sozialversicherung der selbständigen Künstler und Publizisten http://bundesrecht.juris.de/bundesrecht/ksvg/gesamt.pdf (20.12.2005)

[516] Vgl *Kulturrat* , Pressemitteilung vom 28.1.2005 Zuschusserhöhung: nicht für KünstlerInnen mit niedrigem Einkommen http://kulturrat.at/agenda/sozialerechte/stellungnahmen/20050128 ; vgl auch *Alton*, Grundsicherung für Künstler/ innen, http://www.alton.at/juliane/texte/Grundsicherung (14.12.05) und *Alton*, Grundeinkommen, http://www.alton.at/juliane/texte/grundeinkommen (27.12.05)

[517] Vgl *Brodil/Windisch-Graetz*, Sozialrecht[5] (2005) 38 f; *Korn*, Der Steuerzahler[4] (2005) 38 ff

[518] Vgl *Engelbrecht/Gruber/Risak*, Werkverträge 118

[519] Vgl VwGH/1990, 89/14/0102 – Filmschauspieler

[520] Vgl VwGH/1995, 93/08/0174 – Sprecher beim ORF

[521] Näheres zu „Mehrfach geringfügige Beschäftigung“ in *Engelbrecht/Gruber/Risak*, Werkverträge 124 f

flexibel gestaltbar sein muss. Einem Anruf einer Agentur oder Filmfirma für einen Drehtag nicht nachzukommen, wäre schlichtweg ein unverhältnismäßiger Verlust, da die Gagen beim Film ca. das 5 – 10 fache von dem ausmachen, was an einem Tag im Theater geboten werden kann.

6.4.9. Unregelmäßige Beschäftigungsperioden

Um die Bedeutung der Erläuterungen zu untermauern, möchte ich einen möglichen Werdegang eines Schauspielers schildern.
Die Aufnahmeprüfung, wo sich bis zu 800 Mitstreiter gegenüberstehen, wurde bestanden, man hat sich durch die intensive Ausbildung gekämpft und will nun mit all seinen Energien auf die Bretter, die die Welt bedeuten. Sieht man von einigen Ausnahmen ab, verschickt man noch während der letzten Ausbildungsjahre hundert bis zweihundert Bewerbungen. Hat man es geschafft, einen Termin für ein Vorsprechen zu bekommen, stehen sich, je nach Theater, zwischen 20 und 80 Mitbewerber gegenüber. Der Leistungsdruck ist groß und welchen oder ob man von einem/r Theater/Theatergruppe einen Dienstvertrag angeboten bekommt, ist in dieser Situation meist sekundär.

Wenn man (aus arbeitsrechtlicher Sicht!) das Glück hat, an einem festen Haus (Bundes-, oder Landestheater bzw einige Mittelbühnen) einen **Jahresvertrag**[522] zu bekommen, hat man eine Absicherung für einen begrenzten Zeitraum. Dazu ist festzuhalten, dass, zumindest am Beginn der Laufbahn, kaum mehr als Zweijahresverträge angeboten werden. Wie oben beschrieben, ist das SchauspG anzuwenden und man wird festes Mitglied des Ensembles. Damit untersteht man den Weisungen der Direktion und steht dem Intendanten zur vollen Verfügung bei der Konzeption des Spielplans. Man erhält vierzehn Monatsgehälter[523], unterliegt der Pflichtversicherung für Kranken-, Unfall und Pensionsversicherung und ist zudem arbeitslosenversichert.

[522] Darunter versteht man einen Zwölfmonatsvertrag. Laut Wiener Theater –KV und Bundesländertheater – KV sind die Theaterunternehmer sogar verpflichtet im Sinne der Ensemblepflege eine Mindestanzahl von Mitgliedern mit Jahresverträgen zu engagieren. Vgl auch *Hausegger*, Der Bühnendienstvertrag 49
[523] Wenn auch die Einkünfte wesentlich geringer sind als in der Allgemeinheit oft vermutet. Ein Anfänger erhält beispielsweise an einem Landes- oder Stadttheater in Österreich ca. € 1300,- Netto/monatlich.

Aus wirtschaftlichen Gründen, aber auch aus dem Abwechslungsbedürfnis des Publikums, nimmt die Zahl der **Stückverträge** zu.[524] Bekommt man also nur für eine begrenzte Zeit einen Vertrag, welcher Proben und Aufführungen beinhaltet (idR Dienstvertrag), so stellt sich die Frage, ob diese Zeit ausreicht, um Anspruch auf Arbeitslosengeld[525] aus dem AlVG zu erwerben. Das wird oftmals zu verneinen sein, da ein Stück meistens innerhalb von drei Monaten abgespielt ist. Sind Spielgelder vereinbart, so gelten gem § 9 Abs 2 SchauspG 15 Vorstellungen als garantiert. Vom Stückvertrag zu unterscheiden ist der **Gastspielvertrag** iSd des § 52 SchauspG.[526] Dabei ist ein Mitglied nur zur Mitwirkung bei nicht mehr als fünf Aufführungen **oder** gegen ein die festen Bezüge der meisten übrigen an demselben Unternehmen angestellten Mitglieder weit übersteigendes Entgelt für nicht mehr als sechzig Aufführungen im Jahr verpflichtet. Werden nicht mehr als fünf Vorstellungen gespielt, so sind gewisse Regelungen des SchauspG nicht anzuwenden. Meist wird hier ein Abendhonorar und Probenpauschalen vereinbart. Dabei ist generell zu fragen, um welchen Vertragstyp es sich handelt. Zu unterscheiden davon ist wiederum der **Ensemblegastspielvertrag** dh der Auftritt eines gesamten Ensembles, nicht aber einzelner Künstler.[527] Auch diese Verträge beinhalten meist nur wenige Aufführungen.

Kommt man jedoch, sei es weil man es aus künstlerischer Sicht nicht will,[528] oder einfach weil es nicht klappt, nicht an ein sog. „festes Haus“, bleibt die Frage offen, wie man sich in der freien Theaterszene organisiert. Um hier Fuß zu fassen, bedarf es einer gewissen Anlaufzeit, d.h. der Beginn ist schwierig. Denn hat man kein Geld für eine eigene Produktion, um sich damit zu präsentieren (diese Möglichkeit wird auf Grund der restriktiven Subventionspolitik immer schwieriger), so wird man auf eine Einladung zu einem Vorsprechen warten müssen.[529] Gibt es anderweitig keine Unterstützung (Eltern, Ersparnisse,...) wird man sich überlegen, wie man durch verschiedene Jobs (Unterricht, „Kellnern“, Arbeit in einem zweiten Beruf[530]) eine minimale Absicherung erlangt. Diese

[524] Der Stückvertrag wird auch als Externistenvertrag bezeichnet; vgl auch *Hausegger*, Der Bühnendienstvertrag 50; vgl auch zur Zunahme der Gastverträge in Deutschland, *Hosak*, Gastverträge 17
[525] BGBl 1977/609
[526] Die Termini werden in der Praxis oft uneinheitlich verwendet; Vgl *Hausegger*, Der Bühnendienstvertrag 51; *Schwarz*, Historische Entwicklung 103
[527] In der Praxis wird sowohl beim Ensemblegastspielvertrag als auch beim Einzelgastspielvertrag von Gastspiel generell gesprochen. Auch ein Mitglied welches auf Grund eines Stückvertrages beschäftigt ist, wird landläufig als Gast bezeichnet.
[528] Vgl *Harauer*, Zur sozialen Lage 3
[529] Der Weg, von einer Premierenfeier zur nächsten zu hasten, um dort potentielle Produzenten kennen zu lernen, eignet sich nur selten.
[530] Vgl auch *Becke*, Anhang B Rz 133

sog. „zweiten Standbeine“, sind meistens wiederum geringfügige oder befristete Beschäftigungsverhältnisse, also ebenfalls atypische Arbeit. Will man sich die Chance für ein gutes Engagement (sowohl aus arbeitsrechtlicher, als auch künstlerischer Sicht) nicht verderben, so müssen die Arbeitsbedingungen dieser Jobs möglichst flexibel und frei gestaltbar sein.[531] Einerseits gibt es als „freier Theaterschaffender“ Perioden, in denen sich die Angebote überschlagen, zu einem anderen Zeitpunkt entsteht aber ein massives „Beschäftigungsloch“, weil sich die Termine einfach nicht besser organisieren lassen. Schließlich ist man sein eigener Manager und vom Veranstalter einmal fixierte Aufführungstermine, lassen sich kaum revidieren. Oft ist es so, dass ein Stück gemeinsam mit einer Gruppe X erarbeitet wird (sog **Stückvertrag**). Es besteht die Option auf viele Spieltermine **(zB Ensemblegastspielverträge)**, daher werden andere Angebote zB der Gruppe Y ausgeschlagen. Die Spieltermine kommen aber nicht zustande. Bei der Gruppe Y hat man nun keine Möglichkeit mehr mitzuwirken, weil die Proben oder Aufführungen bereits im Gange sind. Dieses zeitweise „nicht beschäftigt sein“ und die daraus resultierenden Folgen sind vielschichtig und gravierend. Schwankende Einkünfte bringen auch für den Alltag viele Nachteile.[532] Die Chance, Anwartschaftszeiten iSd § 14 AlVG auf Arbeitslosengeld zu erwerben, ist gering.[533] Hat man zwar schon eine Anwartschaftszeit erworben, ist man zudem aber noch selbständig tätig, ist auf die sog „rollierende Berechnung“ des Arbeitslosengeldes zu achten. Bei selbständiger Tätigkeit ist zwischen vorübergehender und durchgehender Erwerbstätigkeit iSd § 36a Abs 7 AlVG zu unterscheiden.[534] So passiert es leicht, dass ein Anspruch nicht besteht, weil zuvor zu viel aus selbständiger Tätigkeit verdient wurde. Diese Regelung ist für Bühnenkünstler häufig undurchsichtig und schwer nachvollziehbar. Der Ruf nach einer Arbeitslosenversicherung für „neue Selbständige“ (Kunstschaffende) ist nahe liegend und bedarf mAn einer intensiven Debatte.[535] Laut *Becke*[536] gibt es Bestrebungen seitens der GSVG, Lösungen zu suchen.

[531] Da man noch nicht etabliert ist, wird sich kein Theaterproduzent mit Vorsprechterminen geschweige denn Proben- oder Vorstellungsterminen nach den Bedürfnissen des Neulings richten.
[532] Hofer, Arbeit ohne Schutz 138
[533] Vgl auch *Becke*, Anhang B Rz 144 ff
[534] Vgl dazu eingehend *IGFT*, Infoblatt – Arbeitslosenversicherung (Stand 1.1. 2005) http://www.freietheater.at/material/Infoblatt-AMS.pdf (10.12.2005) 3
[535] Vgl auch *Becke*, Anhang B Rz 117 ff
[536] *Becke*, Anhang B Rz 149 f

7. Scheinselbständigkeit

Scheinselbständige Beschäftigung ist ein in der neueren Lehre immer häufiger auftretendes **Konstrukt, welches in der Grauzone von selbständiger und abhängiger Erwerbstätigkeit** anzusiedeln ist. Die verschärfte Wettbewerbs- und Arbeitsmarktsituation hat seit Beginn der 80 er Jahre zu einem verstärkten Trend der Unternehmer geführt, deren Tätigkeit von Selbständigen ausführen zu lassen.[537] Die praktische Relevanz der Abgrenzung von Scheinselbständigkeit als abhängiger Beschäftigung (als Arbeitnehmer) und echter Selbständigkeit ist gerade in Hinblick auf die arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Konsequenzen hoch.[538] Von bloßer Scheinselbständigkeit kann im Allgemeinen in jenen Fällen gesprochen werden,

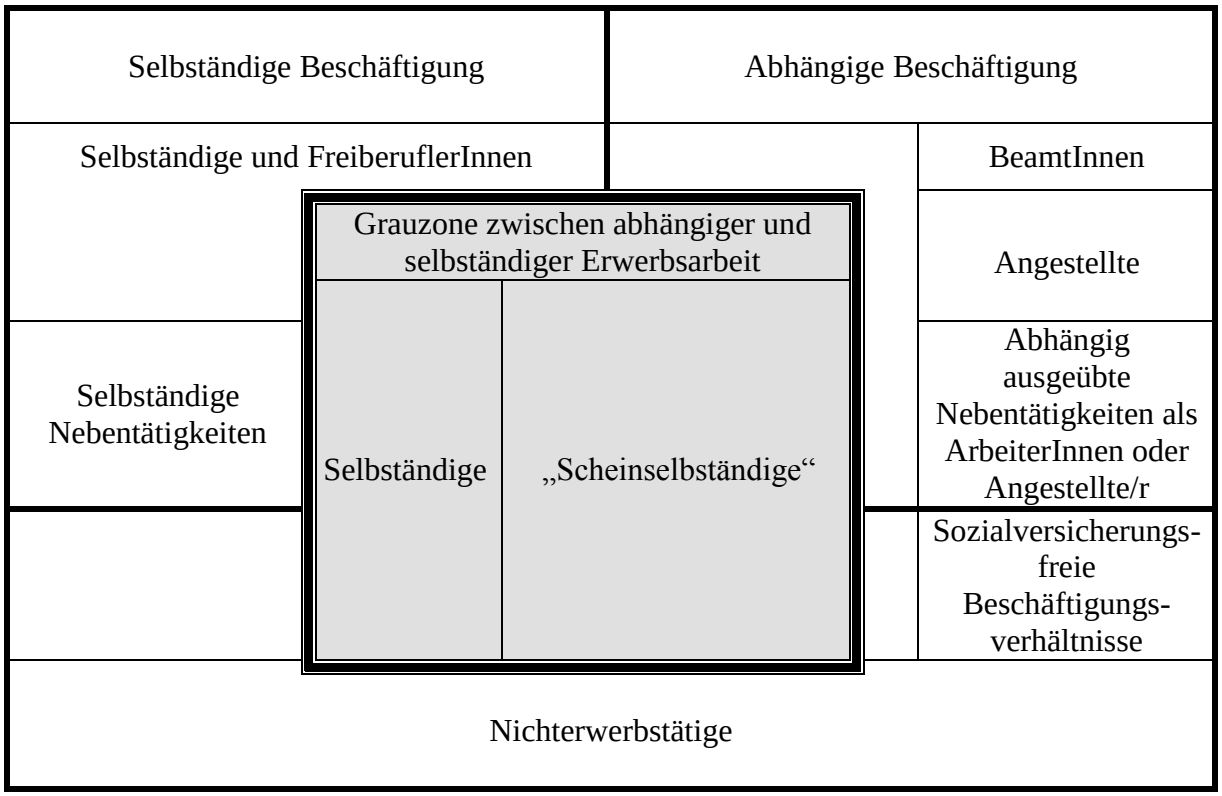
- wo Beschäftigte zwar formal und nach außen eine selbständige Beschäftigung ausüben,
- personell und (oder) wirtschaftlich jedoch weitgehend abhängig bleiben.

An Stelle des Arbeitsrechtes tritt das Werkvertragsrecht des ABGB, sowie das Gewerbe- und Gesellschaftsrecht.[539] Die Gewerkschaft spricht in diesem Zusammenhang auch von „Flucht aus dem Arbeitsrecht“ mittels des Werkvertrages.[540] Es ist unleugbar, dass in Zeiten verstärkter Arbeitslosigkeit die Flucht aus dem Arbeitsrecht leichter zu bewerkstelligen ist.

Mühlberger[541] beschreibt die Grauzone als, einerseits „Selbständige“ wo die Merkmale der selbständigen Tätigkeit überwiegen, obwohl sie nicht als solche im eigentlichen Sinn bezeichnet werden können, und andererseits „Scheinselbständige“ wo die Merkmale der abhängigen Beschäftigung überwiegen. Dazu die sehr anschauliche Graphik.

[537] Scheinselbständigkeit war der arbeits- und sozialrechtliche Hit des Jahres 1999, *Schmidt/Scherdtner*, Scheinselbständigkeit[2] (2000) 3 Rz 8
[538] *Schmidt/Scherdtner*, Scheinselbständigkeit[2] V
[539] Vgl Jabornegg/Resch/Strasser, Arbeitsrecht[2] (2005) 13 RZ 54 bzw 58
[540] Vgl *Gstöttner-Hofer/Kaiser/Wall-Strasser/Greif*, Was ist morgen noch normal? 27 f
[541] *Mühlberger*, Neue Formen der Beschäftigung 52

Abb. 1: „Grauzone zwischen abhängiger und selbständiger Erwerbsarbeit“



Quelle: adaptiert übernommen von *Mühlberger*, Neue Formen der Beschäftigung 52

7.1. Abgrenzungskriterien

Ob eine Tätigkeit als selbständig oder abhängig zu klassifizieren ist, hängt von verschiedenen Charakteristika dieser Tätigkeit ab. Je nach Ansatzpunkt kann „Scheinselbständigkeit“ auf verschiedenen Ebenen definiert werden.[542]

- persönliche Abhängigkeit (Weisungsgebundenheit, Eingliederung in die betrieblichen Ordnungsvorschriften)
- Risikotragung (Tragung des Unternehmerrisikos und Verlust der Dispositionsfreiheit, soziale Schutzbedürftigkeit)[543]
- Versicherungsansatz (Frage der Pflichtmitgliedschaft bei verschiedenen Versicherungsträgern)

[542] Vgl *Mühlberger*, Neue Formen der Beschäftigung 53
[543] Vgl zu den einzelnen Kriterien wie Anspruch auf Mindesteinkommen, Geschäftsrisiko und Auftreten nach außen, eigene Betriebstätte *Schmidt/Scherdtner*, Scheinselbständigkeit[2] 207 Rz 655 ff

Abb. 2 „Die verschiedenen Ansätze zur Erfassung der Scheinselbständigkeit“

	Abhängigkeitsansatz	Risikoansatz	Versicherungsansatz
Leitbegriff	Persönliche Abhängigkeit (=Weisungsgebundenheit)	UnternehmerInnenrisiko	Versicherungs- und Beitragspflicht
CHARAKTERISTIKA	▪ Örtliche Weisungsbindung ▪ Zeitliche Weisungsbindung ▪ Inhaltliche bzw Fachliche Weisungsbindung ▪ Eingliederung in die Organisation der AuftraggeberIn	▪ Keine eigene Unternehmens-organisation; dh Keine eigenen Mitarbeiter, Geschäftsräume und Betriebskapital ▪ Kein Auftreten am Markt nur eine AuftraggeberIn ▪ Keine angemessene Verteilung von Chancen und Risiken; dh keine örtliche, zeitliche und unternehmerische Freiheit	Personen sollten in die Sozialversicherung eingebunden werden wenn sie: ▪ Erwerbsmäßig tätig sind, ohne sozial-versicherungs-pflichtige MitarbeiterInnen ▪ Regelmäßig nur für eine AuftraggeberIn tätig sind und ▪ eine für Beschäftigte typische Arbeitsleistung erbringen

Quelle: adaptiert übernommen von *Mühlberger,* Neue Formen der Beschäftigung 53

Stellt sich heraus, dass der Beschäftigte nicht freier AN oder Selbständiger war, sondern AN so kommt es zu einem Statuswechsel. Die Rechtsfolgen sind einerseits, dass Arbeitsrecht zwingend zur Anwendung kommt[544], andererseits wird ein Wechsel der Versicherung nötig werden. Nicht derjenige der die Dienste leistet ist für die Beitragszahlungen zuständig, sondern derjenige der die Dienste erhält.[545]

Laut *Talòs*[546] gibt es in quantitativer Hinsicht zu diesen Beschäftigungsverhältnissen zurzeit nur wenig verlässliche Anhaltspunkte. Er zählt jedoch Österreich, durch die per Strukturanpassungsgesetz (1996)[547] geregelte Einbeziehung arbeitnehmerähnlicher Werkverträge und freier Dienstverträge, zu den Vorreitern einer expliziten sozialpolitischen Gestaltung sog. Scheinselbständiger Erwerbsarbeit.

[544] Vgl auch *Schmidt/Scherdtner*, Scheinselbständigkeit[2] 43 Rz 158
[545] Vgl in Deutschland *Schmidt/Scherdtner*, Scheinselbständigkeit[2] 46 Rz 171
[546] Vgl aber Talós, Atypische Beschäftigung, 264 f
[547] BGBl 1996/201

7.2. Scheinselbständigkeit im Theater?

Darstellende Bühnenkünstler in der freien Theaterszene befinden sich mAn chronisch in dieser Zwitterstellung. Die Gründe dafür sind vielschichtig. Freie Theaterschaffende lassen sich nicht so leicht kategorisieren. Das Berufsbild entzieht sich vielfach einer klaren Berufsbeschreibung.[548] Gründe ergeben sich auch aus dem Bedürfnis heraus freier als an einem fixen Haus arbeiten zu können, zum anderen aber auch aus finanziellen Notlagen der theaterschaffenden Einrichtungen, der generellen Arbeitsmarktsituation, der Möglichkeit einer einheitlichen Versicherung, wegen Unwissenheit oder einfach nur um momentan mehr Geld auf die Hand zu bekommen[549]. *Becke*[550] konstatiert, dass es sehr oft gerade die Künstler selbst sind, die aus verschiedenen Gründen, selbst eine Anmeldung verhindern.

Eigeninitiative und Bildungstand von Künstlern ist meist sehr hoch.[551] Gerade diese Eigenschaften zeichnen Künstler ua aus. So wird aus einer künstlerischen Idee im Kopf, plötzlich eine künstlerische Produktion und in weiterer Folge ein Bühnenwerk. Aus dem anfänglichen Künstler, welcher meist unselbständig tätig war, sollte somit gleichzeitig ein Unternehmer und Arbeitgeber werden.[552] Häufig wird man vor die Frage gestellt, wer denn nun DG und wer DN ist. *Becke*[553] schreibt: „Manchmal sind die Arbeitgebermerkmale (besonders bei freien Gruppen) ebenso wie die Arbeitnehmermerkmale sehr unsicher zu definieren." Tatsächlich ist es häufig so, dass jemand die Produktionsleitung innehat, zugleich aber als Schauspieler mitwirkt. Der Regisseur ist möglicherweise zugleich Tontechniker oder auch Tourneeleiter usw. *Alton*[554] bemerkt, dass konstituierendes Merkmal der freien Szene die (notwendige) Vielseitigkeit der dort Tätigen ist. Die vielfältigen Arbeitsaufgaben erschweren aber auch die Abgrenzung zwischen selbständiger und unselbständiger Arbeit.

---

[548] Vgl *Harauer*, Zur sozialen Lage 6
[549] *Becke*, Anhang B Rz 188 ff
[550] *Becke*, Anhang B Rz 185 ff
[551] Vgl dazu *Lienhard „Öffentliche Stellen haben nicht das Know how, den Zugang und die Erfahrung, um diese Arbeit zu leisten" Das bezieht sich nicht nur auf den hohen Bildungsgrad…, Lienhard*, „IM SOG" oder „gegen den Strom", http://www.kupf.at/down/imsog.pdf (28.12.2005) 10
[552] Das Primärinteresse gilt der künstlerischen Arbeit, so werden die rechtlichen, organisatorischen, politischen und finanziellen Komponenten häufig unterschätzt. Alle Komponenten können vor allem auf Dauer schwer erfüllt werden.
[553] *Becke*, Anhang B Rz 76
[554] *Alton*, Künstlersozialversicherung Diss. (1997) 81

Wie diesem Dilemma beigekommen werden kann ist schwer zu beantworten. Klare Abgrenzungskriterien der einzelnen Arbeitstypen für theaterspezifische Sachverhalte geben gewiss Rechtssicherheit. Dazu unten unter 8.1.2.

8. Ausgewählte arbeitsrechtliche Probleme

Ziel meiner Arbeit ist es, den Graubereich „rechtliche Strukturen im Theaterbereich" zu erforschen und auszuloten. Theaterrechtliche Angelegenheiten können nicht losgelöst vom Umfeld betrachtet werden. Will man sich nicht in wissenschaftlichen Details verlaufen, muss die Bühnenpraxis mit einbezogen werden.

8.1. Selbständigkeit und Unselbständigkeit

Zwei Phänomene, welche ich für die derzeitige Situation darstellender Bühnenkünstler feststellen kann, sind einerseits die Flucht ins Gesellschaftsrecht, andererseits die unscharfe Abgrenzung der einzelnen Arbeitssaufgaben und die daraus resultierenden Abgrenzungsprobleme zwischen selbständiger und unselbständiger Arbeit.

8.1.1. Flucht ins Gesellschaftsrecht

In der „freien Szene" heißt es oftmals: „*Wir sind als GesBR organisiert*." oder „*Unsere Gruppe ist ein Verein*." Von Dienstverträgen wird selten gesprochen. Dienstverträge sind freilich für die AG teurer. Einzelne Produktionen wären auf Grund der finanziellen Lage tatsächlich nicht realisierbar, müssten die Produzenten alle Beteiligten mittels Dienstvertrag anstellen. *Hodik*[555] *schreibt*, auch Kostenersparnisse verleiten oft zu Werkverträgen, die in Wahrheit Dienstverträge sind und dann vor den zuständigen Behörden auch als solche qualifiziert werden.[556] Um dem Dilemma zu entgehen, werden Konstrukte wie GesBRs (sog. Arbeitsgemeinschaften) oder andere Gesellschaftsformen gefunden, Honorare oder Gewinnbeteiligungen anstatt eines Entgeltes werden vereinbart oder aber es wird gar nichts vereinbart und es entsteht ein diffuses Gefüge.[557] So wird versucht, die arbeitsrechtlichen Bestimmungen auf mehr oder weniger legale Weise zu umgehen, um an den Tatbestandsmerkmalen der GSVG anknüpfen zu können und so zumindest eine geringe Absicherung für die Beteiligten zu erreichen. Auch *Becke*[558] argumentiert, dass aus

[555] *Hodik*, Theater- und Konzertverträge 42
[556] Vgl zur Abgrenzung VwGH 21.9.1999, 97/08/0486 = ARD 5091/9/2000 –Insel mit Schiffbrüchigen
[557] *Becke* schreibt, in vielen Fällen werden gar keine Verträge (gemeint sind wohl schriftliche Verträge) abgeschlossen, sondern nur mündliche Absprachen. *Becke*, Anhang B Rz 63
[558] *Becke*, Anhang B Rz 173

finanziellen Gründen die rechtlichen Auflagen in der Praxis sehr oft umgangen werden. Es stellt sich mAn jedoch die grundsätzliche Frage: **Können darstellende Bühnenkünstler überhaupt selbständig tätig sein?**

Arbeitsrechtlich ist sowohl gem SchauspG als auch in Rsp[559] und Literatur klar definiert, dass Darsteller in ihrer künstlerischen Funktion als DN zu betrachten sind, sofern die Beschäftigung – so wie es für ein Bühnenwerk üblich ist – Proben und Aufführungen beinhalten, die Darsteller weitgehend weisungsgebunden sind und in den Betrieb des Theaters eingebunden sind. Lediglich hinsichtlich weniger Ausnahmen (zB für Aufführungsverträge und einzelne selbständig erarbeitete Solostücke) wurde in der Vergangenheit davon abgegangen.

Sozialversicherungsrechtlich zeigt sich eine andere Situation. Mit der Einbeziehung von Kunstschaffenden in das GSVG (als sog. „neue Selbständige“) sollte eine, für selbständige Künstler angepasste, Versicherung geschaffen werden.[560] Vor allem vor dem Hintergrund, dass die Einbeziehung aller Kunstschaffenden in die Sozialversicherung eine Konsequenz des Künstler-Sozialversicherungsfondgesetzes (K-SVFG) war, kann davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber, er hat gem § 2 leg cit darstellende Kunst ausdrücklich aufgenommen, auch darstellende Bühnenkünstler mit einbeziehen wollte. Kaum wird er damit nur Bühnenbildner, Regisseure und Maskenbildner gemeint haben. Es scheint eher so, dass so wie es im Bericht der *Wirtschaftskammer*[561] heißt, ein Herausoptieren dieser Berufsgruppe für einzelne Versicherungszweige mangels Bestehens einer gesetzlichen beruflichen Vertretung (Kammer) nicht möglich war. Das weist mAn auch auf die Aktualität einer Diskussion bezüglich einer beruflichen Interessensvertretung hin. [562]

Es zeigen sich also **Diskrepanzen** zwischen arbeitsrechtlichen (SchauspG, ABGB) und sozialversicherungsrechtlichen (ASVG, GSVG, K-SVFG) Bestimmungen. Freie theaterschaffende Einrichtungen haben aus Kostengründen schon vor dieser Regelung in Richtung Selbständigkeit für darstellende Bühnenkünstler gedrängt. Durch die neue sozialversicherungsrechtliche Regelung wurde diese Tendenz mAn noch verstärkt, da

[559] OGH 1979/Arb 9845 Faust I = DRdA 1982, 207 mit Besprechung von *Rabowsky*
[560] Vgl *Kulturrat*, Künstlersozialversicherung ist keine Erfolgsgeschichte, 29.06.2004 http://igkultur.at/igkultur/kulturpolitik/1091518194 (27.12.2005)
[561] *Wirtschaftskammer* [Hrsg] Sozialversicherung für alle Erwerbstätigen (2001) 97
[562] Das Thema berufliche Interessensvertretung - nach dem Motto atypisch Beschäftigte brauchen eine atypische Interessensvertretung – wäre ein Gebiet für eine weitere Arbeit

suggeriert wird, dass Künstler generell sehr gut in dieses Modell passen und der freie Geist mit selbständiger Arbeit gleichgesetzt wird.

Wenngleich das Kostenargument eine zentrale Rolle spielt, dürfen die Nachteile dieser „Scheinselbständigkeit" nicht vernachlässigt werden. Unregelmäßige Beschäftigungsperioden bieten wenig Sicherheit. Der Verdienst am Theater ist fast immer gering. Anspruch auf Arbeitslosengeld[563] besteht häufig wegen zu kurzer Anwartschaftszeiten noch nicht. Die Beiträge zur Pensionsversicherung sind gering und die Auswirkungen werden erst nach Jahren sichtbar. 20% Selbstbehalt für medizinische Aufwendungen sind schwer finanzierbar. Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall oder ein Anspruch auf Abfertigung gibt es nicht. So steigt der Druck, ständig arbeitsbereit und voll einsatzfähig zu sein. Die Gefahr der Selbstausbeutung ist groß. Ob der künstlerische Wert dadurch gemindert wird bzw leidet, sei dahingestellt.[564]

8.1.1.1. Lösungsansätze

Einige Theaterschaffende plädieren nun dafür, das SchauspG zu ändern und Darsteller auch mittels Werkvertrag, also als „neue Selbständige" beschäftigen zu können um diese, wie sie argumentieren, aus der arbeitsrechtlichen Illegalität herauszuholen. *Becke*[565] spricht von einer Änderung des SchauspG unter strengeren Zusatzregelungen - allerdings als schlechtere Möglichkeit. MAn ist das aber ein Schritt in die verkehrte Richtung. Das würde an den Grundfesten des Arbeitsrechtes rütteln und die lange erkämpften Rechte für unselbständig Tätige erschüttern. Handelt es sich um ein Unterordnungsverhältnis kann man dieses eben nicht durch andere Vertragskonstrukte auflösen. Bei der Beurteilung ist nicht auf die Bezeichnung des Vertrages, sondern auf den tatsächlichen Inhalt abzustellen. Wir sind in Österreich in der glücklichen Lage, ein einzigartiges, wenn auch in Abschnitten novellierungsbedürftiges SchauspG zu haben. Dieses Privileg sollten wir schützen, anstatt daran zu rütteln. Gewiss ist Arbeitsrecht auch das Recht der Rechtsbeziehungen zwischen AG **und** AN, die Schutzbedürftigkeit der AN darf aber nicht ausgehöhlt werden.

---

[563] *Becke*, fehlende Arbeitslosenversicherung und keine Entgeltfortzahlung sind die Folgen von den am häufigsten auftretenden atypischen Beschäftigungsverhältnissen (geringfügige Beschäftigung und Werkverträge) im Theater *Becke*, Anhang B Rz 84 ff

[564] Neugier und Erfindungsgeist werden frei, wenn die Angst besiegt ist und der Mensch schreitet aus natürlichem Antrieb dem Verständnis und der Verschönerung des Lebens entgegen (*William Durant, 1885)*

[565] *Becke*, Anhang B Rz 194

Entscheiden sich mehrere darstellende Bühnenkünstler tatsächlich, eine GesBR zu gründen, um gemeinschaftlich ein Stück zu erarbeiten und als gleichwertige Partner gegenüberzustehen, so steht dem ohnehin nichts im Wege. Gesellschaftsrecht ist zur Gänze anwendbar. Stehen sich die Beteiligten auf gleicher Stufe gegenüber, so entstehen eben keine arbeitsrechtlichen Beziehungen. Für diese Personengruppen wird aber auch der Ruf nach einem wirklichen Künstlersozialversicherungsgesetz dringend notwendig.[566] Lediglich in Bezug auf Gastveranstaltungen muss dann geprüft werden, ob dieser (idR) Dienstverschaffungsvertrag[567], eher als Werk- oder eher als Dienstvertrag einzustufen ist. Ist dieser als Dienstvertrag zu beurteilen, so treffen auch den Gastveranstalter Dienstgeberpflichten.

Eine bessere Möglichkeit, die prekären Arbeitsverhältnisse in den Griff zu bekommen, ist mAn die Option, theaterschaffende Einrichtungen, also die Dienstgeber, hinsichtlich ihrer Lohn- und Lohnnebenkosten zu entlasten und unbürokratische Wege für kurzfristige Finanzierungsmöglichkeiten neu entstehender Theaterprojekte zu schaffen. *Becke*[568] meint, dass Subventionsauflagen geändert werden müssten. Das kann ich nur unterstreichen. Zweckgebundene Subventionen für die, tatsächlich in einer theaterschaffenden Einrichtung beschäftigten Darsteller, würden sowohl die Einrichtungen, als auch die Bühnenkünstler entlasten und wertvolle Hilfestellung für die kreative Arbeit schaffen. Auch ein Auffangtatbestand für Produktionen mit hohen finanziellen Verlusten (zB auf Grund von schlechter Auslastung bzw unerwartet hohen Produktionskosten) ist mAn überlegenswert. Solche zweckgebundenen Subventionen müssten auch für den Fall des Ausfalls eines Mitarbeiters bereitstehen. Kaum ein Theater kann es sich nämlich leisten, einen zweiten Schauspieler, welcher idR so kurzfristig viel teurer ist, zu bezahlen und die Entgeltfortzahlung des Erkrankten zu finanzieren. Eine Vorstellung ausfallen zu lassen, wäre aber ein noch größerer Verlust. [569] Momentan ist es laut *Stüwe-Eßl*[570]so, dass bestenfalls BKA oder auch die Stadt Wien mit Sondermittel aus dem Kulturbudget für Soziales aushelfen, aber es gibt darauf keinen Rechtsanspruch und hängt immer von der Einzelfallprüfung ab. So schleppen sich Darsteller, wohl auch die finanzielle Situation des Theaters bedenkend, noch krank auf die Bühne.

---

[566] *Becke*, Anhang B Rz 193
[567] Meist wird ein Vertreter der Gruppe den Vertrag abschließen
[568] *Becke*, Anhang B Rz 126 und 192 ff
[569] Vgl dazu auch *Stüwe-Eßl*, Anhang A Rz 54 ff
[570] *Stüwe-Eßl*, Anhang A Rz 46 ff

Die *IGFT*[571] hat 2001 unter dem Titel „Freie Theater Arbeits GmbH“ ein Konzept entworfen, nach dem eine Art Leiharbeitsfirma gegründet werden soll, welche freie Theaterschaffende mit befristeten Dienstverhältnissen beschäftigen und den produzierenden Gruppen für die jeweilige Produktion überlassen soll. Administrationsarbeit, Risiko und die Kosten für Lohnverrechnung würden sich für die Gruppen dadurch beträchtlich vermindern. Es soll dadurch mehr angestellte Schauspieler und damit kaum Probleme bei Gebietskrankenkassenprüfungen geben. Alle gesetzlichen Erfordernisse können dann von den Gruppen erfüllt werden, so die *IGFT*. Dieses Modell ist politisch noch nicht durchgesetzt, bildet aber mAn eine solide Basis für ein Weiterdenken und einen Schritt in die richtige Richtung.

Auch Hilfestellungen für alle organisatorischen Komponenten, wie es beispielsweise das ÖKS[572] anbietet, Interessensvertretungen welche auf die speziellen Bedürfnisse von frei schaffenden Künstlern eingehen, wie beispielsweise die *IGFT*[573] und politische Networker wie die IG Kultur[574] leisten mAn Pionierarbeit.

8.1.2. Abgrenzungsprobleme zwischen Dienst- und Werkvertrag

Der Ideal/Normaltypus eines Beschäftigungsverhältnisses für Darsteller, nämlich der Bühnendienstvertrag, findet sich vorwiegend in Bundes-, Landes- und Stadttheatern, sowie bei Festspielen (für eine befristete Zeit).[575] Doch auch zu den Festspielen schreibt *Becke*[576], „Problembereiche bei den Festspielen sind fehlende Kollektivverträge – daher oft nur Werkverträge – leider sehr oft auch auf Wunsch der Künstler, die das Jahr über an einem festen Haus engagiert sind und sich die Mehrfachversicherung ersparen wollen.“ Im freien Theaterbereich sind Dienstverträge auf Grund der restriktiven Subventionspolitik[577] kaum

[571] *Stüwe-Eßl*, Anhang A Rz 83 ff
[572] Österreichisches Kulturservice http://www.kulturkontakt.or.at/KulturKontakt.aspx
[573] IGFT www.freietheater.at
[574] IG Kultur http://www.igkultur.at/
[575] ähnlich dazu *Becke*, Anhang B, Rz 31 f . An den Staats- Landes- und Stadttheatern werden in der Regel die Bestimmungen des Schauspielergesetzes eingehalten. Im freien Theaterbereich in den seltensten Fällen. In der Steiermark sind die Bemühungen am stärksten ausgeprägt. Die festen größeren Theater haben die besseren Bedingungen.
[576] Becke, Anhang B Rz 94 ff
[577] Eine neu gegründete professionelle Gruppe, bekommt beispielsweise in Salzburg für eine Produktion: € 1500 Stadt , € 1200 Land, keine Subventionen von BKA; mit den zusätzlichen Sponsoren- oder Förderbeiträgen und den Einnahmen aus den Aufführungen müssen demnach alle Kosten bestritten werden (Entgelt für Proben und Aufführungen für Schauspieler, Regisseur, Techniker usw; Bühnen-, Masken- und Kostümbild, Fotographen, Graphiker, Öffentlichkeitsarbeit, Kassendienst; Tantiemen bzw AKM für das

leistbar. *Hodik*[578] schreibt, dass Werkverträge auf den ersten Blick dem Ideal „freier Theaterarbeit" sehr gut zu entsprechen scheinen. Eine Gruppe findet sich zusammen und erarbeitet eine Produktion. Es darf aber nicht darüber hinweggetäuscht werden, dass es trotzdem meistens jemanden gibt, welcher die Grundstrukturen vorgibt und eine Art Weisungsrecht gegenüber den anderen Mitgliedern ausübt, sei es auch nur hinsichtlich der Proben und Aufführungszeiten.

Die Erarbeitung eines Bühnenwerkes läuft im Großen und Ganzen immer ähnlich ab. Die Darsteller (Schauspieler/ Tänzer) proben gemeinsam mit dem Spielleiter (Regisseur/ Choreographen), sowie dem Kostüm-, dem Bühnen- und dem Maskenbildner und gelegentlich mit Musikern ein Werk und bringen dieses zur Aufführung. Je nach Art des Stückes und Arbeitsweise des Spielleiters haben die Darsteller mehr oder weniger künstlerischen Handlungsspielraum. Der Handlungsspielraum des einzelnen hängt auch mit der Stellung der Person im Gefüge des Teams ab (einem Star wird gewiss mehr künstlerischer Handlungsspielraum geboten als einem Anfänger). Diese künstlerische Freiheit darf aber nicht mit persönlicher Unabhängigkeit bzw Verfügungsberechtigung im arbeitsrechtlichen Sinn verwechselt werden.

Wie oben unter Punkt 7. beschrieben ist, wird man häufig vor die Frage gestellt, wer denn nun DG und wer DN ist. Jeder hat verschiedene Aufgaben zu tragen und bringt sich unterschiedlich stark in die Produktion mit ein. Wer schafft also an? Wer trägt das wirtschaftliche Risiko? Es muss festgehalten werden, dass die unscharfe Grenzziehung zwischen den einzelnen Arbeitsaufgaben, auch Abgrenzungsprobleme zwischen selbständiger und unselbständiger Tätigkeit zur Folge hat. Die einzelnen Funktionen müssen mAn genau abgegrenzt werden, um für die einzelnen Mitglieder zu einer befriedigenden Lösung zu gelangen, ohne jedoch an Flexibilität zu verlieren.

8.1.2.1. Unterteilung der Beteiligten an einem Bühnewerk in drei Ebenen

Diese drei Ebenen sollen die einzelnen Funktionen aufzeigen, bilden aber keineswegs starre Formen. Die Grenzen verschwimmen in der Praxis und Doppelfunktionen sind möglich.

Stück; Raummieten für Proben und Aufführungen; Kosten für Werbematerial und Bürobedarf; usw) Die Liste variiert produktionsbezogen.

[578] *Hodik*, Theater- und Konzertverträge 42

- 1. **Die künstlerische Ebene ieS**: Das sind jene Personen, welche unmittelbar künstlerisch tätig sind und/oder mittels Sprache, Gebärden und Körperausdruck ein künstlerisches Werk proben und darbieten (Darsteller, Regisseure, usw).
- 2. **Künstlerische und organisatorische Entscheidungsträger:** Das sind jene Personen, welche grundsätzliche künstlerische und organisatorische Entscheidungsbefugnis inne haben (Intendanten, Oberspielleiter, Produktionsleiter, usw). Sie entscheiden beispielsweise, welches Bühnenwerk, wo, zu welchem Zeitpunkt, unter welcher Regie und mit welchen Schauspielern aufgeführt wird. Sie treffen also auch personelle Entscheidungen.
- 3. **Die künstlerischen Nebenleistungen:** Das sind jene Personen, welche abgeschlossene organisatorische oder künstlerische Tätigkeiten durchführen und Entscheidungen bezüglich ihres Aufgabenbereiches treffen (dazu zählen etwa Regieassistenten, welche zB die Probenzeiten im Einzelnen fixieren und sich um die Stückrechte kümmern, Pressebeauftragte, Graphiker, Techniker, usw).

Ad 1) Wird jemand **lediglich** auf künstlerischer Ebene tätig, ist es nahe liegend, diesen als ausschließlich unselbständigen Mitarbeiter einzustufen. Schließlich wird es jemanden geben müssen, welcher das Stück auswählt, die Probenzeiten vorgibt und die weiteren organisatorischen und künstlerischen Entscheidungen trifft.
Ad 2) Wird jemand als künstlerischer oder organisatorischer Entscheidungsträger tätig, so ist zu unterscheiden, ob hinter seiner Funktion ein Rechtskonstrukt (etwa eine GmbH, Gebietskörperschaft,…) steht, für welches er tätig wird. Ist das nicht der Fall, so wird er wohl auf eigene Rechnung und in eigenem Namen tätig. Die grundsätzliche Entscheidungsbefugnis spricht daher eher für eine selbständige Tätigkeit.
Ad 3) Ist jemand im Bereich künstlerischer Nebenleistungen tätig, so wird im Einzelfall zu prüfen sein, wie intensiv seine persönliche Abhängigkeit und die Eingliederung in den Betrieb ist und ob er überdies wirtschaftlich von den Entscheidungsträgern abhängig ist.
Fällt aber beispielsweise Entscheidungsebene und künstlerische Ebene zusammen, so wäre der Fall denkbar, dass jemand sein eigener Dienstgeber ist. Das ist aber rechtlich unmöglich. Es muss von einer einheitlichen Rechtsbeziehung ausgegangen werden[579], weshalb er selbständig tätig wird.

[579] Vgl OGH 13.11.2003, 8 ObA 107/03y

Diese Kategorisierung kann nur vage Anhaltspunkte für die Theaterpraxis bieten. Tatsächlich muss im Einzelfall die Gesamtheit der Arbeitssituation betrachtet werden und auf das Überwiegen der Wesensmerkmale für Dienst- oder Werkvertrag abgestellt werden.

8.1.2.2. Abgrenzung: Dienst-/ Werkvertrag im Theater

8.1.2.2.1. Dauerschuldverhältnis/Zielschuldverhältnis

Die Bereitschaft zu laufenden Dienstleistungen (zu einem Wirken) wird wohl durch die Bereitschaft zu Probenarbeiten und anschließenden Aufführungen gegeben sein **(=Dauerschuldverhältnis**). Da selbst das SchauspG einen Endigungszeitpunkt vorschreibt und somit eine Besonderheit im gesamten Arbeitsrecht ist, stellt mAn eine separate Befristung oder Beendigung kein tragendes Abgrenzungskriterium dar. Das entspricht auch der Theaterpraxis. Häufig stehen schon vor Vertragszeitpunkt die genauen Termine fest und der Endigungszeitpunkt ergibt sich schlüssig aus den Aufführungsterminen.[580] Niemand wird annehmen können, dass er, wenn die letzte Vorstellung für den 31. August angesetzt ist bzw die Spielsaison (zB Festspielsaison) des Theaters damit endet, über diesen Zeitpunkt hinaus beschäftigt sein wird.

Für ein **Zielschuldverhältnis** spricht hingegen, dass der Vertrag mit der Leistungserbringung endet. Der Erfolg wird erbracht, somit endet auch das Vertragsverhältnis. In der Praxis sind ua folgende Möglichkeiten denkbar:

- Eine Gruppe hat bereits ein Stück erarbeitet und spielt zwei Aufführungen an einem Gastspielort. Der Veranstalter schließt mit der Produktionsleitung der Gruppe einen Dienstverschaffungsvertrag und hat so das Werk als Ganzes gekauft, für ihn ist der Gesamterfolg ausschlaggebend. Der Dienstverschaffungsvertrag (neben den Gruppenarbeitsverträgen) kann uU als Werkvertrag bezeichnet werden.
- Die Sängerin verpflichtet sich für einen Abend eine Aufführung zu geben und kann sich vertreten lassen.
- Ein Schauspieler verpflichtet sich zu einer Lesung an einem Abend und gestaltet die Vorbereitung frei.
- Der Regisseur erbringt die Arbeit innerhalb eines gewissen Zeitraumes. Mit der Premiere hat er den Erfolg (Bühnenwerk) geleistet. Gerade bei der Tätigkeit des

[580] Gerade im freien Theaterbereich aber auch bei Festspielen und anderen Saisonbetrieben wird der Endigungszeitpunkt durch das Enden des Bedarfes gegeben sein.

Regisseurs ist die Gesamtbetrachtung von zentraler Bedeutung. Denn auch er verpflichtet sich zu einem Wirken, wenn er über einen gewissen Zeitraum an den Proben teilnimmt und in den Theaterbetrieb eingegliedert ist. Das er mit der Premiere das Stück abliefert kann mAn kein starkes Abgrenzungskriterium sein. Zwar bezieht sich der Vertrag auf ein bestimmtes Bühnenwerk, aber die Proben erstrecken sich über einen gewissen Zeitraum, welcher meist schon im Vorfeld fremdbestimmt strukturiert wurde. Für die genaue Abgrenzung muss also die Probephase näher betrachtet und auf die persönliche Abhängigkeit abgestellt werden.[581]

8.1.2.2.2. Persönliche Abhängigkeit / Unabhängigkeit

Für persönliche Abhängigkeit spricht

- Der Dienstnehmer kann über seine Arbeitskraft nicht mehr frei disponieren, er ist also **fremdbestimmt.**
- Er unterliegt der **persönlichen Dienstpflicht**, dh dass der Dienstnehmer weder berechtigt, noch verpflichtete ist, sich zur Erfüllung seiner Dienstpflichten eines Dritten zu bedienen.
- er unterliegt der **Weisungsgebundenheit** des Arbeitgebers insbesondere hinsichtlich
    1. des Stückes: (Komödie, Tragödie, Skurriles, Klassiker, Modernes,…)
    2. des Konzeptes und der Ausführung: (es gibt sehr unterschiedliche Ausformungen der Einflussnahme in den Prozess; eine Betrachtung des Einzelfalls ist von Nöten; vor allem wird der Arbeitsweise wie etwa Regietheater, Improvisation usw besonderer Bedeutungsgehalt zukommen; die Arbeitsweise ist wiederum stark von der Auswahl des Regisseurs und dem Leading Team abhängig)
    3. der Organisation der Produktion: (zB welche Werbemittel werden verwendet, welches Foto wird an die Presse weitergegeben, wer tritt bei einer Pressekonferenz auf usw)
    4. der Mithilfe bei Nebenarbeiten: (beim Kulissenschieben, bei bühnentechnischen Aufgaben, bei der Pressearbeit usw)

[581] So auch richtigerweise OGH 1979/Arb 9845 Faust I

- Der Arbeitgeber trifft **personelle Entscheidungen**
    1. Zusammenstellung des Ensembles (=Darsteller) ieS: (die AN haben kein Mitspracherecht bei der Aufnahme neuer Gruppenmitglieder, kein Mitspracherecht bei der Ausschließung von Gruppenmitgliedern…) Stellt man sich vor, dass man mit einem gänzlich charakterlosen Kollegen eine Liebesszene spielen muss, so leuchtet ein, dass der Theaterleitung eine besonders heikle Aufgabe bei der Auswahl und Aufnahme neuer Mitglieder zukommt, umso schwerer wiegt mAn dieses Argument.
    2. Zusammenstellung des Ensembles (= Produktionsteams) iwS: Vor allem die Bestellung des Regisseurs hat tragenden und irreversiblen Charakter. Man vergleiche eine Inszenierung von Peter Brook mit jener von Martin Kušej oder einem unbekannten Jungregisseur. Auch die Auswahl von Bühnen-, Kostüm- und Maskenbildner, sowie Licht- und Tontechniker und der Mitarbeiter bei der Öffentlichkeitsarbeit sind für das Team äußerst wichtig. Werden alle Mitarbeiter (ob im Kernteam oder nicht) vom AG allein bestellt, so ist ein wichtiges Kriterium eines abhängigen Dienstverhältnisses erfüllt.

- **Eingliederung in die Organisationsstruktur des Theaters** :
    1. Insbesondere durch die Vorgabe der Arbeitszeit (Probenzeiten, Aufführungszeiten, Anprobezeiten, Maskentermine, Anwesenheit im Theater, usw; oder die Mitglieder haben zB längere Abwesenheiten der Leitung mitzuteilen und sich nach den Vorgaben zu richten)
    2. Vorgabe des Arbeitsortes (Aufführungsort, Probenort, Besprechungsort,...)
    3. Art und Umfang der Dienstleistung richten sich grundsätzlich nach dem Vertrag; dem Bühnenbrauch wird hier besonderer Bedeutungsgehalt zukommen; (das zur Verfügung Stehen für Gastspiele, Video-aufzeichnungen, Interviews und dgl. muss separat vereinbart werden und ist nicht automatisch Vertragsinhalt)
    4. Verwendung betrieblicher Mittel: Hier geht es vor allem um das Bühnenbild, das Kostümbild und die Maske, aber auch der Probenraum kann mAn als betriebliches Mittel gewertet werden.
    5. Disziplinäre Verantwortlichkeit und laufende Kontrolle des Dienstgebers (dh zB, der Dienstgeber kann sich vorbehalten bei Proben zuzusehen und

einen Einfluss auf den Probenfortgang zu nehmen; Nachproben – sofern das Stück ev bei der Premiere nicht fertig ist, kann er bestimmen).

- **Wirtschaftliche Abhängigkeit** dh Tätigkeit nur für einen Dienstgeber oder existenzielle Notwendigkeit des Engagements, Tragen des wirtschaftlichen Risikos hinsichtlich der gesamten Produktion durch den Dienstgeber…)

Für **persönliche Unabhängigkeit** spricht hingegen:

- Die Arbeit verläuft selbstbestimmt.
- Grundsätzliche Vertretungsbefugnis ist möglich (wie etwa bei der Solosängerin[582]).
- Weisungsfreiheit besteht bezüglich Stück, Konzept und Ausführung, Organisation und Nebenarbeiten.
- Personelle Mitentscheidungsrechte sind üblich.
- Keine maßgebliche Eingliederung in den Betrieb hinsichtlich Arbeitszeit, Arbeitsort, Art und Umfang der Dienstleistung, Verwendung eigener Mittel oder zumindest Mitspracherecht bezüglich dieser; keine disziplinäre Verantwortlichkeit und laufende Kontrollen durch den Theaterleiter.
- Wirtschaftliche Unabhängigkeit. Das Risiko wird vom Werkbesteller getragen.

Gerade bei **kurzfristigen Gastpielverträgen**[583] ist die Abgrenzung zwischen Dienst- und Werkvertrag schwierig, da die Eingliederung in den Theaterbetrieb bei Proben auf Grund der intensiven Zusammenarbeit oftmals größer ist. Kommt es „nur“ mehr zu Aufführungen, kann es auch sein, dass sich jeder separat vorbereitet und sich lediglich für die Aufführungszeit an die Weisungen des AG zu halten hat.[584] Auch der OGH[585] konstatiert, dass die Einordnung kurzfristiger Engagementverträge wohl schwierig ist, wenn Künstler wie Dirigenten, Solisten, Regisseure für Aufgaben bestellt werden, bei denen sie weitgehend weisungsfrei arbeiten, weil hier die Grenze zum Werkvertrag fließend ist.
Sehr spannend dazu der Fall eines Gastregisseurs in Deutschland[586], dessen Regievertrag als Werkvertrag bezeichnet wurde. Er trug dabei die Vergütungsgefahr, war im Rahmen der getroffenen vertraglichen Vereinbarungen in der Art und Weise des Erreichens dieses

[582] OGH 1987/WBl 1988, 91- Solosängerin
[583] sowohl Einzel als auch Ensemblegastspielverträge
[584] Vgl *Hosak*, Gastverträge 20 ff
[585] OGH 18.11.1986, 14 Ob 192 – „Das französische Frühstück/Annabella“; Vgl OGH 1979/Arb 9845 – Faust I = DRdA 1982, 207 ff , mit Besprechung von *Rabowsky*
[586] BSG 24.6.1981, 12 RK 35/80 = SozR 2200 § 1227 RVO Nr. 34 in *Schmidt/Scherdtner*, Scheinselbständigkeit[2] 267 Rz 802

Zieles frei. Er war zwar an den Probenplan gebunden, hinsichtlich Einzelweisungen aber frei. Das BSG weist aber ausdrücklich darauf hin, dass bei einer anderen Gestaltung des Vertrages eine Regietätigkeit auch in abhängiger Stellung erbracht werden kann.
Diese Abwägung wird wohl ständig vorzunehmen sein und bedarf jedes Mal genauer Betrachtung.

8.2. „Das Märchen R" - Ein Sachverhalt aus der Theaterpraxis

A beschließt ein Theaterstück zu produzieren. In der freien Theaterszene kennt sie bereits einige Kollegen mit denen sie zusammenarbeiten möchte. Beim ersten Arbeitstreffen einigen sich die Mitwirkenden (Regisseur, Schauspieler, Musiker, Bühnenbildner, Kostümbildner) nach ausführlicher Diskussion mehrerer Stücke, das von A vorgeschlagene Märchen „R" gemeinsam zu erarbeiten. Um für Subventionsansuchen und Sponsoren und der Bank gegenüber als Einheit auftreten zu können, wird eine Gesellschaft nach Bürgerlichem Recht (ARGE) gegründet. Bei dieser Gesellschaft sind vorerst A und die drei Schauspieler Mitkontrahenten. Die Arbeitsleistung von A wird die organisatorische Leitung der Produktion, sowie die künstlerische Leitung des Stückes enthalten. Sie hat ein wesentliches Mitspracherecht bei der Ausführung und Gestaltung der Charaktere aller Figuren und des szenischen Ablaufes. Die Schauspieler sind sowohl für die Textgestaltung (das Märchen muss zu einer Bühnenfassung verarbeitet werden), als auch für die darstellerische Gestaltung im engeren Sinn verantwortlich. Neben der Tätigkeit als Schauspieler wird einem Mitglied noch eine weitere Aufgabe (Pressearbeit) von A zugedacht.

Aufgabe des Regisseurs ist es, gemeinsam mit den Schauspielern aus dem Märchen eine Bühnenfassung zu erarbeiten und diese szenisch umzusetzen, wofür er die Verantwortung trägt. Er ist bei seinen Ausführungen (den Stil betreffen) an die Weisungen von A gebunden. Der Musiker ist für die Komposition der Musikstücke, die Einstudierung dieser Lieder mit den Schauspielern und die Aufnahme einer CD zuständig. Der Bühnenbildner ist für die eigenständige Entwicklung (Konzept und Modell) und Umsetzung des Bühnenbildes zuständig. Die Kostümbildnerin ist für die eigenständige Entwicklung (Konzept und Figurinen) und Umsetzung der Kostüme verantwortlich.

A beschließt, die Aufführungen im Theater K durchzuführen und fixiert gemeinsam mit dem Theaterleiter J achtzig Aufführungstermine innerhalb von drei Monaten. A fixiert auch den

Rahmen der Probentermine (jeweils zwei zeitlich begrenzte Probenblocks von zwei und drei Wochen). A kümmert sich um die Finanzierung des Projektes (Subventionen und Sponsoren) und entwirft gemeinsam mit dem Bühnenbildner die Werbematerialien.

Im Ensemble fehlt noch ein Schauspieler. Dazu wird von A ein Casting/Vorsprechen anberaumt, zu dem alle Mitwirkenden (insbes. Schauspieler, Regisseur und Musiker) eingeladen sind, um den möglichen neuen Kollegen mit zu beurteilen. Die Entscheidung für das neue Gruppenmitglied wird von A in Absprache mit den Mitkontrahenten getroffen. Das neue Mitglied wird in den Gesellschaftsvertrag mit aufgenommen.

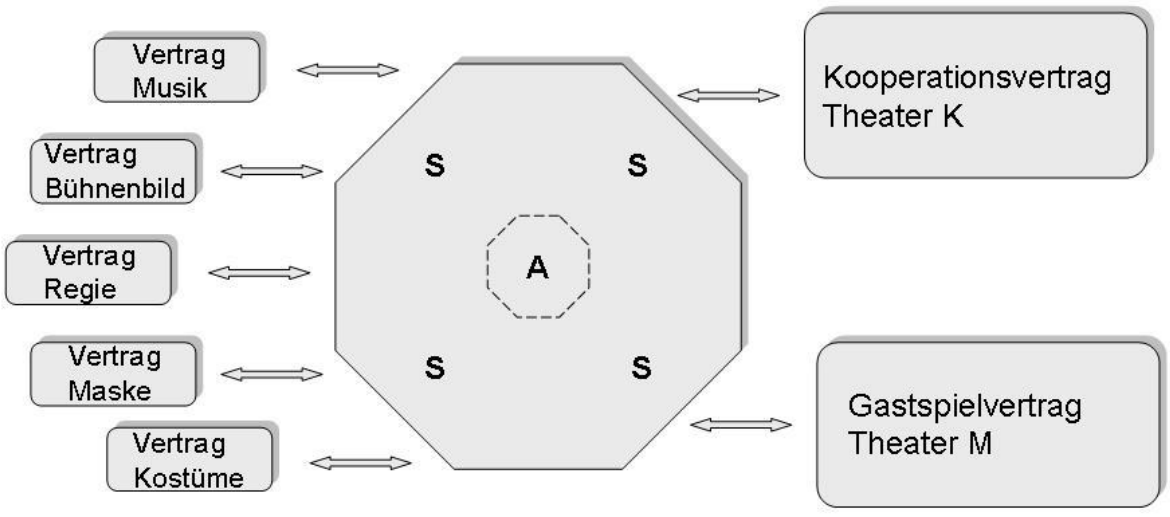
Die Proben finden in dem von A angemieteten Probenraum, 15 km vom Aufführungsort statt.
Die genauen Probenzeiten werden in Absprache der Mitkontrahenten vereinbart, dabei wird auf individuelle Wünsche eingegangen. A setzt dabei lediglich gewisse Fixtermine fest, wie zB Anprobetermine mit der Kostümbildnerin, Bauprobe mit dem Bühnenbildner, Durchlaufprobe am Ende des ersten Probenblocks und die Endproben (1 Hauptprobe, 2 Hauptprobe, Generalprobe). Einzelne Besprechungstermine werden gemeinsam fixiert. Gesangsproben werden vom Musiker direkt mit den Schauspielern vereinbart. Bei den Proben kommt allen Mitkontrahenten ein inhaltliches Mitspracherecht zu.

Die Schauspieler erhalten von A einen Vertrag ausgehändigt der aber, so A, nur im Innenverhältnis von Bedeutung ist. Alle Mitkontrahenten haben für die Versicherung selber aufzukommen und das Arbeitseinkommen selber zu versteuern. Alle stellen für die geleistete Arbeit, sowohl für die Probenzeit als auch für die Aufführungen eine Honorarnote aus.
Im Vertrag wird festgehalten:
Als Honorar wird für den ersten Beurteilungszeitraum (zwei Probenblocks 2 bzw/3 Wochen) eine fixe Probengage vereinbart, für den zweiten Beurteilungszeitraum ein monatliches Fixum (zwei Monate Spielzeit) sowie für einen dritten Vertragszeitraum ein Aufführungshonorar von je € 75.
Mit den übrigen Mitwirkenden (Regisseur, Bühnenbildner, Kostümbildner, Musiker weiters mit dem Fotographen, der Maskenbildnerin, dem Graphiker für die Drucksorten, dem Plakatierer) werden Werkverträge vereinbart, welche die Ablieferung der gewünschten Leistung zu einem gewissen Zeitpunkt und gegen ein gewisses Entgelt zum Inhalt haben.

Mit dem Theaterleiter wird von A im Namen der Gruppe (Theater N.N. vertreten durch A) ein Kooperationsvertrag abgeschlossen. J verpflichtet sich, den Techniker, die technische Ausrüstung, die Räumlichkeiten (Garderoben, Bühnenraum, Zuschauerraum, Eingangshalle mit Kasse und Kassendienst) zur Verfügung zu stellen, sowie die im Rahmen des Theaters üblichen Werbemaßnahmen (Ankündigung in der Theaterzeitung, Presseberichte,…) sowie den Kartenverkauf zu übernehmen. Weiters wird vereinbart, dass der Haustechniker das Lichtkonzept und Lichtdesign im Rahmen des Kooperationsvertrages erstellt. Zusätzlich wird vereinbart, dass der Theaterraum für die Endproben (mind. 1 Woche) zur Verfügung gestellt wird. A zahlt für diese Leistungen einen vereinbarten Pauschalbetrag pro Vorstellung. Dieser Betrag ist auf Grund der Kooperation niedriger als ein gewöhnlicher Mietpreis. Sollte das Stück sehr gut besucht sein, wird eine Option auf Verlängerung der Aufführungsreihe vereinbart. Für geschlossene Schulvorstellungen wird vereinbart, dass A, für einen möglichen Ausfall der Vorstellung aus welchem Grund auch immer, keine Kosten zu tragen hat. Bei sog „frei verkauften Vorstellungen" hingegen trägt das Risiko des Ausfalls einer Vorstellung ausschließlich A.

Mit diversen Gastspielveranstaltern wird von A ein ***Gastspielvertrag*** *abgeschlossen. Bei diesen Gastspielen handelt es sich um jeweils zeitlich begrenzte Aufführungsreihen, bei denen ein Gesamtentgelt bzw Spielgelder für einzelne Auftritte vereinbart werden.*

Abb. 3 „Graphische Darstellung der Rechtsverhältnisse in einer Theaterproduktion"



Laut hM werden in Österreich Theatergruppen, Musikergruppen, Artistenriegen, Chöre, Bands usw als Eigengruppe angesehen. Das Team hat sich aus eigenem Antrieb zusammengeschlossen und bietet als solche ihre Dienste dem Theater an. Zumal es keine gesetzliche Regelung von Gruppenarbeitsverhältnissen gibt, kommt es zu atypischen Ausgestaltungen. Auch im vorliegenden Fall muss differenziert werden. Es ist vorerst festzustellen, wer eigentlich die Gruppe im arbeitsrechtlichen Sinn ist? Wo beginnt das Außenverhältnis bzw hört das Innenverhältnis auf?

8.2.1. Das Innenverhältnis

Das Innenverhältnis von Gruppenarbeit wird vom Zweck bestimmt. Ausschlaggebendes Kriterium ist der Grad der gegenseitigen Abhängigkeit. Die Zusammensetzung ergibt sich aus dem Willen der Gruppenmitglieder. IdR ist im Innenverhältnis ein Gesellschaftsverhältnis anzunehmen. Das Innenverhältnis betrifft also primär die **Rechtsstellung der Gesellschafter zur Gesellschaft bzw untereinander**, also keine vollständig außerhalb der Gesellschaft stehenden Personen. Auch das Verhältnis der Gesellschaft zu den Gesellschaftsorganen, das regelmäßig durch Dienstvertrag oder Gesellschaftsvertrag determiniert ist, wird hierher gehören. Vertragliche Vereinbarungen sind grundsätzlich weitestgehend möglich. Der Grundsatz hat dort seine Grenzen, wo Gesellschaftsgläubiger betroffen sein können.[587]

8.2.1.1. Gesellschaftsvertrag

Vorerst ist zu prüfen ob A und die Schauspieler wirksam einen Gesellschaftsvertrag abgeschlossen haben. Ein Gesellschaftsvertrag nach bürgerlichem Recht kann formfrei daher auch konkludent geschlossen werden.[588] Die Erbringung künstlerischer Tätigkeit kann auch Gesellschaftszweck sein.[589] Durch die Willensübereinkunft ein Stück gemeinsam zu erarbeiten (= gemeinsamer Zweck) ist zwischen A und den Schauspielern wirksam eine GesBR gem § 1175 ff entstanden. Es muss eine, wenn auch nur lose Gemeinschaftsorganisation vereinbart sein, die jedem Partner gewisse Einwirkungs- und

[587] Vgl *Bydlinski*, Grundzüge des Privatrechts[4] (2000) 258
[588] Vgl OGH 2000/RdW 2001, 103 f – Lebensgemeinschaft
[589] Vgl *Schwarz/Berger/Veigl/Pernegger*, Darstellende Berufe 22

Mitwirkungsrechte gewährt.[590] In einer schriftlichen Aufzeichnung, welche mit „Gesellschaft bürgerlichen Rechts" tituliert war, gaben alle Mitglieder (Schauspieler und A) ihre Namen, Adressen, Geburtsdaten und Steuernummern zu Protokoll. In diesem Schreiben wurde festgehalten, dass A alleinige Unterzeichnungsberechtigte ist und als Kassier tätig sein wird. Vor dem Hintergrund, dass die Aufgabenverteilung (darstellerische Tätigkeit und Produktionsleitung) besprochen wurde, kann eine lose Gemeinschaftsordnung als vereinbart angesehen werden. Eine GesBR ist wirksam zustande gekommen.

Die Gruppe wurde unter der Leitung von A schon mehrmals tätig. Zwar wurden einzelne Mitglieder ausgetauscht, dennoch kann von einer „**Gruppe mit Dauertendenz"**[591] gesprochen werden. Ein einheitliches Logo, ein kontinuierliches Auftreten am selben Spielort, gleiche Kooperationspartner und eine in Grundzügen eingespielte organisatorische Struktur ist erkennbar. Von bloßer Beliebigkeit (=Gelegenheitsgruppe) kann nicht gesprochen werden, aber auch eine Originalgruppe scheidet mangels Wichtigkeit der Individualisierbarkeit der Arbeitsleistung für Außenstehende aus.[592] Die Arbeitsleistungen sind zwar deutlich individualisierbar, aber ein Austausch der Mitglieder ist durchaus möglich. Je näher die Premiere rückt, desto schwieriger wird es sein einzelne Mitglieder auszutauschen. Für einen Außenstehenden (zB Gastveranstalter) wird dennoch die Gesamtleistung im Vordergrund stehen.

8.2.1.2. Arbeitsverhältnis

Wer war aber für die Gruppenbildung verantwortlich bzw wer gehört zum inneren Kreis der Gruppe? Neben einer GesBR kann nach überwiegender Ansicht[593] auch ein **weiteres Vertragsverhältnis** (zB Dienst- oder Werkvertrag) vorliegen. Wer könnte also Dienstgeber und wer Dienstnehmer sein? Es stellt sich mAn die Frage, ob A für die Beurteilung der Gruppe im Innenverhältnis, nicht als Arbeitgeberin zu beurteilen wäre, welche ev. ihrerseits eine Betriebsgruppe erstellt hat.

Entscheidend sind primär immer die **getroffenen Vereinbarungen** und der daraus abzuleitende übereinstimmende **Wille der Vertragsparteien**, somit die vertragliche Gestaltung der Innenbeziehung. Dabei ist aber nicht am allenfalls vorhandenen Text eines Vertrages zu haften, sondern auch eine davon abweichende praktische Durchführung zu

[590] Vgl *Dittrich/Tades,* ABGB[21] I (2005*)* 452; OGH 1993/WBl 1994, 95 – Ehegatten
[591] *Petrovic,* Zur Einzelauflösung ZAS, 178
[592] Vgl oben 5.3.4.2.
[593] *Krejci* in *Rummel,* ABGB[3] I (2000) Rz 101; ebenso *Pfeil* in *Schwimann,* ABGB [2] (1997) § 1151 Rz 40

berücksichtigen.[594] Zweck der Vereinbarung einer GesBR war im konkreten Fall die gemeinsame Erarbeitung eines Stückes. Eine künstlerische Aufführung kann keinesfalls alleine auf die Bühne gebracht werden. Es ist zu fragen, ob die Schauspieler „ihre Mühen allein" in die Gesellschaft eingebracht haben (= reine Arbeitergesellschafter) oder ob auch ein Subordinationsverhältnis, dh im speziellen Fall ein Arbeitsverhältnis zu A vorliegt.[595] Diese Abgrenzung ist äußerst schwierig, aber es knüpfen sich wesentliche Rechtsfolgen, nämlich die Anwendbarkeit von Arbeitsrecht daran.

Die Rsp[596] aber auch die Lehre[597] stellen bei der Abgrenzung zwischen Gesellschafts- und Arbeitsrecht überwiegend auf das **Vorliegen einer Wirtschaftsorganisation** und einer **Vereinbarung von Einwirkungs- und Mitwirkungsrechten** ab, die den Parteien Mitsprache, Mitberatschlagung und Mitbeaufsichtigung in allen wesentlichen Fragen der Unternehmensführung, der Unternehmensorganisation und der Unternehmensbestandes einräumen. Diese Mitbestimmungsrechte dürfen aber nicht so umfassend sein, dass sie eine persönliche Abhängigkeit ausschließen.[598] A hat zwar in Absprache aber doch auf ihre Initiative hin das Stück bestimmt, sie hat den Rahmen der Probenzeiten vorgegeben, wenn auch die Ausgestaltung den Mitgliedern vorbehalten blieb. Die Aufführungszeiten wurden von A festgelegt, bei der Zusammensetzung der Mitglieder hat sie zwar die anderen Gruppenmitglieder miteinbezogen, eine Vorauswahl, nämlich die Einladung der Bewerber zum Casting, sowie die endgültige Entscheidung hat A alleine getroffen. Der Arbeitsort wurde von ihr festgelegt. Auch hinsichtlich der Ausführung des Stückes hatte A weitgehend Weisungsrecht, wenn auch die künstlerische Freiheit im vorliegenden Fall groß war und selbst der Text mitgestaltet werden konnte.

Eine zweite in der Rsp[599] gängige Abgrenzung ist, dass eine, wenn auch nur **lose Gemeinschaftsorganisation** zum gemeinsamen Wirtschaftsbetrieb vorliegen muss, welche jedem wenigstens gewisse Einwirkungs- und Mitwirkungsrechte in den wichtigsten Angelegenheiten gewährt. Eine lose Gemeinschaftsordnung lag, wie oben beschrieben vor, konkrete Mitwirkungs- und Einwirkungsrechte vor allem in wichtigen Angelegenheiten können daraus mAn aber nicht abgeleitet werden. Vor allem der Auswahl des Regisseurs

---

[594] *Grillberger* in *Rummel,* ABGB [3] II (2002) § 1175 Rz 31
[595] Vgl *Schwarz/Löschnigg,* Arbeitsrecht[10] (2003) 128 f; *Krejci* in *Rummel,* ABGB[3] I (2000) § 1151 Rz 99; *Dittrich/Tades, ABGB*[36] I (2003) § 1151 E 84 ; *Pfeil* in *Schwimann,* ABGB [2] (1997) § 1151 Rz 39
[596] zB OGH 1989/RdW 1990, 294 – Gleiche Verlustbeteiligung sowie Mitentscheidungsrechte und Kontrollrechte in Fragen der Unternehmensführung sprechen für das Vorliegen einer GesBR.
[597] *Grillberger* in *Rummel,* ABGB [3] II (2002) § 1175 Rz 31
[598] *Dittrich/Tades, ABGB*[36] I (2003) § 1151 E 83
[599] *Dittrich/Tades,* ABGB[21] I (2005*)* 452 mwN

und sonstiger personeller Entscheidungen kommt besonderer Bedeutungsgehalt zu. A hat diese Entscheidungen weitgehend alleine getroffen.

Auch wurde eine gleichzeitig **Verlustbeteiligung** als Indiz für das Vorliegen einer Gesellschaft gewertet.[600] Eine Beteiligung der Schauspieler an Gesellschaftsverlusten und damit am wirtschaftlichen Risiko ist mangels Vereinbarung auszuschließen. Für die ersten zwei Vertragszeiträume wurde vielmehr ein fixer Betrag vereinbart, welcher von der konkreten Arbeitsleistung bzw von der Anzahl der Aufführungen unabhängig war. Lediglich für den dritten Zeitraum wurde kein fixer Betrag, doch ein fixes Spielgeld pro Aufführung vereinbart. Das Risiko der Nachfrage nach dem Stück wurde also im dritten Vertragszeitraum auf A und die Schauspieler aufgeteilt, man könnte auch sagen auf die Schauspieler übergewälzt. *Krejci*[601] schreibt, dass im Zweifel entscheidend ist, ob die für die wirtschaftliche Selbständigkeit oder Unselbständigkeit sprechenden Momente überwiegen. Da der dritte Vertragszeitraum insgesamt wesentlich weniger ins Gewicht fällt, ist von einem einheitlichen Subordinationsverhältnis auszugehen.

Grillberger[602] hingegen lässt Arbeits- und Gesellschaftsverhältnis grundsätzlich nicht nebeneinander stehen und stellt darauf ab, in wessen Interesse das Unternehmen betrieben wird, weiters ob die Arbeitsleistung als Beitrag zum gemeinsamen Nutzen oder nur deshalb erbracht wird, um Entgelt, gleichgültig ob in Form eines fixen Betrages oder in Gestalt einer Beteiligung am Umsatz und/oder Gewinn dafür zu erhalten. Diese Abgrenzungskriterien bringen aber gerade im vorliegenden Fall kaum weiter, da selbstverständlich das Unternehmen im Interesse aller Beteiligten betrieben wird, weil auch das künstlerische Fortkommen wesentlich, sowohl vom künstlerischen als auch wirtschaftlichen Gesamterfolg der Produktion abhängig ist.

Es wurde auch **kein Erfolg** geschuldet, sondern die Verpflichtung zu Proben und Aufführungen. Auch wenn nach dem äußeren Anschein davon auszugehen ist, dass A mit den einzelnen Schauspielern Werkverträge abgeschlossen hat (Die Mitkontrahenten hatten für die Arbeitsleistung eine Honorarnote ausgestellt und waren für die Leistung ihrer Sozialversicherungsbeiträge selber zuständig) kommt es bei der Beurteilung auf eine Gesamtbetrachtung an. Das Abstellen auf eine organisatorische Gebundenheit ist mAn im Speziellen für künstlerische Leistungen, welche ihrem Inhalt nach bereits gewisse

[600] OGH 1989/RdW 1990, 294 – Gesellschafterverhältnis oder Arbeitsverhältnis?
[601] *Krejci* in *Rummel*, ABGB[3] I (2000) § 1151 Rz 102
[602] *Grillberger* in *Rummel*, ABGB [3] II (2002) § 1175 Rz 31

Freizügigkeit verlangt, wenig ergiebig. Die Bindung ergibt sich schon aus der künstlerischen Gesamtleistung und der Interdependenz der Gruppenmitglieder auf Grund des Stückes selber. Mehr Aussagekraft bietet die Frage der Verfügungsberechtigung über die AN. Alle oben genannten Kriterien (Weisungsgebundenheit hinsichtlich Stück und Stilrichtung, Bindung an zeitliche Vorgaben, Arbeit mit dem vorgegeben Regisseur usw) sprechen dafür, dass A als Dienstgeberin zu qualifizieren ist und alle Schauspieler in persönliche Abhängigkeit tätig wurden. Das heißt, es muss von einem **Arbeitsverhältnis zwischen A und den Schauspielern** ausgegangen werden.

Ob A die Arbeitnehmer zu einer Betriebsgruppe zusammengefasst hat, ist mAn fraglich, da nicht erkennbar ist, ob dies dem Willen der Parteien (sowohl A als auch den S) entspricht.

Ein Gesamtentgelt wurde nicht vereinbart, auch konnte jeder einzeln seine Ansprüche gegenüber A geltend machen. Ein Gruppensprecher trat zwar nach und nach zu Tage, welcher auch bei Gastspielen die finanziellen Abwicklungen durchführte und im Namen der Gruppe die Honorare unterschrieb, daraus allein kann aber noch nicht auf eine Betriebsgruppe geschlossen werden. Da Einzelverträge idR durch eine Betriebsgruppe nicht berührt werden, gehe ich hier nicht weiter ins Detail.

8.2.2. Das Außenverhältnis

Das Außenverhältnis betrifft die Rechtsbeziehung der Gesellschaft bzw der Gesellschafter gegenüber **außen stehenden Dritten**. Insbesondere Gläubiger brauchen ein Gegenüber, dass sie als Schuldner in Anspruch nehmen können, bzw ein Vermögen welches den Haftungsfond für Ansprüche bildet. Der Schutz des außen stehenden Gläubigers ist im Wesentlichen durch zwingendes Recht ausgestaltet. Abweichende Vereinbarungen wären also unwirksam.

Bei Gruppenarbeitsverhältnissen hängt das Außenverhältnis davon ab, wer als Vertragspartner nach außen hin auftritt. Eine GesBR hat ihrerseits keine Rechts-persönlichkeit. Es ist also nicht die Gesellschaft an sich rechtsfähig und kann Rechte und Pflichten eingehen, sondern nur die einzelnen Gesellschafter.[603] **Rechtsträger** sind also die

[603] Dazu die aktuelle Entscheidung OGH 2001/ infas 2002, A 42, 70 f – Stadttheater Klagenfurt; OGH 1993/DRdA 1994, 402 mit Besprechung von *Kürner- Köchin*

Gesellschafter.[604] Rechtsgrundlage für Außenbeziehungen können Werk-, Dienst oder Dienstverschaffungsvertrag sein.

8.2.2.1. Die Werkverträge

Schließt A nun mit dem **Regisseur, Bühnenbildner** usw Werkverträge ab, stellt sich die Frage, ob auch die übrigen Schauspieler für Verletzungen der Arbeitgeberpflichten einstehen müssen. Da die GesBR mangels Rechtspersönlichkeit nicht Dienstgeber sein kann, kommt den einzelnen Gesellschaftern die Dienstgebereigenschaft zu.[605] Der Arbeitnehmer schließt hierbei ein einheitliches Arbeitsverhältnis mit zwei oder mehreren Arbeitgebern ab. Es kommt zu einer aufgespalteten Arbeitgeberstellung.[606] Der OGH[607] beurteilt die Arbeitgeberstellung wie folgt: Nehmen mehrere Personen Arbeitgeberfunktionen wahr, ist aus der Wahrnehmung von Einzelpflichten nach den Grundsätzen eines beweglichen Systems auf die mögliche Arbeitgeberstellung im Sinne des Arbeitsvertragrechts zu schließen. Darauf, ob dem Arbeitgeber auch der Betrieb bzw das Unternehmen gehört, in dem der Arbeitnehmer beschäftigt ist, kommt es ebenso wenig an wie darauf, wer letztlich das Arbeitsentgelt entrichtet. Arbeitgeber bleibt derjenige, der den AN zur Verfügung stellt, um ihn zum gemeinsamen Nutzen einzusetzen.
Geht man im vorliegenden Fall davon aus, dass wirksam Werkverträge mit dem Regisseur, Bühnenbildner usw abgeschlossen wurden (obwohl hier auch zu prüfen wäre ob es sich in Wirklichkeit nicht um Dienstverträge handeln müsste),[608] steht man vor folgender Situation: Die Schauspieler, welche ihrerseits vor allem künstlerisch sehr stark an die Weisungen des Regisseurs gebunden sind, müssten eventuell für Vertragsverletzungen aus dem Vertrag zwischen der Gruppe und dem Regisseur, Bühnenbildner usw einstehen, sofern auch sie AG-Pflichten treffen. Das ist eine höchst unbefriedigende Lösung, da der Regisseur Kraft seiner Funktion wesentlich mehr Einfluss- und Mitwirkungsmöglichkeiten auf den gemeinsamen Erfolg hat, als die S. Vielmehr muss hier auf den Zweck der Gesellschaft abgestellt werden. Zweck war das Auftreten nach außen und hier vor allem gegenüber Subventionsstellen, Sponsoren und Gastspielveranstalter. Da der Regisseur und

[604] Vgl OGH 1995/WBl 1995, 253 – Moosalm
[605] Vgl OGH 1993/DRdA 1994, 402 mit Besprechung von *Kürner- Köchin*; vgl auch OGH 9.5.1990, 9 ObA 115/90 GesBR und Dienstgeber
[606] *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht[10] (2003) 133
[607] OGH 15.12.1999, 9 Ob A 248/99g - Arbeitgeberfunktionen mehrerer Personen; vgl OGH 1993/DRdA 1994, 402 mit Besprechung von *Kürner- Köchin*;
[608] Gerade in der freien Theaterszene sind Werkverträge mit Regisseuren, Bühnenbildnern usw üblich.

die anderen Werkvertragsnehmer bei der ersten Sitzung anwesend waren, musste diesen bei Vertragsabschluss klar gewesen sein, dass nur A ihr Vertragspartner ist und nicht auch die übrigen Gruppenmitglieder. Das auch vor dem Hintergrund der Vertrauenstheorie im Sinne des § 863 ABGB.[609] Als Vertragspartner für die einzelnen Werkverträge kommt also mAn nur A in Frage.

8.2.2.2. Der Kooperationsvertrag

A und J haben einen sog. **Kooperationsvertrag** geschlossen. Das wirtschaftliche Risiko wird anteilsmäßig auf J und A aufgeteilt. Durch gemeinsame Arbeit sollen Synergieeffekte erzielt werden. Der Vertrag zwischen A und J könnte als Dienstverschaffungsvertrag qualifiziert werden, in dem sich A verpflichtet die Leistung der Schauspieler (bzw das fast fertige Werk[610]) dem Theater J zur Verfügung zu stellen. Welchen Charakter dieser Dienstverschaffungsvertrag hat, hängt nun wieder von der Beurteilung ab, ob zwischen A und J auch arbeitsrechtliche Beziehungen entstanden sind. Vertraglich wurde nichts vereinbart, so muss auf die tatsächliche Situation abgestellt werden. Das gestaltet sich im vorliegenden Fall äußerst diffizil. Die Gruppe kann als eine mit Dauertendenz gesehen werden. Sie war schon mehrmals gemeinsam tätig, obwohl einzelne Mitglieder wechselten. Vormals war A aber nicht nur Leiterin der Gruppe, sondern auch als Schauspielerin für die Gruppe tätig. Sie hat damals für den Theaterleiter unmittelbare Dienstleistung in Form der Aufführungen erbracht. Nun ist sie aber lediglich als Leiterin tätig, ist in die Struktur des Unternehmens kaum eingebunden und trägt das wirtschaftliche Risiko in ähnlichen Anteilen wie J. Sie tritt demnach J - zwar als Finanzschwächere - aber dennoch auf gleicher Ebene gegenüber. Dieser Dienstverschaffungsvertrag ist somit, auch wenn es im vorliegenden Fall unbefriedigend sein mag, als Werkvertrag zu qualifizieren.
Für die Gruppenmitglieder zeigt sich jedoch eine andere Situation. Sie haben tatsächlich im Theater mit dem zur Verfügung gestellten Techniker an den vom Theaterleiter in Absprache mit A bestimmten Tagen ihre Leistung erbracht und waren so in den Betrieb über einen mehr als drei Monate dauernden Zeitraum eingegliedert. Es ist also zu prüfen ob nicht dem **Theaterleiter J gewisse Arbeitgeberfunktionen** zukommen und sich A und J die Dienstgeberfunktion zu teilen hätten und gemeinsam etwa für Entgeltzahlungen bzw die

[609] Vgl auch OGH 1993/DRdA 1994, 405 mit Besprechung von *Kürner- Köchin*;
[610] Die Endproben fanden im Theater selber statt, ab diesem Zeitpunkt kam J, welcher auch den Techniker zur Verfügung stellte, vermehrt Einflussmöglichkeiten zu.

Führsorgepflichten einstehen müssten. Gerade vor dem Hintergrund, dass J vor allem ab dem Zeitpunkt der Premiere wesentlich mehr Einflussmöglichkeiten und Kontrollmöglichkeiten hatte und die Schauspieler durch die intensiver Zusammenarbeit mit dem Haustechniker und auch den organisatorischen Mitarbeitern (Kassendienst, Öffentlichkeitsarbeit) in den Theaterbetrieb eingegliedert waren, ist eine geteilte Arbeitgeberfunktion zu befürworten.

8.2.2.3. Der Gastspielvertrag

A schließt mit verschiedenen Gastspielveranstaltern Verträge für Gastspiele, darunter beispielsweise Folgender:
A und der Gastverspielveranstalter (M) schließen einen Vertrag mit der Vereinbarung vier Vorstellungen (eine Doppelvorstellung am 16.März und jeweils eine Vorstellung am 17. und 18. März) des „Märchen R" im Theater des M aufzuführen und vereinbaren pro gespielter Vorstellung ein Gesamtentgelt in der Höhe von € 1000. Zusätzlich werden Transportkosten und Fahrtgeld in der Höhe von € 300 einmalig vereinbart. Für Unterkunft und Frühstück, sowie eine warme Mahlzeit für jedes Mitglied hat M aufzukommen. Das Gesamtentgelt wird von A im Innenverhältnis, nach einem von ihr bestimmten Verteilungsschlüssel, aufgeteilt. Die Einnahmen aus dem Kartenverkauf verbleiben zur Gänze beim Theater. M bestimmt in Absprache mit A die Aufführungs- und Aufbauzeiten, stellt zwei Hilfstechniker, Kassendienst sowie den Portier zur Verfügung und ist für Werbung und Öffentlichkeitsarbeit selbständig verantwortlich. Sämtliche anfallende Tantiemen werden von M übernommen. Der Vertrag enthält weiters folgende Klausel: „Sollten einzelne oder alle von diesem Vertrag erfassten Vorstellungen wegen höherer Gewalt oder Verschulden des Gastensembles ausfallen, so reduziert sich das Entgelt entsprechend der Anzahl der ausgefallenen Vorstellungen." Hinsichtlich der Versicherung wird nichts vereinbart, es wird dagegen stillschweigend davon ausgegangen, dass sich die Gruppe selbst um ihre Versicherungspflicht zu kümmern hat.

Gastspielverträge sind in § 52 SchauspG geregelt. Auch „Gäste" sind Mitglieder iS von § 1 leg cit, auch wenn diese nur bei wenigen oder gar nur bei einer einzigen Aufführung Dienste leisten.[611] Es wird allgemein davon ausgegangen, dass auch die einzelnen

[611] *Kapfer/Bündsdorf*, SchauspG(1974) 16 § 1 Anm 20

Mitglieder einer Gruppe als Mitglieder iSd § 1 SchauspG angesehen werden. Die Gruppe an sich kann nicht Dienstnehmer sein, da nur natürliche Personen Dienstnehmer sein können. Primär ist zu prüfen ob A hinsichtlich dieses Außenverhältnisses zur Gruppe gehört oder ob diese selbständige Unternehmerin ist, welche dem Theaterleiter die Gruppe verschafft. Wieder ist mAn vom Zweck der Vereinbarung im Innenverhältnis auszugehen. Die Gruppe hat sich zusammengeschlossen um gemeinsam ein Stück zu erarbeiten und ua Gastspiele abzuhalten. Wichtiger ist aber das Auftreten nach außen. M gegenüber ist die Gruppe als Einheit aufgetreten. Es kam M primär auf die Gesamtleistung (inklusive A, sie hatte die Koordination der einzelnen Arbeitschritte über) an, als auf die Individualität der Gruppenmitglieder, auch wenn die Mitwirkung einzelner Schauspieler subjektiv dazu beigetragen haben mag, den Vertrag mit der Gruppe abzuschließen. Hinsichtlich des Vertragsverhältnisses zum Gastspielveranstalter (M) sind drei Varianten denkbar.[612]

a) Parallele Arbeitsverträge mit M.

b) Dienstverschaffungsvertrag mit der Gruppe und den Gruppenmitgliedern.

c) Dienstverschaffungsvertrag mit dem Gruppenleiter iVm gebündelten Arbeitsverträgen der Schauspieler.

Zwischen A und S ist zu unterscheiden. A hat hinsichtlich der Gastspiele ihre Gruppenleistung erbracht, indem Sie die Kontakte mit dem Gastveranstalter angebahnt und die Verträge abgeschlossen hat. Sie war nicht vor Ort anwesend, sondern fixierte nur innerhalb der Gruppe die Vorproben, organisierte den Transport und die Abfahrtszeiten und übernahm organisatorische Arbeiten mit M. Betrachtet man alle diese Faktoren so kommt man zum Ergebnis dass A und M einen Dienstverschaffungsvertrag mit Werkvertragscharakter geschlossen haben. Anders wäre der Sachverhalt wohl zu beurteilen, wenn A zwar als Gruppenleiterin aufgetreten wäre, aber zusätzlich auch Dienste vor Ort (zB als Schauspielerin) geleistet hätte.

Die Schauspieler hingegen arbeiteten im Betrieb des Gastveranstalters, mit den dort tätigen Technikern, Kassieren und Portieren, mussten sich an die Aufbau- und Aufführungszeiten halten, waren an die Weisungen des Gastspielveranstalters M gebunden und hatten die von ihm gebuchte Unterkunft zu akzeptieren. Mit den Schauspielern kamen somit gebündelte Arbeitsverträge (Gruppenarbeitsverträge) [613] zustande, weshalb M Dienstgeberpflichten treffen.

---

[612] Vgl *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht 1[4] (1999) 208 f und *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht[10] (2003) 162 f

[613] Vgl VwGH 1994/ZAS 1995, 206, 209 – Wiener Volksopernchor mit Kommentar von *Windisch-Graetz*

8.3. Die Arbeitszeit darstellender Bühnenkünstler

Das Ausmaß und die Lage der Arbeitspflicht werden durch die jeweiligen Vereinbarungen und das Weisungsrecht des Arbeitgebers konkretisiert. Beschränkungen ergeben sich durch den gesetzlichen Arbeitszeitschutz insbesondere durch das Arbeitszeitgesetz (AZG)[614] und das Arbeitsruhegesetz (ARG)[615]. Europarechtlicher Hintergrund ist die Arbeitszeit – RL der EU[616]. Neben den gesetzlichen Bestimmungen kommt aber auch dem Kollektivvertrag und den Betriebsvereinbarungen erhebliche Bedeutung bei der Regelung der Arbeitszeit zu. Auch der Arbeitsvertrag gestaltet im Rahmen der übergeordneten Rechtsquellen die Arbeitszeit und legt somit die Lage und den Umfang der Arbeitspflicht fest.[617]
Das AZG kommt auf Bühnendienstverträge gem § 20 Abs 3 SchauspG zur Anwendung.[618] Auch die im § 1153 ABGB diesbezüglichen gesetzlichen Bestimmungen sind auf Bühnendienstverträge anwendbar.[619] Das ARG hingegen findet auf Bühnendienstverträge keine Anwendung, es wird aber in der Literatur darauf verwiesen, dass dies kein Freibrief für die Außerachtlassung jeglicher Arbeitnehmerschutzbestimmungen ist.[620]
Unter Arbeitszeit versteht man die Zeit vom Beginn der Arbeit bis zu deren Ende (§ 2 Abs 1 Z 1 AZG). Unter Normalarbeitszeit wird eine tägliche Arbeitszeit von acht Stunden (innerhalb eines Zeitraumes von vierundzwanzig Stunden) bzw eine wöchentliche Arbeitszeit (Montag bis Sonntag) von vierzig Stunden verstanden (§ 3 Abs 1 AZG).

8.3.1. Theaterspezifische Regelungen

In theaterschaffenden Einrichtungen ist die Festlegung der Arbeitszeit grundsätzlich schwierig. § 20 SchauspG Abs 1 normiert, dass ein Mitglied, nicht verpflichtet ist zur Nachtzeit oder an Sonntagen oder staatlich anerkannten Feiertagen an einer Probe teilzunehmen, wenn nicht besondere, unabwendbare Umstände es notwendig machen.

---

[614] BGBl 1969/461
[615] BGBl 1983/144
[616] RL 1993/104/EG
[617] Vgl *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I[4] (1998) 171 f und *Brodil/Risak/Wolf,* Arbeitsrecht[2] (2003) 96;
Feil/Wennig, Bühnenrecht 33 ; *Jabornegg/Resch/Strasser,* Arbeitsrecht[2] (2005) 41 RZ 219;
Schwarz/Löschnigg, Arbeitsrecht[10] (2003) 345 f
[618] Zur Anwendbarkeit des Achtstundentages iSd § 20 Abs 3 SchauspG auf den technischen Direktor und zur Geschichte des § 20 SchauspG siehe OGH 1969/ZAS 1970, 108 f mit Kommentar von *Fischer*
[619] Vgl *Krejci* in *Rummel,* ABGB[3] I (2000) § 1153 Rz 21
[620] *Schwarz*, Arbeitsruhegesetz, 1993, 88

Was solche Umstände sein könnten, ist im Einzelfall zu prüfen. Gewiss ist das plötzliche Ausfallen eines Schauspielers und das kurzfristige Einspringen eines neuen Kollegen ein triftiger Grund für eine Sonn- oder Feiertagsprobe, wenn die Aufführung der bereits ausverkauften Vorstellung ansonsten gefährdet wäre und ein erheblicher wirtschaftlicher Schaden anderenfalls nicht abzuwenden wäre. Ob jedoch ein durch Krankheitsfall verzögerter Probenfortgang eine Sonn-, Feiertag- oder Nachtprobe rechtfertigen, wird im konkreten Fall zu prüfen sein. Sicherlich ist dabei auch auf das Probenstadium zu achten. Haupt- oder Generalproben, welche kurz vor der Premiere gelegen sind, kommen dabei gewiss höherer Bedeutungsgehalt als einer anfänglichen Lese- oder Improvisationsprobe zu.

Gem § 20 Abs 2 SchauspG sind jedem Mitglied in einem Kalendermonat vier probenfreie Tage zu gewähren. Daher kann beispielsweise die Direktion nicht einseitig anordnen, dass probenfreie Sonntage auf die freien Tage grundsätzlich angerechnet werden.[621] § 20 Abs 3 SchauspG normiert, dass in der Zeit vom Beginne der Abendvorstellung bis zum Beginne der Abendvorstellung am nächsten Tag das Mitglied nicht länger als acht Stunden beschäftigt werden darf. Im Übrigen gelten die Bestimmungen des AZG.

8.3.2. Die Lage der Arbeitszeit

Eine geregelte Arbeitszeit ist auf Grund der Natur der Sache schwer einhaltbar und hemmt oftmals den kreativen Prozess. Würde ein Schauspieler mit Punkt 12.00 Uhr, mitten im Satz die Probe abbrechen und den Regisseur auf seine verdiente Pause hinweisen, müsste er sich wohl den Ruf eines Maurers nachsagen lassen und ein weiteres Engagement würde auf sich warten lassen. Auch die starren Probenzeiten mit einer fixen Pauseneinteilung, wie diese in Bundestheatern teilweise üblich und auch kollektivvertraglich geregelt sind, gelten mEn als überholt und entsprechen nicht den aktuellen Anforderungen. Auf der anderen Seite darf es zu keiner Ausbeutung kommen.[622] Proben mit „open end“ und auch „Marathonproben“ von acht Stunden sind keine Seltenheit.

Gem § 19 c Abs 1 AZG ist die Lage der Normalarbeitszeit und ihre Änderungen (zwischen AN und AG) zu vereinbaren, es sei denn die Lage der Arbeitszeit ist durch Normen der

[621] OGH 1970/SozM III A 133 – Ballett der Wiener Volksoper

[622] Ich finde die Aussage von *Schwarz* „Fraglich ist auch, wie weit ein Darsteller, dem die Einhaltung der Arbeitszeiten wichtiger ist als die Perfektionierung seiner Darstellkunst, nicht an einem anderen Platz als dem Theater (Fabrik) besser aufgehoben wäre“, äußerst problematisch. Solche Aussagen verkennen den Erholungswert der Ruhepausen und mindern den künstl. Arbeitswert. *Schwarz*, Historische Entwicklung 111

kollektiven Rechtsgestaltung festgesetzt. Abweichungen kann der AG nur unter der im Gesetz definierten Voraussetzungen vorschreiben (§ 19 c Abs 2 AZG). Laut *Reisner/Kochanowski* [623] kann Ausmaß und Lage der Arbeitszeit nicht völlig der Willkür des Arbeitgebers überlassen sein. Eine Vereinbarung, dass der AN während des Arbeitsverhältnisses auf den ihm gem § 19 c AZG und 19 d AZG zwingend eingeräumten Anspruch auf vertragliche Festlegung des Ausmaßes der Arbeitszeit verzichtet, ist unter Betrachtung des Zweckes der arbeitszeitlichen Regelungen unwirksam. Es geht dabei nicht nur um die Unvorhersehbarkeit der Arbeitszeit, sondern auch darum, dass der AN mit einem bestimmten Entgelt nicht mehr rechnen kann, sofern nicht durch Kollektivvertrag die Bezahlung einer Mindeststundenanzahl vorgeschrieben ist.[624]

Um der Theaterpraxis gerecht zu werden, muss ein **Mittelweg zwischen willkürlicher Festlegung der Arbeitszeit und einem zu starren System** gefunden werden. Die sehr engen Grenzen, innerhalb der AG normalerweise die Lage der Normalarbeitszeit aus objektiven, in der Art der Arbeitsleistung gelegenen Gründen (sachlich gerechtfertigt) verändern kann[625], sind für die Theaterpraxis wenig brauchbar. Die Arbeitsnotwendigkeit ergibt sich zeitweise sehr kurzfristig aus der konkreten Probensituation und kann später kaum wieder hergestellt werden. Es wäre daher mEn sinnvoll, einen Zeitrahmen festzulegen, innerhalb dessen der Dienstgeber, oder wie es in der Praxis wahrscheinlicher sein wird, der Regisseur oder Choreograph, die Proben auch kurzfristig verlängern kann, ohne das wöchentliche/monatliche Ausmaß der Arbeitszeit jedoch zu überschreiten. Das ist gerade vor dem Hintergrund des § 4 ff AZG, der eine Verlängerung der Normalarbeitszeit unter bestimmten Voraussetzungen zulässt mAn vertretbar. Die kurzfristige Verlängerung der Arbeitszeit zur Nachtzeit wird am besten schon im Vertrag geregelt, damit die notwendige Erholungsphase auch tatsächlich eintreten kann. In der Praxis sind aber Proben bis 22.00 eher der Regelfall (und auch im Sinne des SchauspG zulässig) als die Ausnahme und der Beginn um 9.00 am nächsten Tag üblich. Die Möglichkeit der Änderung der Lage der Arbeitszeit muss jedenfalls in der Vereinbarung über die Lage der Arbeitszeit ausdrücklich vorgesehen sein.[626] All das ist immer vor dem Hintergrund zu sehen, dass auch noch Vorbereitungszeiten und Nachbereitungszeiten notwendig sind.

---

[623] Vgl *Reisner/Kochanowski*, ASok 2004, 384
[624] OGH 22.12.2004, 8 ObA 116/04y – Verzicht auf vereinbarte Arbeitszeit
[625] Vgl *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht[10] (2003) 348; *Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht[2] (2003) 97 f
[626] Vgl OGH 1998/DRdA 1999, 280 mit Besprechung von *Löschnigg*

8.3.3. Das Ausmaß der Arbeitszeit

Die Vorbereitungszeiten für ein Bühnenwerk sind oft aufwendig und vielschichtig. Kaum jemand denkt neben der eigentlichen Proben- und Aufführungszeit an die intensive Text- bzw Choreographiearbeit, an Stückanalyse, Autorenanalyse oder Figurenanalyse, Sprech- und Körperübungen. Gerade in der freien Szene sind der Umfang der Arbeit und der damit verbundene Aufwand enorm. Zur kreativen Arbeit ieS kommen hier noch (meist aus finanziellen Nöten) Schreibarbeiten, Konzeptarbeit, handwerkliche Tätigkeiten, Öffentlichkeitsarbeit, Dramaturgie, kaufmännische Tätigkeiten und Hilfsarbeiten.

Es ist festzuhalten, dass die Arbeitszeit eines darstellenden Künstlers zwar die Anwesenheit im Theater umfasst, die **Vorbereitungszeiten und Nebenarbeiten** aber nicht (weder laut SchauspG noch in der freien Theaterszene) mit eingerechnet werden. Vor dem Hintergrund des Arbeitnehmerschutzes muss dies jedoch geschehen. Wie können diese Zeiten aber definiert werden? Es handelt sich jedenfalls nicht um Rufbereitschaft (= der AN muss sich an einem selbst bestimmten Ort aufhalten, aber für den Dienstgeber jederzeit erreichbar sein), da die Künstler ja nicht in einem gewissen Zeitrahmen für den Dienstgeber zur Verfügung stehen müssen. Es handelt sich auch nicht um eine längere Normalarbeitszeit, welche die Arbeitszeit durch bloße Arbeitsbereitschaft (= der AN muss sich an einem vom AG bestimmten Ort zur jederzeitigen Aufnahme der Arbeitsleistung in Bereitschaft halten) erweitert. § 2 Abs 2 AZG normiert aber, dass auch die Zeit, während der ein im übrigen im Betrieb Beschäftigter in seiner eigenen Wohnung oder Werkstätte oder sonst außerhalb des Betriebes beschäftigt wird, Arbeitszeit im Sinne des AZG ist.
Vergleichbar sind diese Vorbereitungs- bzw Nachbereitungszeiten meiner Einschätzung nach mit Lehrkräften, welche für die tatsächlichen Unterrichtsstunden ein gewisses Kontingent an Vorbereitungsarbeit auf die Arbeitzeit angerechnet bekommen. Ein solches Modell wäre auch für die Vorbereitungszeiten von darstellenden Bühnenkünstlern denkbar.

9. Schlussfolgerungen und Resümee

Mit dem Motto „Aufnehmen, bewerten, reagieren“ möchte ich meine Arbeit schließen. Das Kapital der Bühnenkünstler muss demnach „realisiert, verstanden und geschützt“ werden. Auch wenn *Brunner*[627], der ehemalige Intendant des Grazer Schauspielhauses pointiert bemerkt, dass man keine Möglichkeit habe, durch Verträge – und zwar rechtsgültige Verträge – jemals künstlerisches Tun zu erzwingen, ist es wichtig, Kernpunkte für eine aktuelle Diskussion und Fortentwicklung des Bühnenrechts herauszukristallisieren.

Zu denken ist an

1) Eine Novellierung der veralteten Abschnitte des SchauspG und eine kommentierte Neuauflage.

2) Initiativen zur besseren Erfassung der Problembereiche und konkrete Arbeitsgruppen für die Ausarbeitung wichtiger Themengebiete. Zu nennen sind ua die Erarbeitung eines wirklichen Künstlersozialversicherungsgesetzes; Arbeitslosenversicherung für „neue Selbständige“ unter dem Motto der Grundsicherung; Auffangtatbestände für Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall; Stärkung der freien Interessensvertretungen und Hinarbeiten zu einer beruflichen Standesvertretung; Maßnahmen zur konkreten Missbrauchskontrolle va hinsichtlich der Flucht ins Gesellschaftsrecht; Klärung der Begrifflichkeiten der Mehrpersonenverhältnisse und Schaffung klarer Strukturen; Abgrenzungskataloge Selbständigkeit/ Unselbständigkeit für Bühnenkünstler; standardisierte Verträge, die sowohl AN als auch AG Rechtssicherheit geben.

3) Weiters denke ich an Informationskampagnen für Bühnenkünstler (auch in den Bundesländern) hinsichtlich rechtlicher Normen und deren Anwendung.

Für die Fortentwicklung der arbeits- und sozialrechtlichen Bedingungen darstellender Bühnenkünstler ist ein unentwegter Dialog zwischen den Kulturschaffenden als auch extrem flexible Interessensvertretungen nötig. Flexibilisierungsmaßnahmen müssen dabei im Gleichgewicht mit arbeitsrechtlichen Schutzbestimmungen stehen. Auf der anderen Seite kann und darf Kultur nicht der Wirtschaft überlassen werden, dh eine klare Entscheidung der Politik für eine vielschichtige, innovative, nicht den Entscheidungen der Wirtschaft[628] unterliegende Kulturszene, ist unabdingbar. Diese Entscheidung muss auch für „Freie Theaterschaffende“ in Taten umgesetzt werden. Schließlich kommen wesentliche

[627] *Brunner*, Juristen in der Gesellschaft, JRP 1998, 202

[628] Synergieeffekte sollen aber genutzt und ausgebaut werden. Dieser Trend zeichnet sich mAn ohnehin ab.

Impulse für neue Entwicklungstrends aus diesem Lager. Ich denke dabei nicht nur an finanzielle Unterstützung im herkömmlichen Sinn, ebenso ist an die Schaffung von Infrastruktur (wie Proben- und Aufführungsräume, Öffentlichkeitsarbeit, Transportmöglichkeiten und technische Geräte usw) zu denken.

Ich konnte in meiner Arbeit nur Bruchteile der vielen hochinteressanten Themengebiete behandeln und diese wiederum nur in Ansätzen. Eine weiterführende Arbeit, sowohl für Kunstschaffende und Interessensvertretungen als auch für die Politik, ist erstrebens- und wünschenswert.

Die Vernunft hat geleistet, was sie leisten kann, wenn sie das Gesetz findet und aufstellt; vollstrecken muß es der muthige Wille und das lebendige Gefühl.

[Friedrich Schiller, Über die ästhetische Erziehung des Menschen, Achter Brief]

LITERATURVERZEICHNIS

Bücher und Gesetzestexte

Bergmann, Lohndifferenzierung bei betrieblicher Gruppenarbeit am Beispiel der deutschen Automobilindustrie (Frankfurt 1998)

Blaukopf/Schulz, Landeskulturreferentenkonferenz der österreichischen Bundesländer [Hrsg], Künstler in Österreich (Salzburg/Wien 1984)

Boysen, Betriebsverband und Arbeitsverhältnis am Beispiel der Gruppenarbeit, Band 16 (Frankfurt 1998)

Breisig, Gruppenarbeit und ihre Regelung durch Betriebsvereinbarungen, Band 3 (Köln 1997)

Brodil/Risak/Wolf, Arbeitsrecht in Grundzügen[2] (Wien 2003)

Brodil/Windisch-Graetz, Sozialrecht in Grundzügen[5] (Wien 2005)

Brook, Der leere Raum (Berlin 1995)

Buchinger/Grödl/Gschwandtner, Atypische Beschäftigungsverhältnisse erfordern eine atypische Interessensvertretung (Salzburg 2001)

Bydlinski, Grundzüge des Privatrechts[4] (Wien 2000)

Dittrich/Tades [Hrsg] Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch, mit zahlreichen Anmerkungen, Verweisungen, den grundlegenden Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs sowie mit einem ausführlichen Sachverzeichnis[21] Band I (Wien 2005)

Dittrich/Tades [Hrsg] unter Mitwirkung von *Hopf/Kathrein/Stabentheiner*, Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch, samt den einschlägigen Gesetzen und Verordnungen, verweisenden und erläuternden Anmerkungen, Literaturangaben und einer Übersicht über die Rechtsprechung der Gerichte, insbesondere des Obersten Gerichtshofs[36], Band I (Wien 2003)

Engelbrecht/Gruber/Risak, Werkverträge & Atypische Dienstverträge (Wien 2002)

Feil/Wennig, Bühnenrecht, Kurzdarstellung für die Praxis (Wien 2001)

Floretta/Spielbüchler/Strasser, Arbeitsrecht Band I:Individualarbeitsrecht[4] (Wien 1998)

Fo, Kleines Handbuch des Schauspielers (Frankfurt 1997)

Franken, Individualrechtliche Fragen der Gruppenarbeitsverhältnisse (Hamburg 2005)

Genossenschaft deutscher Bühnenangehöriger [Hrsg] Deutsches Bühnenjahrbuch (Hamburg 2005)

Grillberger, Österreichisches Sozialrecht[6] (Salzburg 2005)

Gstöttner-Hofer/Kaiser/Wall-Strasser/Greif [Hrsg] Was ist morgen noch normal? Gewerkschaften und atypische Arbeitsverhältnisse (Wien 1997)

Hodik, Theater- und Konzertverträge, Rechtskunde für die Praxis (Wien1995)

Hofer, Arbeit ohne Schutz, Eine Analyse an Beispielen atypischer Beschäftigungsverhältnisse (Wien 2000)

Holzinger, Atypische Beschäftigung in Österreich (Wien 2001)

Hosak, Gastverträge darstellender Bühnenkünstler, Ein Beitrag zur Abgrenzung von Arbeitnehmern und Selbständigen im Bühnenrecht (Baden-Baden 1996)

Hromadka/Maschmann, Arbeitsrecht Band1, Individualarbeitsrecht[2] (Heidelberg 2002)

Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts I[7] (Berlin/Frankfurt 1963)

IGFT [Hrsg] Katalog der freien Theater- und Tanzgruppen Österreichs[6] (Wien 2004)

IGFT [Hrsg]Jahresbericht (Wien 2005)

Jabornegg/Resch/Strasser, Österreichisches Arbeitsrecht[2] (Wien 2005)

Johnstone, Improvisation und Theater[5] (Berlin 2000)

Jud/Radner/Hauser, Arbeitsrecht[2] (Wien 2000)

Kapfer/Bündsdorf, Schauspielergesetz samt den einschlägigen arbeitsrechtlichen Vorschriften und der Rechtsprechung der staatlichen Gerichte und der Bühnenschiedsgerichte (Wien 1974)

Keller/Seifert, Atypische Beschäftigung, Verbieten oder gestalten? (Köln 1995)

Klang/ Gschnitzer[Hrsg] Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch [2] 4. Band (Wien 1968)

Korn, Der Steuerzahler §, Die Werkvertragsregelung, Wegweiser für die Praxis [4] (Wien 2005)

Koziol/Welser, Bürgerliches Recht, Band II[12] (Wien 2001)

Kuntz, Survival Kit –freie Theater[4] (Köln 2000)

Manz, Spezialthemen (Wien 2000)

Marhold, Sozialversicherung [31], Kodex des Österreichischen Rechts (Wien 2005)

Martinek [Hrsg] Arbeit, Recht und Gesellschaft, Festschrift *Schwarz* zum 65. Geburtstag (Wien 1991) *Schwarz*, Arbeitnehmerähnliche Personen und überlassene Arbeitskräfte in der Betriebsverfassung

Martinek/Wachter[Hrsg] Arbeitsleben und Rechtsordnung , Festschrift zum 65. Geburtstag von *Schnorr* (Wien 1988) (*Müller*, Probleme des Leiharbeitsverhältnisses)

Mayer, Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht, Kurzkommentar[3] (Wien 2002)

Mayer-Maly/Marhold, Österreichisches Arbeitsrecht Band I (Wien 1987)

Mayrhofer, Der Steuerzahler §, Arbeitsrecht für die betriebliche Praxis (Wien 2000)

Mazal, Arbeitsrecht, Kodex des Österreichischen Rechts[27](Wien 2005)

Molcho, Körpersprache (München 1998)

Mühlberger, Neue Formen der Beschäftigung, Arbeitsflexibilisierung durch atypische Beschäftigung in Österreich (Wien 2000)

Müllner, Aufgespaltene Arbeitgeberstellung und Betriebsverfassung (Berlin 1978)

Nikisch, Arbeitsrecht I[3] Allgemeine Lehren und Arbeitsvertragsrecht (Tübingen 1961)

Oehmann [Hrsg] Arbeitsrecht-Blattei Entscheidungssammlung, Losebl.-Ausg. (Wiesbaden 1999)

Reissner, Das neue Lern- und Übungsbuch Arbeitsrecht (Wien 2005)

Resch, Sozialrecht[3] (Wien 2005)

Rummel, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch [3], Band II, 1.Teil (Wien 2002)

Rummel, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch[3], Band I (Wien 2000)

Schack, Gruppenarbeit, Mitarbeitsverhältnis und die Arbeitsrechtsordnung (Berlin 1997)

Scherz, Werkverträge und freie Dienstverträge, Rechtliche Grundlagen flexibler Arbeitsverträge (Wien 2005)

Schmidjell, AK [Hrsg] Arbeitnehmerrechte, Wichtiges aus dem Arbeitsrecht, Ein Ratgeber der AK Salzburg (Salzburg 2005)

Schmidt/Scherdtner, Scheinselbständigkeit[2] (München/Berlin 2000)

Schuster/Windischbauer/Thiel [Hrsg] Arbeiterkammer Salzburg, Kultur und Arbeit, Handbuch für Kulturarbeit in Salzburger Betrieben (Salzburg 1986)

Schwarz, Historische Entwicklung und aktueller Stand des Schauspielrechts, Band 17 (Wien 2005)

Schwarz/Berger/Veigl/Pernegger, Darstellende Berufe, Praxishandbuch (Wien 2005)

Schwarz/Löschnigg, Arbeitsrecht, Gesetze und Kommentare 129[10] (Wien 2003)

Schweitzer, Handbuch Theater und Tanz (Wien 1997)

Schwimann, Praxiskommentar zum ABGB [2], Band 6 (Wien 1997)

Stanislavsky, Die Arbeit des Schauspielers an der Rolle[2] (Berlin 1996)

Tálos [Hrsg] Atypische Beschäftigung, internationale Trends und sozialstaatliche Regelungen (Wien 1999)

Tomandl, Grundriss des österreichischen Sozialrechts[5] (Wien 2002)

Tomandl/Schrammel, Arbeitsrecht 2, Sachprobleme[5] (Wien 2004)

Tomandl/Schrammel, Arbeitsrecht, Band 1[4] (Wien 1999)

Weber, Das aufgespaltene Arbeitsverhältnis (Berlin 1992)

Wirtschaftskammer [Hrsg] Sozialversicherung für alle Erwerbstätigen (Wien 2001)

Diplomarbeiten und Dissertationen

Alton, Künstlersozialversicherung in Österreich, Schwerpunkt Theater- und Filmschaffende, Diss. (Wien 1997)

Gerl, Das Gruppenarbeitsverhältnis, Dipl. (Salzburg 1993)

Harauer, Zur sozialen Lage der freien Theaterschaffenden in Österreich, Dipl.(Wien 1989)

Hausegger, Der Bühnendienstvertrag, Dipl. (Wien 1997)

Praxmarer, Arbeitsrechtliche Probleme bei der Beschäftigung von Musikergruppen unter besonderer Berücksichtigung des Gruppenarbeitsverhältnisses, Dipl. (Innsbruck 2003)

Rosenberger, Ausgewählte Probleme aus dem Schauspielerrecht, Dipl. (Graz 1999)

Streicher, Rechtsformzwang und mittelbares Arbeitsverhältnis, Diss. (Frankfurt 1995)

Thalhammer, Rechtsfragen bei Gruppenarbeitsverhältnissen, Dipl. (Innsbruck 2001)

Artikel in Zeitschriften

Blanke, Arbeitsgruppen und Gruppenarbeit in der Betriebsverfassung, RdA 2003, 140

Brunner, Juristen in der Gesellschaft, JRP 1998, 202

Dittrich, Überlegungen zum Begriff des ausübenden Künstlers, Teil I, RfR 2000, 1

Dittrich, Überlegungen zum Begriff des ausübenden Künstlers, Teil II, RfR 2000, 13

Egger, Die Beendigung von befristeten Arbeitsverhältnissen im Lichte der Rechtssprechung, WBl 1993, 33

Elert, Erweiterung der Mitbestimmung bei Gruppenarbeit, NZA 2001, 371

Erlinghagen, Entlassung und Beschäftigungssicherheit im Zeitverlauf, ZfS 2005, 147

Firlei, Bericht von der 13. Tagung der österreichischen Gesellschaft für Arbeits- und Sozialrecht, DRdA 1978, 122

Firlei, Ein langsamer Arbeitnehmer DRdA 1979, 226

Firlei, Flucht aus dem Arbeitsrecht, DRdA 1987, 271

Firlei, Flucht aus dem Kollektivvertrag, DRdA 2001, 118

Geppert, Fragen des „Leiharbeitsverhältnisses“, DRdA 1978, 205

Heinrich, Arbeitsrechtliche Fragen flexibler Arbeitszeitstrukturen, RdW 1984, 45

Heinrich, Die Institutionalisierung des mittelbaren Arbeitsverhältnisses, DRdA 1960, 115

Heinze, Zum Arbeitsrecht der Musiker, NJW 1985, 2112

Hodik, Auswirkungen des Entwurfes eines Sozialgesetzes auf das Bühnenrecht, ZAS 1983, 170

Konzen, Arbeitsrechtliche Drittbeziehungen, ZfA, 1982, 259

Kramer, Unser Sozialsystem würgt den freien Geist ab! *DABEI 3/4 1999, 5*

Krenn, Flexible Beschäftigte – ein neuer ArbeitnehmerInnentypus? WuG 1999, 71

Lengfeld/Liebig, Gruppenarbeit, Entlohnung und Gerechtigkeit, ZfS 2002, 211

Maultaschl, Der Dienstverschaffungsvertrag, ÖJZ 1952, 1

Minssen, Zumutung und Leitlinie, Der Fall Gruppenarbeit, ZfS 2001, 185

Mosler, Arbeitsrechtliche Probleme der Teilzeitbeschäftigung, DRdA 1999, 338

Mosler, Die sozialversicherungsrechtliche Stellung freier Dienstnehmer, DRdA 2005, 487

Müller, Das Leiharbeitsverhältnis, ZAS 1968, 77

Neumayr, Zumutbare Beschäftigung im Arbeitslosen- und Pensionsversicherungsrecht? DRdA 2005, 471

Petridis, Die neue Sozialversicherung von KünstlerInnen, ASoK 2001, 52

Petrovic, Einige arbeits- und sozialrechtliche Fragen zum Job-sharing, ZAS 1984, 174

Petrovic, Handstandüberschlag mit Folgen, DRdA 1986, 438

Petrovic, Zur Einzelauflösung bei Gruppenarbeitsverträgen, ZAS 1985, 171

Raab, Die Arbeitsgruppe als neue Betriebsverfassungsrechtliche Beteiligungsebene – Der neue § 28a BetrVG, NZA 2002, 474

Ramm, Die Aufspaltung der Arbeitgeberfunktion ZfA 1973, 266

Rebhahn, Schranken für KAPOVAZ und Arbeit auf Abruf, RdW 1989, 194

Reisner/Kochanowski, Zur Diensteinteilung und Abgeltung von Abwesenheitszeiten bei schwankendem Beschäftigungsausmaß, ASok 2004, 383

Resch, Arbeitskräfteüberlassung und Sozialrecht, DRdA 2001, 399

Rüthers, Probleme der Organisation, des Weisungsrechts und der Haftung bei Gruppenarbeit, ZfA 1977, 1

Schacherer/Schöll, Gelegentliche Arbeitskräfteüberlassung, RdW 2005, 492

Schindler, Arbeitkräfteüberlassung: Austritt wegen gesetzwidriger Weisungen des Beschäftigers, DRdA 2005, 349

Stegmüller, Atypische – die Unterscheidung, DABEI / KMFB 1999, Nr. ¾, 4

Waas, Das so genannte mittelbare Arbeitsverhältnis, RdA 1993, 153

Wachter, Gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung und Arbeitsvermittlung, ZAS 1974, 163

Wachter, Terminologische und typologische Überlegungen zur Arbeitnehmerüberlassung, ZAS 1975, 50

Zeitungsberichte

Canaval, Atypisches wird typisch, Salzburger Nachrichten (5.1.2006) 15

Canaval, Wende noch nicht in Sicht, Salzburger Nachrichten (4. 1.2006) 13

IGFT Pressemitteilung „ Wir werden auf die Barrikaden gehen“ 21.2.2006 interner Newsletter der IGFT

Salzburger Nachrichten, Teilzeitarbeit nimmt stark zu (5.1.2006) 15

Schwarz, Besser Zeitarbeit als gar keine, Salzburger Nachrichten (30.12.2005) 13

ENTSCHEIDUNGSVERZEICHNIS

Gericht	**Datum**	**Geschäftszahl**	**Fundstelle**
OGH	21.9.1948	4 Ob 12/48	Arb 4995 – Theatertruppe = SZ 21/128 = JBl 1948, 594
OGH	20.2.1952	1Ob 125/52	SZ 25/44 Jazzkapelle
OGH	13.1.1953	4 Ob 149/52	Arb 5718, 5 – Kapellmeister
OGH	20.2.1953	4 Ob 19/53	SozM I A/e30 – Holzmeister
ArbG Linz	19.5.1954	1 Cr 109/53	Arb 5996 – Orchester
OGH	11.1.1955	4 Ob 120/54	Arb 6143 – Quartett
OGH	25.10.1955	4 Ob 100/55	– Dienstverschaffungsvertrag
OGH	9.4.1957	3 AZR 435/54	– Heimarbeiter
OGH	18.3.1958	4 Ob 153/57	Arb 6846 – Dreimannkapelle
OGH	8.3.1960	4 Ob 4/60	Arb 7210 – Werbedame
OGH	24.7.1962	4 Ob 80/62	Arb 7589 – Arbeitsgruppe
OGH	24.7.1962	4 Ob 102/62	Arb 7595 – Kapellmeister
OGH	10.12.1963	4 Ob 121/63	Arb 7852 – Musikertrio
OGH	28.11.1967	4 Ob 87/ 67	Arb 8475 – Hauptsächliche Inanspruchnahme
OGH	21.10.1969	4 Ob 64/69	ZAS 1970, 105 – Mit Kommentar von *Fischer*- Technischer Direktor
OGH	10.11.1970	4 Ob 94,95/70	SozM III A 133 – Ballett der Wiener Volksoper
OGH	25.11.1970	7 Ob 154/70	– Gesamthandforderung
OGH	23.2.1971	4 Ob 10/71	Arb 8860 = ZAS 1972, 65 mit Anmerkung von *Strasser*
OGH	5.10.1971	4 Ob 56/71	Arb 8909, 58 – Vertragsstrafe des Kapellmeisters
OGH	27.10.1972	2 Ob 149/72	– Gesamthandforderung
SON	23.1.1973	OBW 3/71	Arb 9087 – Bühnengewohnheit
OGH	3.4.1973	4 Ob 26/73	ZAS 1974, 57 – Lagerarbeiter
BAG	24.4.1974	5 AZR 480773	NJW 1974, 2225 – Akkordgruppe
OGH	7.5.1974	4 Ob 25/74	Arb 9230 – Freilichtbühne
OGH	21.10.1975	4 Ob 62/75	Arb 9405 – Musikkapelle
EA Wien	5.6.1979	11 Re 17/79	Arb 9789 = ZAS 1979, 201 – Tubabläser
OGH	18.12.1979	4 Ob 124/79	Arb 9845 Faust I = DRdA 1982, 207 mit Besprechung von *Rabowsky*, Nichtzahlung von Reisekosten als Austrittsgrund?
OGH	1.7.1980	4 Ob 52/80	ZAS 1983, 172 mit Kommentar v *Selb* = SZ 53/101
OGH	19.5.1981	4 Ob 104/80	Arb 9972 – journalistischer Arbeitnehmer
OGH	17.11.1981	4 Ob 51/81	Arb 10.060 – persönliche Abhängigkeit eines Regisseurs
Erlass des BMS	19.4.1983	128.318/3- 6/82	ARD 3619/5/84 – Dienstnehmerstellung, Versicherungspflicht
VwGH	10.4.1985	84/13/0004	ARD-HB 1986, 280 = ARD 3704/10/85 – Dienstverhältnis im abgabenrechtlichen Sinn
OGH	18.11.1986	14 Ob 192	– „Das französische Frühstück/Annabella“
OGH	21.10.1987	14 ObA 77/87	WBl 1988, 91 – Solosängerin = SZ 60/220

OGH	11.11.1988	1 Ob 26/88	MR 1989, 15 – Kunstfreiheit – mit Anmerkung von *Korn* = SZ 61/210 = GRURInt 1990, 236
OGH	24.5.1989	9 ObA 95/89	DRdA 1991, 129 mit Besprechung von *Schnorr* – Gruppenarbeit
VwGH	20.11.1989	88/14/0211	– künstlerische Begabung
OGH	20.12.1989	9 ObA 340/89	RdW 1990, 294 – Gesellschafterverhältnis oder Arbeitsverhältnis?
OGH	9.5.1990	9 ObA 115/90	– GesBR und Dienstgeber
OGH	10.10.1990	9 ObA 602/90	ZAS 1991, 204 mit Besprechung von *Andexlinger* = SZ 63/173 = Arb 10.896
VwGH	23.10.1990	89/14/0102	– Filmschauspieler
OGH	24.10.1990	9 ObA 269/90	ecolex 1991, 192 – Keine unzulässigen Kettenarbeitsverträge
OGH	7.11.1990	9 ObA 289/90	infas 1991 A87 – Gastspielvertrag = ARD 4248/10/91 = MR 1991, 242
OGH	28.5.1991	4 Ob 19/91	MR 1991, 195 – Kausalzusammenhang = SZ 64/64 = EvBl 1991/ 180 S 780 = GRURInt 1991, 920 = ZfRV 1993, 153 = ÖBl 1991, 181
OGH	16.9.1992	9 ObA 206/92	DRdA 1993, 37 mit Anmerkung von *Ritzberger-Moser*, Entgeltanspruch der überlassenen Arbeitskräfte nach § 10 Abs 1 AÜG – Gesangsverein
OGH	13.1.1993	9 ObA 260/92	RdW 1993, 286 – Ersatz von Werbekosten durch den Arbeitnehmer
OGH	8.7.1993	90 ObA 144/93	DRdA 1994, 151 mit Anmerkung von *Schindler* – Zum Geltungsbereich des ArbAbfG
OGH	16.9.1993	2 Ob 37/93	WBl 1994, 95 – Ehegatten = SZ 33/ 112
OGH	24.11.1993	9 ObA 180/93	DRdA 1994, 402 mit Besprechung von *Kürner* – Köchin
OGH	15.12.1993	7 Ob 549/93	SZ 66/174 – Dancefloorfestival
VwGH	25.01.1994	92/08/0264	ZAS 1995, 204 – Wiener Volksopernchor mit Kommentar von *Windisch-Graetz* = ZfVB 1995, 592 = SVSlg 41.951 = SVSlg 42.078 = ARD 4562/28/94 = ARD 4567/24/94
OGH	25.5.1994	9Ob A67/94	RdW 1994, 400 mit Besprechung von *Peschek*, Der Saisonbetrieb in Theatern als Rechtfertigung für Kettenarbeitsverträge = ecolex 1994, 636 = infas 1994, A 145
OGH	17.1.1995	4 Ob 8/95	WBl 1995, 253 – Moosalm = SZ 59/161
VwGH	25.4.1995	93/08/0174	– Sprecher beim ORF
OGH	25.9.1996	9 ObA 2167/96h	ZAS 1997, 79 – Entlassung einzelner Mitglieder = ARD 4809/34/97 = ASoK 1997, 61
OGH	9.12.1997	4 Ob 341/97v	– Theaterunternehmen
OGH	13.1.1998	8 ObA 284/97s	– Mitwirkungsrechte
OGH	6.7.1998	8 ObA 15/98h	DRdA 1999, 318 mit Besprechung von *Krapf* − Medizinstudent = RdW 1999, 95

OGH	19.8.1998	9 ObA 187/98k	DRdA 1999, 280 – mit Besprechung von *Löschnigg*, Lage und Verteilung der Arbeitszeit
Entschließung des Europäischen Parlaments	9.3.1999	A4- 0103/99	– zur Lage der europäischen Union
OGH	17.3.1999	9 ObA 8/99p	– persönliche Abhängigkeit
VwGH	21.9.1999	97/08/0486	ARD 5091/9/2000 – Stückvertrag: Insel mit Schiffbrüchigen
OGH	15.12.1999	9 ObA 248/99g	– Arbeitgeberfunktionen mehrerer Personen
ASG Wien	13.1.2000	34 Cga 43/98m	ARD 5139/10/2000 – Hauptsächliche Inanspruchnahme
OGH	6.9.2000	9 ObA 161/00t	RdW 2001, 103 – Lebensgemeinschaft = ARD 5185/36/2001 = DRdA 2001, 61
OGH	12.6.2001	4 Ob 46/01w	– Sphärentheorie
OGH	5.7.2001	8 ObA 163/01f	– persönliche Abhängigkeit
OGH	15.11.2001	8 ObA 125/01t	infas 2002, A 42 – Stadttheater Klagenfurt als GesBR = DRdA 2002, 157 = ASok 2002, 236 = ARD 5310/6/2002
OGH	7.3.2002	8 ObA 228/01i	– Dienstvertrag/freier Dienstvertrag
OGH	8.8.2002	8 ObA 53/02 f	ASok 2003, 175
OGH	29.8.2002	8 ObA 130/02d	ARD 5377/1/2003 – Weihnachtsverkaufstand
OGH	4.9.2002	9 ObA 89/02g	– Zirkusorchester
OGH	19.12.2002	8 ObA 135/02i	– Zerlegung der Tätigkeit
OGH	23.1.2003	8 ObA 104/02f	infas 2003, A 58 – Ehrenbeleidigung = RdW 2004, 49 = ARD 5437/8/2003
OGH	20.3.2003	8 ObA 167/02 w	ASok 2004, 32 = Arb 12.314 – Zirkus
OGH	13.11.2003	8 ObA 107/03y	– Kombination des Arbeitsverhältnisses
OGH	21.4.2004	9 ObA 31/04f	DRdA 2005, 309 mit Besprechung von *Löschnigg*, Allgemeiner Entlassungsschutz im befristeten Dienstverhältnis
OGH	27.5.2004	8 ObA 99/03x	RdW 2004, 685– Abfertigungsanspruch bei ungerechtfertigter Befristung eines Bühnendienstvertrages – Regieassistent = ARD 5583/7/2005
ASG	9.9.2004	21Cga 203/03f	– Grenzfälle freier Dienst-/ Werkvertrag
VwGH	17.11.2004	2002/08/0261	- Gutsverwaltung
OGH	22.12.2004	8 ObA 116/04y	RdW 2005, 759 mit Besprechung von *Gerhartl*, Probleme der Beschäftigung nach Bedarf
OGH	6.4.2005	9 ObA 80/04m	JBl 2005, 669 – Staplerfahrer

INTERNETQUELLEN

Alton, Grundeinkommen, http://www.alton.at/juliane/texte/grundeinkommen (27.12.05)

Alton, Grundsicherung für Künstler/ innen, http://www.alton.at/juliane/texte/Grundsicherung (14.12.05)

Alton, Österreich-Konvent, http://www.alton.at/juliane/texte/oesterreichkonvent (27.12.05)

Antoni, Gruppenarbeit http://www.aodgps.de/alt/gruppenarbeit.html (10.1.2006)

Arbeitspapier des Frassanito-Netzwerks, Prekär, Prekarisierung, Prekariat? http://euromayday.at/texte/frassanito.php (14.1.2006)

Ausschusssitzungen des NR, Kontroverse Debatte um die heimische Kunst 20.10.04 http://www.parlinkom.gv.at/portal/page?_pageid=908,718734&SUCHE=J&_dad=portal&_schema=PORTAL# (4.1.2006)

EURO DEFI AUSTRIA, Werkverträge – Beitragsfreie pauschalierte Aufwandentschädigung, (1998) http://www.eurodefi.co.at/Web/EDA-Verein.htm (16.08.2005)

Gesetz über die Sozialversicherung der selbständigen Künstler und Publizisten http://bundesrecht.juris.de/bundesrecht/ksvg/gesamt.pdf (20.12.2005)

Griesser im Auftrag des Kulturrat Österreich, Grundlagentext 2005, Prekarität, http://kulturrat.at/agenda/sozialerechte/prekarisierung/begriff (12.12.2005)

Gschwandtner, Durchschau.t, Zum Geschlechterverhältnis in Kulturvereinen des Bundeslandes Salzburg, (2000) http://www.kultur.or.at/downloads/durchschau.t.doc (13.12.2005)

Hammer, Die Kunst, Kunst zu klagen, 13.7.2003 http://igkultur.at/igkultur/service/1058092987 (27.12.2005)

Heidecker, (Frauen-) Freie Szene, Eine Analyse von Studien und Publikationen 12.8.2004 http://www.kupf.at/index.php?sid=775&icatid=145 (28.12.2005)

IGFT, Infoblatt – Arbeitslosenversicherung (Stand 1.1. 2005) http://www.freietheater.at/material/Infoblatt-AMS.pdf (10.12.2005)

IGFT, Infoblatt – Sozialversicherung (Stand 1.1.2005) http://www.freietheater.at/material/Infoblatt-SV.pdf (10.12.2005)

IFGT, Kulturpolitische Halbzeitbilanz der neuen österreichischen Bundesregierung http://www.freietheater.at/ (20.1.2006)

IGFT, IG-Netz Vergaberichtlinien http://www.freietheater.at/ignetz/vergaberichtlinien.htm (20.1.2006)

IFGT, Was ist das IG-Netz? http://www.freietheater.at/ignetz/ignetz.htm (20.1.2006)

Koweindl für die IG Kultur, Neue Regierung, neues Programm, http://www.kupf.at/index.php?sid=369&icatid=18 (27.12.2005)

Ksvf, Infoblatt des Künstler-Sozialversicherungsfond, http://www.ksvf.at/infokunst/info_kuenstler.pdf (9.1.2006)

Kulturrat, Künstlersozialversicherung ist keine Erfolgsgeschichte, 29.06.2004 http://igkultur.at/igkultur/kulturpolitik/1091518194 (27.12.2005)

Kulturrat , Pressemitteilung vom 28.1.2005 Zuschusserhöhung: nicht für KünstlerInnen mit niedrigem Einkommen http://kulturrat.at/agenda/sozialerechte/stellungnahmen/20050128 (10.2.2006)

Kulturrat, Pressemitteilung vom 19.4.2005 „Die Arbeitssituation von – nicht nur! – Kunst- und Kulturschaffenden ist prekär! http://kulturrat.at/agenda/sozialerechte/stellungnahmen/20050419 (24.11.2005)

Kulturrat, Pressemitteilung vom 20.9.2005 Mittellose Kunstschaffende werden zur Kasse gebeten http://kulturrat.at/agenda/sozialerechte/20050920 (20.1.2006)

Laburda/Schönbauer, Atypisch beschäftigt – typisch für die Zukunft der Arbeit? - Flex Power Umfrage der Arbeiterkammer und des ÖGB (2003) http://www.interesse.at/Content.Node2/dateien/flexpower.pdf (18. 11.2005)

Lienhard, „IM SOG“ oder „gegen den Strom“, Kulturinitiativen in einer ökonomisierten Umwelt (2004) http://www.kupf.at/down/imsog.pdf (28.12.2005)

Linde, Gruppenarbeit http://www.aus-innovativ.de/media/Gruppenarbeit.pdf (10.1.2006)

Malmoe, Von der Prekarität zum Präkariat, http://euromayday.at/texte/malmoe.php (10.1.2006)

Michenthaler für das Institut für empirische Sozialforschung (IFES), Der Schauspiel –Beruf im Wandel der Zeit (2003) http://www.ifes.at/upload/1049396999_referat.pdf (16. Okt. 2005)

NR, 624 der Beilagen zu den Stenographischen Protokoll des Nationalrates XXI. GP http://www.parlinkom.gv.at/pls/portal/docs/page/PG/DE/XXI/I/I_00624/daten_000000.doc (1.1.2006)

OÖGKK, 58. ASVG – Novelle, Artikel aus der DG-Info Nr. 154/01, Kunstschaffende, Ausnahme als „Freier Dienstnehmer“ ab 1. August 2001 http://www.ooegkk.at/esvapps/page/page.jsp?p_pageid=182&p_menuid=2969&pub_id=1708&p_id=5#pd315589 (9.1.2006)

Schmidbauer, Urheberrechtsgesetz, Bundesgesetz über das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Kunst und über verwandte Schutzrechte, StF: BGBl. Nr. 111/1936 idF der UrhG-Novelle 2003, konsolidierte Fassung, http://www.internet4jurists.at/gesetze/bg_urhg2a.htm (27.12. 2005)

Schmidjell, AK Salzburg [Hrsg] Teilzeitarbeit und geringfügige Beschäftigung (2001) http://www.ak-sbg.at/pictures/d4/Teilzeitarbeit.pdf?PHPSESSID=cd5dde6b104500a93f38d6a6f019bca4 (27.12.2005)

Schobesberger, Sinn und Unsinn, von Gender Mainstreaming in Kulturinitiativen 10.8.2004 http://www.kupf.at/index.php?sid=773&icatid=145 (15.12.2005)

Schüssel, in der Anfragebeantwortung vom 12.01.2004, bezüglich der parlamentarischen Anfrage vom 12.11.2003 von *Glawischnig* betreffend den KSVFG, http://www.parlinkom.gv.at/pls/portal/docs/page/PG/DE/XXII/AB/AB_01071/FNAME_013914.PDF# (15.01.2004)

Statistik Austria, Beschäftigung im kulturellen Sektor, Tabellen http://www.statistik.at/fachbereich_03/04_10_Beschaeftigung.pdf (4.1.2006)

Statistik Austria, Beschäftigung im kulturellen Sektor, http://www.statistik.at/fachbereich_03/kultur_txt10_04.shtml (4.1.2006)

Statistik Austria, Theater und Musik, Tabellen,(2003) http://www.statistik.at/fachbereich_03/03_06_Theater.pdf (4.1.2006)

Statistik Austria, Theater und Musik, (2003) http://www.statistik.at/fachbereich_03/kultur_txt2_03.shtml (4.1.2006)

Stüwe-Eßl, Country reports – European off network - Austria, Professional independent performing art – financially still on the fringe, http://www.freietheater.at/european_off/laenderberichte/austria.htm (25.12.2005)

Springer, Geschäftsbericht 2000 , Bundestheater – Holding GmbH, http://www.bundestheater-holding.at/Content.Node2/holding/bilanzen2000-01.pdf (20.1.2006)

ANHANG A

Fragen an die IG- Freie Theaterarbeit (Wien) Dez. 2005

Beantwortet von *Barbara Stüwe- Eßl (Öffentlichkeitsarbeit)*

1.) Habt Ihr einen Überblick über die Anzahl der in der freien Theaterszene arbeitenden KünstlerInnen in Österreich?

In Österreich arbeiten nach Schätzung der Interessengemeinschaft Freie Theaterarbeit rund 300 bis 400 Theater- und Tanzgruppen. Siehe auch Barbara Stüwe-Eßl: Countryreport Austria – Professional independent performing art – financially still on the fringe http://www.freietheater.at/european_off/laenderberichte/austria.htm

2.) Wie schätzt ihr die momentane Arbeitssituation von freien Theaterschaffenden in Österreich ein?

Zu einem großen Teil prekäre Arbeitsverhältnisse.
Texte zum Thema Prekarisierung vom Kulturrat Österreich:
http://kulturrat.at/agenda/sozialerechte/prekarisierung/
Siehe dazu auch: http://www.euromayday.at/
International interessante page von item ist „on the move“:
http://www.on-the-move.org/DE/results_menulink.lasso?menulink=Employment

3.) Gibt es Infoblätter zu den angegebenen Themengebieten?

Unsere Infoblätter:
Sozialversicherung: http://www.freietheater.at/material/Infoblatt-SV.pdf
Arbeitslosenversicherung: http://www.freietheater.at/material/Infoblatt-AMS.pdf
siehe weitere Infoblätter auf unserer homepage: www.freietheater.at

4.) Gibt es für die freie Szene standardisierte Verträge? Werden diese verwendet in der Praxis?

nein

5.) *Gibt es ein Kontrollorgan für die Einhaltung von Standards?*

siehe Frage darüber - nein, ohne Standards kein Kontrollorgan! Allerdings: Die Gebietskrankenkasse kontrolliert manchmal Werkverträge, ob sie echte Werkverträge sind bzw ob sie in Wirklichkeit versteckte Dienstverträge sind.

6.) Gibt es einen Ausfallsfonds, wenn ein Künstler einen Unfall hatte und nun einen Verdienstentgang verzeichnen muss?

Nein. Bestenfalls helfen BKA oder auch die Stadt Wien (bei Ländern und anderen Städten haben wir keine Infos) mit Sondermitteln aus dem Kulturbudget für Soziales aus; aber es gibt darauf keinen Rechtsanspruch und hängt immer von der Einzelfallprüfung ab.

7.) Vor allem interessieren mich Verträge (im speziellen Gruppenarbeitsverhältnisse und Dreiecksbeziehungen) in der freien Szene und deren Folgen. (zB Was passiert wenn jemand ausfällt.)

Ausfälle (ich nehme an, du gehst da von DarstellerInnen aus) gibt es in der freien Szene sehr selten, darauf schließe ich, weil es auch sehr selten eine Zweitbesetzung gibt, bzw weil ab und zu doch vorkommt, dass ein Darsteller ausfällt, und dann die Aufführung abgesagt wird. Welche Folgen das finanziell und rechtlich im Bezug auf den Veranstalter hat hängt vom Vertrag mit diesem ab.
Wenn jemand der organisiert ausfällt, dann übernimmt das in der freien Szene (wenn kein Budget mehr vorhanden ist) in der Regel jemand von der Gruppe bzw die Person, die um Subventionen eingereicht hat.
Hier interessieren dich sicher die neuesten Entwicklungen zu Rückzahlungen aus der Künstlersozialversicherung von 2001, die selbständige KünstlerInnen betreffen
siehe dazu auch die Einschätzung der Theaterjury in Wien, die (trotz "relativ hoher Förderung des freien Bereichs im Österreich weiten Vergleich") zu folgendem Schluss kommt: „So sehr der Theaterjury die Einhaltung arbeits- und sozialrechtlicher Belange ein Anliegen ist, so wenig kann sie generell die Bezahlung der Mehrkosten einer Anstellung und entsprechenden Sozialversicherung der Künstler und Künstlerinnen aus dem zur Verfügung gestellten Budget verlangen. Die Verpflichtung dazu würde den Betrag insgesamt wie im einzelnen zu Lasten der künstlerischen Produktivität gravierend mindern.“ siehe S. 4
http://www.wien.gv.at/kultur/abteilung/pdf/konzeptfoerderung.pdf

und eine andere als die Informationen auf der IGFT homepage:
http://kulturrat.at/agenda/sozialerechte/20050920; dazu findest du in Kürze in der neuesten GIFT oder auch schon bei der IG Bildenden Kunst einen ausgezeichneten Artikel von Daniela Koweindl http://www.igbildendekunst.at/ig-bildende-kunst.shtml#

8.) Wie ist die Situation im Speziellen bei Gruppenarbeitsverhältnissen und Arbeitskräfteüberlassungen?

Was verstehst du unter Gruppenarbeitsverhältnissen?
Arbeitskräfteüberlassung gibt es meines Wissens keine.
Die IGFT hat 2001 ein Konzept "Freie Theater Arbeits GmbH" entworfen und versucht Subventionen dafür zu bekommen (BKA und Stadt Wien; dieses Projekt konnten wir bis heute nicht realisieren, da die Finanzierung nicht gesichert werden konnte) - dieses kommt am ehesten einem solchen Konzept nahe.

Es handelt sich dabei um eine Leiharbeitsfirma, die anzustellende Freie Theaterschaffende mit befristeten Dienstverhältnissen beschäftigt und den produzierenden Gruppen für die jeweilige Produktion überlässt. Administrationsarbeit, Risiko und die Kosten für Lohnverrechnung vermindern sich für die Gruppen dadurch beträchtlich, es wird mehr angestellte Schauspieler/innen und damit kaum Probleme mehr bei Gebietskrankenkassenprüfungen geben. Alle gesetzlichen Erfordernisse können dann von den Gruppen erfüllt werden.

Die Idee einer derartigen, mit dem IG-Netz kooperierenden Einrichtung ist natürlich aus den vielgestaltigen Schwierigkeiten der Theaterschaffenden mit der Sozialversicherung geboren worden. Sie wurde bei unserer Generalversammlung Mitte März ausführlich

diskutiert und hat großen Anklang gefunden. Mittlerweile erhalten wir schon fast täglich Anfragen, ob die Sache schon funktioniert und wir Schauspieler/innen anstellen können.

Es gibt relativ hohe Startkosten. Wenn das notwendige Kapital zur Verfügung steht, kann begonnen werden. Musterverträge für die Dienstnehmer/innen und für die Verträge mit den produzierenden Gruppen liegen bereits vor diese müssen aber noch mit fachkundiger Beratung verfeinert werden.
Wir sind der Meinung, dass die Stadt Wien und der Bund diejenigen sind, in deren Interesse es liegt, dass die Freien Theater aus dem Graubereich herauskommen, in dem sie teilweise immer noch arbeiten müssen.

Wir werden weiterhin auch daran arbeiten, dass die Gebietskrankenkassen es akzeptieren, dass nicht alle Bühnenkünstler/innen immer und unbedingt angestellt werden müssen, sondern unter bestimmten Bedingungen als selbständige Künstler/innen anzusehen sind. Auch das liegt im Interesse der Künstler/innen, der Gruppen und auch der finanzierenden Gebietskörperschaften

ANHANG B

Expertenbefragung zum Thema „Atypische Arbeitsverhältnisse“ im Theaterbereich in Österreich

1. Zur Person

Professor Franz Becke
ist zurzeit als Sekretär der Österreichischen Interpretengesellschaft (Oestig) tätig und arbeitet freiberuflich als Schauspieler, Sänger und Regisseur.
Zudem: Gewerkschaftliche Tätigkeiten für die KMSFB; Vizepräsident der Sektion Bühnenangehörige, Vorstandsmitglied des Internationalen Theaterinstituts Österreichs, Mitglied des Beirats „Darstellende Kunst“ der Landesregierung NÖ; Kuratoriumsmitglied „Darstellende Kunst“ im Bundeskanzleramt (Künstlersozialversicherung).
Er war weiters Beisitzer am OGH, Mitglied der Unesco-Kommission Österreichs; Mitglied der Schiedsstelle „Urheberrecht“ beim BM für Justiz
Viele Jahre war er im Vorstand der FIA und der FIM. Mitglied des Präsidiums der MEI (Schatzmeister), zeitweise Sprecher der MEI beim sozialen Dialog der Theater- und Musikschaffenden bei der EU in Brüssel, Rechnungsprüfer bei der UNI (united network int.) in Genf. Seit 1981 hat er beruflich mit Arbeits- / Beschäftigungsverhältnissen von Theaterschaffenden zu tun.

2. Arbeitsrechtliche Situation der darstellenden BühnenkünstlerInnen in Österreich

2.1. Allgemeine Fragen:

2.1.1. Wie schätzen Sie die arbeitsrechtliche Situation von darstellenden BühnenkünstlerInnen in Österreich generell ein?

An den Staats- Landes- und Stadttheatern werden in der Regel die Bestimmungen des Schauspielergesetzes eingehalten. Im freien Theaterbereich in den seltensten Fällen.

2.1.2. Welche Unterschiede können Sie in den einzelnen Regionen erkennen? (Wien und die übrigen Bundesländer)

In der Steiermark sind die Bemühungen, die gesetzlichen Regelungen einzuhalten nach meiner Erfahrung am meisten ausgeprägt.

2.1.3. Wie gut informiert sind Theaterschaffende (insbes. darstellende BühnenkünstlerInnen) hinsichtlich ihrer rechtlichen Situation in Österreich Ihrer Meinung nach?

Mangelhaft – vielfach vom „Hörensagen“.

2.1.4. Welche Gruppe von darstellenden BühnenkünstlerInnen haben Ihrer Meinung nach die besten/schlechtesten Rahmenbedingungen? (fixer Theaterbetrieb, Freie, Junge, Alte, Ausländer, ...Frauen, Männer)

Die besten Bedingungen naturgemäß bei den festen, größeren Theatern (Stadt, Bund, Land). Wobei spielplanbedingt Frauen nach wie vor etwas schlechter dran sind. Das wäre aber einer gesonderten Betrachtung wert.

2.1.5. Erkennen Sie ein „Konkurrenzverhalten" zwischen unterschiedlich beschäftigten (Landestheater/freie Szene) Theaterschaffenden in Österreich?

Eigentlich wenig.

2.2. Atypische Beschäftigungsverhältnisse:

*2.2.1. Nehmen wir an, dass die Beschäftigung darstellender BühnenkünstlerInnen auf Grund des § 1 Schauspielgesetzes als Normalarbeitsverhältnis bezeichnet werden kann. (Landestheater, usw) Welche **Abweichungen vom Normarbeitsverhältnis** kennen Sie?*

Freie Dienstverträge, Werkverträge. In vielen Fällen gar keine Verträge, sondern mündliche Absprachen.

*2.2.2. Welche **Typen** von Beschäftigungsverhältnissen fallen Ihnen ein wenn von „atypisch Beschäftigten" im Theaterbereich gesprochen wird?*

Siehe 2/2/1

*2.2.3. Welche **Gründe** erkennen Sie für atypischen Beschäftigungsverhältnisse im Theaterbereich? (Mehrfachqualifikation, Produktionsleitung – darstellende Künstler, Machtverhältnisse, Finanzielle Situation, Informationsmangel, Arbeitsmarktsituation, Interessenswidersprüche,)*

Manchmal sind die Arbeitgebermerkmale (besonders bei freien Gruppen) ebenso wie die Arbeitnehmermerkmale sehr unsicher zu definieren.

*2.2.4. Welche atypischen Dienstverhältnisse kommen Ihrer Meinung nach im Theaterbereich am **häufigsten** vor? (Werkvertrag, Dienstverschaffungsvertrag, Gruppenarbeitsverhältnisse, befristete AV, Teilzeit, Geringfügig Beschäftigte, Arbeit auf Abruf)*

Werkvertrag und geringfügige Beschäftigung.

*2.2.5. Welche rechtlichen **Folgen/Probleme** knüpfen sich an diese Verträge? Sind Ihnen konkrete Fälle arbeitsrechtlicher Probleme atypisch Beschäftigter bekannt?*

Vor allem fehlende Arbeitslosenversicherung – keine Entgeltfortzahlung.

*2.2.6. Haben Sie Erfahrungen mit darstellenden Bühnenkünstlern bei **Festspielproduktionen**? Welche Problembereiche kennen sie hier?*

Fehlende Kollektivverträge – daher oft nur Werkverträge – leider sehr oft auch auf Wunsch der Künstler, die das Jahr über an einem festen Haus engagiert sind und sich die Mehrfachversicherung ersparen wollen.

2.3. Mehrpersonenverhältnisse

2.3.1. Wird eine „Gruppe" von einem Theaterunternehmen/Kulturveranstalter engagiert, welche Verträge sind üblich? (Dienstverschaffung, Gruppenarbeitsvertrag, Arbeitskräfteüberlassung)

2.3.2. Welche Probleme treten bei Mehrpersonenverhältnissen darstellender Bühnenkünstler Ihrer Meinung nach auf? Lösungsansätze?

Mit diesen Dingen habe ich sehr wenig Erfahrung – möchte keine Vermutungen anstellen, die nicht überprüfbar sind.

3. Sozialrecht

3.1. Sozialversicherung:

3.1.1. Welche bedeutenden Änderungen können Sie seit der Einbeziehung von Kunstschaffenden in das GSVG nennen?

Problem – keine Arbeitslosenversicherung zum Unterschied vom ASVG Selbsteinschätzung möglich.

3.1.2. Welche Änderungen in den einschlägigen Gesetzen wären Ihrer Meinung nach notwendig?

Zwei Möglichkeiten:
a) Änderung des § 1 des Schauspielgesetzes unter strengen zusätzlichen Regelungen
b) Änderungen der Subventionsauflagen.

3.1.3. *Gibt es Ihrer Ansicht nach viele Bühnenkünstler, welche noch eine andere Tätigkeit neben „dem Theater" ausführen und wenn ja, aus welchen Gründen? Welche Arbeiten werden Ihrer Meinung nach vorwiegend ausgeführt. (niedrigere Tätigkeiten, Teilzeit, Saisonarbeit,..) Welche sozialrechtlichen Folgen leiten Sie daraus ab?*

Ja, gibt es häufig aus Überlebensgründen – vom „kellnerieren" bis zum Beamtenstand.

3.1.4. Was verstehen Sie unter Grundsicherung für Kunstschaffende? Wie könnte diese aussehen und gegebenenfalls realisiert werden?

3.2. Arbeitslosenversicherung

3.2.1. Haben atypisch beschäftigte Bühnenkünstler gute Chancen, Anwartschaftszeiten für Arbeitslosengeld zu erhalten? Warum?

Bisher aus gesetzlichen Gründen – keine Chance.

3.2.2. Welche Probleme sehen sie durch die Einbeziehung der Kunstschaffenden zu den „Neuen Selbständigen" in Bezug auf Arbeitslosigkeit?

Auch hier keine Arbeitslosenversicherung. Allerdings gibt es Bestrebungen seitens der GSVG Lösungen zu suchen.

4. Abschlussfragen

4.1. *Laut herrschender Meinung und Rechtssprechung dürften darstellende Bühnenkünstler (Schauspieler und Tänzer) auf Grund ihrer abhängigen Stellung (Weisungsgebundenheit...) zum Arbeitgeber nur auf Grund - mit wenigen Ausnahmen - eines Dienstvertrages beschäftigt werden. Entspricht dies der Realität?*

Nicht im freien Raum, selbst bei größeren Theatern gibt es des Öfteren Umgehungsversuche.

4.2. Welche Diskrepanz sehen Sie zwischen arbeitsrechtlichen - und sozialrechtlichen Regelungen?

Wo Schauspielgesetz und Kollektivvertrag greifen, keine – wo nicht, werden ohnehin beide umgangen.

4.3. *Gibt es Ihrer Ansicht nach Diskrepanzen zwischen der rechtlichen Lage und der Praxis?*

Ja – aus finanziellen Gründen werden die rechtlichen Auflagen in der Praxis sehr oft umgangen.

4.4. *Welche Maßnahmen währen Ihrer Einschätzung nach notwendig um zu einer besseren arbeits- und sozialrechtlichen Absicherung für darstellende Bühnenkünstler zu gelangen? Ist die Interessensvertretung ausreichend?*

Die Interessensvertretungen Gewerkschaft und IG freie Theaterarbeit bemühen sich seit Jahren.

Die arbeits- und sozialrechtlichen Regelungen sind gesetzlich eindeutig festgelegt – aber zum Einen sind vielfach die finanziellen Möglichkeiten vor allem bei den Kleinbühnen und freien Gruppen nicht gegeben und zum Zweiten – sehr oft sind es gerade die Künstler selbst, die aus verschiedenen Gründen (Mehrfachengagements, auch in anderen Berufen tätig, finanzieller Engpass wenn die Sozialversicherung selbst zu bezahlen wäre, Verlust des Arbeitslosengeldes (‚wenn ich mich anmelden lasse habe ich ja weniger in der Hand, als wenn ich Arbeitslosengeld beziehe' usw), selbst eine Anmeldung verhindern. Eine Lösung ist sicherlich sehr schwierig zu bewerkstelligen.
Wie schon gesagt, bessere Möglichkeit wäre

- eine sinnvolle Änderung der Subventionsauflagen,
- ein wirkliches Künstlerversicherungsgesetz.
- Die schlechtere Möglichkeit – eine Änderung des Schauspielgesetzes unter strengen Zusatzregelungen.

Das alles lässt sich in ein paar Worten, wie die meisten Fragen nicht wirklich beantworten.