

**Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Theaterarbeitsgesetz geändert wird
303/ME XXVII. GP**

**Stellungnahme von art but fair UNITED - Berufsverband der kurzfristig Beschäftigten und
Neuen Selbständigen in der Darstellenden Kunst und Musik in Österreich**

22. November 2023

Eine umfassende Novellierung des Theaterarbeitsgesetzes (TAG) ist seit über 3 Jahren immer wieder von der Kulturpolitik in Aussicht gestellt worden. Am 25.10.2023 wurde dann ein Begutachtungsentwurf des zuständigen Bundesministeriums für Arbeit und Wirtschaft der Öffentlichkeit vorgestellt und ebenso in den Nationalrat eingebracht.

Der Öffentlichkeit wurde die Novelle unter den Schlagwörtern „Fairness und Rechtssicherheit werden erhöht“ vorgestellt, versprochen, dass Auslegungsprobleme v.a. im Bereich des § 42 beseitigt würden, man klarere Abgrenzungen zwischen Festanstellung, Gast- und Werkverträgen damit erreichen würde und dass Niedrigverdiener künftig Anspruch auf Entgeltfortzahlung haben.

Aus Sicht unseres Berufsverbandes wird durch diese Novelle, die tatsächlich nur 2 Paragraphen, nämlich §§ 41 + 42, durchgreifend verändert, **kein einziges, weder der ursprünglich anvisierten Ziele noch der nun der Öffentlichkeit präsentierten, tatsächlich erreicht.** Ausführliche Stellungnahmen zu den beiden Paragraphen, siehe unten.

Ebenso wurde behauptet, man habe die Novelle im Rahmen des von Fr. Mag. Mayer initiierten Fair-pay-Prozesses zusammen mit Arbeitgebern und Arbeitnehmern und deren Interessensvertretungen in Arbeitsgruppen erarbeitet.

Da der Kernbereich der geplanten Gesetzesnovelle Gastverträge und Vermittlungsgebühr betrifft, ist zu fragen, welche demokratisch legitimierten Interessensgruppen von Seiten der Freischaffenden an ständigen Theaterunternehmen, Festivals und Konzertbühnen tatsächlich an diesen Gesprächen beteiligt wurden.

Der dafür zuständige und demokratisch legitimierte Berufsverband art but fair UNITED mit Fokus auf die ständigen Theaterunternehmen, Festivals und Konzertbühnen, der immerhin schon am 15.03.2023 gegründet wurde, war jedenfalls nicht in diese Gespräche eingebunden.

Wir wissen, dass es z.B. Gespräche mit Einzelpersonen gab, namentlich den Sängern Georg Nigl und Norbert Ernst, sowie Fr. Mag. Angelika Wild, deren Vorschläge zur Neugestaltung der Gastverträge aber ebenfalls nicht in die Novelle eingeflossen sind.. Andererseits war die Gewerkschaft youunion an den Gesprächen beteiligt, deren Fokus aber auf den Festangestellten liegt, ebenso

Interessengemeinschaften der Freien Szene, namentlich IG Freie Theater und IG Freie Musikschafter, deren Fokus aber, wie schon im Namen festgehalten, die Freischaffenden der freien Szene im Fokus haben, deren Mitglieder in der Regel ohne Agentur arbeiten und daher von der Änderung des § 42 überhaupt nicht betroffen sind. Zudem betrifft die Änderung der Entgeltfortzahlung im § 41 in der vorgelegten Fassung allein die Mitglieder dieser IGs und schließt die Vertretenen unseres Berufsverbandes in der Regel aus.

KS Wolfgang Ablinger-Sperrhacke, dem jetzigen Vorsitzenden des Berufsverbandes art but fair UNITED, wurden am 07.11.2022 - bezeichnenderweise wenige Tage vor der ersten Pressekonferenz zum Thema Musterklage Chorbereich Salzburg, Provisionsteilung und Konsequenzen aus dem VfGH-Erkenntnis im Café Landtmann am 11.11.2022 - von Fr. Mag. Mayer Gespräche zur Novelle des TAG angeboten, v.a. im Hinblick auf Auslegungsfragen des § 42. Diese wurden umgehend angenommen, jedoch realisierten sich offizielle Gespräche im Laufe eines ganzen Jahres nie.

Am 24.04.2023 war KS Ablinger-Sperrhacke tatsächlich in seiner Funktion als Vorsitzender von art but fair UNITED an einer Veranstaltung zum Thema „EU-Kartellrechtsänderung und die Auswirkungen auf die Neuen Selbständigen“ im BMKÖS als Redner eingeladen und führte informelle Gespräche mit Fr. Mag. Heidemarie Meissnitzer (BMKÖS, ständige Vertretung Österreichs bei der EU). Dabei wurde ihm bestätigt, dass die Öffnung des TAG auch für die Gruppe der Neuen Selbständigen unseres Berufsverbandes (v.a. im Konzertsektor) mit EU-Recht kompatibel ist.

Ebenso wurde bestätigt, auch durch einen Vortrag von Univ-Ass. Mag. Sophie Schwertner, UNI Wien, Institut für Arbeits- und Sozialrecht, dass auch die Schaffung einer obligatorischen Künstler*innenkammer für die Freischaffenden der Darstellenden Kunst und Musik, sofern sie sich auf die ständigen Theaterunternehmen, Festivals und Konzertbühnen beschränkt, ebenfalls mit EU-Recht kompatibel ist.

Seither gab es aber keinerlei, auch informelle Gespräche mit dem BMKÖS mehr.

Das Erstaunliche an dieser jetzt vorgelegten Novelle sind nämlich alle ausgesparten Bereiche, die v. a. die Freischaffenden massivst betreffen, was durch den Umgang der Theater, Festivals und Konzertbühnen mit seinen freischaffenden Künstler*innen während der Corona-Pandemie drastisch vor Augen geführt wurde, ebenso durch die Ignorierung des VfGH-Erkenntnisses zu den Kulturbetretungsverboten und seiner Auswirkungen auf die Kompensationen durch das Kunstministerium, sowie nicht zuletzt durch unsere Musterklagen.

- 1.) Obwohl durch die Änderung des EU-Kartellrechts vom Sept 2022 die Erweiterung des TAG auch auf die Neuen Selbständigen EU-rechtskonform ist, wird dies nicht in der Novelle berücksichtigt. Das betrifft aber eine große Anzahl Beschäftigter v.a. im Konzertsektor**
- 2.) Force majeure befand sich ausschließlich in den Generalklauseln der Verträge der freischaffenden Künstler*innen und hat sich zur Zeit der Corona-Pandemie als wahre „Atombombe“ für diese erwiesen. Bis dato ist auch nicht ausjudiziert, ob die einseitige**

Abwälzung des Risikos Höherer Gewalt auf die schwächere Künstler*innenseite, v.a. durch staatlich subventionierte oder gar in öffentlicher Trägerschaft befindliche Theaterunternehmen oder Festspiel-Fonds, per se nicht schlicht sittenwidrig ist.

Höchststrichterlich ausjudiziert ist hingegen durch das VfGH-Erkenntnis zu den Kulturbetretungsverboten, dass die Schließungen im 2. + 3. Kulturlockdown wegen Ungleichbehandlung der Grundrechtsträger*innen (Gläubige vs. Künstler*innen) gleichheitswidrig waren und auch eine sachlich nicht nachvollziehbare Bevorzugung der Religion zulasten der Kunst stattgefunden hat, darum wurde die Ausnahmegenehmigung für die Religion allein als rechtswidrig eingestuft.

Im Umkehrschluss bedeutet das selbstverständlich, dass sich die Grundlage der Auflösung der Künstler*innenverträge bei Theatern und Festivals, sowie die Nichtauszahlungen im Konzertsektor, i.e. Force majeure, ebenfalls für den 2. + 3. Lockdown im Nachhinein als falsch herausgestellt hat.

Wir fordern daher: die Streichung der Force majeure-Generalklausel in den Verträgen der sozialversicherungspflichtig kurzfristig Beschäftigten, sowie eine hälftige Teilung des Risikos in den Verträgen der Neuen Selbständigen, v.a. im Konzertsektor, im TAG durch einen neuen Paragraphen festzulegen

- 3.) Während der Corona-Pandemie mussten viele szenische Produktionen oder Konzerte verschoben werden. Nur in den Verträgen der Bundestheater ist diese Möglichkeit einer kompensationslosen Verschiebung in spätere Saisonen in den Generalklauseln enthalten, bei den großen Festivals, namentlich Salzburger und Bregenzer Festspiele, aber auch andere, war sie das nicht, dennoch wurden Agenturen und Künstler*innen zu ebendiesen im Jahre 2020 genötigt.

Wir fordern daher: klare Kompensationsregelungen im Falle von vom Theater bzw. dem Träger verursachten Verschiebungen von Produktionen oder Konzerten in einem neuen Paragraph im TAG festzuhalten. Es muss zumindest bei Verschiebungen in spätere Saisonen eine Teilkompensation für die abgesagte Zeit des Engagements verpflichtend geben.

- 4.) Durch unsere Musterklage Chorbereich Salzburger Festspiele hat sich herausgestellt, dass es u. U. praktisch flächendeckenden Missbrauch der Werkverträge, auch bei szenischen Produktionen mit Anwesenheitspflicht und Unmöglichkeit, sich vertreten zu lassen, gibt. Das muss ohnehin jetzt juristisch und von der Sozialversicherungsseite her offiziell geklärt werden.

Wir fordern: Werkverträge wieder auf das europäisch übliche Maß zu reduzieren, d.h. Werkverträge sollen nur noch möglich sein bei:

Konzerten bis zu 7 Arbeitstagen

**Gastspielen kompletter szenischer Produktionen oder Klangkörper
einmalige Aushilfen bzw. Einspringen**

- 5.) Vorzeitige Verfallsfristen, wie in § 38 TAG bezüglich ungerechtfertigter vorzeitiger Kündigung etc. oder wie sie in den Generalklauseln der Bundestheater bezüglich Geltendmachung von Ansprüchen aus dem Dienstverhältnis stehen, haben sich als komplett ungeeignet für die Rechtewahrung der freischaffenden Künstler*innen herausgestellt. Die Theaterunternehmen, Festivals und Konzertbühnen arbeiten mit Druck, als auch mit später nicht gehaltenen Versprechungen, um diese Verjährungsfristen zu umschiffen. Zudem müssen die Künstler*innen immer fürchten, dass fehlendes Wohlverhalten mit ausbleibenden Neuengagements geahndet wird.

Daher fordern wir: diese vorzeitigen Fristen müssen auf die generellen Verjährungsfristen angehoben werden und sollen daher gestrichen werden!

- 6.) **Leistungsrechte für Übertragungen müssen auch mit Vertretern der Freischaffenden ausgehandelt werden, bis dato wird das nur mit dem Betriebsrat gemacht.**
- 7.) **Bei Einrichtung einer obligatorischen Künstler*innenkammer für die Freischaffenden der Darstellenden Kunst und Musik an ständigen Theaterunternehmen, Festivals und Konzertbühnen, wie das jetzt schon EU-rechtkonform ist, soll die dann fällige Kammerumlage hälftig zwischen AG und AN geteilt werden.**

HIER NUN DIE STELLUNGNAHME ZUR ÄNDERUNG DER §§ 41 + 42 IM DETAIL:

A. Stellungnahme zur beabsichtigten Novellierung des § 41 TAG (Z 2 des Gesetzesentwurf)

Die geplante Neufassung des § 41 TAG ist **unzureichend und nicht geeignet**, dem intendierten Ziel, der bestehenden arbeitsrechtlichen Praxis der Mitwirkung von Gästen auf österreichischen Bühnen gerecht zu werden und für auf Gastverträgen beruhende Bühnenverträge Rechtssicherheit insbesondere im Hinblick auf Entgeltfortzahlung, aber auch in sozialversicherungsrechtlicher und steuerlicher Hinsicht zu schaffen.

- 1.) Nach wie vor lässt der Gesetzestext eine klare Definition von „Gästen“ offen. Schon die Regelungstechnik in der vorgeschlagenen Neufassung des § 41 TAG ist ungewöhnlich und trägt zur Verwirrung bei. Die nach den Erläuterungen vorgesehenen beiden Typen eines Gastvertrages sind in Z 1 und 2 des § 41 Abs 1 TAG umschrieben. Offensichtlich dienen die Z 3 und 4 der Ermittlung zur Klärung des Vorliegens eines Gastvertrages des Typs II. Sie regeln aber keine eigenen Tatbestände. Daher wäre es sinnvoll, eine andere Form der Gliederung vorzunehmen oder die Bestimmungen gemäß § 41 Abs 1 Z 3 und Z 4 in den zweiten Absatz zu verschieben. Absatz 3 hingegen passt inhaltlich wohl besser zu den Regelungen in den § 41 Abs

1 Z 1 und 2 und sollte zum besseren Verständnis dort angefügt oder als Absatz 2 geregelt werden (sodass der derzeitige Absatz 2 unter Einbeziehung von § 41 Abs 1 Z 3 und Z 4 zum Absatz 3 wird).

- 2.) Allerdings ist nicht nachvollziehbar, dass ein rein formales Kriterium wie die Art und Weise der Auszahlung des Entgelts konstitutiv für das Vorliegen eines Vertragstypus und damit den Inhalt eines Vertragsverhältnisses sein kann. Dies ermöglicht recht einfach Umgehungs-konstruktionen. Fraglich bleibt auch, was unter „Monatsgehalt“ zu verstehen ist. Ist das die Bezahlung eines bestimmten Betrages am Ende eines Monats oder für den Zeitraum eines vollen Kalendermonats oder von 30 (oder 31) aufeinanderfolgenden Tagen? Wie wäre damit umzugehen, wenn ein bestimmter Fixbetrag in zwei Teilbeträgen pro Monat ausbezahlt wird? Hierzu wäre eine Klarstellung dringend erforderlich. Sinnvoller wäre freilich die ersatzlose Streichung des im derzeitigen Entwurf geplanten § 41 Abs 3 TAG.
- 3.) Die Aufzählung der auf Gastverträge nicht anwendbaren Bestimmungen hat gegenüber dem bestehenden Text keine Änderung erfahren. Das ist schon in Hinblick darauf, dass § 34 Abs 2 entfällt und § 34 daher nur noch einen einzigen Absatz aufweist, bemerkenswert. Dabei handelt es sich wohl um ein Redaktionsversehen.
- 4.) Übersehen wurde dabei offenbar, dass etwa die für Gastverträge nicht anwendbare Bestimmung des § 11 TAG mittlerweile längst der gängigen Praxis widerspricht. Im Regelfall wird auch Gästen auf österreichischen Bühnen die erforderliche Bekleidung, Ausrüstung und Schmuck zur Verfügung gestellt. Alles andere wäre auch unpraktisch und vermutlich mit den Anforderungen an einen modernen Theaterbetrieb schwer vereinbar. Darüber hinaus ist nicht nachvollziehbar, weshalb Gäste auf Bühnen eigene Arbeitskleidung bereitstellen sollten, umso mehr als offenbar durch die bestehende Änderung des TAG Bühnenmitglieder mit Gastverträgen in arbeitsrechtlicher Hinsicht an Ensemblemitgliedern auch in rechtlicher Hinsicht angenähert werden sollen. Die Streichung des § 11 aus der Aufzählung mit § 41 Abs 4 TAG ist daher nicht nur sinnvoll, sondern auch aus rechtlichen Gründen geboten.
- 5.) Gleiches gilt für § 24 Abs 4 TAG. Es gibt keinen sachlich nachvollziehbaren Grund, weshalb diese Bestimmung für Bühnenmitglieder mit Gastverträgen nicht gelten soll. Die Gleichbehandlung von Auftraggeber und Auftragnehmer bzw. Arbeitgeber und Arbeitnehmer ist ein grundsätzliches Prinzip des Arbeitsrechts aber auch dem Werkvertragsrecht nicht fremd. Nur einer Seite das Recht einzuräumen, den Vertrag einseitig aufzulösen, stellt eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung von Bühnenmitgliedern mit Gastvertrag gegenüber Ensemblemitgliedern dar. Wenn die Ausnahme vom Geltungsbereich für Gastverträge dem Umstand geschuldet ist, dass § 24 Abs 4 TAG auch ein einseitiges Verlängerungsrecht des Bühnenarbeitsvertrags enthält, so empfiehlt sich eine explizite Aufnahme einer dem ersten Teil von § 24 Abs 4 TAG entsprechenden Regelung in die Bestimmungen für Gastverträge in § 41 TAG.
- 6.) Die neue Regelung in § 41 Abs 5 TAG ist grundsätzlich zu begrüßen, wenngleich die Umsetzung äußerst mangelhaft weil unsachlich differenzierend ist. Nach den Erläuterungen im

Ministerialentwurf dient § 41 Abs 5 TAG der Einführung einer Entgeltfortzahlung „aus sozialen Gründen“.

Nach der derzeitigen Formulierung kommt diese soziale Absicherung aber nur den Bühnenmitgliedern zugute, die bis zu einem bestimmten monatlichen Höchstbetrag entlohnt werden. Nicht nachvollziehbar ist, weshalb diese soziale Absicherung für Bühnenmitglieder mit Gastverträgen, die einen höheren Betrag als in § 41 Abs 5 TAG angeführt bzw aus den dort genannten Bestimmungen errechnet) erhalten, zur Gänze entfallen soll.

Das führt zu einer unsachlichen Diskriminierung.

Diese Bestimmung wird daher zur Vermeidung einer solchen dahingehend zu adaptieren sein, dass auch für Bühnenmitglieder für Gastverträge, die eine höhere Entlohnung als in § 41 Abs 5 TAG vorgesehen, erhalten, eine Entgeltfortzahlung in bestimmter Höhe, gedeckelt mit jener, die sich maximal aus der derzeitigen Formulierung gemäß § 41 Abs 5 TAG ergibt, gebührt. Es wäre unsachlich anzunehmen, dass Bühnenmitglieder mit Gastverträgen mit höherer Entlohnung der gänzliche Entfall der Entgeltfortzahlung zuzumuten ist.

Das wäre ein vollständiger Systembruch, die Entgeltfortzahlung ist in keiner sonstigen arbeitsrechtlichen Norm dem Grunde nach an bestimmte Betragsgrenzen gebunden. Die derzeitige Regelung ist daher gleichheitswidrig und verfassungswidrig.

Daher ist eine Änderung dieser Bestimmung zur Vermeidung einer verfassungswidrigen Diskriminierung jedenfalls erforderlich.

B. Stellungnahme zur beabsichtigten Novellierung des § 42 TAG (Z 3 des Gesetzesentwurf)

Vorbemerkungen:

Die vorgesehene Novellierung ist – vor allem auch in ihrem Kernbereich (Abs 2 neu) – **rechtspolitisch, praxis- und folgenbezogen sowie rechtlich fehlgeleitet und missglückt**. Sie ist auch nicht geeignet, das – prinzipiell natürlich zu begrüßende – Ziel zu erreichen, Unklarheiten und Auslegungsfragen „zu präzisieren“, „(sprachlich) klarzustellen“ und „zu beseitigen“ bzw „einige dieser Auslegungsfragen zu beantworten“ und „Klarstellungen vorzunehmen“. In diesem Sinne weicht sie auch den **für die strukturell schwächere Vertragsseite** (also die zukünftigen Bühnenmitgliedern) bestehenden **Schutz- und Absicherungscharakter des Gesetzes** in mehreren Punkten auf.

Auffällig ist weiters, dass bei der beabsichtigten Novellierung des Kernbereichs (Abs 2) keine die Einzelaspekte durchdringende (etwa in Form einer „Kodifizierung“) und die Belange der einzelnen Stakeholder angemessen berücksichtigende Regelung erfolgt (so war auch unser Verband, entgegen von Zusagen im Vorfeld, nicht eingebunden). Vielmehr werden **lediglich punktuell zwei Bereiche** herausgegriffen, die mit der Verteidigungsstrategie der unter der öffentlichen Trägerschaft, sowie Rechtsaufsicht des Kulturstaatssekretariats stehenden Bundestheaterholding übereinstimmt, mit denen

dort versucht wird, die Weigerung der Bezahlung ihres Anteils an Vermittlungsentgelten zu rechtfertigen.

Das Kulturstaatssekretariat wurde sowohl in Offenen Briefen (29.09.2022 + 31.01.2023) von der Sachlage im konkreten Fall, aber auch allgemein informiert, dass die Bundestheater – soweit uns bekannt – bei keiner einzigen (!) Künstler*in den im Gesetz vorgesehenen Theateranteil an der Provision übernehmen. In einer persönlichen Mail an KS Wolfgang Ablinger-Sperrhacke am 07.11.2022 hat Kulturstaatssekretärin Mag. Mayer eine Rechtsprüfung durch die Rechtsabteilung der Bundestheater zugesagt und dass Sie sich mit den Bundestheatern hierzu abstimmt, um allfällige „Rechtsunsicherheiten“ in der geplanten Novelle des TAG zu beseitigen und hat ebenso hierzu Gespräche angeboten, die zwar prompt von KS Ablinger-Sperrhacke angenommen wurden, sich aber nie realisiert haben.

Ebenso wurde in der Anfragebeantwortung zu einer parlamentarischen Anfrage der SPÖ am 26.12.2022, die Hr. KS Ablinger-Sperrhacke durch seine Informationen erst ermöglicht hat (siehe Präambel Anfrage vom 25.10.2022), erneut, diesmal von Kunstminister Vizekanzler Mag. Werner Kogler, eine Rechtsprüfung zugesagt.

Diese endete mit der Ablehnung der Ansprüche durch die Rechtsabteilung der Bundestheater in einem konkreten Einzelfall, und zwar exakt entlang der jetzt geplanten Novellierung § 42 Abs. 2 TAG.

Am 24.08.2023 wurde das Kunstministerium in dem genannten Einzelfall ebenfalls von einem letzten Ultimatum gegenüber der Bundestheaterholding in Kenntnis gesetzt, um die Zahlung des Theateranteils an der Provision zu erledigen. Die erneute Ablehnung am 14.09.2023 war anscheinend auch mit dem Kulturstaatssekretariat abgestimmt.

Am 03.11.2023 erhielt dann Hr. KS Ablinger-Sperrhacke eine Antwortmail von Dr. Klingenbrunner, dass man Wert auf die Feststellung lege „dass der Text des Entwurfes nicht - wie in Ihrem Schreiben formuliert - exakt auf die Sachlage Ihrer Klage zugeschnitten ist, da eine solche Klage dem BMKÖS nicht bekannt ist.“ Das ist dann schon nach über einem Jahr der Auseinandersetzung und Information über die konkreten Klageplanungen eine erstaunliche Feststellung.

Im Einzelnen:

Regelungszweck des TAG und dessen § 42:

Bereits das 1923 in Kraft getretene Schauspielgesetz (BGBl. Nr. 441/1922) verfolgte im Allgemeinen das Ziel der **"rechtlichen Regelung der Theaterverhältnisse"** und im Besonderen der **Absicherung der Bühnenangestellten** durch die Schaffung von Sonderarbeitsrecht (siehe etwa *Fleck*, Das österreichische Theaterarbeitsgesetz, Masterarbeit Karl-Franzens-Universität Graz 2019, 3 ff). Dass dies weiterhin aktuell ist, belegen beispielsweise die Materialien zur Stammfassung des Theaterarbeitsgesetzes, wo von den Besonderheiten des „Bühnenarbeitsrechts“ gesprochen wird (RV 936 BlgNR XXIV. GP 1). Klar wird dies auch durch den zwingenden Charakter der dem Bühnenmitglied durch das TAG eingeräumten Rechte (§ 39 Abs 2).

Dieser duale Regelungszweck spiegelt sich auch in den bereits in der Stammfassung des Schauspielergesetzes enthaltenen Regelungen über die „**Vermittlung von Bühnendienstverträgen**“ wider (dortige §§ 46 ff). Dies, wenngleich es sich dabei nicht um Sonderarbeitsrecht handelt, sondern vielmehr um allgemeines Sonderzivilrecht, das insofern auch den Anwendungsbereich des Gesetzes erweitert (siehe etwa *Kozak/Balla/Zankel*, Theaterarbeitsgesetz Kommentar 2011, § 42 Rz 1116). Unabhängig davon zeigt jedoch die Einbettung dieser Regelungen in das Theaterarbeitsgesetz (damals Schauspielergesetz), dass auch bei der Vermittlung von Bühnendienstverträgen 1. die Besonderheiten der „Theaterverhältnisse“ eingefangen werden sollen sowie, dass 2. dabei auch eine „Absicherung der Bühnengestellten“ erzielt werden soll. Dieser **Schutz- und Absicherungscharakter zugunsten der strukturell schwächeren Vertragsseite** (also der Künstler*innen gegenüber den Theaterunternehmer*innen) zeigt sich auch in der gesetzlichen Regelungstechnik des § 42 TAG, indem zentral Einschränkungen der Privatautonomie zu Gunsten der Künstler*innen vorgenommen werden.

Zu Abs 1:

Der geplante Einschub („*Alleinvertmittlungsauftrag*“) zeigt fehlendes Verständnis für die aktuelle Norm und **verkürzt die Rechte der Mitglieder**. Denn der bisherige Schutzbereich würde in mehrfacher Weise eingeschränkt und sich nur mehr auf die (Teil-) Nichtigkeit von Alleinvertmittlungsaufträgen beziehen. Hingegen wäre der aktuelle Zweck, „*einem zukünftigen Bühnenmitglied Wahlfreiheit hinsichtlich einer ihn vermittelnden Künstleragentur zu gewährleisten und den Einfluss marktbeherrschender Theaterunternehmen zurückzudrängen*“ sowie den „*zukünftigen Bühnenmitgliedern die Möglichkeit zu geben, ohne Mitwirkung einer solchen Vermittlungsagentur abzuschließen*“ (Scherff, Theaterarbeitsgesetz Kurzkomentar 2014, 142) in weiten Teilen nicht mehr erfüllt. Nicht mehr umfasst wäre etwa der aktuell bestehende Schutz, dass Bühnenvermittlungsverträge, die es einem zukünftigen Bühnenmitglied untersagen, selbst oder durch Vermittlung einer anderen als aus einem ihm von Theaterseite vorgegebenen Vermittlerpool stammenden Künstler*innenagentur abzuschließen, von (Teil-) Nichtigkeit gemäß § 39 TAG bedroht sind. Eine formale Einschränkung findet auch dadurch statt, dass nicht mehr unabhängig von der Rechtsgeschäftsform alle „Vereinbarungen“ betroffen sein würden, sondern nur konkret der (Allein-) Vermittlungsauftrag. Daraus ergibt sich bspw die Frage, ob zukünftig die gegenüber einer Theaterunternehmer*in abgegebene Erklärung, nur mit einer bestimmten Künstlerinnenagentur zu kontrahieren, überhaupt (teil-) nichtig gemäß § 39 TAG sein kann.

Der geplante Einschub „(Alleinvertmittlungsauftrag)“ **ändert daher die Rechtslage**, und zwar entgegen dem Normzweck zuungunsten der eigentlich abzusichernden Bühnenmitglieder. Aber selbst wenn man alle diese Einschränkungen rechtspolitisch tatsächlich so haben wollte (was aber strikt abzulehnen ist), dann wird die proklamierte „eindeutige Klarstellung“ nicht erlangt, da weiterhin Auslegungsfragen verbleiben.

Ergebnis: Die geplante Einfügung in Abs 1 ist ersatzlos zu streichen.

Zu Abs 2 neu:

Der „Anamnese“, dass die aktuellen Vergütungsbestimmungen des TAG verbessert werden könnten, ist zwar prinzipiell zu folgen, so auch etwa in Richtung einer leichter lesbaren „Kodifikation“ und besseren Strukturierung. Gerade die dazu von der angedachten Novelle angebotene Lösung ist aber **rechtspolitisch, praxis- und folgenbezogen sowie rechtlich fehlgeleitet und missglückt**. Das beginnt

bei einer rechtsdogmatischen Fehlzuschreibung des Vermittlungsbegriffs, geht über das Außerachtlassen der kulturellen und künstlerischen Dimension der Künstler*innenvermittlung und endet bei der Unklarheit der in Aussicht genommenen Regelungen (selbst wenn man das rechtspolitisch tatsächlich so haben wollte). Alles das beeinträchtigt auch signifikant den oben dargelegten Gesetzeszweck (1. Einfangen der Besonderheiten der „Theaterverhältnisse“ und 2. dabei auch eine „Absicherung der Bühnenangestellten“).

Zu Abs 2 neu Satz 1:

Der Versuch, den Vermittlungsbegriff gesetzlich einzufangen, ist zwar grundsätzlich nachzuvollziehen und anzuerkennen. **Allerdings widerspricht es dem oben dargelegten TAG-Gesetzeszweck**, wenn in unreflektierter Weise der verwaltungsrechtliche Begriff der „Arbeitsvermittlung“ (§ 2 Abs 1 AMFG, § 151a GewO) herangezogen und dabei noch um das über die Legaldefinitionen hinausgehende, von der verwaltungsrechtlichen Judikatur zum Teil zugeschriebene, hier aber völlig sachfremde „Sich-vorab-nicht-kennen“ ergänzt werden soll. Denn dies nimmt keine Rücksicht auf die Besonderheiten der „Theaterverhältnisse“, was in der Praxis auch den Effekt hat, dass der gesetzliche Vergütungsanteil der Theaterunternehmer*innen auf die Künstler*innen abgewälzt wird. Das untergräbt auch den Schutz- und Absicherungscharakter zugunsten der strukturell schwächeren Vertragsseite (also der Künstler*innen gegenüber den Theaterunternehmer*innen).

Und auch **rechtsdogmatisch ist das unreflektierte Abstellen auf den durch die Judikatur zum Teil erweiterten verwaltungsrechtlichen Begriff der Arbeitsvermittlung verfehlt**. So wird in den Materialien ausschließlich auf das AMFG und auf verwaltungsrechtliche Judikatur und damit auf ein zum Zivilrecht fremdes Rechtsgebiet zurückgegriffen. Der OGH hat allerdings judiziert, dass es sich bei § 2 Abs 4 AMFG (und damit beim gesamten § 2 AMFG) nicht um eine zivil- sondern eine verwaltungsrechtliche Bestimmung handelt (OGH 29.5.2018, 8 ObA 51/17h). Das ist auch konsequent, stellt doch das AMFG insgesamt ein Instrument der Arbeitsmarktpolitik dar (siehe etwa OGH 6.4.1995, 6 Ob 669/94). Damit ist aber das Verwaltungsrecht nicht direkt auf das Vertragsrecht zur Regelung der Künstler*innenvermittlung umlegbar. Deutlich wird die erforderliche Unterscheidung zwischen dem „hoheitsrechtlichen“ AMFG (sowie auch der GewO) gegenüber dem Zivilrecht des Vermittlungsvertrags auch bei Betrachtung des in diesem Zusammenhang von Theaterunternehmer*innen gerne zitierten VwGH-Erkenntnisses vom 25.4.1991, 91/09/0009. Dort hat der VwGH nur die Frage der Erlangung einer Beschäftigungsbewilligung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz unter Berücksichtigung des AMFG abgehandelt. Hingegen hat er sich nicht damit beschäftigt, was denn unter der den zivilrechtlichen Vergütungsanspruch auslösenden Vermittlungstätigkeit gemäß TAG (damals noch Schauspielergesetz) zu verstehen ist.

Die **fehlende Sachgerechtigkeit des unreflektierten Abstellens auf das AMFG und das rechtsgebietsfremde „Sich-vorab-nicht-kennen“** wird auch durch zwei weitere Aussagen des zitierten VwGH-Erkenntnis aus 1991 deutlich. Einerseits ist dort das Ziel der Arbeitsvermittlung wie folgt angeführt: Die Arbeitsvermittlung soll *„einer möglichen Arbeitslosigkeit in ihren verschiedenen Erscheinungsformen (z.B. regional, beruflich, saisonal, konjunkturell) rechtzeitig vorbeugen“*. Das hat aber mit der Feststellung des die Vergütung der Künstler*innenagentur auslösenden Vermittlungsereignisses wenig zu tun. Andererseits betraf dieser Fall die Tätigkeit einer Küchenhilfe für ein italienisches Restaurants in Graz. Es ist kaum zu vermuten, dass sich Künstler*innen und auch

Theaterunternehmer*innen (und vor allem deren Proponenten, wie Intendanz, künstlerische Leitung) in dieser Beschreibung wiederfinden. Juristisch „übersetzen“ lässt sich die fehlende Korrelation zwischen dem verwaltungsrechtlichen Vermittlungsbegriff und dem Vergütungsanspruch gemäß TAG mit der zivilrechtlichen Judikatur zum insofern vergleichbaren Maklerrecht, wo Folgendes ausgeführt ist (RS0118755): *„Der Makler ist ein Geschäftsvermittler. Die Vermittlungstätigkeit selbst entzieht sich einer gesetzlichen Definition, da die an sie zu stellenden Anforderungen je nach Geschäftszweig und Lage des Falls sehr variieren. Selbstverständlich ist, dass der Begriff "Vermitteln" bedeutet, zwei potentielle Vertragspartner zusammenzubringen und zum Geschäftsabschluss zu bewegen. [...]“*. Unabhängig von den Unterschieden zum Maklergesetz in den Detailregelungen kommt damit klar zum Ausdruck, dass es bei der Definition des „Vermittlungsbegriffs“ stark **auf den „Geschäftszweig“ ankommt**. Daher ist auch die Vermittlung von Küchengehilfen fachbezogen nicht mit der Künstler*innenvermittlung vergleichbar. Das schlägt klarerweise auch auf die Frage durch, was unter „Vermittlung“ im Sinne eines die Vergütung auslösenden Ereignisses zu verstehen ist.

Aber auch für sich genommen ist das (eben schon aus anderen Gründen abzulehnende) Tatbestandselement des „Sich-vorab-nicht-kennens“ **ungeeignet, eine klare Regelung zu schaffen**. Vielmehr verursacht es auf vielen Ebenen Unklarheiten. Beispielhaft herausgegriffen:

- Welche Folgen hat ein bloß einseitiges Kennen (was auf Seiten des zukünftigen Bühnenmitglieds oft gegeben sein wird, wer kennt nicht die Staatsoper)?
- Wessen Wissen auf Seiten der Theaterunternehmer*in wird zugerechnet: formaler Ansatz (etwa die organschaftlichen Vertreter*innen), oder materieller Ansatz (Repräsentant*innen und Machthaber*innen, künstlerische Leitung, etc) oder überhaupt „Organisationswissen“ (Aufscheinen in einer Datenbank) bzw wenn man es überspitzt formuliert: Reicht das Kennen der Portier*in oder dass man die Künstler*in schon mal im Fernsehen gesehen hat?
- Welche Wissenstiefe muss das „Kennen“ erreichen: Reicht das Wissen um die bloße Existenz der zukünftigen Vertragspartner*in? Muss man diese*n schon bei einer künstlerischen Darbietung gesehen haben? Muss sich diese Darbietung auf das konkrete Fach bezogen haben bzw auch auf die konkrete Rolle, Inszenierung oder etwas anderes? Ist das „Sich-vorab-nicht-kennen“ im Sinne eines ganz bestimmten Engagements zu verstehen, das sich durch die ganz konkreten, auch zeitbezogenen Rahmenbedingungen definiert?

Ein Praxisbeispiel: Im **konkreten, in den Vorbemerkungen angeführten Einzelfall** ging es um ein Gast-Engagement an der Wiener Staatsoper. Wenngleich der betroffene Künstler bereits an der Staatsoper gesungen hatte, so war er aber der neuen künstlerischen Intendanz, nicht ausreichend bekannt. Die dem Vorschlag der Agentur zum Engagement des Künstlers folgenden Gespräche zwischen Staatsoper und Agentur zogen sich über fast 2 Jahre hin, bis sich ein konkretes Vertragsangebot herauskristallisierte, unter anderem da eine neue Intendanz selbstverständlich auch neue künstlerische Akzente setzen will. Mit diesem aus der Entwicklung entstandenen konkreten Angebot wandte sich die Intendanz wiederum direkt an die Agentur.

Zu ergänzen ist: Die Möglichkeit, ein Engagement direkt an die Künstler*in ohne Einschaltung einer Agentur anzubieten, besteht – natürlich – auch in der aktuellen Fassung des § 42 TAG. Die Wiener Staatsoper hätte im geschilderten Fall dazu ohne Vermittlung der Agentur (und damit auch ohne Inanspruchnahme deren fachlicher Vorschläge und Kompetenz sowie ohne weitere Vermittlungstätigkeit etc) das Engagement direkt dem Künstler anbieten und mit ihm aushandeln können, ergo wenn der Intendanz die Künstler*in eben schon vertraut und für die künstlerische Aufgabe geeignet erschienen und auch sonst keine Unterstützung der Agentur gewünscht worden wäre.

Und noch eine in Aussicht stehende Unklarheit: Die angedachte Novelle lässt offen, was zu gelten hat, wenn die Vertragsseiten sich vorab zwar gekannt haben, also keine Vermittlung gemäß § 42 Abs 2 TAG neu gegeben sein soll, die Künstler*innenagentur aber trotzdem – vielleicht sogar die entscheidenden – Tätigkeiten zur Zusammenführung und zum Abschluss des konkreten Bühnendienstvertrags gesetzt hat, vielleicht sogar über Wunsch einer oder beider Vertragsseiten. Dann liegt – gemäß dem Ansinnen des Gesetzesentwurfes – definitionsgemäß keine Vermittlung vor, was aber andere Anspruchsgrundlagen nicht ausschließt. Daher werden **andere Anspruchsgrundlagen als § 42 TAG vorhanden sein**, etwa auf Basis einer tätigkeitsbezogenen Entlohnung oder einer Geschäftsführung ohne Auftrag gemäß § 1037 ABGB. Auch darin zeigt sich, dass die vorhandene Novelle keine Klarheit schafft, sondern die Unklarheiten verstärkt und weitere Fragen aufwirft. Im Übrigen können die anderen Anspruchsgrundlagen zu weit höheren Entgelten führen als die durch das TAG mit 10% vom Bruttoentgelt begrenzte Vermittlungsprovision.

Zu ergänzen ist, dass die – wenngleich spärliche – zivilrechtliche Judikatur zur Arbeitsvermittlung das „**Sich-vorab-nicht-kennen**“ als **Tatbestandsmerkmal nicht kennt** (siehe etwa OGH 6.4.1995,6 Ob 669/94). Schon alleine dieser Aspekt zeigt, dass der im Entwurf enthaltene Zusatz in keiner Weise sachgerecht und durchdacht ist.

Zu Abs 2 neu Satz 2:

Dieser Satz hat das Potenzial, dass daraus das **gesamte bisherige Vergütungssystem des TAG als abgeändert argumentiert** wird. Dazu ist zu wissen, dass die Theaterunternehmer*in *de lege lata* (und auch richtigerweise nicht beeinträchtigt durch die vorgeschlagene Novelle) *ex lege* Schuldner*in der Hälfte der Vermittlungsprovision wird (bei Kenntnis oder Kenntnis-haben-müssen der Mitwirkung der Vermittler*in). Dies beruht auf der gesetzlichen Annahme, dass auch die Theaterunternehmer*in von der Vermittlung profitiert und ihr ein Vorteil zukommt, was im Übrigen den tatsächlichen Gegebenheiten entspricht.

Der Gedanke, diese *Ex-lege*-Schuld der Theaterunternehmer*in **bei klar einseitigen Situationen eindämmen zu wollen**, ist nachvollziehbar. Und bei isolierter Betrachtung ist der dazu vorgeschlagene Gesetzeswortlaut, dass „*Vertragsverhandlung und Vertragsabschluss namens eines Teils des Bühnenarbeitsverhältnisses keine vermittelnde Tätigkeit darstellen*“, auch als Versuch anzuerkennen. Im Sinne einer Folgenabschätzung ist allerdings vorherzusehen, dass Theaterunternehmer*innen damit zukünftig generell die Bezahlung ihres – wenn auch weiterhin bestehenden – gesetzlichen Hälfteanteils abzulehnen versuchen werden. Und es ist zu erwarten, dass aufgrund dieses Satzes 2 darüber hinausgehende Tätigkeiten der Vermittler*in (künstlerischer Input, Zusammenführen – auch in zeitlicher Hinsicht (Kompatibilität der Planungen) – der beiden Vertragsseiten, etc) beiseitegeschoben

werden und auch das ganz konkrete, für beide Seiten gewinnbringende Mitwirken der Vermittler*in an einer erfolgreichen Vertragsverhandlung und einem tatsächlichen Vertragsabschluss stets als einseitig „namens“ des zukünftigen Mitglieds behauptet werden wird.

Eine Bestätigung dieser Sichtweise könnten die Theaterunternehmer*innen durch eine – wenngleich insofern wiederum – **Fehlinterpretation der Gesetzesmaterialien behaupten**. Denn darin ist festgehalten: *„Bloße Vertragsverhandlungen einer Agentur mit einem/einer Theaterunternehmer/in alleine stellen daher keine Vermittlung im Sinne des TAG dar.“* (303/ME XXVII. GP 7). Bei richtiger rechtlicher Betrachtung ist diese Aussage einschränkend zu sehen. Darunter fällt bspw nicht die Situationen, wenn die Vermittler*in Vertragsverhandlungen im Interesse beider Vertragsseiten führt (was in der Rechtsordnung kein Einzelfall ist, siehe etwa zu den Pflichten der Rechtsanwälte als Vertragsverfasser RS0023549) und / oder dadurch erst das Zusammenführen der beiden Seiten und damit der Vertragsabschluss ermöglicht wird. Nichtsdestotrotz ist vorherzusehen, dass auf dieser Basis das Vertragsverhandeln durch Vermittler*innen stets nur als einseitiger Akt zugunsten des zukünftigen Mitglieds ohne Bedeutung und Nutzen für die Theaterunternehmer*in behauptet werden wird.

Wieder als Praxisbeispiel der in den Vorbemerkungen zitierte Einzelfall: In der Ablehnung der Ansprüche durch die Bundestheaterholding wird denn auch in Abrede gestellt, dass es „Vermittlung“ heute überhaupt noch gibt (siehe auch öffentliche Stellungnahme der Bundestheater gegenüber Standard 07.11.2023). Das würde im Gegenzug natürlich bedeuten, dass eine Provisionsteilung niemals zustande käme, also genau entsprechend der Verhaltensweise der Bundestheater, die seit Mitte der 90er Jahre den Theateranteil der Provisionsteilung – soweit uns bekannt – keiner EINZIGEN Künstler*in bezahlt haben.

Sowohl rechtspolitisch als auch juristisch ist dies deswegen von Relevanz, weil die angedachte Novelle in ihren faktischen Auswirkungen den **Schutz- und Absicherungscharakter des TAG zugunsten der strukturell schwächeren Vertragsseite** (also der Künstler*innen gegenüber den Theaterunternehmer*innen) beeinträchtigen wird (wenngleich aufgrund einer fehlgeleiteten Interpretation). Denn es wird in der Praxis den Effekt verstärken, dass der gesetzliche Vergütungsanteil der Theaterunternehmer*innen auf die Künstler*innen abgewälzt wird.

Ergebnis zu Abs 2 Satz 1 und Satz 2: Die Novellierung durch Einfügen von **Abs 2 neu** ist in der vorliegenden Form untauglich (auch zur Herbeiführung von Klarheit) und soll daher zurückgestellt werden. Es soll die Erarbeitung einer sachgerechten und die Interessen aller Seiten angemessen berücksichtigenden Textierung unter ernsthafter Einbeziehung der einzelnen Stakeholder eingeleitet werden.

Zu Abs 3 neu:

Zu Abs 3 neu Satz 1 neu:

Es ist zwar nicht ersichtlich, dass die Novelle in diesem Punkt die von den Materialien angeführte Klarstellung vornimmt, dass *„Schuldner des Vermittlungsentgelts beide Teile des Bühnenarbeitsvertrages (also sowohl das Mitglied als auch der/die Theaterunternehmer/in) sind“*

(soweit nichts anderes vereinbart ist). Es ist aber zu begrüßen, dass dies nun zumindest in den Materialien festgehalten werden soll.

Zu Abs 3 neu Satz 2 neu:

Die durch die Ergänzung in (Satz 2) erfolgte ausdrücklich Anknüpfung der Fälligkeit der Vermittlungsprovision an die Fälligkeit der Entgelte aus dem Bühnenarbeitsvertrag entspricht der aktuellen Rechtslage, die sich bislang allerdings nur durch einen Rückschluss aus weiteren TAG-Bestimmungen ergibt (vor allem § 42 Abs 4 Z 3 und 5 sowie Abs 6 alt). Eine ausdrückliche Regelung daher ist zu begrüßen. Daraus ergibt sich auch, dass dann, wenn die Entgelte aus dem Bühnenarbeitsvertrag in Teilbeträgen fällig ist, auch auf die Vermittlungsprovision durchgereicht wird. Dagegen bestehen keine Einwände.

Zu Abs 4 neu:

Hier handelt es sich offenbar nur um eine redaktionelle Anpassung.

Zu Abs 5 neu:

Die Ergänzung in Z 1 ist aus unserer Sicht insofern nicht erforderlich als sich dies auch aus der ohnedies zitierten Bestimmung des § 5 Abs 3 AMFG ergibt. Es gibt aber auch keine Einwendungen gegen die hier beabsichtigte Ergänzung, die vermutlich auch zur besseren Lesbarkeit des TAG beiträgt.

Die in Z 7 neu eingefügte dreijährige Begrenzung ist nachvollziehbar.

C. Abschließende Aufforderung:

Wir fordern die Kulturpolitik, namentlich Kunstministerium und Kulturstaatssekretariat, sowie das Arbeitsministerium erneut auf, endlich in Gespräche mit unserem Berufsverband einzutreten, die jetzt präsentierte Novelle zurückzustellen und mit unserer Einbeziehung komplett neu auszuarbeiten.

art but fair UNITED
Vorsitzender KS Mag. Wolfgang Ablinger-Sperrhacke