

Die Berücksichtigung der Interessen des Mitglieds im Bühnenrecht auf Einsatz

Wolfgang Kozak*, Wien

Abstract: Der OGH musste sich in den letzten zwei Jahren mit dem Theaterarbeitsrecht intensiv beschäftigen. Neben der Thematik der Unionsrechtswidrigkeit des Beendigungsrechts des Theaterarbeitsgesetzes (TAG) stand das im Gesetz normierte Recht auf Beschäftigung im Prüfungsfokus. Hielt der OGH beim Thema Beendigungsrecht an der nationalen Regelung fest, verneinte das Höchstgericht ebenso ein durchsetzbares Recht auf Beschäftigung im aufrechten Bühnenarbeitsverhältnis. Der Beitrag analysiert das System des TAG in Hinblick auf Schutz künstlerischer Tätigkeiten in Zusammenhang mit dem Recht auf Beschäftigung.

Abstract: The Supreme Court has had to deal intensively with theatre employment law in the last two years. In addition to the issue of the unlawfulness of the right to terminate the Theatre Employment Act (TAG) under EU law, the focus of the review was on the right to employment standardised in the Act. While the Supreme Court upheld the national regulation on the subject of the right to termination, the Supreme Court also denied an enforceable right to employment in an upright stage employment relationship. The article analyses the system of the TAG with regard to the protection of artistic activities in connection with the right to employment.

Keywords: Recht auf Einsatz, Recht auf Beschäftigung, Freiheit der Kunst

* Dr. Wolfgang Kozak ist Rechtsexperte der Bereichsleitung Beratung der Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien.

Inhalt

I. Historische Entwicklung	80
II. Der persönliche Geltungsbereich des TAG	81
A. Der Begriff des Theaterunternehmers.....	82
B. Mitglieder im Sinne des TAG	83
C. Ensembletheater.....	84
III. Künstlerische Interessenlage der Bühnendienstvertragspartner	86
A. Das Mitglied.....	86
B. Interessen des Theaterunternehmens	87
IV. Auswirkungen der künstlerischen Tätigkeit auf die Ausgestaltung des Bühnenarbeitsverhältnisses	88
A. Einschränkung des Weisungsrechtes des Theaterunternehmers.....	88
B. Zusammenhang der Pflicht zur Beschäftigung	90
V. Bühnenkunst und Fußballtaktik: vergleichbar?.....	96
VI. Fazit.....	98

I. Historische Entwicklung

Das Sonderarbeitsrecht wurde durch das Schauspielergesetz 1922¹ (SchSpG) erstmals gesetzlich erfasst. Zuvor gab es nach *Schwarz* seit 1912 kollektive Regelungen des österreichischen Bühnenvereins für deutschsprachige Theater in der Habsburgermonarchie.² Für Hoftheater galten nach *Fleck* die am Hof geltenden Dienstrechte.³ Vor Gesetzwerdung scheiterten nach den Schilderungen von *Klemperer* Entwürfe in den Jahren 1911 und 1913.⁴ Einmal in Kraft, erwies sich das SchSpG als resistent gegen die sonstige Entwicklung des österreichischen Arbeitsrechts, alle staatsrechtlichen Umbrüche miteingeschlossen. So gab es innerhalb der Bestandszeit lediglich elf Novellen (eine zwischen 1922 und 1945), von denen vier in den Jahren ab 2000 vorgenommen wurden.

¹ BGBl 1922/441.

² *Schwarz*, Historische Entwicklung und aktueller Stand des Schauspielrechts (2005) 70.

³ *Fleck*, Das österreichische Theaterarbeitsgesetz (2019) 5.

⁴ *Klemperer*, Das Schauspielergesetz (1924) Vorwort 1.

Als nicht mehr zeitgemäßes Gesetz⁵ wurde das SchSpG durch das Theaterarbeitsgesetz (TAG) abgelöst, das aber nicht als eigenständige Kodifikation des künstlerischen Sonderbereiches anzusehen ist, sondern eine großangelegte Gesetzesnovelle des SchSpG darstellt. Unter Beachtung des bisherigen Gesetzesbestandes und der darauf begründeten Branchenüblichkeit wurde den seit dem Beitritt Österreichs zur Union geltenden und seit 1994 erweiterten Regelungen und der darauf fußenden Rechtsprechung des EuGH wenig Beachtung geschenkt. So wurde im Bereich der Beendigung der Arbeitsverhältnisse, hier Bühnendienstverhältnisse genannt, das Sondersystem der Kettenbefristung mit Nichtverlängerungserklärung beibehalten. Signifikant ist, dass der Gesetzgeber in den erläuternden Bemerkungen zu der Novelle nur auf die Arbeitszeitrichtlinie, nicht aber auf die Befristungsrichtlinie, verweist. Die Gesetzesreform war das Ergebnis einer Umsetzung des damaligen Regierungsprogrammes, nämlich die Erstellung eines Maßnahmenpakets „auf Basis der Studie zur sozialen Lage“ durch eine interministerielle Arbeitsgruppe „zur Verbesserung der Arbeits- und Lebensbedingungen der KünstlerInnen“.⁶

II. Der persönliche Geltungsbereich des TAG

Der Geltungsbereich des TAG wird anhand zweier Definitionen geregelt: Zum einen, für welche Unternehmen als Arbeitgeber das Sonderarbeitsrecht, zum anderen für welche Personengruppen, die bei genannten Unternehmen beschäftigt sind, das TAG zur Anwendung kommt. Dies führt dazu, dass bei Theaterunternehmen mehrere (Sonder-)Arbeitsrechte zur Anwendung kommen können. Neben dem Sonderrecht des TAG sind die Bestimmungen des allgemeinen Arbeitsrechtes (zumindest jene des ABGB) auf Personen anzuwenden, die nicht dem persönlichen/fachlichen Geltungsbereich des TAG unterliegen. Wenn das Theaterunternehmen als Formkaufmann (zB GmbH, AG) geführt

⁵ Vgl nur Marhold, der ausführte, dass die absurde Rechtslage „nicht durch Bosheit, sondern Nachlässigkeit entstanden sei“, ASoK 2009, 7 (9). Kozak/Balla/Zankel, Schauspielergesetz (2007) § 31 Rz 170f betrachteten das Sonderkündigungsrecht der Darstellerin bei Verheiratung auf Verlangen des Ehemanns als „totes Recht“.

⁶ ErläutRV 936 BlgNR 24. GP 2.

wird,⁷ kann bei Erfüllung der geforderten Tätigkeit auch das AngG auf die entsprechenden Beschäftigten zur Anwendung kommen.

A. Der Begriff des Theaterunternehmers

§ 1 Abs 2 TAG bezeichnet als Theaterunternehmer jene Unternehmen (juristische oder natürliche Personen), die zum Zwecke der Aufführung von Bühnenwerken betrieben werden.⁸ Die Definition des Unternehmens stützt sich auf § 1 Abs 2 Unternehmensgesetzbuch (UGB), was bedingt, dass werthafte Leistungen angeboten werden müssen, auch wenn der erhaltene Gegenwert nicht kostendeckend sein muss, wie gerade der Verweis auf § 1 Abs 2 UGB verdeutlicht. Dass das Unternehmen in rechtlicher Selbständigkeit (in Abgrenzung zu Arbeitsverhältnissen)⁹ auf Dauer angelegt sein muss, bedeutet lediglich, dass im Rahmen eines planmäßigen unternehmerischen Handelns kurzzeitige oder befristete Tätigkeiten wie zB Sommertheater vom Begriff des Unternehmens ebenfalls umfasst sind.¹⁰ Durch den Verweis auf § 1 Abs 2 UGB stellt sich die Frage, inwieweit der Gesetzgeber eine vom Unternehmensbegriff der § 1 ff UGB abweichende Konstruktion zulassen wollte; verwies das SchSpG in § 1 Abs 2 SchSpG doch noch auf die gewerbsmäßige Ausführung der Tätigkeit des Theaterunternehmers. Die Änderung des Verweises auf das UGB sollte nur eine zeitgemäße Begrifflichkeit in das TAG einführen,¹¹ ohne jedoch wesentliche Änderungen des Geltungsbereiches zu bewirken. Eine Folge dieser Normänderung war, dass nun die Notwendigkeit gem § 1 Abs 2 GewO der Erwirtschaftung eines Ertrags oder eines sonstigen wirtschaftlichen Gewinns entfiel. So wurden im SchSpG aus diesem Grund Bundes-, Landes- und Stadttheater namentlich als Theaterunternehmen bezeichnet, da bei diesen eine Gewerbsmäßigkeit typischerweise deshalb nicht vorlag, da sie den Betrieb hauptsächlich einem Kulturauftrag folgend und nicht auf einen positiven Ertrag auszurichten hatten und auch noch haben.¹² Diese Notwendigkeit fiel nun durch die Novellierung weg. Klargestellt wurde somit auch,

⁷ Vgl Kozak in Reissner, AngG⁴ (2022) § 1 Rz 9.

⁸ Kozak/Balla/Zankel, Theaterarbeitsgesetz² (2011) § 1 Rz 63.

⁹ Straube/Ratka/Jost in Straube/Ratka/Rauter, UGB I⁴ § 1 Rz 67 (Stand 1.9.2019, rdb.at).

¹⁰ Straube/Ratka/Jost in Straube/Ratka/Rauter, UGB I⁴ § 1 Rz 71f (Stand 1.9.2019, rdb.at).

¹¹ ErläutRV 936 BlgNR 24. GP 8.

¹² Kozak/Balla/Zankel, Schauspielergesetz (2007) § 1 Rz 46.

dass Theaterunternehmen, die im Rahmen von Kulturförderungen von Bund, Land oder Gemeinden keinen Ertrag erwirtschaften, sondern lediglich ausgeglichen bilanzieren, nun auch unter den Begriff des Theaterunternehmens fallen.

Der Zweck des Unternehmens muss darin liegen, Bühnenwerke zur Aufführung zu bringen. Für die Qualifikation als Theaterunternehmen ist der Besitz oder das Eigentum eigener Theaterräumlichkeiten mit Bühne und Zuschauerraum also keine Voraussetzung. Das Anmieten oder Pachten geeigneter Räume ist daher genauso möglich wie der Unterhalt eigener Theaterräumlichkeiten. So ist jener Unternehmer, der beispielsweise Bühnenwerke in alten Jahrhundertwendehotels zur Aufführung bringt, auch wenn das Publikum sich nicht traditionell in einem Zuschauersaal befindet, sondern sich von Teilaufführungsort zu Teilaufführungsort bewegt, ebenfalls als Theaterunternehmer zu qualifizieren.¹³ Als Bühnenwerke sind weiters alle jene Werke zu verstehen, die zur Aufführung vor einem Publikum bestimmt sind, einen dramaturgischen Zusammenhang haben und eine Handlung im weitesten Sinne vermitteln (zB die Dramen von *Schiller*). Die angeführten Kriterien können als Abgrenzungsmerkmale zu reinen Revuen mit zusammenhanglosen einzelnen Auftritten oder den unterschiedlichen, zusammenhanglosen Darbietungen von traditionellen Zirkusaufführungen herangezogen werden.

Beide Kriterien: die Erfüllung des Unternehmensbegriffs von § 1 Abs 2 UGB und der Zweck, Bühnenwerke vor Publikum aufzuführen, müssen gegeben sein, damit der Begriff des Theaterunternehmers erfüllt ist.

B. Mitglieder im Sinne des TAG

Das TAG regelt nur Arbeitsverhältnisse im Sinne von § 1151 ABGB. Werkverträge oder freie Dienstverträge sind von diesem Sonderarbeitsrecht nicht umfasst. Zusätzlich zum typischen Inhalt von § 1151 ABGB muss das Arbeitsverhältnis zu einem Theaterunternehmer mit dem Zweck, künstlerische Arbeiten im Rahmen von Aufführungen zu leisten, abgeschlossen worden sein. Diese künstlerische Tätigkeit muss

¹³ Vgl dazu *Worsch*, Besonderheiten im Theaterarbeitsrecht (2018) 23.

nicht nur auf die Zeit einer Aufführung reduziert sein, sondern kann auch deren Vorbereitung oder künstlerischen Durchführung dienen.¹⁴ So fällt auch die Tätigkeit all jener Personen, die am Einstudieren eines Bühnenwerkes beteiligt sind (zB Regisseure, Korrepetitoren), unter den Begriff der künstlerischen Arbeit im Rahmen der Aufführung von Bühnenwerken.¹⁵

Das Kriterium der Leistung der künstlerischen Arbeit in „*einem oder mehreren Kunstfächern*“ in § 1 Abs 1 TAG ist aber nicht zu einer weiteren einschränkenden Abgrenzung von Bühnenarbeitsverhältnissen zu sonstigen Arbeitsverhältnissen zu einem Theaterunternehmen geeignet. So kann das Kunstfach nur zur Einschränkung der geschuldeten Tätigkeit des Mitglieds dienen, aber nicht zum Ausschluss aus dem Anwendungsbereich des Sonderarbeitsrechts führen, wenn die geschuldete Leistungsbeschreibung nicht einem traditionellen Kunstfach entspricht.¹⁶ Vielmehr kann der Bezug des Gesetzgebers auf ein „Kunstfach“ dahingehend gewertet werden, dass die Arbeit einen anerkannten eigenkreativen „künstlerischen“ Anteil haben muss.¹⁷

Der Arbeitsvertrag, den diese Personen mit einem Theaterunternehmen abschließen, wird vom Gesetz als „Bühnenarbeitsvertrag“ bezeichnet. Im Gegensatz dazu bleibt es bei der Bezeichnung „Arbeitsvertrag“ für die sonstigen Arbeitnehmer bei Theaterunternehmen, die keinen eigenkreativen „künstlerischen“ Anteil leisten.

C. Ensembletheater

Dem Theaterarbeitsgesetz liegt der Gedanke des Ensembletheaters zugrunde.¹⁸ Das bedeutet, dass das Theaterunternehmen einen fixen Grundstock an künstlerischen Mitgliedern beschäftigt, die die benötigten Kunstfächer abdecken. Ersichtlich wird das durch die Sonderregelungen des Bühnenarbeitsverhältnisses für den sog „Gast“ in § 41 TAG. Dieser ist entweder für nur fünf Aufführungen pro Spieljahr bei dem

¹⁴ Kozak/Balla/Zankel, TAG² § 1 Rz 47.

¹⁵ Worsch, Besonderheiten 25.

¹⁶ Ebenfalls kritisch zur Formulierung des Gesetzes Kozak/Balla/Zankel, TAG² § 1 Rz 51.

¹⁷ RIS-Justiz RS0072783, OGH 08.07.1993, 9 ObA 144/93 mit einer demonstrativen Aufzählung von Kunstfächern.

¹⁸ So auch Scherff, Theaterarbeitsgesetz (2014) 137.

Theaterunternehmen verpflichtet oder es liegt eine vertragliche Verpflichtung für höchstens 60 Aufführungen in der Saison vor, wobei eine Entgeltvereinbarung über den Durchschnitt aller Mitglieder des Theaterunternehmens in diesem Kunstfach abgeschlossen worden sein muss. Für den Gast gelten dann nur mehr bestimmte Normen des TAG, also quasi „Arbeitsrecht light“.¹⁹ Da die Rechtsstellung eines kurzfristig beschäftigten Mitglieds in geschilderter Weise gesondert geregelt wird, ist ersichtlich (ansonsten bestünde schließlich keine Notwendigkeit), dass das TAG im Regelfall vom Vorhandensein einer künstlerischen Stammbesellschaft bei dauerhaften Theaterunternehmungen wie Bundes- oder Landestheatern ausgeht.

Fraglich ist nun, wie sich diese Annahme des Gesetzgebers auf jene Theaterunternehmen auswirkt, die kein übliches Spieljahr abwickeln, sondern einzelne Produktionen zur Aufführung bringen oder lediglich Sommertheater oder Oster- bzw Sommerfestspiele veranstalten. Hielte man unreflektiert an der Regelung des Gastes ohne gleichzeitige Existenz einer künstlerischen Stammbesellschaft fest, würde das dazu führen, dass bei mehr als fünf Aufführungen keine Vergleichsgruppe zur Verfügung stünde. Somit würde der im Gesetz vorgesehene finanzielle Ausgleich des verringerten gesetzlichen Schutzniveaus nicht erfolgen, bzw bei Festspielen, die nicht mehr als fünf Aufführungen programmieren, ebenfalls immer das reduzierte Sonderarbeitsrecht zur Anwendung kommt. Für gegenständliche Betrachtung ist jedenfalls relevant, dass der Gast vom Recht auf Beschäftigung gem § 18 TAG sowie der Entgeltfortzahlung gem § 9 TAG ausgenommen ist.

Diese Ausnahmen erscheinen dann gerechtfertigt, wenn ein künstlerisches Mitglied entweder nur absolut kurze Zeit beschäftigt ist oder bei Beschäftigung durch einen längeren Zeitraum hindurch ein überdurchschnittliches Entgelt bezieht. Dies umso mehr, als das ansonsten statuierte Konkurrenzverbot nicht gilt, da vom Gesetzgeber vorausgesetzt wird, dass das Mitglied gleichzeitig anderweitige künstlerische Verpflichtungen eingegangen ist und eingeht und so eine verdichtete Abhängigkeit zu einem Theaterunternehmen daher nicht besteht und auch kein Dauerbedarf des Theaterunternehmens abgedeckt wird.

¹⁹ Vgl Kozak/Balla/Zankel, TAG² Exkurs Rz 1059 f.

Das notwendige Vorliegen der geschilderten Sondersituation ist aber typischerweise bei kurzfristigen Festspielen etc trotz oft enormer künstlerischer Reichweite (man vergleiche etwa die Salzburger Sommerfestspiele) nicht gegeben, da diese jedenfalls einen Dauerbedarf abdecken und so davon ausgegangen werden kann, dass die für die Festspiele engagierten Mitglieder als Ensemblemitglieder für die relevante Spielzeit gelten können. ME ist daher § 41 TAG in der Weise teleologisch zu reduzieren, als der Abschluss eines Gastvertrages im Sinne von § 41 TAG nur dann möglich ist, wenn das Theaterunternehmen eine ganzjährige Spielzeit und ein fixes künstlerisches Stammensemble aufweist.²⁰

III. Künstlerische Interessenlage der Bühnendienstvertragspartner

Da das Sonderarbeitsrecht darauf fußt, dass Inhalt des Bühnenarbeitsvertrages die Ausübung von Kunst ist, stellt es eine der zentralen Problemlagen dar, inwieweit das Grundrecht der staatlichen Gewährleistung der Freiheit der Kunst – das sowohl dem Theaterunternehmer als auch dem kunstausübenden Mitglied zukommt – zwischen den privaten Akteuren zur Wirkung kommt. Auch ist fraglich, inwieweit das TAG hier bereits eine gesetzliche Interessenabwägung vorgenommen hat; stellen sich doch die Interessenlagen von Mitglied und Theaterunternehmen in diesem Bereich unterschiedlich dar.

A. Das Mitglied

Naturgemäß unterscheiden sich je nach Aufgabe auch die Interessen des Mitglieds im Zusammenhang mit seinem Kunstfach. Es soll im Weiteren daher auf den Bereich der darstellenden, ausführenden Mitglieder, wie etwa Schauspieler, Solisten, Chor oder Orchester, eingegangen werden. Neben dem Grundzweck der Abwicklung eines Arbeitsverhältnisses, also der Existenzsicherung und Erhaltung, erfüllt der Bühnendienstvertrag für das Mitglied noch eine andere Funktion, nämlich jener der

²⁰ Derzeit befindet sich eine Novelle zur Änderung der Regelungen des Gastes im parlamentarischen Verfahren, auf die in diesem Beitrag nicht eingegangen werden kann.

Kunstausbübung im Bereich des von dieser Person möglichen Rahmens (Kunstfach oder Kunstfächer). In diesem Bereich der Kunstausbübung ist der öffentliche Auftritt und die Präsentation der Kunst *conditio sine qua non*. Dass die Anwesenheit und Interaktion der Künstler mit dem Publikum wesentliche Faktoren der Kunstausbübung darstellen, wurde durch die Beschränkungen während der Covid-19-Pandemie offensichtlich und notorisch. Dazu kommt, dass, bis auf Ausnahmen (Bühnenstücke nur für einen Schauspieler), das ausübende Kollektiv ein Merkmal für den Kunstbereich der Geltung des TAG darstellt. Ein Orchestermusiker kann seinen Part zwar alleine daheim spielen, die Kunstausbübung bedarf aber im Bereich der Oper etc den Rest des Orchesters und der Sänger sowie einer Interaktion mit der dargebotenen szenischen Darstellung und nicht zuletzt dem Publikum. Die Berücksichtigung dieses Bedürfnisses und die Ermöglichung der Ausübung der künstlerischen Tätigkeit stellen daher für das Mitglied einen zentralen Punkt des Bühnenarbeitsverhältnisses und insoweit die Besonderheiten gegenüber typischen Arbeitsverhältnissen dar.

B. Interessen des Theaterunternehmens

Im Gegensatz dazu stehen die Interessen des Theaterunternehmens, das profane wirtschaftliche Interessen zu beachten hat, wie eine zumindest ausgeglichene Bilanzierung bzw sogar die Erwirtschaftung von Gewinnen (vergleiche etwa populäre Musicalproduktionen) oder die Bindung an einen kulturellen Auftrag, wie er etwa gegenüber den einzelnen Bundestheatern besteht.²¹ Überdies enthält das Bundestheaterorganisationsgesetz (BThOrgG) in § 1 auch noch das Ziel durch das Gesetz die größtmögliche künstlerische Qualität der Theater zu wahren. Das bedeutet aber, dass bei Theaterunternehmen unterschieden werden muss, ob es um grundsätzliche künstlerische Belange (zB einer Aufführungsserie einer Produktion) geht, oder um Belange, die ein Unternehmen, das nicht in diesem Spezialbereich tätig ist, ebenfalls beachten muss (wie Aufenthaltsräume, Fluchtwege, Sanitäreinrichtungen, Gehaltszahlungen, Buchhaltung etc). Für eine Unterscheidung der Bereiche wird es aber auch davon abhängen, wo und in welcher Weise Vertreter des Theaterunternehmens

²¹ § 2 BThOrgG.

weisungsbefugt sind. Handelt es sich um Bühnenbildner, Dirigenten, Abendspielleiter oder Ballettdirektoren,²² werden diese die künstlerischen Interessen des Bühnenbetriebs vertreten. Verantwortliche für Presse oder den Publikumsbereich sind dem Bereich sonstiger, eher typischer Arbeitgeberinteressen zuzuordnen.

IV. Auswirkungen der künstlerischen Tätigkeit auf die Ausgestaltung des Bühnenarbeitsverhältnisses

A. Einschränkung des Weisungsrechtes des Theaterunternehmers

Künstlerische Arbeiten bedeuten nicht die „sture“ Umsetzung bzw Ausführung von Anweisungen des Theaterunternehmens bzw dessen Vertretung in Person eines Regisseurs, Abendspielleiters oder eines Dirigenten, da sonst kein eigenkreativer Anteil beim Mitglied verbleiben würde. Davon ausgehend werden Weisungen, die die Umsetzung der jeweiligen Teile des Bühnenwerkes betreffen, die künstlerische Ausgestaltung nicht vollständig erfassen und anordnen dürfen. Als Vergleichsmaßstab ist hier heranzuziehen, dass die künstlerische Umsetzung ohne eigenkreativen Anteil, zB eines Bühnenmalers der Kulissenwerkstätte eines Theaters im Gegensatz zu einem Bühnenbildner,²³ nicht als künstlerische Arbeit gilt und so das Arbeitsverhältnis nicht dem TAG unterliegt.²⁴

Wesentliches Merkmal des Bühnenarbeitsvertrages ist (da *conditio sine qua non* ja das Vorliegen von AN-Eigenschaft im Sinne von § 1151 ABGB ist) die persönliche Abhängigkeit, wie die Mitwirkungspflicht bei Proben sowie die verpflichtende Teilnahme an einer bestimmten Anzahl von Vorstellungen. Diese persönliche Abhängigkeit ist insofern aber eingeschränkt ausgeprägt, als nur eine grundsätzliche Weisungs- und Kontrollberechtigung des Theaterunternehmens neben einer Eingliederung in den Betrieb des Theaterunternehmens und dessen Tragung des ausschließlichen wirtschaftlichen Risikos besteht.²⁵

²² Vgl dazu OGH 3.4.2008, 8 ObA 15/08a.

²³ Vgl die Aufzählung künstlerischer Tätigkeiten in der ErläutRV 936 BlgNR 24. GP 7.

²⁴ Vgl Kozak/Balla/Zankel, TAG² § 1 Rz 39.

²⁵ OGH 4 ObA 124/79 Arb 9845 = DRdA 1982, 207 (Rabofsky).

Diese Einschränkung des Weisungsrechtes des Theaterunternehmens ist auch einer verfassungskonformen Interpretation geschuldet, da sowohl der (künstlerische) Vertreter des Theaterunternehmers als auch das Mitglied das Grundrecht der Freiheit der Kunst für sich in Anspruch nehmen können. Die Schaffung eines Sonderarbeitsrechts rechtfertigt gerade die Auflösung der Grundrechtskonkurrenz des Art 17a StGG bzw Art 10 EMRK, da sich sowohl Theaterunternehmer als auch das jeweilige Mitglied auf das Recht der freien Ausübung der Kunst bzw der Kunstvermittlung berufen können. Da das TAG aber nun für die Anwendung des Sonderarbeitsrechtes auf die Verrichtung einer künstlerischen Tätigkeit des Arbeitnehmers zurückgreift, muss nun dem Mitglied, damit die Anwendung der Sondernormen gerechtfertigt ist, ein künstlerischer Eigenanteil verbleiben. Diese Auffassung stützt auch die Vorgabe, dass der Gesetzgeber „*die Ausübung der Kunst nicht ohne Notwendigkeit beschränken [darf]*“.²⁶ Die Einordnung und Unterordnung in den Betrieb des Theaterunternehmens sind Grundvoraussetzung für das Vorliegen eines Bühnenarbeitsvertrages und die Anwendung des TAG (siehe oben Punkt 2.). Insoweit sind künstlerische, fachliche Weisungen des Theaterunternehmens oder dessen Vertreters in Hinblick auf die Realisierung der Aufführung notwendigerweise zulässig, um die künstlerische Gesamtheit der Aufführung auch detailliert gestalten zu können. In diesem Sinne ist auch die Aussage *Berkas* zu verstehen, dass „*das Direktionsrecht des für eine Bühne oder ein Museum Letztverantwortlichen [...] somit unter Berufung auf die allenfalls konkurrierenden Freiheitsansprüche der sonstigen Mitwirkenden nicht prinzipiell in Frage gestellt werden können [wird]*“.²⁷ Gerade soweit Weisungen erteilt werden, die nicht die künstlerische Umsetzung eines Bühnenwerkes betreffen, ist der Weisungsumfang ohne Unterschied zu der Rechtslage des allgemeinen Arbeitsrechts anzunehmen (zB welche Person welche Garderobenräume zu benützen hat).

Die systematische Unterscheidung zwischen den Bereichen der Wahrung der künstlerischen Interessen der Bühnenarbeitsvertragspartner und die Auflösung der sonstigen „typischen“ Interessengegensätze im Arbeitsverhältnis zeigt sich deutlich in den Normen zur Beschäftigungspflicht, der Rollenverweigerung sowie deren Konsequenzen.

²⁶ *Muzak*, B-VG⁶ Art 17a StGG Rz 7 (Stand 1.10.2020, rdb.at).

²⁷ *Berka*, Kunst im Verfassungsrecht – Kunstfreiheit, in *Pfeffer/Rauter* (Hrsg), Handbuch Kunstrecht² (2020) Rz 6.33.

B. Zusammenhang der Pflicht zur Beschäftigung

Die im § 18 TAG normierte Beschäftigungspflicht des Mitglieds ergibt sich aus den in Punkt 2.4. ausgeführten Überlegungen unter Berücksichtigung des Vorliegens eines Arbeitsverhältnisses. Mit Abschluss des Bühnenarbeitsvertrages verpflichtet sich das Theaterunternehmen zur angemessenen Beschäftigung des Mitglieds in seinem Kunstfach oder Kunstfächern.²⁸ Die Norm enthält in ihrer näheren Ausgestaltung des Begriffes der „Angemessenheit“ eine Interessenabwägung innerhalb der vertragsmäßig zulässigen Konkretisierungsmöglichkeit durch das Theaterunternehmen zwischen diesem und den (künstlerischen) Fähigkeiten des Mitglieds.²⁹ Grundsätzlich ist dieses Recht auf Beschäftigung allgemein anerkannt,³⁰ strittig war bis zu einer jüngeren Entscheidung des OGH im Jahr 2023 die Art und Weise, wie dieses Recht durch das Mitglied durchgesetzt werden kann.³¹ Die Meinungsunterschiede bezogen sich darauf, ob das Beschäftigungsrecht mit einer verpflichtenden Zulassung zum Auftritt gegenüber dem Theaterunternehmen einklagbar ist, oder ob dem Mitglied lediglich die Möglichkeit des Austrittes und die Geltendmachung eines Schadenersatzes offensteht. So zitiert der OGH Stimmen aus der Literatur, die das Recht auf Beschäftigung nur durch den Austritt des Mitglieds durchsetzbar ansehen.³² Grundsätzlich gingen auch die historischen Kommentare zum SchSpG nicht von der Durchsetzbarkeit der künstlerischen Tätigkeit aus.³³ *Strasser* hingegen geht davon aus, dass zwangsläufig das Recht auf Beschäftigung die Möglichkeit beinhalten muss auf Erfüllung zu klagen.³⁴ Ebenso begrüßt *Resch* die Durchsetzbarkeit des Rechts auf Beschäftigung, geht aber von einer Abdingbarkeit im Rahmen einer Sittenwidrigkeitsgrenze aus.³⁵ Im Zusammenhang mit dem SchSpG verneint dieser aber den klagbaren Erfüllungsanspruch unter Hinweis auf die

²⁸ *Kozak/Balla/Zankel*, TAG² § 18 Rz 463.

²⁹ *Kozak*, Recht auf Beschäftigung, in *Kietzbl/Turrini* (Hrsg) Aktuelle Grundfragen des Arbeitsrechts 28 ff 20.

³⁰ So noch zum SchSpG: *Urleb*, Arbeitsrechtliche Fragen des SchSpG (2009) 93; zum TAG: *Scherff*, Theaterarbeitsgesetz 78; *Worsch*, Besonderheiten 69.

³¹ OGH 23.2.2023, 8 ObA 94/22i.

³² OGH 8 ObA 94/22i Rz 12.

³³ Vgl dazu: *Kozak/Balla/Zankel*, TAG² § 18 Rz 465; so auch *Brodil* unter Berufung auf *Resch*, Recht auf Beschäftigung – Möglichkeiten und Grenzen in *Grundeis/Karollus* (Hrsg), Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsports IV (2006) 47 (48).

³⁴ *Strasser*, Das Recht des Dienstnehmers auf Beschäftigung, ÖJZ 1954, 60 (64).

³⁵ *Resch*, Grundlose Suspendierung – Recht auf Beschäftigung, DRdA 1997, 207 (211 f).

verpflichtende Rechtsgüterabwägung bei Grundrechtseingriffen durch den Gesetzgeber.³⁶ Diesem Argument folgend verfeinert das Höchstgericht seine Argumentation dahingehend, dass der Gesetzgeber durch die Novellierung des SchSpG zum TAG nach Schaffung des Grundrechtstatbestandes des Art 17a StGG (Freiheit der Kunst), wenn er eine direkte Durchsetzung ermöglichen hätte wollen, diese im Gesetzestext verankern hätte müssen. Der OGH schreckt von der Möglichkeit einer von außen durch das Gericht oktroyierte Entscheidung in künstlerischen Belangen ohne ausdrückliche Anordnung des Gesetzgebers zurück.³⁷ ME wird hier aber das „Kind mit dem Bade ausgegossen“, da das TAG ja nur die angemessene Beschäftigung im Kunstfach fordert und die Durchsetzung eines bestimmten Auftrittes in einer bestimmten Aufführungsserie durch diese Norm explizit nicht abgesichert wird und in der normierten Beachtung der Angemessenheit der Beschäftigung der Gesetzgeber die Rechtsgüterabwägung vorgenommen bzw aus dem SchSpG übernommen hat.

Das Höchstgericht führt als zusätzliche Verstärkung der Richtigkeit des Auslegungsansatzes an, dass durch einen raschen Austritt ein schnelles neues Engagement möglich wäre. Diese Annahme ist aber gerade bei diesem entscheidungsrelevanten Sachverhalt (und auch typischerweise sonst) nur im Ausnahmefall zutreffend: Stellen werden für Orchester ausnahmslos über Probespiele ausgeschrieben, und zwar nur dann, wann ein Platz für ein spezifisches Instrument vakant wird. Da Orchesterbesetzungen traditionell nur ein gewisse (oftmals geringe) Anzahl von Mitgliedern einzelner Instrumentengruppen (zB Flöten) brauchen, ist es regelmäßig so, dass Probespiele nicht oftmals, sondern zufällig mit jahrelangen Pausen dazwischen stattfinden.³⁸ ME verweisen daher jene Ausführungen, dass das TAG von einer hohen Fluktuation der Mitglieder und deren Flexibilität ausgeht, was lediglich zu einem besonderen Austrittsrecht bei Nichteinsatz führen soll, auf atypische Ausnahmefälle,³⁹ die das TAG mit der Etablierung der Regel des Gastes gem § 41 TAG berücksichtigt. Vielmehr ist der typische Normalfall, welchen das TAG vorsieht, der Saisonvertrag, der sich immer dann verlängert, wenn keine Nichtverlängerungserklärung zum Ende der Saison

³⁶ *Resch*, Anmerkungen zur arbeitsrechtlichen Beschäftigungspflicht, DRdA 1991, 424 (431).

³⁷ Ebenda Rz 25.

³⁸ So auch *Hollaender*, Das Recht auf Beschäftigung im Bühnenbereich, ASoK 2023, 196 (199).

³⁹ *A. Potz*, EAnm zu OGH 23.2.2023, 8 Ob A 94/22i, ZAS 2023, 201 (204).

ausgesprochen wird, da der Gesetzgeber ein Theaterunternehmen mit bestehendem Ensemble (siehe oben Punkt 2.C.) annimmt.

Legt man der Auslegung nun zugrunde, dass zentrales Element und zentrale Pflicht, die durch den Abschluss eines Bühnenarbeitsvertrages angemessene Beschäftigung durch das Theaterunternehmen ist, mutet es seltsam an, dass man die Grundlage dieses Rechts erst vollständig vernichten muss, um nachher einen finanziellen Schadenersatz zugesprochen zu bekommen, der den Entgang der Ausübung der künstlerischen Tätigkeit und somit den immateriellen Schaden wohl in keinem Fall zufriedenstellen kann. In diesem Zusammenhang führt *Hollaender* völlig zu Recht an, dass es Produktionen des Theaterunternehmens gibt, bei welchen das Mitglied sehr wohl einsetzbar sein muss, auch wenn es bei einer Aufführungsserie mit dem „leading-team“ künstlerische Probleme geben sollte.⁴⁰ Die Rechtsansicht des OGH räumt aber einer Interessenabwägung zwischen den Vertragspartnern des Bühnenarbeitsvertrages keinen Platz ein.⁴¹ Vielmehr referiert das Höchstgericht unter Heranziehung des beredten Schweigens des Gesetzgebers lediglich auf die künstlerische Freiheit des Theaterunternehmens. Da das Ziel der Novellierung des SchSpG: *„die Modernisierung und die Anpassung des Bühnenarbeitsrechts an das allgemeine Arbeitsrecht, insbesondere in den Bereichen Entlohnung, Arbeitsverhinderungs-, Urlaubs- und Arbeitszeitrecht [...]“* war, lässt aber gerade nicht diesen Schluss zu. Der OGH setzt im Rahmen des gegenständlichen Verfahrens als faktische Gegebenheit voraus, dass Grundlage eines jeden Streites zwischen einem Mitglied und einem Theaterunternehmen künstlerische Belange sind; diese Grundannahme kann jedoch als nur wenig differenziert angesehen werden. Das Theaterunternehmen kann den Entzug des Einsatzes ja auch als Retorsionsmaßnahme einsetzen, wenn Streit über nicht-künstlerische Belange, beispielsweise die Gagenhöhe, Einhaltung von Arbeitnehmerschutzvorschriften, der Tätigkeit als Betriebsrat etc, entstanden ist. Gerade dann, wenn nicht-künstlerische Motive eine Rolle spielen ein Mitglied nicht zu beschäftigen, kann eine direkte Durchsetzung eines Rechts auf Einsatz

⁴⁰ *Hollaender*, ASoK 2023, 196 (199).

⁴¹ *Kozak*, in *Kietaibl/Turrini* (Hrsg) 28 ff.

nicht verwehrt sein, wenn dieses schon nach anderen Bestimmungen des Arbeitsrechts, wie etwa dem Gleichbehandlungsrecht, zusteht.⁴²

Wesentlich schwerwiegender gegen die Annahme einer direkten Durchsetzung des Rechts auf Einsatz wiegt das Argument, dass aufgrund der Gesetzessystematik eine Durchsetzung im aufrechten Bühnenarbeitsverhältnis vom Normsetzer nie beabsichtigt gewesen sein soll. So soll durch den Regelungsort des speziellen Schadenersatzanspruches bei (berechtigtem) Austritt wegen nicht angemessener Beschäftigung gleich im Anschluss an die Statuierung des Rechts auf Beschäftigung (§ 18 Abs 1 TAG) in § 18 Abs 2 TAG und dessen Zweck, dass die „AG dadurch ‚abgestraft‘“⁴³ würden, offensichtlich sein, dass lediglich Schadenersatz nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses zustünde.⁴⁴

Aus den bereits geschilderten unterschiedlichen Interessenlagen der Partner des Bühnenarbeitsverhältnisses ergibt sich aber, dass eine Nichtbeschäftigung für das künstlerische Mitglied weitaus dramatischere Auswirkungen hat als eine nicht gerechtfertigte Rollenverweigerung für das Theaterunternehmen. Ausgehend von der Erkenntnis, dass in solchen Situationen ein Bestehen auf ein aufrechtes Arbeitsverhältnis kontraproduktiv sein kann, gesteht die Judikatur bereits von jeher bei besonders bestandgeschützten Arbeitsverhältnissen ein Wahlrecht zu. So kann das aufrechte Arbeitsverhältnis und somit der Einsatz geltend gemacht oder die rechtswidrige Beendigung unter Geltendmachung einer Kündigungsentschädigung betrieben werden.⁴⁵ Der Gegenschluss, dass aus dem Vorliegen der Sonderregelung inklusive der nach oben abweichenden pauschalierenden Schadenersatzanspruchsregelung der Ausschluss einer unmittelbaren Durchsetzung des Einsatzrechtes folgen muss erscheint nur unter fehlender Betrachtung seiner Folgen naheliegend: vielmehr zeigt sich die Einsicht des Gesetzgebers, dass durch „Mobbing“⁴⁶ des Theaterunternehmens bei erzwungenem

⁴² Vgl dazu Kozak, in Kietzbl/Turrini (Hrsg) 33 ff.

⁴³ A. Potz, ZAS 2023, 201 (205).

⁴⁴ So zB schon Klemperer, Das Schauspielergesetz (1924) 22. Schöffmann hingegen sieht, unter Berücksichtigung, dass die Parteien des Bühnenarbeitsvertrages nur für eine Spielzeit gebunden sind, keine Nachvollziehbarkeit, dass eine Beschäftigungspflicht nur auf Ersatzanspruch und Austrittsrecht eingeschränkt sein soll (OGH 23.02.2023, 8 Ob A 94/22i, EvBl 2023, 611 (613) mit Glosse von Schöffmann).

⁴⁵ Vgl dazu RIS Justiz RS0101989.

⁴⁶ Vgl das Beispiel von Trost, Recht auf Beschäftigung (nicht) einklagbar? DRdA 2023, 416 (418).

Einsatz, die Künstlerpersönlichkeit Schaden nehmen könne, dass er eine abweichende Schadenersatzregelung getroffen hat; dies für den Fall, dass das Mitglied das Recht auf Einsatz nicht durchsetzen mag⁴⁷ und die Möglichkeit der Rollenverweigerung gem § 19 TAG nicht in Betracht zieht. Dies führt zu einer Umkehr der Schutzwirkung der Norm, da der Verweis auf ein mögliches zusätzliches rechtswidriges Verhalten des Theaterunternehmens, diesem einen Vorteil verschafft, da die Durchsetzung des Einsatzrechts des Mitglieds nur über eine notwendige Beendigung des Bühnenarbeitsverhältnisses führt.⁴⁸ Eine Beendigung, die das Theaterunternehmen zu diesem Zeitpunkt (zB kann ja der zulässige Termin für eine Nichtverlängerungserklärung gerade verstrichen sein und/oder das Ende der Saison damit noch in fernerer Zukunft liegen) nicht vornehmen könnte.⁴⁹ Nicht übersehen werden darf, dass der vom Gesetzgeber zugestandene Schadenersatz zusätzlich mit dem Betrag der festen Bezüge für ein Jahr der Höhe nach begrenzt ist (und so die Geltendmachung eventuell weiteren Schadenersatz wie Spielgeld etc ausschließt) und darüber hinaus nach billigem Ermessen des Gerichts festzulegen ist. Der Schadenersatz beträgt gerade nicht die Höhe des tatsächlichen Verdienstentgangs und kann – wenn man nicht aus dem geregelten Sonderfall, dass ein Bühnenarbeitsvertrag für länger als fünf Jahre abgeschlossen wurde, ebenfalls eine Verdienstanrechnung erst ab dem zweiten Jahr der Entschädigung, die für die gesamte Vertragsdauer gebührt, analog anwendet – dazu führen, dass ein Verdienst oder eine absichtliche Versäumnis eines Verdienstes auch innerhalb des Jahresbezugsschadenersatzes angerechnet werden könnte.⁵⁰ Eine Verweisung lediglich auf Schadenersatz stellt den vertragsbrüchigen Theaterunternehmer daher im Ergebnis besser, als wenn dieser Einsätze dulden müsse.

Im umgekehrten Fall der unberechtigten Rollenverweigerung kann das Theaterunternehmen aber auf vorhandene Ensemblemitglieder zurückgreifen bzw Gäste

⁴⁷ Siehe die Wiedergabe der Literaturstimmen in OGH 23.02.2023, 8 ObA 94/22i Rz 16.

⁴⁸ Bühnenarbeitsverhältnisse sind nach der jüngsten Judikatur des OGH dauerbefristete Arbeitsverhältnisse, wobei das Auslaufen der Befristung durch eine sog Nichtverlängerungserklärung zum Saisonende ausgelöst wird: OGH 21.11.2022, 8 ObA 58/22m; auf die unionsrechtliche Problematik dieser Judikaturlinie kann in diesem Beitrag nicht eingegangen werden.

⁴⁹ Vgl *Trost*, DRdA 2023, 416 (419).

⁵⁰ Wobei hier die Frage nicht untersucht werden kann, ob jeder Verdienst oder jeder künstlerische Verdienst oder letztlich nur der Verdienst an einer anderen Bühne zu berücksichtigen wäre. Nach dem Wortsinn des billigen Ermessens wären alle Varianten denkmöglich und einer Auslegung zugänglich.

engagieren und befindet sich daher in keiner anderen Position als jeder andere Arbeitgeber in anderen Branchen. Demgemäß regelt der Gesetzgeber Schadenersatzansprüche für ungerechtfertigte Rollenverweigerung nicht in der Zulässigkeitsnorm der Rollenverweigerung. Eine Regelung an dieser Stelle wäre systematisch verfehlt, da § 19 TAG lediglich Rechte des Mitglieds normiert. Zutreffend findet sich daher diese Anspruchsnorm in den allgemeinen Regeln für die Rechtsfolgen vorzeitiger Auflösung in § 33 TAG. Diese sieht zudem vor, dass sämtliche vertragsmäßigen Ansprüche dem Schadenersatz zugänglich sind. Das Mitglied muss sich bei Schadenersätzen wegen unberechtigter Entlassung bzw. berechtigtem vorzeitigem Austritt aus anderen Gründen als die Vorenthaltung der angemessenen Beschäftigung, den Verdienst oder dessen vorsätzliche Versäumnis anrechnen lassen, wenn dieser den Zeitraum von drei Monaten übersteigt. Diese Regelung entspricht daher § 1162b ABGB.

Auch der Blick auf die Rechtsdurchsetzung mag die Problematik, der vom OGH gewählten Auslegung deutlich machen:

Kann ein Recht auf Einsatz bei aufrechter Bühnenarbeitsverhältnis geltend gemacht werden, so führt der Prozessverlust „lediglich“ dazu, dass das Mitglied zwar nicht zum Einsatz kommt, das Bühnenunternehmen aber bis zum Auslaufen des Vertrages die Gage weiterbezahlen muss und so die Existenzsicherung weiter besteht. Kann das Mitglied nur durch Austritt und Schadenersatzforderung die Verletzung des Rechts auf angemessene Beschäftigung sanktionieren, trägt es das Durchsetzungsrisiko der Beurteilung, ob dieses Recht verletzt wurde wie im ersten Fall selbst. Unterliegt es aber im Prozess, so stellt der Austritt aus dem Arbeitsverhältnis eine rechtswidrige Handlung dar. Dies führt aber nun dazu, dass zumindest eine Sperre des Arbeitslosengeldes gem § 11 AIVG folgt⁵¹ und für diese Zeit ein Totalausfall eines Einkommens vorliegt. Daneben droht nun wegen des unberechtigten vorzeitigen Austritts, zumindest nach den Anordnungen von § 33 TAG, die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen durch das Theaterunternehmen. Wenn der Bühnenarbeitsvertrag zusätzlich eine Konventionalstrafe nach § 22 TAG enthält – in diesem Fall sieht das Gesetz eine Begrenzung der Konventionalstrafe mit der Höhe der festen Bezüge für ein Jahr vor (vergleichbar mit der Regelung des Schadenersatzes für

⁵¹ *Krautgartner/Scdoutz/Seitz/Zechner*, Arbeitslosenversicherungsgesetz (21. Lfg 2023) § 11 AIVG Rz 290.

unrechtmäßige Nichtbeschäftigung bei Austritt nach § 18 Abs 2 TAG), entsteht folgende Situation: Das Mitglied wird eine Geltendmachung der Verletzung der Einsatzpflicht durch das Theaterunternehmen aufgrund des nunmehr hohen finanziellen Risikos höchstwahrscheinlich nicht vornehmen. Weiters kann durch die Aufnahme einer Konventionalstrafenklausel in den Bühnenarbeitsvertrag das Durchsetzungsrisiko für das Mitglied größtmöglich erhöht werden.

Das auf die Gesetzessystematik gestützte Argument der einschränkenden Auslegung von § 18 TAG ist daher weder zwingend noch dem Gesetzeszweck entsprechend. Es berücksichtigt die grundrechtlich geschützten Interessen des Mitglieds nicht. Darüber hinaus führt das Auslegungsergebnis dazu, da ein wirtschaftliches Fortkommen durch die langjährigen Planungen an den Bühnen mehr als fraglich ist, und das Mitglied auf einen letztendlich nicht großzügigen Schadenersatzanspruch zurückgeworfen wird, dass für die „Durchsetzung“ des Einsatzrechtes das volle Prozessrisiko im Rahmen des Verlusts des zumindest existenzsichernden Arbeitsplatzes beim Mitglied liegt.

V. Bühnenkunst und Fußballtaktik: vergleichbar?

Zur Absicherung der vorgenommenen Auslegung greift der OGH auf seine Rechtsprechung hinsichtlich des Rechts auf Einsatz in einer Kampfmannschaft eines Fußballvereins zurück. In dieser Entscheidung gestand der OGH zwar ein Anrecht auf Teilnahme am Training zu, verweigerte aber ein Einsatzrecht bei Wettkämpfen.⁵² Argumentiert wurde diese Entscheidung damit, dass der Vereinsleitung *„weitestgehende Autonomie in der Wahl der Taktik sowie der Spielanlage der Mannschaft und damit in der Mannschaftsaufstellung zukommen muss“*.⁵³ Ausgehend von diesen Überlegungen zieht der OGH dann den Schluss, dass dies umso mehr bei der Umsetzung von Werken der Bühnenkunst gelten muss.

Dies wird man dann annehmen können, wenn durch eine Vergleichbarkeit der Situation oder Tätigkeit eine Werteübertragung möglich bzw sogar geboten erscheint. Stimmen im

⁵² Siehe *Kodek*, Einstweilige Verfügungen im Arbeitsrecht, in *Kozak* (Hrsg), Arbeitsrecht in der Coronakrise (2022) 1 (20 f).

⁵³ Wiedergegeben in OGH 23.02.2023, 8 Oba 94/22i Rz 23.

Schrifttum, die sich mit dem Beschäftigungsrecht im Fußballsport beschäftigt haben, greifen entweder auf die Normierung des Beschäftigungsrechtes im SchSpG bzw TAG zurück, um Ansätze für eine Interessensabwägung auf den Sport übertragen zu können, oder führen die Norm nur als Beispiel für die gesetzliche Regelung eines Recht auf Beschäftigung an. *Brodil* etwa spricht in seiner E-Besprechung nicht von der Möglichkeit einer Umlegung des Urteils auf das SchSpG,⁵⁴ sondern stimmt der Interessenabwägung des OGH im Zusammenhang mit dem (nicht normierten) Recht auf Beschäftigung eines Fußballers vollinhaltlich zu und erwähnt das Beschäftigungsrecht des SchSpG nur allgemein, ohne einen Bezugspunkt zu erstellen.⁵⁵ *Firlei* zieht zwar eine Analogie von SchSpG auf den Mannschaftssport, um durch eine Übertragung der in der Norm geforderten Qualität und Intensität der Beschäftigung Anhaltspunkte für die Vornahme einer Interessenabwägung für das Vorliegen einer Beschäftigungspflicht zu gewinnen, aber nicht umgekehrt.⁵⁶ *Schrammel* lehnt im Rahmen der Untersuchung, welche Regelungen ein Berufssportgesetz enthalten soll ein Recht auf Beschäftigung bei Mannschaftssportarten über ein Recht auf die Teilnahme am Auswahlverfahren hinaus ab, ohne jedoch einen Bezug zum SchSpG herzustellen.⁵⁷

Es scheitert die Gleichsetzung und somit Übertragung der wertenden Argumente bezüglich des fehlenden Einsatzrechtes im Mannschaftssport in der Kampfmannschaft aber bereits daran, dass darstellende Kunst gegenüber Mannschaftssport keine vergleichbaren Ausübungsvoraussetzungen haben. Fußball ist eine Kampfsportart, was bedingt, dass gegnerischen Mannschaften das Spiel des Kontrahenten bewusst stören und unterbinden müssen, um trotzdem gleichzeitig eigene Erfolge zu erzielen. Dieses Wettkampf-Element unter gleichzeitigem Einsatz von elf Mitspielern braucht sicher taktische Überlegungen und Vorgaben im Zusammenhang mit Einzelpersönlichkeiten.

Im Gegensatz dazu setzt die Verwirklichung eines Bühnenwerks wegen Fehlens einer gegnerischen Mannschaft geradezu keine Notwendigkeit taktischer Überlegungen voraus. Improvisatorische Elemente (außer bei im Rahmen von Impro-Theater) sind, wenn

⁵⁴ Etwa *Brodil*, DRdA 2007, 477 E-Bespr zu OGH 1.2.2007, 9 Ob A 121/06v.

⁵⁵ Ebenso *Resch*, Recht auf Beschäftigung eines Profifußballspielers, SpuRt 2007, 161.

⁵⁶ *Firlei*, Versetzung eines Profifußballers zu den Amateuren, DRdA 2003, 183 (186).

⁵⁷ *Schrammel*, Berufssportgesetz – Probleme und Lösungsansätze, in *Karollus/Achatz/Jabornegg* (Hrsg) Aktuelle Rechtsfragen des Fußballsportes II, 27 (39).

überhaupt, vorhanden, auf klare Situationen eingegrenzt.⁵⁸ Ansonsten ist jedem Mitwirkenden – allein schon aus abwicklungstechnischen Notwendigkeiten einer hohen Anzahl von Mitwirkenden, großen Räumen, die akustische Koordination verlangen, automatisierte Abläufe von Beleuchtung und Schnürboden – bewusst, sich peinlichst genau an Vorgaben zu halten. Im Bereich des Musiktheaters macht dies einen Hauptteil des oft jahrzehntelangen Studiums aus.⁵⁹ Daraus folgt, dass die Grundlagenkompetenz der Mitglieder eines Bühnenunternehmens in der Umsetzung von Bühnenwerken und der oft jahrelangen Beibehaltung der Weisungen der künstlerisch anordnungsbefugten Personen bestehen muss. Die vom OGH vorgenommene Gleichsetzung ist daher mE als nicht wirklich gelungen anzusehen.

VI. Fazit

Der Rückgriff auf einen autoritären, nicht mehr zeitgemäßen Kunstbegriff im Bühnenbereich, der darauf abstellt, dass einzelne Personen – auf Kosten der ebenfalls zu berücksichtigenden künstlerischen und persönlichen Interessen der weisungsunterworfenen künstlerischen Arbeitnehmer – ihren künstlerischen und persönlichen Egotrip verwirklichen dürfen, sowie die Nichtberücksichtigung der höchstqualitativen Ausbildung der Künstler bewirken, dass gegenständliches Sonderarbeitsrecht dem Schutzniveau eines zeitgemäßen Arbeitsrechts im Vergleich zu unionsrechtlichen⁶⁰ und nationalen Vorgaben nicht mehr entspricht. Die vom OGH preferierte Auslegung nimmt die vollständige Absage an eine künstlerische Interessenberücksichtigung des Mitglieds in Kauf, die eine Kontrolle rechtskonformen Handelns des Theaterunternehmens in diesem Bereich nahezu verunmöglicht. Dies unabhängig davon, ob hinter der Motivation, das Mitglied nicht einzusetzen, künstlerische oder sonstige Gründe stehen. Diese Auffassung steht auch in Gegensatz zu der vom Gesetzgeber verlangten Interessenabwägung der Partner des Bühnenarbeitsvertrages.

Es ist zu befürchten, dass die Auswirkungen der aktuellen Judikaturlinie, da sich künstlerische Arbeitnehmer nicht ausreichend wirksam gegen künstlerische Übergriffe

⁵⁸ Man denke hier etwa an aktuelle Strophen von Couplets in Stücken von Nestroy oder Raimund.

⁵⁹ Professionelle Orchestermusiker beginnen ihr Instrument bereits als Kleinkinder zu erlernen.

⁶⁰ Siehe die Judikatur des OGH 21.11.2022, 8 ObA 58/22w zu § 24 TAG.

wie „Mobbing“ wehren können, dazu führen könnte, dass die Erscheinungen, die die „me too“-Bewegung aufzeigen und verhindern will, im Bühnenbereich wohl noch länger existieren werden.

*** Zum Autor:**

Dr. *Wolfgang Kozak* ist Rechtsexperte der Bereichsleitung Beratung der Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien.