



## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Oberlandesgericht Innsbruck als Berufungsgericht hat durch den Senatspräsidenten des Oberlandesgerichts Dr. Ulrich Heller als Vorsitzenden sowie die Richterin des Oberlandesgerichts Dr. Birgit Berchtold und den Richter des Oberlandesgerichts Mag. Michael Ortner als weitere Mitglieder des Senats in der Rechtssache der klagenden Partei **Tiroler Festspiele Erl Betriebsges.m.b.H.**, Mühlgraben 56a, 6343 Erl, vertreten durch die Ruggenthaler, Rest & Borsky Rechtsanwälte OG in 1010 Wien, wider die beklagte Partei **Markus Wilhelm**, Sonnenwinklweg 3, 6450 Sölden, vertreten durch Dr. Markus Orgler, Rechtsanwalt in 6020 Innsbruck, wegen (eingeschränkt) Unterlassung und Widerruf (Streitwert EUR EUR 11.772,--) über die Berufung der klagenden Partei (Berufungsinteresse angegeben mit EUR 19.620,--, tatsächlich EUR 11.772,--) gegen das Urteil des Landesgerichts Innsbruck vom 26.11.2021, 10 Cg 55/18f-76, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird **keine Folge** gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei zuhanden ihres Vertreters die mit **EUR 1.303,92** (davon EUR 217,32 USt.) bestimmten **Kosten** des Berufungsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Der **Wert** des Entscheidungsgegenstands übersteigt EUR 5.000,--, aber **nicht EUR 30.000,--**.

Die (ordentliche) **Revision** ist **nicht zulässig**.

**ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:**

Der Geschäftszweig der Klägerin ist der Betrieb der Tiroler Festspiele Erl. Der Beklagte ist Publizist und Medieninhaber des öffentlichen Blogs „www.dietiwag.org.“ Er hat dort am 13.2.2018 unter der Überschrift „*Die unfassbaren Zustände bei den Tiroler Festspielen Erl*“ auszugsweise Folgendes online gestellt und damit veröffentlicht:

*„... Was so im Raum steht, im Bühnenraum und im Probenraum:*

*Verdacht auf Lohndumping, auf Lohnwucher, Scheinselbstständigkeit, Abgabenhinterziehung, auf Verstoß gegen das Ausländerbeschäftigungsgesetz, Arbeitsverfassungsgesetz, Arbeitszeitgesetz, Arbeitszeitruhegesetz, Urlaubsgesetz, auf Umgehung des Dienstvertrags, Aushebelung des Urheberrechtsgesetzes usw. ...“*

Der Beklagte hat die Informationen, die er in diesem Blog online stellte, von mehreren Personen, die damals bei der klagenden Partei in Erl angestellt waren und es zum Teil heute noch sind. Von diesen Personen (insgesamt ca. 50 Quellen) bekam er zu hören, dass bei der klagenden Partei Arbeitszeiten überschritten, keine Ruhepausen eingehalten, Ruhetage auf Feiertage verlegt und Urlaubersatzentgelte nicht bezahlt wurden sowie Personen Fixanstellungen aufgrund eines Werkvertrags hatten. Er bekam auch zu hören, dass illegal Ausländer beschäftigt wurden und zwar eine Sicherungsbescheinigung eingeholt wurde, aber keine Beschäftigungserlaubnis für diese Personen, wodurch diese bei der klagenden Partei illegal beschäftigt waren. Die niedrigsten Gehälter der Konzertmusiker betragen EUR 35,- pro Tag. Eine Quelle teilte mit, dass die freiberuflich tätigen MusikerInnen aus Weißrussland mutmaßlich EUR 30,- pro Tag für ihre musikalischen Dienste erhalten würden. „Dafür würden sie dann gegebenenfalls im Sommer eine komplette Wagner-Oper spielen“.

Die (ca. 40) Mitglieder des Minsker Orchesters wurden von Dr. Kuhn, dem Gründer, ehemaligen Geschäftsführer und künstlerischen Leiter der Festspiele (in Folge nur: Festspielleiter) stets als ein ganzes Gebilde behandelt und geleitet. Die restlichen

Mitglieder des insgesamt ca. 120 Personen umfassenden Orchesters der Tiroler Festspiele Erl wurden von woanders engagiert.

Das von der klagenden Partei zu produzierende „Endprodukt“ war und ist die Oper oder das Konzert. Um dieses Ergebnis erzielen zu können, war das gemeinsame Arbeiten des Orchesters das Um und Auf. Im Jahr 2012 erfolgte die Umwandlung in einen Ganzjahresbetrieb, in dem die Mitarbeiter das ganze Jahr über beschäftigt wurden. Dies wurde jedoch für die klagende Partei zu einem Problem, weil die Kosten anstiegen und das Budget überschritten wurde. Auch war es dem Festspielleiter, bei dem auch nach 2012 alle Verantwortung und Entscheidungen verblieben, nicht mehr möglich, die „Dinge zu nivellieren und die Kosten in das nächste Jahr zu verlagern“. Dadurch, dass nach der Umwandlung in ein Ganzjahresunternehmen keine Änderung an der Organisationsstruktur vorgenommen wurde und er alle Entscheidungen im kaufmännischen, technischen und künstlerischen Bereich weiterhin selbst und alleine traf, wurde es ihm nach 2012, insbesondere bis zum Jahr 2018 hin, zu viel und spitzten sich die Probleme zu. Für alle Bereiche hatte er nicht das dazu erforderliche Spezialwissen. Trotzdem musste vor jeder Entscheidung seine Zustimmung eingeholt werden. So kam es nicht nur zu Budgetüberschreitungen, sondern auch zu Nachzahlungen etc..

Der Leiter der Abteilung Ausländerfachzentrum in der Landesgeschäftsstelle des Arbeitsmarktservices Tirol stellte im Zeitraum 2017-2018 Unregelmäßigkeiten in Anträgen der klagenden Partei insofern fest, als diese nicht mit dem tatsächlichen Sachverhalt übereinstimmten. Dies führte zum Widerruf von Bewilligungen. Die Anträge wurden von der klagenden Partei allerdings „nicht vorsätzlich oder fahrlässig, sondern bloß faktisch“ falsch gestellt, weil es sich um komplexe Sachverhalte handelte. Nachdem der Abteilungsleiter dem damals verantwortlichen Geschäftsführer der klagenden Partei Mitte 2018 erläutert hatte, wie die Anträge richtig zu stellen sind, stellte die klagende Partei fortan die richtigen Anträge, um die erforderlichen

Beschäftigungsbewilligungen für die Mitglieder des Minsker Orchesters und Chors zu erhalten.

Vor dieser Belehrung gab es ein großes Missverhältnis zwischen der großen Anzahl der erteilten Sicherungsbescheinigungen und den im geringeren Umfang danach beantragten und erteilten Beschäftigungsbewilligungen. Eine Beschäftigungsbewilligung kann erst nach der Erteilung einer Sicherungsbescheinigung beantragt und bewilligt werden. Dieses Missverhältnis führte zu einer Überprüfung der klagenden Partei durch das AMS zusammen mit dem damaligen Prüfdienst der Krankenkasse (GPLA) und der Fremdenpolizei.

Bei der Nachschau dieser Organe bei der klagenden Partei im Jänner 2018 waren auch der Steuerberater und der damalige Geschäftsführer der klagenden Partei anwesend. Es wurde insbesondere darüber gesprochen, wie die Mitglieder des Orchesters Minsk zuzuordnen sind, ob sie unter das Ausländerbeschäftigungsgesetz fallen oder unter das Arbeitsverfassungsgesetz und ob sie nach dem ASVG zu versichern sind. Bei dieser Besprechung legte der Steuerberater der klagenden Partei deren Sicht der Dinge inklusive die Sicht der Tiroler Gebietskrankenkasse dar. Aufgrund der Nachschau erfolgte von Seiten des AMS der Hinweis, dass für die Winterspiele in Erl von 11/2017- 01/2018 zwar von der klagenden Partei eine Sicherungsbescheinigung für alle Mitglieder des Chors und des Orchesters von Minsk, nicht aber anschließend eine Beschäftigungsbewilligung beantragt wurde.

Die Prüfung führte letztlich dazu, dass Sicherungsbescheinigungen widerrufen wurden, weil ein begründeter Verdacht bestand, dass die klagende Partei Ausländer unerlaubt (im Sinne des Ausländerbeschäftigungsgesetzes) beschäftigt hatte. Nach internen Abstimmungen haben sich die Prüfer mit der Geschäftsführerin der klagenden Partei kurzgeschlossen, um den wahren Sachverhalt zu ermitteln. Bis Mitte 2018 verhärtete sich aber der Verdacht, sodass die Prüfer im Mai 2018 wegen des Verdachts der Übertretung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes durch die klagende

Partei eine Anzeige erstatteten. Aufgrund dieser Anzeige bei der Bezirkshauptmannschaft Kufstein wurde eine umfangreiche Prüfung von dieser eingeleitet, und zwar sowohl im Bereich des ASVG als auch des Ausländerbeschäftigungsgesetzes, insbesondere warum es zu keiner ausreichenden Antragstellung auf Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung gekommen war. Im Zuge dieser Prüfung wurden alle Fälle, Verträge und Vereinbarungen peinlichst genau kontrolliert. Es bekamen alle Mitglieder des Chors und des Orchesters von Minsk Sozialversicherungsbestätigungen aus Weißrussland und es wurden auch Orchestermitglieder einvernommen.

Das in der Folge gegen den Festspielleiter als handelsrechtlichen Geschäftsführer und Verantwortlichen der klagenden Partei aufgrund der genannten Anzeige wegen des Verdachts, dass die klagende Partei von November 2017 bis 8.1.2018 als Dienstgeberin 88 Personen, bei welchen es sich um in der Krankenversicherung pflichtversicherte Personen handelte, beschäftigt habe, obwohl diese nicht vor Arbeitsantritt bei der Tiroler Gebietskrankenkasse zur Pflichtversicherung angemeldet worden seien, eingeleitete und geführte Verwaltungsstrafverfahren wurde letztlich mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Kufstein vom 5.9.2019 eingestellt.

Die Einstellung wurde damit begründet, dass die 88 Personen des Minsker Chors und Orchesters im Zeitraum von 21.11.2017 bis 7.1.2018 von der „Belarusian State Philharmonie Society“ mit Sitz in Minsk bzw. vom 1.12.2017 bis 8.1.2018 vom unitären Konzertunternehmen „Minsk Orchestra“ mit Sitz in Minsk vorübergehend nach Österreich entsendet wurden. Beide Unternehmen hatten keine Betriebsstätte in Österreich. Die angeführten Mitglieder des Chors und des Orchesters waren somit Dienstnehmer eines ausländischen Betriebs ohne Betriebsstätte in Österreich und übten ihre Beschäftigung auch nicht von einem im Inland gelegenen Wohnsitz aus. Sämtliche Dienstnehmer blieben während ihrer Tätigkeit im Inland bei ihren Dienstgebern gemeldet und unterlagen dem Sozialsystem in Weißrussland, mithin einem System der sozialen Sicherheit im Ausland. Demzufolge fallen die 88 Mitglieder

des Chors und des Orchesters nicht in den Anwendungsbereich des ASVG. Der Festspielleiter hat sohin die ihm zur Last gelegten Verwaltungsübertretungen nicht begangen, weshalb das Verwaltungsstrafverfahren folgerichtig einzustellen war.

„Die Anwendung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes ist kompliziert. Für die Tätigkeit der Mitglieder des Chors und des Orchesters wäre die korrekte Vorgangsweise die Beantragung einer Entsendungsbewilligung gewesen. Die stattdessen von der klagenden Partei bis zur Prüfung im Jahr 2018 gewählte Vorgangsweise, zunächst eine Sicherungsbescheinigung zu beantragen und zwar zum Zweck einer nachträglichen Erlangung einer Beschäftigungsbewilligung und dann die nachträgliche Beantragung der Beschäftigungsbewilligung ist verfahrensrechtlich komplexer. Das mit dem weißrussischen Chor und dem weißrussischen Orchester war in Wahrheit ein Entsendungssachverhalt. Der zweite Fehler, der der klagenden Partei neben der Wahl des falschen Verfahrens passierte, ist dass die klagende Partei das falsch gewählte Verfahren nicht fertig abgewickelt und für die Minsker Musiker nach der erteilten Sicherungsbescheinigung nicht die Beschäftigungsbewilligung beantragt hat.“

Das Ergebnis der Vorgangsweise der klagenden Partei war schließlich, dass die klagende Partei mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Kufstein vom 5.9.2019 zu einer Verwaltungsstrafe verurteilt wurde. Nachdem der Fehler der klagenden Partei das komplette Minsker Kollektiv mit insgesamt 79 Personen betraf und die Bezirkshauptmannschaft pro Person eine Geldstrafe von EUR 1.000,-- bis 2.000,-- verhängte, betrug die über den handelsrechtlichen Geschäftsführer und Verantwortlichen der klagenden Partei verhängte Geldstrafe insgesamt EUR 161.000,--. Die Geldstrafe wurde allein von der klagenden Partei bezahlt.

Die klagende Partei hat für fünf Saisonen (Winter 2015/2016, Sommer 2016, Winter 2016/2017, Sommer 2017 und Winter 2017/2018) für die Mitglieder des Orchesters von Minsk und die Mitglieder des Minsker Chors das falsche Bewilligungsverfahren

beantragt, und zwar das Beschäftigungsbewilligungsverfahren anstelle das Entsendungsbewilligungsverfahrens. Für die Sommerfestspiele 2018 wurde dann zum ersten Mal von der klagenden Partei das „richtige“ Verfahren gewählt, und zwar das Entsendungsbewilligungsverfahren. Durch die Prüfungstätigkeit und die Aufklärung seitens des AMS ist die klagende Partei auf diesen Fehler aufmerksam gemacht worden. Durch die Anwendung des Entsendungssachverhalts fielen für die Minsker Musiker letztlich keine Steuern und/oder sozialversicherungsrechtliche Abgaben, insbesondere keine Nachforderungen seitens der TGKK oder des Finanzamts an.

Das mit den Mitgliedern des Orchesters Minsk funktionierte bei der klagenden Partei so, dass diese für ihre Tätigkeit bei der klagenden Partei einen Tagessatz von der klagenden Partei bekamen. Dazu kamen noch die Übernachtungskosten für die Zeit, als sie in Erl gearbeitet haben. Das betraf den Probenzeitraum und den Auftrittszeitpunkt. Die klagende Partei hat auch die Reisekosten, also die An- und Rückreise bezahlt sowie die Verpflegung vor Ort. Zusätzlich blieben die Orchestermitglieder beim Orchester Minsk angestellt und erhielten von der klagenden Partei für das Einspielen, Einstudieren und Proben der Stücke, die in Erl aufgeführt werden, und zwar für die Zeit, als sie in Minsk probten, einen monatlichen Pauschalbetrag. Diesen erhielt das gesamte Orchester, das diesen Pauschalbetrag auf die einzelnen Mitglieder selbstständig aufteilte. Der Pauschalbetrag in Höhe von monatlich EUR 15.000,-- wurde zwölf Mal im Jahr, also jeden Monat, von der klagenden Partei ausbezahlt und an das Orchester von Minsk überwiesen. Das war immer schon so und speziell vor dem 13.2.2018.

„Dasselbe“ passierte so auch beim Chor von Minsk. Die Mitglieder waren bei der staatlichen Philharmonie in Minsk angestellt und wurden genauso nach Erl entsendet wie die Mitglieder des Orchesters. Sie wurden nicht von der klagenden Partei eingestellt. Die klagende Partei hat nur mit dem Orchester und der Philharmonie Minsk einen Vertrag abgeschlossen. Beide haben dann ihre Mitarbeiter nach Erl entsandt. Die Mitglieder waren in Minsk das ganze Jahr über eingestellt und haben

dafür ein Gehalt bekommen. Für Auftritte bei der klagenden Partei haben sie jedes Jahr schon ab ca. Mai in Minsk zu proben begonnen, noch bevor sie zu den Auftritten/Aufführungen nach Erl zugereist sind. Die Proben in Erl fanden immer mit dem gesamten Orchester gemeinsam statt.

Die Mitglieder des Orchesters von Minsk wurden nur für diejenigen Stücke bezahlt, die bei der Veranstaltung der klagenden Partei in Erl tatsächlich aufgeführt wurden. Wenn die Musiker aus Minsk angereist sind, mussten sie die Stücke bereits beherrschen. Die Musiker wurden daher übers Jahr im Wege einer Pauschale an das Orchester von der klagenden Partei bezahlt, damit sie auch zu Hause das Stück lernen/proben, um in Erl vorbereitet zu sein.

Vor dem Februar 2018 gab es eine GPLA-Prüfung bei der klagenden Partei, die ab Jänner 2017 begonnen und erst im August 2017 abgeschlossen wurde und den Zeitraum 1.1.2015 bis 31.12.2016 umfasste. Im Zuge dieser Prüfung wurde eine „Drittellösung“ für die Musiker der klagenden Partei festgelegt. Diese Lösung betraf allerdings nicht die entsendeten Mitglieder von Minsk, sondern alle anderen Musiker und Künstler. Festgehalten wurde im Zuge dieser Lösung, dass die gesamte Gage der einzelnen Künstler auf zwei Drittel Dienstvertrag aufgeteilt wird und das restliche Drittel auf einen Werkvertrag. Zum Zeitpunkt des Blogbeitrags am 13.2.2018 war das mit der GPLA akkordiert. Ab Kenntnis der GPLA-Prüfungsergebnisse hat die klagende Partei diese Ergebnisse für alle Verträge umgesetzt. Die Winterverträge 2017/2018 waren schon in der 2/3-1/3-Regelung abgefasst. Das galt auch für alle Folgeverträge.

Dadurch, dass nach Abschluss der GPLA-Prüfung im Juli 2017 die Verträge erst im Herbst 2017 auf dieses Ergebnis umgestellt wurden, gab es für die Zeit bis dorthin, also bis zur Umstellung der Verträge, noch (Geld-)Nachforderungen seitens des Finanzamts und der TGKK im Zusammenhang mit Lohn- und Kollektivsteuern sowie Sozialversicherungsbeiträge wie Nachzahlungen von Dienstgeberbeiträgen und für die Mitarbeitervorsorgekasse. Eingefordert wurden diese Nachzahlungen vom

Finanzamt Kufstein-Schwarz, der TGKK und im Bereich der Kommunalsteuern von der Gemeinde Erl. Die Nachforderungen in Höhe von insgesamt EUR 730.546,-- aus der GPLA-Prüfung setzten sich zusammen aus EUR 37.691,-- an Kommunalsteuer, EUR 541.534,-- an Lohnsteuer, EUR 145.694,-- an Sozialversicherung und EUR 5.627,-- an Säumniszuschlag. Vorgeschrieben wurden der klagenden Partei diese Abgaben im Jahr 2017. Die klagende Partei hat sämtliche Nachforderungen noch im Jahr 2017 gezahlt. Für den Zeitraum ab der Umstellung der Verträge auf die 2/3-1/3-Regelung gab es keine Nachforderungen mehr.

Außer der bereits angeführten Strafe in Höhe von EUR 161.000,-- hat die klagende Partei weitere Geldstrafen von der Bezirkshauptmannschaft Kufstein erhalten, und zwar für die Nichteinhaltung der Ruhezeiten der Orchestermitglieder im Zeitraum der Winterfestspiele in Erl von 11/2017-01/2018.

Der von Oktober 2017 bis 31.8.2018 tätige Geschäftsführer der klagenden Partei hat die Branchenüblichkeit der Gehälter der Künstler geprüft. Die Gehälter waren seiner Ansicht nach nicht vergleichbar mit den von Top-Festivals jeweils in Österreich, jedoch mit der Entlohnung bei anderen Festivals im Burgenland, in Niederösterreich und im deutschen Raum. Auf dem „Markt“ gibt es viele Musiker, weshalb die Entlohnungen nicht sehr hoch sind. Für die Mitarbeiter (Künstler) der klagenden Partei gab und gibt es keinen Kollektivvertrag.

Der Festspielleiter hat die Festspiele in Erl gegründet und kümmerte sich von der ersten Stunde im Jahre 1998 an als künstlerischer Leiter derselben um sie. Ihm zur Seite gestellt war von Anfang an ein kaufmännischer Leiter. Allerdings war er bestrebt, auch diesen zu kontrollieren. Ende August<sup>1</sup> trat er von allen seinen Funktionen bei der klagenden Partei zurück. Um die Zahlung von Abgaben jeglicher Art, Strafen etc. hat er sich nie gekümmert. Er wurde bei der klagenden Partei als Geschäftsführer derselben abgerechnet und entlohnt. Er war aber auch als Dirigent und künstlerischer

---

<sup>1</sup> Das Jahr wurde nicht festgestellt.

Leiter tätig. Es gab für den Zeitraum 2017/2018 eine Nachforderung betreffend seine Spesenabrechnung, den Sachbezug und das Geschäftsführerentgelt.

Die Mitglieder des Chors und des Orchesters von Minsk mussten sich stets an die Anweisungen des Festspielleiters halten. Alle Betriebsmittel wie Noten, Beamer etc. wurden von der klagenden Partei zur Verfügung gestellt. Weder der Minsker Chor noch das Minsker Orchester wurden für die Erler Festspiele gegründet. Diese sind von der Größe, vom Umfang und vom Ziel her nicht mit den Festspielen in Bregenz, Salzburg oder Bayreuth vergleichbar.

Der Inhalt des gesamten vom Beklagten auf seiner Webseite am 13.2.2018 online gestellten Blogs wird festgestellt, wie er sich aus der dem Urteil beigeschlossenen Beilage A ergibt.

In diesem Umfang wurden die (auszugsweise wiedergegebenen) Feststellungen im Berufungsverfahren von der klagenden Partei nicht bekämpft.

Mit der am 28.5.2018 eingebrachten und auf jeden erdenklichen Rechtsgrund, insbesondere § 1330 Abs. 1 und 2 ABGB, gestützten **Klage** begehrte die klagende Partei zunächst, den Beklagten zur Unterlassung zu verpflichten, Behauptungen öffentlich zu verbreiten, denen zufolge beim Betrieb der Tiroler Festspiele Erl der Verdacht auf Lohndumping, Lohnwucher, Scheinselbstständigkeit, Abgabenhinterziehung, Verstoß gegen das Ausländerbeschäftigungsgesetz, Arbeitsverfassungsgesetz, Arbeitszeitgesetz, Arbeitszeitruhegesetz, Urlaubsgesetz und Umgehung des Dienstvertrags vorliege, weiters den Widerruf dieser Behauptungen. Im Laufe des Verfahrens schränkte die klagende Partei dieses Begehren um die die Verstöße gegen das Ausländerbeschäftigungsgesetz, Arbeitszeitgesetz, Arbeitsruhegesetz, Urlaubsgesetz betreffenden Vorwürfe unter Anspruchsverzicht ein (AS 49,168).

Sie brachte vor, die vom Beklagten behauptete Verdachtslage habe nie vorgelegen. Die erhobenen Vorwürfe müssten zum Zeitpunkt des beanstandeten Artikels zutreffen.

Länger zurückliegende Zeiträume oder danach eingeleitete Ermittlungen seien unerheblich. Der Beitrag werde vom Leser so verstanden, dass er sich auf aktuelle Zustände beziehe. Der Beklagte könne den Wahrheitsbeweis nicht erbringen. Eine Umkehr der Beweislast habe nicht zu erfolgen. Die vom Beklagten angeführten Zitate von Angestellten beträfen überwiegend lange zurückliegende Zeiträume, außerdem handle es sich durchgängig nur um Mutmaßungen. Diese Quellen seien nicht geeignet, den Wahrheitsgehalt der inkriminierten Behauptungen zu belegen.

Der Beklagte habe zwar am Tag vor der Veröffentlichung des Beitrags eine Anfrage an die beiden Geschäftsführer der klagenden Partei gestellt. Er habe dies aber nur pro forma und ohne echtes Interesse getan und ein Gesprächsangebot des Festspielleiters ausgeschlagen. Er habe damit seine journalistische Sorgfaltspflicht missachtet.

Die Vorwürfe des Lohn- und Sozialdumpings seien widerlegt. Es sei unrichtig, dass der Hochkultur-Berufsbereich kollektivvertraglich geregelt sei. Eine Vergleichbarkeit der Tätigkeit der klagenden Partei mit anderen, ständig eingerichteten Kulturinstitutionen sei nicht möglich. Die klagende Partei leiste ein angemessenes Entgelt an ihre Mitarbeiter. Insbesondere sei unrichtig, dass dieses weniger als die Hälfte der für vergleichbare Tätigkeiten festgesetzten kollektivvertraglichen Mindestsätze betrage. Der niedrigste Tagessatz, der im Sommer 2018 ausbezahlt worden sei, sei bei brutto EUR 73,-- (umgelegt auf das Monat daher EUR 1.533,--) mit jeweils einer Probe am Tag zu 3 Stunden und ohne Zulagen gelegen.

Bei der klagenden Partei gebe es drei verschiedene Entlohnungsarten. Die Mitglieder des Minsker Chors erhielten ein laufendes Gehalt in ihrer Heimat. Sie würden im Rahmen eines Werkvertrags an die klagende Partei entsendet. Laut weißrussischen Vorgaben erhielten die Arbeitnehmer bei Entsendung von weniger als 60 Tagen einen Satz von EUR 50,-- pro Tag. Diese Summe werde bei Bereitstellung von zwei Mahlzeiten auf 30 % reduziert, sodass sich eine Summe von EUR 35,-- pro Tag pro

Arbeitnehmer ergebe. Zusätzlich würden alle mit der Entsendung verbundenen Kosten übernommen. Das sehr niedrige Tagesentgelt für die Sänger des Minsker Chors neben dem monatlichen Verdienst gründe sich auf die Vorgaben der Staatlichen Philharmonie.

Auch die Mitglieder des Minsker Orchesters seien dort angestellt und würden entsendet. Diese erhielten während der Dauer der Entsendung weiter ihr laufendes Gehalt. Die klagende Partei finanziere dieses mit einem fixen monatlichen Zuschuss von EUR 15.000,-- mit. Die Musiker des Orchesters würden gemäß ihrer Positionierung im Orchester bezahlt, und zwar zwischen EUR 62,50 bis EUR 125,-- brutto. Darüber hinaus würden alle mit der Entsendung verbundenen Kosten gedeckt, ebenso Unterkunft und teilweise Frühstück.

Die Bestimmungen des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes seien auf die weißrussischen Musiker nicht anzuwenden. Vielmehr handle es sich um eine Betriebsentsendung. Die weißrussischen Institutionen hätten sich vertraglich zum eigenständigen musikalischen Einstudieren und zur Vorbereitung der verschiedenen Stücke in ihrem eigenen Betrieb verpflichtet. Dadurch lasse sich ein Zwischenergebnis abgrenzen. Die Musiker spielten zum weit überwiegenden Teil auf ihren eigenen Instrumenten. Eine gewisse Eingliederung in den Probenbetrieb sei zwar gegeben. Die zu entsendenden und durchgängig in Weißrussland sozialversicherten Musiker würden aber nicht von der klagenden Partei, sondern den weißrussischen Institutionen ausgewählt. Jeder entsendeter Arbeitnehmer unterstehe direkt einer vor Ort befindlichen weisungsbefugten Person des Werkunternehmers, nämlich einem Orchestermanager und Chordirektor. Diesem würden Krankmeldungen, Urlaubszeiten u.ä. mitgeteilt. Die fachliche und organisatorische Weisungsbefugnis liege daher immer bei den weißrussischen Institutionen. Die Bezahlung erfolge ausschließlich durch diese. Es gebe keine persönliche oder wirtschaftliche Abhängigkeit zur klagenden Partei. Die klagende Partei definiere den Bedarf an entsendenden Arbeitskräften gemäß dem Spielplan der Saison. Die Einhaltung der österreichischen

Lohn- und Arbeitsbedingungen während der Entsendung werde durch den AMS Regionalbeirat kontrolliert.

Mit allen anderen Musikern sei sowohl (für die weisungsgebundenen und in die Betriebsstruktur eingeordneten Tätigkeiten) ein Dienstvertrag als auch (für die zeitlich und örtlich unabhängigen und vertretbaren Tätigkeiten) ein Werkvertrag vereinbart. Bis zur GPLA-Prüfung im Frühjahr 2017 sei das vereinbarte Gesamtentgelt zu zwei Dritteln im Rahmen eines Werkvertrags und zu einem Drittel im Rahmen eines Dienstvertrags ausbezahlt worden. Seit einer Beanstandung durch die Sozialversicherung erfolge die Aufteilung umgekehrt. Darüber hinaus werde Aufwandsersatz bezahlt.

Aus der Tatsache, dass die klagende Partei gegen das Ausländerbeschäftigungsgesetz verstoßen habe, ergebe sich nicht, dass die sonstigen Vorwürfe des Beklagten berechtigt seien. Die weißrussischen Musiker seien in Österreich nicht sozialversicherungspflichtig.

Unter Abgabenhinterziehung werde eine vorsätzliche Abgabenverkürzung verstanden. Derartige Ermittlungen würden weder gegen die klagende Partei noch ihre Organe geführt, sie habe keine Abgabenhinterziehung zu verantworten. Dass 2014 durchgeführte Betriebsprüfungen Nach- und Strafzahlungen von Abgaben von Dienstnehmerentgelten ergeben hätten, rechtfertige keine Berichterstattung im Jahr 2018. Im Jahr 2020 sei ein Abgabenbescheid der Sozialversicherung ergangen, der Abfuhrdifferenzen für das Jahr 2017 beinhalte, und zwar aufgrund der Umstellung der Musikverträge im Laufe des Jahres 2017. Für das Jahr 2018 habe es jedoch keine Nachforderungen im Zusammenhang mit den Mitarbeitern gegeben. Es sei lediglich zu geringfügigen Nachforderungen für das Jahr 2018 für Feststellungen im Bereich der Geschäftsführung, nämlich Sachbezüge für Auto, Wohnungen und Spesen gekommen.

Der Beklagte lege nicht dar, inwieweit die klagende Partei gegen das Arbeitsverfassungsgesetz verstoße.

Es treffe nicht zu, dass mit einem Bühnenbildner nur zur Vermeidung von Sozialabgaben ein Werkvertrag geschlossen worden sei. Auch die Werkvertragsform mit einem Mitarbeiter für Marketing und Kammermusik sei korrekt gewesen, ebenso für eine Referentin für Presse und Kommunikation. Eine Musikerin habe zwar gerichtliche Ansprüche auf Urlaubersatzleistung und Urlaubsabfindung geltend gemacht. Die klagende Partei habe sich in einem Vergleich verpflichtet, EUR 471,85 zu zahlen. Dieser Betrag decke nicht einmal die tarifmäßigen Kosten der Klage und sei nur gezahlt worden, da sich die klagende Partei von einer lange tätigen Musikerin nicht im Unfrieden habe trennen wollen. In einem von einem anderen Künstler eingeleiteten Verfahren sei Ruhen vereinbart worden, um außergerichtliche (noch nicht abgeschlossene) Vergleichsgespräche zu führen.

Der **Beklagte** bestreite, beantragte Klagsabweisung und wendete ein, der von ihm behauptete Verdacht sei tatsächlich im Raum gestanden. Nach der Berichterstattung seien weitgehende behördliche Ermittlungen eingeleitet worden. Der Beklagte habe klar erkennbar auch auf länger zurückliegende Zeiträume verwiesen. Der Gesamtkontext des Beitrags beziehe sich daher nicht nur oder auch nicht vordringlich auf die Wintersaison 2017/2018. Da die Beweisführung für den Beklagten mangels weitergehenden Einblicks in die Verhältnisse der klagenden Partei nicht möglich sei, müsse diese nach Treu und Glauben die Beweisführung erbringen. Sie habe daher auch die relevanten Unterlagen vorzulegen.

#### Lohndumping, Lohnwucher:

Lohndumping bedeute, Dienstnehmer strukturell zu der Konkurrenz bei Einhaltung des Rechtsrahmens nicht offenstehenden und nicht marktkonformen Bedingungen zu beschäftigen. Außerdem sei es Lohnwucher, wenn Arbeitsleistungen zu unangemessen niedrigen Konditionen konsumiert würden. Ausnützung bzw. Zwang

sei darin zu sehen, dass nicht aus dem EU-Raum kommende Beschäftigte viel schlechter verdienten. Eine Vielzahl von Künstlerverträgen würden den orts- und branchenüblichen bzw. angemessenen Lohn um ein Vielfaches unterschreiten. Entgelt werde teils als Spesen deklariert. Im Wesentlichen seien die beruflichen Tätigkeiten in der österreichischen Hochkulturszene kollektivvertraglich geregelt. Das gelte auch für das künstlerische Personal. Die monatlichen Regelbezüge für Berufsmusiker würden zwischen EUR 2.500,-- und EUR 6.000,-- brutto liegen. Die Festspiele der klagenden Partei würden sich selbst auf einem hohen Niveau verorten, weshalb sie sich mit ähnlichen Hochkultureinrichtungen vergleichen lassen müssten. Selbst Solisten seien unterbezahlt worden. Einer Musikerin seien nach Tragung aller Spesen für zwei Monate Sängerarbeit in etwa EUR 1.600,-- verblieben.

Die klagende Partei habe gegen die Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes verstoßen. Sie habe bis Jänner 2018 wiederholt ausländische Arbeitskräfte ohne Bewilligung und damit rechtswidrig in ihrem Betrieb dienstverwendet. Daraus ergebe sich auch der Verdacht nicht bezahlter Sozialabgaben nach dem ASVG. Die klagende Partei habe diese Arbeitskräfte beschäftigt, um genau diejenigen Ziele umzusetzen, die der Beklagte ihr in Verdachtsform unterstellt habe, nämlich Lohndumping, Lohnwucher, Scheinselbstständigkeit, Abgabenhinterziehung und Umgehung (gemeint des Abschlusses) eines Dienstvertrags.

Die Verwendung der weißrussischen Musiker sei als Arbeitskräfteüberlassung zu qualifizieren. Durch die überlassenen Dienstnehmer sei kein Zwischenergebnis erreicht worden, welches sich von denen der Festspiele unterscheidbar abgehoben habe. Dem Dirigenten komme die künstlerische Leitung zu. Die Arbeitskräfte seien verwendet worden, um die Festspielaufführungen herzustellen. Sie seien organisatorisch in den Betrieb der Festspiele vollkommen eingegliedert gewesen und hätten deren Dienst- und Fachaufsicht unterstanden. Der jeweils Überlassene hafte nicht für den Erfolg der Werkleistung. Die Arbeiterfolge seien mit Ausnahme der

Instrumente übertragen und mit Betriebsmitteln der klagenden Partei erbracht worden. Arbeitskräfteüberlassung führe zwingend zu Entgelt-, Sozialversicherungs- und Arbeits(Zeit)Schutz. Auch gemäß § 3 Abs. 2 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz habe ein überlassener Arbeitnehmer Anspruch auf jenes Entgelt, welches am Arbeitsort vergleichbaren Arbeitnehmern von vergleichbaren Arbeitgebern gebühre.

Das in § 18 Ausländerbeschäftigungsgesetz geregelte Rechtsinstitut der Entsendung setze die Herstellung eines eigenen Werks durch den die Arbeitnehmer entsendenden Unternehmer voraus. Davon könne im vorliegenden Fall nicht gesprochen werden, da die weißrussischen Musiker lediglich Mitwirkende des Orchesters und des Chors seien. Eine Entsendebewilligung hätte daher nicht erteilt werden dürfen. Das sei der klagenden Partei bewusst gewesen, da eine Sicherungsbescheinigung nach § 11 Ausländerbeschäftigungsgesetz nur den Zweck habe, danach um eine Beschäftigungsbewilligung – und nicht eine Entsendebewilligung – anzusuchen.

#### Scheinselbstständigkeit, Umgehung des Dienstvertrags:

In persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit dienst- und weisungsgebunden verwendete Dienstnehmer würden in Scheinselbstständigkeit als freie Dienstnehmer behandelt. Mit allen weißrussischen Musikern seien keine gültigen Dienstverträge geschlossen worden. Das sei als Umgehung des Abschlusses eines Dienstvertrags zu sehen.

Mit einem Bühnenbildner sei ein vorgetäuschter Werkvertrag geschlossen worden, um Sozialabgaben zu vermeiden. Dasselbe sei bei einem Mitarbeiter für Marketing und Kammermusik und einer Referentin für Presse und Kommunikation geschehen. Auch das Einstudieren und Vorbereiten von Konzerten in persönlicher Abhängigkeit und Weisungsgebundenheit sei in vielen Fällen zur Umgehung der Lohnabgaben in Werkvertragsform abgeschlossen worden. Die Frage des in Erbringung einer einheitlichen Leistung Nebeneinanderbestehenskönnens selbstständiger und

unselbstständiger Tätigkeit für den Leistungsempfänger sei in der Judikatur klar und eindeutig zugunsten eines einheitlichen Dienstverhältnisses beantwortet.

#### Verstöße gegen das Arbeitsverfassungsgesetz:

Die betriebsverfassungsgesetzlichen Rahmenbedingungen des Arbeitsverfassungsgesetzes würden umgangen. Ein Verstoß dagegen sei darin zu sehen, wenn Personen, die Dienstnehmer im Sinne des Arbeitsverfassungsrechts seien, nicht als solche deklariert und behandelt würden, weil ihnen so die Möglichkeit verwehrt werde, die Vorteile des Arbeits- und insbesondere Betriebsverfassungsrechts zu genießen. Wenn (fälschlich) kein Dienstverhältnis unterstellt werde, würden auch Arbeitszeitgesetz, Arbeitsruhegesetz und Urlaubsgesetz nicht eingehalten. Das sei auch tatsächlich nicht geschehen. Eine Vielzahl von Orchestermusikern sei entgegen den Bestimmungen des Arbeitszeitrechts beschäftigt gewesen, insbesondere hätten überlange Proben stattgefunden.

#### Abgabenhinterziehung:

Im allgemeinen Sprachverständnis sei eine Abgabe, was auf öffentlich-rechtlicher Basis an die öffentliche Hand abzuführen sei. Dazu zählten auch Sozialversicherungsbeiträge. Vom Begriff sei nicht nur vorsätzliches Handeln umfasst, sondern jede nicht erfolgte Abführung von Abgaben. Bereits 2014 hätten Betriebsprüfungen erhebliche Nach- bzw. Strafzahlungen von Abgaben auf Dienstnehmerentgelte nach sich gezogen. Anmeldungen an die Gebietskrankenkasse seien teils mit reduzierten Beträgen erfolgt. Anlässlich dieser Prüfung sei festgestellt worden, dass eine Mehrzahl der beschäftigten Personen nicht zur Sozialversicherung gemeldet worden sei. Auch der Prüfungszeitraum 2015 und 2016 habe eine Minderabführung von über EUR 700.000,-- ergeben. Auch für 2018 und den Nachfolgezeitraum habe die Finanzverwaltung der klagenden Partei mittels erst im Jahr 2020 erlassener Abgabenbescheide Nachzahlungen von Lohn- und Kommunalsteuer vorgeschrieben, weil die klagende Partei auch in diesem Zeitraum in

persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit beschäftigte Dienstnehmer nicht ordnungsgemäß zur Sozialversicherung gemeldet habe. Ein entsprechender Verdacht der Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen und Abzugsteuern habe zum Zeitpunkt der Veröffentlichung des Beitrags des Beklagten bestanden.

Die Beitragspflicht nach § 4 ASVG entstehe auch dann, wenn die einem Pflichtversicherungstatbestand entsprechende Arbeitsleistung tatsächlich erbracht werde. Diese Voraussetzungen hätten bei den weißrussischen Musikern vorgelegen. Die klagende Partei habe die insofern geschuldeten Abgaben (Dienstgeberabgaben, Lohn- und Kommunalsteuer) nicht entrichtet.

Mit dem angefochtenen **Urteil** wies das Erstgericht das Klagebegehren ab. Es traf noch folgende Feststellungen:

**„(A) Ein Gehalt von Konzertmusikern von EUR 35,-- pro Tag ist Lohndumping und drückt auch das Niveau anderer Veranstalter.** Zum Ausmaß der Entlohnung von Orchestermitgliedern hat der Beklagte im Jahr 2019 vom Manager des Orchesters Minsk, eine Aufstellung erhalten, die seine Informationen bestätigt hat.“

„Der Beklagte hat seinen fertigen Blog vor der Veröffentlichung am 13.2.2018 niemanden auf Seiten der klagenden Partei gezeigt. **(B1) Er hat jedoch noch am Tag vor der Veröffentlichung seines Blogs per E-Mail beim stellvertretenden Intendanten der klagenden Partei und dem Festspielleiter um eine Stellungnahme angefragt**, insbesondere ob sie etwas zu den Zuständen in Erl zu sagen haben. Der Beklagte erklärte ihnen, dass bei der klagenden Partei „einiges im Argen liegt“ und er mit ihnen darüber sprechen wolle. **(B2) Während der stellvertretende Intendant erst zwei oder drei Tage nach der Veröffentlichung antwortete, wurde der Beklagte vom Festspielleiter noch vor der Veröffentlichung per Telefon kontaktiert.** Dieser lud den Beklagten an seinen damaligen Wohnsitz in Lucca (Italien) ein. Dort könne er mit ihm sprechen, weil er sich dort aufhalte. Er hat dem Beklagten auch erklärt, er soll, bevor er einen Blödsinn

schreibe, zu den Festspielen nach Erl kommen und sich alles anschauen. Er könne dort mit jedem Menschen reden. Der Beklagte gab ihm hierauf zur Antwort dass er das nicht mache und jetzt einmal schreibe, der Festspielleiter seinen Blog lesen und sich dann bei ihm melden könne.“

**„(C) Probleme wie Budgetüberschreitungen, Nachzahlungen etc. wurden erst nach dem Abgang des Festspielleiters eliminiert, weil alles auf „neue Beine“ gestellt wurde.“**

In der **rechtlichen Beurteilung** führte das Erstgericht aus, nach dem Gesamteindruck, den der Blog einem unbefangenen Durchschnittsleser vermittelt habe, bestehe der Verdacht, dass die klagende Partei Abgaben nicht abgeführt und Scheinselbstständigkeit angenommen habe, um möglichst geringe Honorare zu zahlen. Dabei handle es sich um eine Tatsachenbehauptung. Der Beklagte habe von ca. 50 Quellen zu hören bekommen, dass bei der klagenden Partei Arbeitszeiten überschritten, keine Ruhepausen eingehalten, Ruhetage auf Feiertage verlegt und Urlaubersatzentgelte nicht bezahlt worden seien sowie Mitarbeiter „Fixeinstellungen bei Werkverträgen“ hätten. Betreffend ausländischer Musiker und Sänger sei zwar eine Sicherungsbescheinigung eingeholt, aber danach nicht um eine Beschäftigungsbewilligung angesucht worden. Die niedrigsten Gehälter hätten EUR 35,- pro Tag betragen, was als Lohndumping bezeichnet worden sei. Es habe erhebliche Abgabennachforderungen bis Herbst 2017 gegeben. Für die Nichteinhaltung der Ruhezeiten seien ebenfalls Geldstrafen verhängt worden. Selbst nach Ansicht der klagenden Partei seien die Entlohnungen nicht sehr hoch gewesen. Für die Wahl des falschen Bewilligungsverfahrens hinsichtlich der weißrussischen Musiker sei eine Geldstrafe von EUR 161.000,- verhängt worden. Vor Veröffentlichung des Blogs habe der Beklagte der klagenden Partei angeboten, eine Stellungnahme abzugeben.

Die festgestellten, eine Verdachtslage erhärtenden Umstände hätten unter Beachtung der vitalen Rolle der Medien als „public watchdog“ zur Folge, dass der Beklagte im ausreichenden Umfang bewiesen habe, dass der sachliche Kern der in seinem Blog dargestellten Verdachtslage zum Zeitpunkt der Veröffentlichung vorgelegen habe. Daher sei das Klagebegehren abzuweisen gewesen.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die rechtzeitige **Berufung** der klagenden Partei aus den Rechtsmittelgründen der unrichtigen Tatsachenfeststellungen aufgrund unrichtiger Beweiswürdigung sowie der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, der Berufung im Sinne einer vollinhaltlichen Klagsstattgabe Folge zu geben, hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

In der rechtzeitigen Berufungsbeantwortung beantragt der Beklagte, dem gegnerischen Rechtsmittel den Erfolg zu versagen.

Die Berufung, über die gemäß § 480 Abs 1 ZPO in nichtöffentlicher Sitzung zu entscheiden war, ist **nicht berechtigt**:

**1.1.** Die Berufungswerberin bekämpft in der Beweisrüge die zu **(A)** angeführten Feststellungen und begehrt ersatzweise, dass das Erstgericht hätte feststellen müssen, dass die dem Beklagten zu Ohren gekommenen Vorwürfe beinhalteten, dass die niedrigsten Gehälter der Konzertmusiker EUR 35,-- pro Tag betrug, das Lohndumping sei und das Niveau anderer Veranstalter drücke oder diese Feststellungen als nicht von den Ergebnissen des Beweisverfahrens gedeckt als unrichtig gar nicht treffen dürfen. Der Tagessatz von EUR 35,-- sei nur ein geringer Teil des von der Berufungsbewerberin geleisteten Entgelts. Das Gehalt der Minsker Musiker setze sich aus Tagessatz, Spesen, Verpflegung und Reisekosten vor Ort sowie einem laufenden, das ganze Jahr über geleisteten Entgelt zusammen. Das Gesamtentgelt entspreche einem ortsüblichen Einkommen.

**1.2.** Um eine Beweisrüge in der Berufung gesetzmäßig auszuführen, muss der Rechtsmittelwerber deutlich zum Ausdruck bringen, welche konkrete Feststellung er

bekämpft, infolge welcher unrichtiger Beweiswürdigung sie getroffen wurde, welche andere Feststellung begehrt wird und aufgrund welcher Beweisergebnisse und Erwägungen die gewünschte Feststellung zu treffen gewesen wäre (RIS-Justiz RS0041835; 3 Ob 27/09f; SSV-NF 12/198 uvm). Insoweit eine Beweistrüge auf die bloße „ersatzlose Streichung“ einer Feststellung abzielt, genügt dies zur gesetzmäßigen Ausführung des Rechtsmittels jedoch nicht (vgl etwa 9 ObA 26/07z; 8 Ob 337/97k). Soweit beantragt wird, dass die Feststellung nicht getroffen hätte werden dürfen, ist die Beweistrüge also nicht gesetzmäßig ausgeführt.

**1.3.** Nach Ansicht des Berufungsgerichts ist die bekämpfte Feststellung – im Sinne der Ersatzfeststellung – ohnehin so zu verstehen, dass sie sich nur auf die Wiedergabe von Informationen von Quellen an den Beklagten bezieht. Die Feststellung ist zwar insofern sprachlich missverständlich, weil sie im Indikativ formuliert ist. Der gesamte zweite Absatz auf Seite 16 bezieht sich aber darauf, was der Beklagte von seinen Quellen zu hören bekam. Auch in der rechtlichen Beurteilung hielt das Erstgericht fest, dass der Tagessatz von EUR 35,-- als Lohndumping bezeichnet worden sei. Damit ist klar, dass die Feststellung lediglich als Quellenzitat zu verstehen ist.

Ob ein bestimmter Tagessatz als Lohndumping zu bezeichnen ist, ist im Übrigen nicht feststellungsfähig, sondern eine Frage der rechtlichen Beurteilung. Zur Tatfrage gehört die Feststellung der den Sachverhalt bildenden Tatsachen einschließlich aller Schlussfolgerungen; zur Rechtsfrage gehört die Anwendung der entsprechenden Rechtsnormen samt der für ihre Anwendung notwendigerweise vorausgesetzten Erfahrungssätze (RIS-Justiz RS0111996). Dass der Tagessatz von EUR 35,-- bezahlt wurde, stellt auch die Berufungswerberin nicht in Abrede, sie argumentiert allerdings, dass dieser Tagessatz nur ein Teil des Entgelts gewesen sei, worauf bei Behandlung der Rechtsrüge noch einzugehen sein wird.

**2.1.** Weiters bekämpft die Berufungswerberin die zu **(B)** angeführten Feststellungen insofern, wonach der stellvertretende Intendant dem Beklagten erst zwei oder drei

Tage nach der Veröffentlichung geantwortet habe, und begehrt eine Ersatzfeststellung, wonach er am nächsten Tag auf das E-Mail des Beklagten geantwortet und seine Verwunderung zum Ausdruck gebracht habe, dass zwar um Stellungnahme angefragt worden, ein Gesprächsangebot aber ausgeschlagen werde, was darauf schließen lasse, dass kein tatsächliches Interesse bestehe, die andere Seite zu hören.

Das ergebe sich aus der Beilage ./23. Die geänderte Feststellung sei relevant, weil sich daraus ergebe, dass der Beklagte seine Anfrage vom 12.2.2018 ohne tatsächliches Interesse versendet habe, die von ihm im Bericht aufgestellten Verdächtigungen zu verifizieren. Der Beklagte habe damit grob sorgfaltswidrig gehandelt. Es sei ihm nur darum gegangen, die Berufungswerberin in der Öffentlichkeit bloßzustellen und in ihrem Kredit zu schädigen.

**2.2.** Eine meritorische Erledigung der Beweistrüge kann unterbleiben, wenn der vom Erstgericht festgestellte und der davon abweichende vom Rechtsmittelwerber angestrebte Sachverhalt zum gleichen rechtlichen Ergebnis führen würde oder wenn Feststellungen des Erstgerichts angefochten werden, die für die rechtliche Beurteilung der Sache ohne Bedeutung sind (RIS-Justiz RS0042386; RS0043190). Das ist hier der Fall. Auch nach der angestrebten Ersatzfeststellung äußerte sich der Vertreter der klagenden Partei nicht inhaltlich zu bestimmten Vorwürfen oder bekundete seine Gesprächsbereitschaft, sodass nicht ersichtlich ist, inwieweit die Ersatzfeststellung Einfluss auf die rechtliche Beurteilung haben könnte.

**3.** Letztlich bekämpft die Berufungswerberin die zu **(C)** wiedergegebene Feststellung und begehrt deren gänzlichen Entfall. Wie sich bereits aus den zu 1.2. dargestellten Anforderungen an eine Beweistrüge ergibt, ist diese damit nicht gesetzmäßig ausgeführt, weshalb darauf nicht weiter einzugehen ist.

**4.1.** Die Berufungswerberin kritisiert das Vorliegen mehrerer sekundärer Feststellungsmängel. So habe das Erstgericht nicht festgestellt, dass ab der

festgestellten „Drittel-Lösung“ für die Musiker und somit zum Zeitpunkt der Veröffentlichung des Blogs keine Verdachtsmomente mehr gegeben gewesen seien, dass die klagende Partei bei ihren Verträgen mit Künstlern Scheinselbstständigkeit forcieren oder Umgehungen von Dienstverträgen vorlägen. Weiters habe das Erstgericht nicht festgestellt, dass das bezahlte Entgelt branchen- und ortsüblich gewesen sei und damit weder Lohndumping noch Lohnwucher vorliege und die Behauptungen der Informanten Zeiträume betroffen hätten, die vor dem Zeitpunkt der Veröffentlichung am 18.2.2018 liegen würden. Der Zeuge Christoph Ziermann habe nur für den Zeitraum 2011-2015 Angaben machen können.

Bei richtiger rechtlicher Beurteilung hätte das Erstgericht daher feststellen müssen, dass alle dem Beklagten vorgelegenen Informationen nicht den Zeitpunkt der Veröffentlichung des Blogs, sondern die Vergangenheit betroffen hätten. Informationen über eine Verdachtslage auf Lohndumping, Lohnwucher, Scheinselbstständigkeit, Abgabenhinterziehung sowie Verstöße gegen das Arbeitsverfassungsgesetz und Umgehung des Dienstvertrages seien dem Beklagten zum Zeitpunkt der Veröffentlichung des Blogs nicht vorgelegen. Er habe daher den unwahren Eindruck erweckt, als ob diese die Vergangenheit betreffenden Zustände weiter aufrecht wären.

**4.2.** Die Frage, ob weitere Feststellungen zu treffen gewesen wären, ist eine Frage der rechtlichen Beurteilung (vgl. RIS-Justiz RS0043304 [T5]). Ein sekundärer Feststellungsmangel liegt vor, wenn das Erstgericht infolge unrichtiger rechtlicher Beurteilung erforderliche Feststellungen (zB über die Schadenshöhe, Parteiabsicht bei Vertragsschluss) nicht getroffen und notwendige Beweise nicht aufgenommen hat und daher Feststellungen für die vorzunehmende rechtliche Beurteilung fehlen (*Kodek in Rechberger/Klicka*<sup>5</sup> § 496 ZPO Rz 10). Die Feststellungsgrundlage ist nur dann mangelhaft, wenn Tatsachen fehlen, die für die rechtliche Beurteilung wesentlich sind und dies Umstände betrifft, die nach dem Vorbringen der Parteien und den Ergebnissen des Verfahrens zu prüfen waren (RIS-Justiz RS0053317). Wenn zu

einem bestimmten Thema (positive oder negative, T3) Tatsachenfeststellungen getroffen wurden, mögen diese auch von den Vorstellungen des Rechtsmittelwerbers abweichen, können diesbezüglich auch keine rechtlichen Feststellungsmängel erfolgreich geltend gemacht werden (T1). Nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs kann ein sekundärer Feststellungsmangel nur vorliegen, wenn bereits im Verfahren erster Instanz ein entsprechendes Tatsachenvorbringen erstattet wurde (4 Ob 20/18x; RIS-Justiz RS0053317 [T2]).

Ob die gerügten Feststellungsmängel vorliegen, wird an den jeweils passenden Stellen behandelt werden.

**4.3.** In der eigentlichen **Rechtsrüge** argumentiert die Berufungswerberin, der Leser verstehe die geäußerte Verdachtslage so, dass die Vorwürfe einen aktuellen Zeitpunkt und nicht länger zurückliegende Zeiträume betreffen würden. Der klagenden Partei sei also vorgeworfen worden, aktuell in strafrechtlich relevanter Weise Abgaben hinterzogen zu haben, Löhne deutlich unter einem kollektivvertraglichen oder ortsüblichen Niveau bezahlt zu haben, aus steuerlichen und sozialversicherungsrechtlichen Gründen Scheinselbstständigkeit angenommen und dadurch Dienstverträge umgangen, gegen das Ausländerbeschäftigungsgesetz und das Arbeitsverfassungsgesetz, Arbeitszeitgesetz, Arbeitsruhegesetz und Urlaubsgesetz verstoßen zu haben und das Urheberrechtsgesetz auszuhebeln.

Den Beklagten treffe die Beweislast hinsichtlich der Richtigkeit der in Vermutungsform geäußelter Vorwürfe. Es reiche nicht, dass er sich auf ihm vorliegende Informationen und Informanten berufe. Gegen die Berufungswerberin sei weder ein Finanzstrafverfahren anhängig gewesen noch habe es eine entsprechende Verurteilung gegeben. Infolge der im Herbst 2017 abgeschlossenen GPLA-Prüfung seien die Verträge beginnend ab der Saison 2017/2018 rechtlich korrekt umgestaltet worden, sodass keine Scheinselbstständigkeit und keine Umgehung von Dienstverträgen gegeben gewesen sei. Das Entgelt für die nicht weißrussischen

Künstler sei branchenüblich vergleichbar mit anderen Festivals im Burgenland, Niederösterreich und dem deutschen Raum. Die Gehälter der weißrussischen Musiker würden sich aus verschiedenen Aspekten zusammensetzen. Dass die Entlohnung von Musikern grundsätzlich nicht hoch sei, rechtfertige nicht die Bezeichnung als Lohndumping. Das Erstgericht habe nicht festgestellt, dass die Klägerin gegen das Arbeitsverfassungsgesetz verstoßen würde. Das Beweisverfahren habe keine Anhaltspunkte dafür hervorgebracht, dass jemals ein Verdacht auf Abgabenhinterziehung oder Verstöße gegen das Arbeitsverfassungsgesetz vorgelegen habe. Es gehe nicht an, Verdachtsmomente aus der Vergangenheit unendlich zu prolongieren.

Der Beklagte habe bewusst auf eine Stellungnahme der Berufungswerberin verzichtet und längst überholte Sachverhalt so dargestellt, als ob sie noch aktuell wären, obwohl er dies durch Rückfrage leicht hätte verifizieren können. Das Erstgericht habe nicht zwischen den sechs inkriminierten Behauptungen differenziert. Selbst unter Heranziehung der eigenen – verfehlten – Rechtsansicht des Erstgerichts hätte es dem Klagebegehren jedenfalls hinsichtlich der Behauptungen auf Abgabenhinterziehung sowie Verstößen gegen das Arbeitsverfassungsgesetz stattgeben müssen. Das Recht auf freie Meinungsäußerung rechtfertige keine Herabsetzung durch unwahre creditschädigende Tatsachenbehauptungen. Zusammengefasst hätte das Erstgericht zum Schluss kommen müssen, dass es dem Beklagten nicht gelungen sei nachzuweisen, dass die inkriminierten Behauptungen betreffend einer Verdachtslage zum Zeitpunkt der Veröffentlichung des Blogs in ihrem wesentlichen Tatsachenkern wahr seien. Es hätte daher dem Klagebegehren zur Gänze stattgeben müssen.

**5.1.** § 1330 Abs 1 ABGB sanktioniert Ehrenbeleidigungen, die nach jüngerer Rechtsprechung zugleich Tatsachenbehauptungen sein können, Abs 2 hingegen nur unwahre rufschädigende Tatsachenbehauptungen, nicht jedoch Werturteile. Tatsachenbehauptungen sind einer objektiven Überprüfung zugänglich. Wertende Äußerungen können zugleich Tatsachenbehauptung sein, wenn sie von bestimmten

Tatsachen ausgehen („konkludente Tatsachenbehauptung“) (*Danzl* in *KBB ABGB*<sup>6</sup> § 1330 ABGB Rz 2). Die Aufnahme von Tatsachen in eine Homepage erfüllt den Tatbestand der Verbreitung im Sinn des § 1330 Abs 2 ABGB (RIS-Justiz RS0114804). Die Auslegung des Bedeutungsinhalts einer Äußerung hat nach dem Verständnis eines durchschnittlich qualifizierten Erklärungsempfängers bzw. eines durchschnittlich unbefangenen Lesers zu erfolgen (RIS-Justiz RS0115084, RS0115084), nicht nach dem subjektiven Willen des Erklärenden (RIS-Justiz RS0031883 [T1]). Die Ermittlung des Bedeutungsinhalts ist im Allgemeinen eine Rechtsfrage, die von den näheren Umständen des Einzelfalls, insbesondere aber von der konkreten Formulierung in ihrem Zusammenhang abhängt (RIS-Justiz RS0031883 [T6]). Für eine Tatsachenbehauptung ist wesentlich, ob sich ihr Bedeutungsinhalt auf einen Tatsachenkern zurückführen lässt, der einem Beweis zugänglich ist, sodass sie nicht nur subjektiv angenommen oder abgelehnt, sondern als richtig oder falsch beurteilt werden kann (RS0031815 [T19]).

**5.2.** Dass der Beklagte im Sinne dieser Judikatur Informationen veröffentlicht hat, deren Bedeutungsinhalt sich auf einen Tatsachenkern zurückführen lässt, ist im Berufungsverfahren nicht weiter strittig. Soweit die Berufungswerberin argumentiert, ein durchschnittlich qualifizierter Leser verstehe den Beitrag des Beklagten so, dass sich dieser ausschließlich auf Zustände zum Zeitpunkt der Berichterstattung beziehe, schließt sich das Berufungsgericht dem nicht an. Eine Berichterstattung kann sich zwingend immer nur auf vergangene Zustände beziehen. Es ist bei Recherchebeiträgen kaum möglich, darüber zu berichten, was sich im Moment der Berichterstattung ereignet. Andererseits ist der Berufungswerberin Recht zu geben, dass durch die Formulierung „was so im Raum steht“ jedenfalls nicht der Eindruck entsteht, als ob es sich bereits um lang zurückliegende, abgeschlossene Sachverhalte ohne Bezug auf die gegenwärtigen Verhältnisse handeln würde. Auch die Überschrift „*Die unfassbaren Zustände bei den Tiroler Festspielen Erl*“ vermittelt den Eindruck, als ob die angeprangerten Missstände zumindest zum Teil noch bestünden. Aus dem

gesamten Beitrag geht aber klar hervor, dass sich der Beklagte auf Informationen und Quellen bezieht, die teilweise mehrere Jahre zurückliegen. So wird auf Seite 4 eine Vereinbarung vom 16.4.2015 wiedergegeben, auf Seite 6 ein Dienstvertrag aus dem Jahr 2016, auf Seite 8 ein Werkvertrag für die Wintersaison 2016/2017. Auf Seite 11 wird ein Informant hinsichtlich einer Gage im Sommer 2006 zitiert.

Nachdem der Beklagte ein – seines Erachtens vorliegendes – allgemeines Sittenbild zeichnet, gewinnt der Leser nach Ansicht des Berufungsgerichts keineswegs den Eindruck, als ob sich der Blog nur auf Zustände unmittelbar vor Veröffentlichung bezieht. Vielmehr geht deutlich hervor, dass darin seit längerem und bis in die jüngere Vergangenheit andauernde Zustände beschrieben werden. Ausgehend davon vertritt das Berufungsgericht die Ansicht, dass der Blog so verstanden wird, dass damit jedenfalls (auch) Zustände im Jahr 2017 beschrieben werden.

Dass der Bericht Zeiträume betraf, die vor dem Zeitpunkt der Veröffentlichung des Blogbeitrags lagen, ergibt sich aus diesem ohnehin, zumal ihn das Erstgericht zum Urteilsbestandteil erklärt hat. Der diesbezüglich gerügte sekundäre Feststellungsmangel liegt daher nicht vor.

**5.3.** Der Schutz des guten Rufs und der wirtschaftlichen Lage derjenigen, die von unwahren Tatsachenbehauptungen betroffen sind, beschränkt notwendigerweise die Meinungsäußerungsfreiheit (RIS-Justiz RS0075642). Bei unwahren Tatsachenbehauptungen oder bei Werturteilen, basierend auf unwahren Tatsachenbehauptungen, gibt es daher kein Recht auf freie Meinungsäußerung (RIS-Justiz RS0107915). Sofern ihre objektive Richtigkeit überprüfbar ist, sind auch bewertende Einschätzungen Tatsachenbehauptungen gleichzusetzen (RIS-Justiz RS0032270). Ist eine Rufschädigung gleichzeitig Ehrenbeleidigung im Sinne des § 1330 Abs 1 ABGB, so hat der Betroffene bezüglich der Ansprüche nach Abs 2 nur die Tatsachenverbreitung zu beweisen. Die Richtigkeit der Tatsache (Wahrheitsbeweis) beziehungsweise das Fehlen der (objektiven beziehungsweise subjektiven)

Vorwerfbarkeit der unrichtigen Verbreitung hat der Täter zu beweisen. Nur wenn die Rufschädigung nicht gleichzeitig auch eine Ehrenbeleidigung umfasst, trifft den Kläger nach allgemeinen Regeln die Beweislast, das heißt er hat die Tatsachenverbreitung und deren Ursächlichkeit für die Gefährdung oder Verletzung zu beweisen und darüber hinaus auch die Tatsachenunrichtigkeit (RIS-Justiz RS0031798).

**5.4.** Der Vorwurf illegalen Verhaltens ist gleichzeitig Ehrenbeleidigung (6 Ob 15/21f mwN). Die Vorwürfe des Beklagten beziehen sich primär auf eine behauptete gesetzwidrige Behandlung von Mitarbeitern der klagenden Partei und sind nach Ansicht des Berufungsgerichts als ehrenrührig zu qualifizieren. Ehrenbeleidigung ist jedes der Ehre – verstanden als Personenwürde (§ 16 ABGB) – nahetretende Verhalten, auch wenn es strafrechtlich nicht zu ahnden ist (RIS-Justiz RS0008984 [T3 und T5]; RS0031977 [T1]; RS0032008 [T1]). Es geht um die Einschätzung der Person durch ihre Umwelt, also um ihre soziale Wertstellung innerhalb der Gemeinschaft (6 Ob 182/15f [Punkt 1.1.]). Es kommt darauf an, ob die Äußerung objektiv geeignet ist, ehrverletzend zu wirken und in concreto auch diese Wirkung gehabt hat (RIS-Justiz RS0028870). Nach ständiger Rechtsprechung kommt auch juristischen Personen das Recht auf Ehre zu (RIS-Justiz RS0008985).

Ausgehend davon trifft die Beweislast grundsätzlich den Beklagten.

**6.1.** Gegenstand des Wahrheitsbeweises ist nicht nur der vollständige Beweis der Richtigkeit der Tatsachenbehauptung, es genügt der Beweis der Richtigkeit des Tatsachenkerns. Unwahr ist eine Äußerung dann, wenn ihr sachlicher Kern im Zeitpunkt der Äußerung nicht mit der Wirklichkeit übereinstimmt (RIS-Justiz RS0115694). Der Wahrheitsbeweis ist schon dann als erbracht anzusehen, wenn er den Inhalt der Mitteilung im Wesentlichen bestätigt (RIS-Justiz RS0079693).

**6.2.** Nach ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs ist dann, wenn ein bekämpftes Zitat in einer wahrheitsgetreuen Wiedergabe der Äußerung eines Dritten besteht und keine Identifikation des Verbreiters mit der veröffentlichten Meinung des

Zitierten stattfand, zu prüfen, ob sich aus der gebotenen Interessenabwägung ein Rechtfertigungsgrund ergibt; die Weiterverbreitung ist dann gerechtfertigt, also nicht rechtswidrig, wenn das Interesse der Öffentlichkeit an der Kenntnis der Äußerung die Interessen des Verletzten überwiegt, etwa wegen der besonderen Stellung des Zitierten in der Öffentlichkeit oder wegen der aktuellen, besonderen Wichtigkeit des Themas (RIS-Justiz RS0111733). Ob eine Identifikation des Verbreiters mit der veröffentlichten Meinung des Zitierten stattfand, richtet sich danach, wie die Aussagen von einem zumindest nicht unerheblichen Teil der angesprochenen Leser bei ungezwungener Auslegung verstanden werden (RIS-Justiz RS0111733 [T5]).

Im vorliegenden Fall kann nicht davon gesprochen werden, dass der Beklagte lediglich in neutraler Weise Zitate seiner Quellen wiedergegeben hat. Durch Formulierungen wie „unfassbare Zustände, Ausbeutung, Despotie, Machtmissbrauch unvorstellbare Ausbeutung“ u.ä. hat sich der Beklagte die inhaltlichen Ausführungen seiner Quellen klar zu eigen gemacht, weshalb er nach der Rechtsprechung die Richtigkeit seiner Vorwürfe zu beweisen hat und nicht bloß den Umstand, dass auch andere solche Vorwürfe schon erhoben haben (vgl 6 Ob 164/19i).

**6.3.** Als Tatsachenmitteilungen gelten auch Verdächtigungen und abfällige Urteile, die auf entsprechende Tatsachen schließen lassen; es genügt, dass eine Äußerung, wenn auch nur mittelbar, eine abfällige Tatsachenmitteilung enthält, die objektiver Nachprüfung zugänglich ist (RIS-Justiz RS0032494). Auch bloße Verdächtigungen fallen daher unter § 1330 Abs 2 ABGB, weil diese Bestimmung bei anderer Auslegung gegen geschickte Formulierungen wirkungslos wäre (RIS-Justiz RS0031816). Berichterstattung muss neutral und ausgewogen sein, weil sonst durch die Wiedergabe von Verdächtigungen dritter Personen der Schutz des § 1330 Abs 2 ABGB leicht umgangen werden könnte (T4).

**6.4.** Der Berufungswerberin ist zuzustimmen, dass das Klagebegehren nicht einheitlich beurteilt werden kann, sondern mehrere, getrennt voneinander zu prüfende Vorwürfe beinhaltet.

**7.1.** „Abgabenhinterziehung“ bedeutet nach § 33 FinStrG, dass jemand vorsätzlich unter Verletzung einer abgabenrechtlichen Anzeige-, Offenlegungs- oder Wahrheitspflicht eine Abgabenverkürzung bewirkt. Mit diesem Bedeutungsgehalt des Vorwurfs argumentiert auch die Berufungswerberin. Die gesetzliche Definition des Begriffs ist aber nicht entscheidend, sondern das Verständnis eines durchschnittlich qualifizierten Lesers des Beitrags des Beklagten. Das Berufungsgericht vertritt die Ansicht, dass der Leser den Vorwurf zumindest seinem Tatsachekern nach so verstehen wird, dass gesetzmäßig abzuführende Abgaben nicht entrichtet wurden. Auf das Vorliegen oder die Form eines allfälligen Vorsatzes kommt es daher nicht an. Dass Abgabenprüfungen oft erst teilweise längere Zeit nach Fälligkeit der jeweiligen Abgaben durchgeführt werden, ist allgemein bekannt. Insofern muss nach Ansicht des Berufungsgerichts für den Leser auch offensichtlich sein, dass sich dieser Vorwurf nicht auf Zustände im Jahr 2018, sondern bereits länger zurückliegende bezieht. Dass ein Journalist kaum Kenntnis haben kann, ob Abgaben in den letzten eineinhalb Monaten entrichtet wurden, liegt auf der Hand. Wie bereits dargelegt geht aus dem Beitrag insgesamt klar hervor, dass er sich nicht nur auf den Zeitpunkt der Berichterstattung oder auch nur Zustände wenige Monate zuvor bezieht.

Aus den „Erlebnisberichten“ wird auch der Vorwurf deutlich, dass Werkverträge zur Umgehung von Dienstverträgen geschlossen worden seien (siehe etwa Seite 4). Als Konsequenz daraus ergibt sich der implizite Vorwurf, dass lohnabhängige Abgaben nicht abgeführt wurden.

**7.2.** Aus den Feststellungen des Erstgerichts ergibt sich, dass die Vorgangsweise der klagenden Partei, die Entlohnung ihrer Künstler „zu zwei Drittel auf Basis eines Werkvertrages und zu einem Drittel auf Basis eines Dienstvertrages“ vorzunehmen,

von der zuständigen Gesundheitskasse als unrechtmäßig beurteilt wurde, weshalb die Verträge ab Herbst 2017 umgestellt worden. Hinsichtlich der Entlohnung vor diesem Zeitpunkt führte die Vertragsgestaltung der klagenden Partei aber zu einer umfassenden Nachforderung von EUR 730.546,-- an Kommunalsteuer, Lohnsteuer, Sozialversicherung und Säumniszuschlag.

Ausgehend von dem vom Berufungsgericht vertretenen Verständnis des Vorwurfs der „Abgabenverkürzung“ ist dieser seinem Tatsachenkern nach somit richtig, da die klagende Partei öffentliche Abgaben erst aufgrund einer Nachforderung entrichtet hat. Eine Äußerung ist im Übrigen noch grundsätzlich als richtig anzusehen, wenn sie nur in unwesentlichen Details nicht der Wahrheit entspricht (RIS-Justiz RS0031798[T13]). Dass die Zahlung der Nachforderung den Feststellungen zufolge noch im Jahr 2017 erfolgte und es für den Zeitraum ab der Umstellung der Verträge im Herbst 2017 keine Nachforderungen mehr gab, ändert daran nichts, da sich der Vorwurf nach Ansicht des Senats – wie dargelegt – nicht nur auf einen kurzen Zeitraum unmittelbar vor der Berichterstattung bezog.

Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass die einzelnen Vorwürfe nicht isoliert voneinander gesehen werden können, weil der Beklagte die Gesamtsituation bei den Tiroler Festspielen Erl anprangerte. Zumindest zwei zentrale andere Vorwürfe, nämlich des Verstoßes gegen das Ausländerbeschäftigungsgesetz und das Arbeitszeitruhegesetz, haben sich als zutreffend herausgestellt, zumal aufgrund dieser Verstöße Geldstrafen verhängt worden. Dass die klagende Partei ihr diesbezügliches Begehren zurückgezogen hat, führt nicht dazu, dass diese Verstöße bei der Gesamtbetrachtung des Beitrags außer Betracht zu lassen sind. Der Verstoß betreffend die Nichteinhaltung der Ruhezeiten der Orchestermittglieder betraf den Zeitraum von 11/2017-01/2018, also bis kurz vor dem Zeitpunkt der Berichterstattung. Wie sich aus der (im Berufungsverfahren verwertbaren, vgl. RIS-Justiz RS0121557) Beilage ./E ergibt, bezog sich auch das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft

Kufstein vom 5.9.2019 auf Zeiträume bis ins Jahr 2018 hinein, nämlich bis zum 8.1.2018.

Der Beklagte hat daher den Wahrheitsbeweis hinsichtlich des Vorwurfs der Abgabenverkürzung erbracht, weshalb der Berufung in diesem Punkt keine Folge zu geben war.

**7.3.** Dasselbe gilt für den Vorwurf der Scheinselbstständigkeit und der Umgehung von Dienstverträgen. Unter Scheinselbstständigkeit ist ein Arbeitsverhältnis zu verstehen, bei dem ein vertraglich als selbständig betitelter Auftragnehmer nach objektiven Kriterien Arbeitnehmer ist und als solcher versicherungspflichtig angemeldet werden müsste. Scheinselbstständigkeit erweckt den Rechtsschein der Selbstständigkeit, obwohl tatsächlich ein Arbeitsverhältnis besteht. So wird der Begriff nach Ansicht des Berufungsgerichts auch vom durchschnittlichen Leser des Beitrags des Beklagten verstanden werden. „Umgehung von Dienstverträgen“ hat im Wesentlichen denselben Bedeutungsgehalt.

Auch dieser Vorwurf ist inhaltlich zutreffend, da die Praxis der klagenden Partei, ihre Künstler zu zwei Drittel auf Werksvertragsbasis zu entlohnen, als unrechtmäßig erkannt wurde. Aufgrund der Prüfung durch die Gesundheitskasse gestaltete die klagende Partei die Verträge so um, dass nur noch zu einem Drittel auf Werksvertragsbasis gearbeitet wurde. Daraus ergibt sich aber, dass hinsichtlich eines Drittels der Arbeitsleistungen von Scheinselbstständigkeit gesprochen werden muss. Dieser Zustand der teilweisen Scheinselbstständigkeit dauerte bis Herbst 2017 an. Dass – wie von der Berufungswerberin argumentiert – ab der festgestellten „Drittel-Lösung“ keine Verdachtsmomente der Scheinselbstständigkeit bzw. Umgehung von Dienstverträgen mehr vorgelegen seien, ist nach der vom Berufungsgericht bereits mehrfach dargelegten Ansicht nicht relevant, weshalb auch der insofern gerügte sekundäre Feststellungsmangel nicht vorliegt.

Daher war der Berufung auch in diesem Punkt keine Folge zu geben.

**7.4.** Das Arbeitsverfassungsgesetz regelt verschiedene Materien wie kollektive Rechtsgestaltung, Betriebsverfassung und Kündigungsschutzbestimmungen. Das KollV-Recht bildet zusammen mit dem Arbeitskampfrecht (im ArbVG nicht geregelt), dem Schlichtungsrecht (vgl §§ 153 bis 155) und dem Berufsverbandsrecht (im ArbVG nicht umfassend geregelt, sondern nur punktuell berührt; zB § 39) das Berufsverfassungsrecht (überbetriebliches Arbeitsverfassungsrecht) und dieses wieder bildet zusammen mit dem Betriebsverfassungsrecht (betriebliches Arbeitsverfassungsrecht) das Arbeitsverfassungsrecht oder – wie es auch öfter genannt wird – das kollektive Arbeitsrecht (*Strasser in Strasser/Jabornegg/Resch, ArbVG Vor § 2 Rz 2*).

Diese juristische Definition wird dem ganz überwiegenden Anteil der Leser des Blogs des Beklagten nicht bekannt sein. Allgemein bekannt hingegen ist, dass eine Verfassung bzw. das Verfassungsrecht grundsätzliche und elementar wichtige Regelungen trifft. Ausgehend davon wird der durchschnittlich qualifizierte Leser den Vorwurf des Verstoßes gegen das Arbeitsverfassungsgesetz so deuten, dass wichtige arbeitsrechtliche Regelungen nicht eingehalten worden. Die gesetzmäßige Beschäftigung von Ausländern und insbesondere die auch abgabenrechtlich entscheidende korrekte Vertragsgestaltung können durchaus als essenzielle Regeln im vorgenannten Sinn verstanden werden.

Wie bereits dargelegt, sind mehrere Verstöße der klagenden Partei gegen wichtige arbeitsrechtliche Vorschriften zu bejahen. Zumal der Vorwurf des Verstoßes gegen das Arbeitsverfassungsgesetz im Beitrag nicht weiter konkretisiert wurde, wird der durchschnittliche Leser davon ausgehen, dass die geschilderten Sachverhalte (insbesondere der Vorwurf der Scheinselbstständigkeit, Abgabenverkürzung, Verstoß gegen das Ausländerbeschäftigungsgesetzes) auch das Arbeitsverfassungsrecht tangieren. Die juristisch korrekte Subsumtion kann nur von einem Bruchteil der Leser, und somit nicht vom durchschnittlich verständigen Leser, erwartet werden. Aufgrund der dargelegten zu bejahenden Verstöße der klagenden Partei gegen arbeitsrechtliche

Vorschriften kann auch der Vorwurf hinsichtlich des behaupteten Verstoßes gegen das Arbeitsverfassungsgesetz nicht erfolgreich auf § 1330 ABGB gestützt werden, weshalb der Berufung auch insofern keine Folge zu geben war.

**8.1.** Im Wesentlichen deckungs- bzw. wesensgleich ist die Behauptung des Beklagten, wonach beim Betrieb der Tiroler Festspiele Erl der Verdacht auf Lohndumping und Lohnwucher bestehe.

Nach § 3 Abs. 1 des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LDS-BG) hat ein Arbeitnehmer mit gewöhnlichem Arbeitsort in Österreich zwingend Anspruch auf das nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zustehende Entgelt. Ein durch einen Arbeitgeber mit Sitz in einem Drittstaat nach Österreich zur Arbeitsleistung entsandter Arbeitnehmer hat unbeschadet des auf das Arbeitsverhältnis anzuwendenden Rechts für die Dauer der Entsendung nach Abs. 3 zwingend Anspruch auf zumindest jenes gesetzliche, durch Verordnung festgelegte oder kollektivvertragliche Entgelt, das am Arbeitsort vergleichbaren Arbeitnehmern von vergleichbaren Arbeitgebern gebührt. Sind nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag Sonderzahlungen vorgesehen, hat der Arbeitgeber diese dem entsandten Arbeitnehmer oder der grenzüberschreitend überlassenen Arbeitskraft aliquot für die jeweilige Lohnzahlungsperiode zusätzlich zum laufenden Entgelt (Fälligkeit) zu leisten. Weiters haben entsandte Arbeitnehmer nach Abs. 7 zwingend Anspruch auf zumindest jenen gesetzlichen, durch Verordnung festgelegten oder kollektivvertraglichen Aufwandsersatz für Reise-, Unterbringungs- oder Verpflegungskosten, die während der Entsendung in Österreich anfallen, der am Arbeitsort vergleichbaren Arbeitnehmern von vergleichbaren Arbeitgebern gebührt. Dieser Aufwandsersatz umfasst Kosten anlässlich von Reisebewegungen, wenn der Arbeitnehmer von einem regelmäßigen Arbeitsplatz im Inland zu einem anderen Arbeitsplatz im Inland reist. Nach § 4 leg. cit. haben entsandte Arbeitnehmer für die Dauer der Entsendung weiters zwingend Anspruch auf bezahlten Urlaub nach § 2 des Urlaubsgesetzes oder vergleichbaren österreichischen Vorschriften, sofern das

Urlaubsausmaß nach den Rechtsvorschriften des auf das Arbeitsverhältnis anzuwendenden Rechts geringer ist. Außerdem gelten für entsandte Arbeitnehmer gemäß § 5 zwingend die Mindestruhezeiten einschließlich der kollektivvertraglich festgelegten Arbeitszeit- und Arbeitsruheregelungen, die am Arbeitsort für vergleichbare Arbeitnehmer von vergleichbaren Arbeitgebern gelten. Der Auftraggeber als Unternehmer haftet gemäß § 8 für die Entgeltansprüche von entsandten Arbeitnehmern eines Arbeitgebers mit Sitz in einem Drittstaat.

**8.2.** Aus diesen Bestimmungen ergibt sich, dass Lohndumping (das im Gesetz trotz dessen Überschrift nicht näher definiert wird), grundsätzlich dann vorliegt, wenn ausländische Arbeitskräfte gehaltsmäßig schlechter gestellt werden als inländische Arbeitnehmer, die vergleichbare Leistungen erbringen. Dass das Gesetz mehrere Tatbestände von seinem Anwendungsbereich ausnimmt, ändert nichts an dieser grundsätzlichen Wertung. Wortlaut und Normzweck gehen dahin, dass österreichische Arbeitsbedingungen im Zug der Ausübung der Dienstleistungsfreiheit nicht im Weg eines Sozialdumpings unterlaufen werden sollen (*Mayr, Arbeitsrecht § 3 LSD-BG E2*). Grundsätzlich sollen so für inländische und ausländische Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gleiche Arbeitsmarkt- und Lohnbedingungen gesichert werden.

Auch der durchschnittlich qualifizierte Leser wird die Äußerungen des Beklagten in seinem Blogbeitrag so verstehen, dass die klagende Partei im Rahmen ihrer Festspiele dort tätige Musiker jedenfalls schlechter bezahlt hat als dies bei vergleichbaren Veranstaltungen üblich ist. Nach Ansicht des Senats kommt es darüber hinaus nicht nur auf den Vergleich mit anderen Musikern an, sondern auch eine Gesamtbetrachtung des österreichischen Lohnniveaus. Eine vergleichsweise sehr geringe Bezahlung der Tätigkeit hochspezialisierter Musiker wird vom Leser ebenfalls als Lohndumping verstanden werden.

Der Begriff des Lohnwuchers geht damit Hand in Hand. Lohnwucher wird von der Rechtsprechung bei „Schuld- und Hungerlöhnen“ angenommen, deren Höhe in

auffallendem Missverhältnis zum Wert der Leistung des Dienstnehmers steht, wenn ihre Vereinbarung durch Ausbeutung des Leichtsinns, einer Zwangslage, der Unerfahrenheit oder der Verstandesschwäche des Dienstnehmers zustande gekommen ist (RIS-Justiz RS0016702). Wucher setzt als objektives Merkmal eine grobe, leicht erkennbare Äquivalenzstörung voraus; dabei sind die gesamten beiderseitigen Leistungswerte in ein Verhältnis zu setzen (RIS-Justiz RS0016947). Auch im allgemeinen Sprachgebrauch bezeichnet Wucher das Angebot einer Leistung zu einer deutlich überhöhten Gegenleistung unter Ausnützung einer Schwächesituation eines Vertragspartners. So wird der Begriff nach Ansicht des Senats von einem durchschnittlich qualifizierten Leser des Blogs des Beklagten auch verstanden werden. Ausgehend davon wird ein derartiger Adressat die Bezahlung ausländischer Musiker unterhalb des österreichischen Niveaus durchaus sowohl als Lohndumping als auch Lohnwucher verstehen, da schon die schlechtere Lohnsituation im Herkunftsstaat eine für den Wucher typische schwächere Position mit sich bringt.

**8.3.** Die Feststellungen des Erstgerichts zur Bezahlung der Musiker sind nicht sehr aussagekräftig. Die zu **(A)** bekämpfte Feststellung ist wie dargelegt lediglich als Zitat aufzufassen, selbst bei gegenteiliger Ansicht bezieht sie sich nur auf „die niedrigsten“ Gehälter, wobei nicht eindeutig ist, ob damit nur die weißrussischen Musiker gemeint sind. Wie viel die klagende Partei den weißrussischen Musikern bezahlt hat, ergibt sich aus dem Sachverhalt nicht. Es steht zwar fest, dass die weißrussischen Musiker einen Tagessatz erhielten. Dessen Höhe wurde nicht festgestellt.

Nachdem die klagende Partei selbst vorgebracht hat, den Mitgliedern des weißrussischen Chors einen Tagessatz von EUR 35,-- bezahlt zu haben, und darüber hinaus die Kosten der Anreise übernommen zu haben, kann davon aber jedenfalls ausgegangen werden. Darüber hinaus erhielt das Orchester einen monatlichen Pauschalbetrag von EUR 15.000,--, der „selbstständig“ auf die einzelnen Künstler aufgeteilt wurde. Welchen Lohn die Künstler letztendlich insgesamt bezogen,

insbesondere während ihrer Tätigkeit in Österreich, ergibt sich aus diesen Feststellungen nicht. Ob die Pauschale von EUR 15.000,-- auch dem Chor bezahlt wurde, ist nach dem Wortlaut der Feststellungen nicht eindeutig. Dass beim Chor „dasselbe passierte wie beim Orchester“, könnte zwar so verstanden werden, bezieht sich aber auf den gesamten vorherigen Absatz, sodass unklar ist, ob alle Details der Vereinbarung der klagenden Partei mit dem Chor ident waren wie bei jener mit dem Orchester.

Die klagende Partei hat die Bezahlung einer derartigen Pauschale aber nur hinsichtlich des Orchesters vorgebracht und selbst darauf verwiesen, dass sich die Höhe der (niedrigeren) Tagessätze bei den Mitgliedern des Chors aus dessen (staatlichen) Vorgaben ergäben, deshalb sei das Tagesentgelt der Sänger des Minsker Chors tatsächlich „sehr niedrig“ (AS 93). Ausgehend davon ist der rechtlichen Beurteilung zugrunde zu legen, dass dem Minsker Chor keine Pauschale bezahlt wurde. Nur der Vollständigkeit halber ist anzumerken, dass auch die Geschäftsführerin der klagenden Partei nur hinsichtlich des Orchesters eine derartige Pauschalzahlung angab (AS 213, 223).

**8.4.** Unklar ist, welches Gehalt die Musiker in Weißrussland bezogen, damit auch, welches diesen letztlich während der Zeit ihrer Tätigkeit in Österreich insgesamt zukam. Reisekosten- bzw. Spesenersatz können nicht als Gehaltsbestandteil angesehen werden. Der Zweck der Festsetzung kollektivvertraglicher Mindestlöhne besteht darin, dem Arbeitnehmer dessen Existenz zu sichern. Dieses Mindestentgelt muss ihm daher zur Gänze zu seiner freien Verfügung verbleiben. Müsste der Arbeitnehmer von diesem Mindestentgelt Spesen (ganz oder zum Teil) bezahlen, die mit seiner Berufsausübung verbunden sind (etwa Reisekosten), dann würde das Mindestentgelt eine unzulässige Kürzung erfahren; abweichende Einzelverträge wären infolge Verstoßes gegen den zwingenden Charakter der Kollektivvertragsbestimmungen über Mindestlöhne rechtsunwirksam (RIS-Justiz RS0021340). Auch ohne die Anwendbarkeit eines Kollektivvertrags wird in

Übereinstimmung mit diesen von der Rechtsprechung entwickelten Wertungen auch der Leser des Beitrags davon ausgehen, dass Aufwandersatz kein Gehalt darstellt.

Welche Gagen für Künstler bei vergleichbaren Veranstaltungen üblich sind, ergibt sich aus dem Sachverhalt nicht. Das Erstgericht hat lediglich festgestellt, ob und inwieweit die Gehälter der bei der klagenden Partei tätigen Künstlern nach Ansicht deren vormaligen Geschäftsführers vergleichbar mit anderen Festivals seien. Dessen subjektive Einschätzung kann aber keine Feststellungen zur Ortsüblichkeit einer Entlohnung ersetzen, ebenso wenig die Feststellung, dass die Gehälter von Musikern „nicht sehr hoch“ seien.

**8.5.** Wie bereits dargelegt, ist bei den Sängern des weißrussischen Chors davon auszugehen, dass diese von der klagenden Partei lediglich einen Tagessatz von EUR 35,-- erhielten. Aus Beilage ./D ergibt sich, dass vom 21.11.2017 bis 7.1.2018 41 Mitglieder des Chors („Belarusian State Philharmonic Society“) für die klagende Partei tätig waren. Eine derartige Bezahlung für professionelle Musiker ist im Vergleich mit dem allgemeinen Lohnniveau derart niedrig, dass der Vorwurf des Lohndumpings und Lohnwuchers nach Ansicht des Senats gerechtfertigt erscheint. 2018 betrug der Ausgleichszulagenrichtsatz EUR 909,42, diese Gagen sind nur geringfügig höher. An der Bewertung als Lohndumping bzw.- wucher ändert es nichts, dass die Sänger des Chors in Weißrussland von diesem ein – der Höhe nach nicht festgestelltes – durchgehendes Gehalt erhielten. Maßgeblich ist, dass die klagende Partei in Dutzenden Fällen Künstler zu für sie finanziell äußerst günstigen Konditionen beschäftigt hat, und sich damit Ausgaben in beträchtlicher Höhe erspart hat. Zumindest liegt insofern ein Tatsachenkern vor, der den vom Beklagten geäußerten Vorwurf gerechtfertigt erscheinen lässt.

**8.6.** Selbst bei gegenteiliger Ansicht lag jedenfalls eine ausreichend substantiierte Verdachtslage vor. Nach den Feststellungen des Erstgerichts lag hinsichtlich der

weißrussischen Musiker ein „Entsendungssachverhalt“ vor. Ob das tatsächlich zutrifft, ist aber nicht feststellungsfähig, sondern eine Rechtsfrage.

Ausländer, die von einem ausländischen Arbeitgeber ohne einen im Bundesgebiet vorhandenen Betriebssitz im Inland beschäftigt werden, bedürfen gemäß § 18 Abs. 1 AuslBG soweit nicht anders bestimmt einer Beschäftigungsbewilligung. Dauern diese Arbeiten nicht länger als sechs Monate, bedürfen Ausländer einer Entsendebewilligung, welche längstens für die Dauer von vier Monaten erteilt werden darf. Nach Abs. 10 sind die Lohn- und Arbeitsbedingungen gemäß § 4 Abs. 1 Z. 2 und § 8 Abs. 1 als erfüllt anzusehen, wenn die Beschäftigung keine Gefährdung der Lohn- und Arbeitsbedingungen der inländischen Arbeitnehmer mit sich bringt. Es besteht im Regelfall kein direktes rechtliches Verhältnis zwischen dem im Bundesgebiet beschäftigten Ausländer und jener Person, die den Ausländer verwendet (*Mayr*, Arbeitsrecht § 18 AuslBG E1a). Im Verfahren betreffend Bestätigung von Entsendungen ist die zentrale Frage, ob das entsendende Unternehmen einen von einer reinen Arbeitskräfteüberlassung zu unterscheidenden „vorübergehenden Ortswechsel von Arbeitnehmern“ iSd § 18 Abs 12 vornimmt, um eine Dienstleistung im Aufnahmemitgliedstaat zu verrichten; anders ausgedrückt, ob zB zwischen dem Beschäftiger und dem Entsender tatsächlich ein echter Werkvertrag (und nicht bloß ein als solcher bezeichneter anderer Vertrag wie etwa ein verdeckter Arbeitskräfteüberlassungsvertrag) nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt zustande gekommen ist. Liegt nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt überhaupt kein Werkvertrag vor, kommt es für die Ausstellung einer EU-Entsendebestätigung nach § 18 Abs 12 auf die in § 4 Abs 2 AÜG genannten Merkmale nicht an (VwGH 6. 11. 2012, 2012/09/0130; *Mayr*, Arbeitsrecht § 18 AuslBG E 12).

Aus diesen Bestimmungen, insbesondere § 18 Abs. 10, ergibt sich, dass die Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer auch im Rahmen einer Entsendung nicht zu einer Gefährdung des Lohnniveaus inländischer Arbeitnehmer führen darf. Allgemein müssen die österreichischen gesetzlichen oder kollektivvertraglichen

Mindeststandards beachtet werden. Dieser Grundsatz gilt im Wesentlichen auch für Arbeitnehmer, die von einem Arbeitgeber ohne Sitz in Österreich für Arbeiten im Rahmen einer Arbeitskräfteüberlassung oder zur Erbringung einer fortgesetzten Arbeitsleistung nach Österreich entsandt werden (*Hainz in Kuras*, Handbuch Arbeitsrecht Kap. 2.2.1.4.). Gemäß § 2 Abs. 1 LSD-BG ist für die Beurteilung, ob ein Arbeitsverhältnis, eine grenzüberschreitende Entsendung oder Überlassung vorliegt, der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhalts maßgebend.

**8.7.** Die Dienstnehmer eines ausländischen Betriebes, der im Inland keine Betriebsstätte (Niederlassung, Geschäftsstelle, Niederlage) unterhält, gelten gemäß § 3 Abs. 3 ASVG nur dann als im Inland beschäftigt, wenn sie ihre Beschäftigung (Tätigkeit) von einem im Inland gelegenen Wohnsitz aus ausüben und sie nicht auf Grund dieser Beschäftigung einem System der sozialen Sicherheit im Ausland unterliegen. Dienstnehmer im Sinne des ASVG ist nach § 4 Abs 2, wer in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird; hierzu gehören auch Personen, bei deren Beschäftigung die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen.

Nach österr. Recht versichert sind Leih-Arbeitnehmer ausländischer Unternehmen (grenzüberschreitende Überlassung von DN iSd § 16 AÜG). Dabei handelt es sich nämlich nicht um Dienstnehmer, die ihre Tätigkeit bloß von einem inländischen Wohnsitz aus verrichten, sondern um solche, die bei einem inländischen Betrieb tätig sind. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der inländische Betrieb dem ausländischen Überlasser gehört oder ihm konzernmäßig eingegliedert ist oder ob es sich um ein selbständiges Unternehmen handelt. Eine nach ASVG versicherungsfreie Entsendung ins Inland kommt bei ausländischen Leih-Arbeitnehmern daher nach § 3 nicht in Betracht, gleichgültig ob der Überlasser oder ein (ausländischer) Beschäftiger entsendet. § 3 Abs 3 belässt also durch ausländische Unternehmen entsendete

Dienstnehmer nur dann versicherungsfrei, wenn diese einerseits in keiner inländischen Betriebsstätte dieses Unternehmens oder eines Beschäftigers im Rahmen eines Leiharbeitsverhältnisses tätig sind und andererseits einem System der sozialen Sicherheit im Ausland unterliegen (*Müller, Spiegel in Mosler/Müller/Pfeil, Der SV-Komm § 3 ASVG Rz 42 ff*). Zwischen dem Dienstgeber und dem Dienstnehmer muss also eine arbeitsrechtliche Bindung fortbestehen, es muss sich weiterhin um den Dienstnehmer des entsendenden Unternehmens handeln.

**8.8.** Unstrittig ist, dass die klagende Partei die weißrussischen Musiker nicht zur Sozialversicherung angemeldet hat, was nach Ansicht der Bezirkshauptmannschaft Kufstein aufgrund der Annahme eines Entsendungssachverhalts nicht zu beanstanden war. Wie die obigen Ausführungen zeigen, wäre ein Pflichtversicherungssachverhalt aber sehr wohl anzuwenden, wenn die klagende Partei diese Musiker entweder selbst beschäftigt hätte oder – dem wirtschaftlichen Gehalt nach – ein „Leih-Arbeitsverhältnis“ vorgelegen hätte. Die Beschäftigung von Musikern ohne Abführung der pflichtversicherungsrechtlichen Abgaben kann nach Ansicht des Senats ebenfalls als Lohndumping und -wucher verstanden werden, da damit wesentliche Gehaltsbestandteile vorenthalten werden. Damit wäre bei rechtlicher Qualifizierung als Arbeitskräfteüberlassung der inkriminierte Vorwurf des Lohndumpings und -wuchers nicht ehrenrührig iSd § 1330 ABGB.

Für die Beurteilung, ob eine Überlassung von Arbeitskräften vorliegt, ist nach § 4 Abs 1 AÜG der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhalts maßgebend. Arbeitskräfteüberlassung liegt nach Abs 2 insbesondere auch vor, wenn die Arbeitskräfte ihre Arbeitsleistung im Betrieb des Werkbestellers in Erfüllung von Werkverträgen erbringen, aber

(Z1) kein von den Produkten, Dienstleistungen und Zwischenergebnissen des Werkbestellers abweichendes, unterscheidbares und dem Werkunternehmer zurechenbares Werk herstellen oder an dessen Herstellung mitwirken oder

(Z2) die Arbeit nicht vorwiegend mit Material und Werkzeug des Werkunternehmers leisten oder

(Z3) organisatorisch in den Betrieb des Werkbestellers eingegliedert sind und dessen Dienst- und Fachaufsicht unterstehen oder

(Z4) der Werkunternehmer nicht für den Erfolg der Werkleistung haftet.

Der Gesetzgeber stellt mit der Verwendung des Wortes „oder“ klar, dass der wahre wirtschaftliche Gehalt schon dann der einer Arbeitskräfteüberlassung ist, wenn auch nur eines der demonstrativ aufgezählten Tatbestandselemente zutrifft (RIS-Justiz RS0129695). Es kommt vorwiegend darauf an, ob die Arbeitskraft in den vorgegebenen Arbeitsablauf des Werkbestellers/Beschäftigten eingereiht wurde oder unabhängig von diesem Arbeitsablauf ihre Tätigkeit frei gestalten kann. Dabei ist kein allgemeiner Maßstab entscheidend, sondern der Vergleich mit „Stamm-AN“ des Kunden, die vergleichbare Tätigkeiten ausüben. Nur wenn im Vergleich zu diesen eine wesentlich geringere Eingliederung besteht, ist der Tatbestand nicht erfüllt (*Schindler in Neumayr/Reissner, ZellKomm*<sup>3</sup> § 4 AÜG Rz 10).

**8.9.** Unstrittig ist, dass die weißrussischen Musiker nur ein Teil des gesamten Orchesters waren, vor Ort gemeinsam mit den anderen Musikern probten und gemeinsam Stücke aufführten. Unabhängig davon, dass sie diese – wie von der klagenden Partei argumentiert – vorher selbstständig einstudieren mussten, ist nach Ansicht des Berufungsgerichts nicht davon auszugehen, dass die Musiker bei ihrer Tätigkeit in Österreich ein von den Produkten, Dienstleistungen und Zwischenergebnissen der klagenden Partei abweichendes, unterscheidbares und den weißrussischen Institutionen zurechenbares Werk herstellten oder an dessen Herstellung mitwirken. Ein unterscheidbares Werk setzt voraus, dass eine gewisse Unabhängigkeit in zeitlicher und technischer Hinsicht bei der Herstellung gegeben ist, mögen auch Termine abgestimmt und (schon aus Sicherheitsgründen) die selbständig festgelegten Arbeitsschritte der verschiedenen Unternehmer abgesprochen sein. Die

„Lieferung“ einer gesamten Opernproduktion mit Künstlern, Requisiten, Masken usw an einen Festspielveranstalter ist ein eigenständiges Werk; in diesem Fall liegt keine Arbeitskräfteüberlassung vor (*Schindler in Neumayr/Reissner, ZellKomm*<sup>3</sup> § 4 AÜG Rz 8).

Das war hier aber nicht der Fall, die weißrussischen Musiker waren nur Teil eines gemeinsam probenden und auftretenden Orchesters bzw. Chors, und mussten sich den Feststellungen zufolge stets an die Anweisungen des Festspielleiters halten. Alle Betriebsmittel wurden feststellungsgemäß von der klagenden Partei zur Verfügung gestellt. Durch die gemeinsam vorzunehmenden Proben und Aufführungen ist auch offensichtlich, dass die weißrussischen Musiker nicht selbst entscheiden konnten, wann und wo sie ihre Tätigkeiten erbringen, sondern diesbezüglich den Anweisungen der klagenden Partei unterworfen waren.

Der Berufungssenat vertritt daher die Ansicht, dass die Tätigkeit der weißrussischen Musiker ihrem wirtschaftlichen Gehalt nach als Arbeitskräfteüberlassung iSd § 4 AÜG zu qualifizieren ist. Die weißrussischen Musiker unterlagen daher der Pflichtversicherung nach § 4 ASVG. Nachdem die klagende Partei unstrittig keine Anmeldung zur Sozialversicherung vorgenommen hat, ist der Vorwurf des Lohndumpings und -wuchers nach Ansicht des Senats gerechtfertigt.

Selbst bei gegenteiliger Ansicht wäre diese Qualifikation zumindest vertretbar, weshalb der Beklagte einen Tatsachenkern nachgewiesen hat, der die inkriminierten Vorwürfe rechtfertigt. Auch die Anwendung der Unklarheitenregel ist am Grundrecht auf Freiheit der Meinungsäußerung zu messen. Liegt die Annahme eines bestimmten Tatsachenkerns nahe, der wahr ist und die damit verbundenen Werturteile als nicht exzessiv rechtfertigt, so muss die entfernte Möglichkeit einer den Kläger noch stärker belastenden Deutung unbeachtlich bleiben (RIS-Justiz RS0121107).

**9.1.** Außerdem ist zu berücksichtigen, dass der Beklagte lediglich von einem Verdacht berichtet hat. Ein wahrheitsgemäßer und insbesondere auch wertneutraler Bericht

über einen (strafrechtlich relevanten) Tatverdacht bedarf selbst dann keines Beweises, dass der Betroffene die Tat tatsächlich begangen hat, wenn sich der veröffentlichte Tatverdacht auf die Behauptung konkret genannter Privatpersonen bezieht. Auf die Wahrheit des Inhalts der Verdächtigung wird es allerdings dann ankommen, wenn die Verdachtslage gar nicht gegeben ist, die hierfür als maßgebend angeführten Umstände den Verdacht nicht begründen oder überhaupt jegliche Anhaltspunkte in der einen bestimmten Tatverdacht darstellenden Veröffentlichung fehlen, worauf sich der Verdacht konkret gründet, etwa wenn jede Identifizierungsmöglichkeit von ungenannten Kronzeugen fehlt (6 Ob 7/99v) oder nicht nachvollziehbar ist, warum etwa konkret genannte Personen über ein bestimmtes Verhalten einer Person in einer bestimmten Situation informiert und überhaupt in der Lage gewesen sein konnten, ihren Äußerungen entsprechende Vorgänge zu beobachten (RIS-Justiz RS0115728). Ein wahrheitsgemäßer und neutraler Bericht über eine bestehende Verdachtslage, die im bezeichneten Umfang im Zeitpunkt der Berichterstattung tatsächlich existierte, ist nicht tatbestandmäßig im Sinn des § 1330 ABGB (6 Ob 214/20v). Die Veröffentlichung des Tatverdachts eines Opfers einer strafbaren Handlung in einer Zeitung ist zwar grundsätzlich eine rufschädigende Weiterverbreitung nach § 1330 Abs 2 ABGB, kann aber wegen besonderen Informationsinteresses der Öffentlichkeit gerechtfertigt sein. Bei der neutralen Wiedergabe des Tatverdachts (etwa aus einem Haftbefehl) besteht auch keine objektive Nachprüfungspflicht über die Richtigkeit des Tatverdachts (RIS-Justiz RS0102056). Eine Berichterstattung ist auch dann nicht tatbildlich iSd § 1330 Abs 2 ABGB, wenn in einem Medienartikel klar und vollständig offengelegt wird, auf welchem konkreten wahren Tatsachenkern ein geäußerter Verdacht beruht (6 Ob 244/09i = RIS-Justiz RS0031816 [T1]).

**9.2.** Im vorliegenden Fall bestand nach Ansicht des Berufungsgerichts eine ausreichende Verdachtslage im Sinne der soeben wiedergegebenen Judikatur. Durch die wiedergegebenen „Erlebnisberichte“ ergibt sich aus dem Bericht ausreichend deutlich, worauf die Vorwürfe des Lohndumpings bzw. des Lohnwuchers beruhen.

Auch das AMS Tirol Ausländerfachzentrum hatte einen entsprechenden Verdacht. Laut Bescheid der Bezirkspartnerschaft Kufstein vom 5.9.2019 (Beilage ./D) gab „es *Einzelvereinbarungen der klagenden Partei für die Mitwirkung der Künstler. Diese Vereinbarungen enthielten eine persönliche Anwesenheitspflicht sowie die Verpflichtung zur Teilnahme an den Proben und Aufführungen. In Ansehung dieser Unterlagen und Umstände musste der Eindruck entstehen, dass die Künstler direkt beschäftigt werden sollten und wurden die Sicherheitsbescheinigungen vom AMS unter dieser Annahme ausgestellt.*“

Diese Ausführungen im Bescheid hat das Erstgericht zwar nicht festgestellt. Die Berücksichtigung des Inhalts einer in den Feststellungen der Vorinstanzen - wenn auch ohne wörtliche Wiedergabe - enthaltenen Urkunde, deren Echtheit überdies zugestanden wurde, im Rahmen der rechtlichen Beurteilung erfordert nicht die amtswegige Durchführung einer mündlichen Berufungsverhandlung (RIS-Justiz RS0121557). Dasselbe gilt für eine im Verfahren vorgelegte Urkunde, die ihrem Inhalt nach unstrittig ist (T3). Ausgehend davon lag eine ausreichende Verdachtslage dafür vor, dass Beschäftigungsbewilligungen rechtswidrig nicht eingeholt wurden, was gleichermaßen die Verdachtslage indiziert, dass sozialversicherungsrechtliche Abgaben nicht abgeführt wurden. Wie bereits ausgeführt stellt dies nach Ansicht des Berufungsgerichts einen ausreichenden Tatsachenkern zur Rechtfertigung der Vorwürfe Lohndumping und Lohnwucher dar. Eine Beschäftigungsbewilligung nach § 4 Abs. 1 Z. 2 AuslBG darf ja nur dann erteilt werden, wenn die Gewähr gegeben erscheint, dass der Arbeitgeber den Lohn- und Arbeitsbedingungen einschließlich der sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften einhält. Sie ist nach § 8 leg. cit. mit der Auflage zu verbinden, dass der Ausländer nicht zu schlechteren Lohn- und Arbeitsbedingungen beschäftigt wird, als sie für die Mehrzahl der bezüglich der Leistung und Qualifikation vergleichbaren inländischen Arbeitnehmer des Betriebs gelten.

**9.3.** Von einer – von der zu 91. dargestellten Rechtsprechung als Kriterium herausgearbeiteten – neutralen Berichterstattung kann beim inkriminierten Bericht des Beklagten zwar nicht gesprochen werden. Durch die Überschrift „*Die unfassbaren Zustände bei den Tiroler Festspielen Erl*“ und die Ausführungen auf Seite 1 und 2 wird die klare inhaltliche Positionierung des Beklagten gegen die klagende Partei und die dort aus seiner Sicht bestehenden Missstände unmissverständlich zum Ausdruck gebracht. Im vorliegenden Fall kann das aber nach Ansicht des Senats nicht zu seinen Lasten gehen. Angesichts der heutigen Reizüberflutung sind selbst überspitzte Formulierungen unter Umständen hinzunehmen, soweit kein massiver Wertungsexzess vorliegt (RIS-Justiz RS0107915 [T9]). Die Frage, ob eine bestimmte Äußerung als Wertungsexzess zu qualifizieren ist, hängt von den jeweiligen Umständen ab (RIS-Justiz RS0113943). Bei der gebotenen Interessenabwägung im Konflikt des Rechts auf freie Meinungsäußerung mit dem absolut geschützten Gut der Ehre ist die Gewichtigkeit des Themas für die Allgemeinheit, in dessen Rahmen die ehrverletzende, im Tatsachenkern richtige Äußerung fiel, eines von mehreren Beurteilungskriterien, das den Ausschlag für die Bejahung eines Rechtfertigungsgrundes geben kann (RIS-Justiz RS0110046). Dabei muss nach ständiger Rechtsprechung bedacht werden, dass den Medien als „öffentlicher Wachhund“ eine besondere Rolle zukommt: Eine Überspannung des Schutzes der Persönlichkeitsrechte würde zu einer unerträglichen Einschränkung der Interessen anderer und jener der Allgemeinheit führen (RIS-Justiz RS0008990). Die Interessenabwägung muss regelmäßig schon dann zugunsten der Berichterstattung ausfallen, wenn nicht überwiegende Gründe deutlich dagegen sprechen, ist doch die Einschränkung der verfassungsrechtlich geschützten Meinungsfreiheit andernfalls nicht iSd Art 10 Abs 2 MRK ausreichend konkretisiert (RIS-Justiz RS0008990 [T8]). Den Medien kommt nach ständiger Rechtsprechung des EGMR in einer demokratischen Gesellschaft eine wesentliche Rolle zu (vgl EGMR, Scharsach und News Verlagsgesellschaft, Nr 39394/98, Rz 30). Der EGMR prüft aufgrund des Art 10

Abs 2 EMRK, ob der vorgenommene Eingriff des Staats in die Freiheit der Meinungsäußerung in einer demokratischen Gesellschaft notwendig oder doch verhältnismäßig ist und einem dringenden sozialen Bedürfnis entspricht (*Reischauer in Rummel*<sup>3</sup> § 1330 ABGB Rz 39 mwN).

Ob die Berichterstattung über eine Verdachtslage „neutral“ gehalten ist oder nicht, kann im Lichte dieser grundrechtlichen Aspekte nicht von entscheidender Bedeutung sein. Die klagende Partei ist als „public figure“ anzusehen, der Öffentlichkeit ist ein gewichtiges Interesse an allfälligen rechtswidrigen Vorgängen bei Beschäftigungsverhältnissen zuzugestehen.

**9.4.** Selbst wenn man also – entgegen der vom Berufungsgericht vertretenen Ansicht – die Erbringung des Wahrheitsbeweises durch den Beklagten verneinen wollte, lag eine durch umfangreiche Quellen recherchierte Verdachtslage vor, die die öffentliche Berichterstattung unter Beachtung der verfassungsrechtlich garantierten Meinungsfreiheit rechtfertigt. Ein Unterlassungsanspruch ist im Übrigen zwar verschuldensunabhängig, setzt aber Rechtswidrigkeit voraus, die nur aufgrund einer umfassenden Interessenabwägung beurteilt werden kann (RIS-Justiz RS0031657[T1, T3]). Dabei kommt es auf die Art des eingeschränkten Rechts, die Schwere des Eingriffs, die Verhältnismäßigkeit zum verfolgten Recht und den Grad der Schutzwürdigkeit dieses Interesses (T13) an. Aus den dargelegten Gründen schlägt die Interessenabwägung nach Ansicht des Senats zugunsten des Beklagten aus, weshalb das Unterlassungsbegehren schon mangels Rechtswidrigkeit nicht erfolgreich ist.

**9.5.** Um so mehr gilt das für den – verschuldensabhängigen (RIS-Justiz RS0107663 [T5]) – Widerrufsanspruch. Ein Verschulden des Behauptenden kann verneint werden, wenn er gute Gründe hatte, seine Behauptung als wahr anzusehen (RS0031775 [T4]; 6 Ob 328/00d). Ob der Täter aufgrund der gegebenen Umstände ausreichende Anhaltspunkte für die Richtigkeit der von ihm (weiter-)verbreiteten Tatsachen hatte

und sie daher mit Grund als wahr ansehen durfte, ist in jedem Einzelfall zu prüfen (RS0031806[T1]). Bei der Veröffentlichung von Informationen Dritter in Medien erfordert die journalistische Sorgfaltspflicht die Einholung der Stellungnahme des Betroffenen zumindest dann, wenn nicht besondere Gründe für die Verlässlichkeit des Informanten sprechen (RIS-Justiz RS0108415). Die Unterlassung der Einholung einer ausreichenden Stellungnahme zu Vorwürfen kann daher eine Verletzung der journalistischen Sorgfaltspflicht darstellen (T5). Die Presse trifft nur die Pflicht zur Wahrhaftigkeit. Das objektive und ernstliche Bemühen um eine wahrheitsgemäße Darstellung schließt Verschulden aus. Für den Umfang journalistischer Prüfungspflicht kommt es immer wesentlich darauf an, wie zuverlässig der jeweilige Informant ist. (RIS-Justiz RS0031856).

Im vorliegenden Fall hat der Beklagte Quellenberichte von 50 bei der klagenden Partei ehemals oder zum Zeitpunkt der Berichterstattung immer noch beschäftigten Personen eingeholt. Schon deshalb ist eine Verletzung der journalistischen Sorgfaltspflicht zu verneinen. Ob die Anfrage an die klagende Partei hinsichtlich einer Stellungnahme ausreichend war, ist daher nicht mehr entscheidend.

**9.6.** Der gesamten Berufung war daher keine Folge zu geben, sodass sich auch ein Eingehen auf die vom Beklagten in der Berufungsbeantwortung ausgeführte „Anschlussberufung“ und die Auseinandersetzung mit den dort erhobenen Beweisrügen erübrigt.

**10.** Die Kostenentscheidung im Berufungsverfahren ergibt sich aus den §§ 50, 40, 41 ZPO. Die klagende Partei hat dem Beklagten die Kosten der erfolgreichen Berufungsbeantwortung zu ersetzen. Dabei war jedoch zu berücksichtigen, dass die klagende Partei das Begehren um vier der inkriminierten Äußerungen, somit um 40 %, eingeschränkt hat. Die Bemessungsgrundlage war daher – wie zu 11. genauer dargelegt – auf EUR 11.772,-- zu reduzieren.

**11.** Es bestand keine Veranlassung, von der unwidersprochenen Bewertung des Klagebegehrens abzurücken. Die klagende Partei hat das gesamte Begehren mit EUR 19.620,-- bewertet, EUR 1.000,-- davon auf das Widerrufsbegehren. Betrifft ein Unterlassungsbegehren mehrere inkriminierten Äußerungen, entfällt auf jede einzelne Äußerung der entsprechende Bruchteil des Begehrens (*Obermaier* Kostenhandbuch<sup>3</sup> Rz. 1.601 mN). In der Klage wurden zehn Äußerungen beanstandet, weshalb der Streitwert pro Äußerung mit jeweils EUR 1.862,-- anzusetzen ist. Im Laufe des Verfahrens wurde die Klage um vier davon eingeschränkt.

Damit stellt sich die Frage der Zusammenrechnung. § 55 Abs 1 JN ist als Ausnahme vom Grundsatz der Nichtzusammenrechnung anzusehen. Daher scheidet eine Zusammenrechnung im Zweifel aus (RIS-Justiz RS0122950). Ein tatsächlicher oder rechtlicher Zusammenhang zwischen Forderungen besteht, wenn jeder der mehreren Ansprüche für sich und unabhängig von den anderen nicht bestehen kann oder wenn die Forderungen aus einer gemeinsamen Tatsache oder aus einem gemeinsamen Rechtsgrund entstanden sind. Für den rechtlichen Zusammenhang gilt dabei das Kriterium, dass die Ansprüche aus einer Gesetzesstelle abgeleitet werden und miteinander in unmittelbarem wirtschaftlichen Zusammenhang stehen (RIS-Justiz RS0037905). Ein innerer tatsächlicher oder rechtlicher Zusammenhang besteht nicht, wenn jeder der mehreren Ansprüche ein ganz verschiedenes rechtliches und tatsächliches Schicksal haben kann; in einem solchen Fall ist jeder gesondert zu beurteilen, es findet also keine Zusammenrechnung statt (RIS-Justiz RS0037899).

**11.2.** Nach Ansicht des Berufungsgerichtes liegt der in § 55 JN genannte Konnex vor. Alle Vorwürfe ergeben sich aus einem Artikel und können nicht isoliert voneinander, sondern nur in einer Gesamtbetrachtung des veröffentlichten Artikels gewertet werden. Nach der Rechtsprechung besteht ein tatsächlicher Zusammenhang zwischen mehreren ehrverletzenden Behauptungen gegen eine bestimmte Person in einem einzigen Rundschreiben (6 Ob 80/03p). Der vorliegende Fall ist damit

vergleichbar. Daher war auszusprechen, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands zwar EUR 5.000,--, nicht aber EUR 30.000,-- übersteigt.

**12.** Das Berufungsgericht konnte sich bei allen behandelten Fragen auf die zitierte höchstgerichtliche Judikatur stützen. Rechtsfragen von erheblicher Bedeutung liegen nicht vor. Die ordentliche Revision ist daher nicht zulässig.

---

**Oberlandesgericht Innsbruck, Abteilung 2**  
**Innsbruck, 14. April 2022**  
**Dr. Ulrich Heller, Senatspräsident**

---

Elektronische Ausfertigung  
gemäß § 79 GOG