

Thomas Steiner

## Wenn die Oper sich selbst zensiert

Die Absetzung der Mozart-Oper «Idomeneo» – eine Fallstudie

---

Die Deutsche Oper Berlin nahm am 25. September 2006 die Mozart-Oper «Idomeneo» aus dem Spielplan und liess stattdessen im November 2006 Mozarts «Le nozze di Figaro» und Verdis «La Traviata» aufführen. Grund für die Spielplanänderung waren Hinweise, wonach Hans Neuenfels' Inszenierung des «Idomeneo» gewalttätige Reaktionen fundamental islamischer Kreise provozieren könnte. Der Verfasser diskutiert die Opernabsetzung im Lichte des Kunst- und Kulturrechts und untersucht unter der hypothetischen Annahme, sie sei am Luzerner Theater erfolgt, wie sich die Absetzung, auf die Rechtsstellung der Bühnenkünstler auswirkt.

---

Rechtsgebiet(e):: Kultur. Kunst. Freizeit. Sport

Zitiervorschlag: Thomas Steiner, Wenn die Oper sich selbst zensiert, in: Jusletter 21. Mai 2007

## Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Problemstellung
- III. Rechtsstellung der Bühnenkünstler gegenüber dem Luzerner Theater
  1. Das Luzerner Theater als privates Theaterunternehmen
  2. Rechtsbeziehungen zwischen Bühnenkünstlern und Luzerner Theater
  3. Anspruch aus Verletzung des Rechts auf angemessene Beschäftigung
  4. Anspruch wegen Verletzung der Pflicht zur künstlerischen Förderung
  5. Anspruch aus Persönlichkeitsverletzung im Arbeitsverhältnis
    - 5.1 Selten gegebene Klagevoraussetzungen
    - 5.2 Recht auf wirtschaftliche und künstlerische Entfaltung
    - 5.3 Grundrechtskonforme Auslegung von Art. 328 Abs. 1 OR
      - a. Meinungsfreiheit
      - b. Kunstfreiheit
      - c. Versammlungsfreiheit
      - d. Wirtschaftsfreiheit
      - e. Fazit zu den Grundrechtspositionen der Bühnenmitglieder
      - f. Grundrechtspositionen des Luzerner Theaters
      - g. Fazit
  6. Fazit zur Rechtsstellung gegenüber dem Luzerner Theater
- IV. Rechtsstellung der Bühnenkünstler gegenüber dem Kanton Luzern
  1. Anspruch auf Polizeischutzleistung
  2. Grundrechtsrelevanz der Behördeninformationen
    - 2.1 Rechtsschutzmöglichkeiten gegen die Informationstätigkeit der Sicherheitsdirektorin
    - 2.2 Grundrechte als richtungweisende Wertentscheidungen für das gesamte staatliche Handeln
    - 2.3 Mögliche Beanstandung des Informationsaktes
    - 2.4 Behördeninformationen als Mittel zur Verhaltenssteuerung
  3. Fazit zur Rechtsstellung gegenüber dem Kanton Luzern

## I. Einleitung

[Rz 1] Die Deutsche Oper Berlin nahm am 25. September 2006 die Mozart-Oper «Idomeneo» aus dem Spielplan. Stattdessen liess die Intendantin im November 2006 Mozarts «Le nozze di Figaro» und Verdis «La Traviata» aufführen. Grund für die Spielplanänderung waren Hinweise, wonach Hans Neuenfels' Inszenierung des «Idomeneo», die sich neben anderen Weltreligionen auch mit dem Islam auseinandersetzt, gewalttätige Reaktionen fundamental islamischer Kreise provozieren könnte.<sup>1</sup>

[Rz 2] Der vorliegende Aufsatz diskutiert die Berliner Opernabsetzung im Lichte des Kunst- und Kulturrechts. Durch den Aufsatz führt ein fiktiver Fall: Es wird angenommen, die Opernabsetzung hätte sich – ceteris paribus die Berliner Opernabsetzung – am Luzerner Theater abgespielt. Geprüft werden nicht nur privatrechtliche, sondern auch öffentlich-rechtliche, insbesondere grundrechtliche Fragen. Diskutiert werden jeweils sowohl prozessuale als auch materielle

Aspekte. Anregungen und Hinweise zur Stärkung der Verhandlungsposition von Bühnenkünstlern ergänzen diese Aspekte punktuell.

[Rz 3] Der Aufsatz (Fallstudie) erhebt nicht den Anspruch eines Rechtsgutachtens für einzelne Bühnenkünstler oder Gruppen von Künstlern. Vielmehr gilt es, konkret formulierte Interessen auf ihre Chancen zur (rechtlichen) Durchsetzung generell zu diskutieren und Argumente für die Verhandlungen der Künstler mit Theater und Behörden zu liefern. Nicht zuletzt soll der vorliegende Aufsatz dadurch auch einen Beitrag zur Diskussion leisten, wie künftig in ähnlichen Fällen vorzugehen wäre.

[Rz 4] Zur Gliederung der Fallstudie: Nach Erläuterung der Problemstellung (Ziff. II) prüft der Verfasser die Rechtsstellung gegenüber dem Luzerner Theater (Ziff. III). Anschließend wird die Rechtsstellung gegenüber den Behörden des Kantons Luzerns analysiert (Ziff. IV). Anstelle eines abschliessenden Fazits seien die Ergebnisse jeweils direkt im Anschluss an die beiden Teile zur Analyse der Rechtsstellung zusammenfassend aufgelistet (Ziff. III.6 und IV.3).

## II. Problemstellung

[Rz 5] Es wird im Folgenden vom fiktiven Fall ausgegangen, Neuenfels' Inszenierung von Mozarts «Idomeneo» wäre auch am Luzerner Theater zwar geplant gewesen, dann aber – ceteris paribus die Berliner Opernabsetzung – vom Spielplan genommen und durch Mozarts «Le nozze di Figaro» und Verdis «La Traviata» ersetzt worden. Nachfolgend eine Vertiefung des bereits einleitend kurz geschilderten Sachverhalts:

[Rz 6] Die Intendantin setzte die Oper ab, nachdem sie der Berliner Innensenator über eine vom Landeskriminalamt Berlin (LKA 5) durchgeführte Gefährdungsanalyse informiert hatte. Zuvor war beim LKA 5 ein anonymer Hinweis eingegangen, wonach die Schlusszene der Oper gewalttätige Reaktionen fundamental islamischer Kreise provozieren könnte. Das LKA 5 untersuchte, ob eine Gefährdung der Oper bestünde und kam zu den nachfolgend auszugsweise wiedergegebenen Ergebnissen. Sie sollen auch für den (fiktiven) Fall des Luzerner «Idomeneo» gelten.

*«Nach Einschätzung des LKA 5 könnte die Aufführung eine Gefährdungslage mit schwer abzuschätzenden Folgen für die öffentliche Sicherheit und Ordnung zur Folge haben. Die derzeitige weltweite Lage ist gekennzeichnet von einer verbreiteten Ablehnung der westlichen Ideologie durch Teile der muslimischen Weltbevölkerung. Dazu tragen unter anderem militärische Aktionen in verschiedenen muslimisch geprägten Ländern bei, die von fundamentalistischen Vertretern des Islam als Angriff gegen ihre Religionen gedeutet werden. Aufrufe zur Gegenwehr lösen zum Teil bei*

<sup>1</sup> DEUTSCHE OPER BERLIN, IDOMENEO im November entfällt, Pressemitteilung vom 25. September 2006, zuletzt besucht am 30. März 2007, 1; SASCHA BUCHBINDER, Die deutschen Muslime möchten in die Oper, in: Tages-Anzeiger vom 28. September 2006, 53; ANDREA RASCHER, Was in der Berliner Oper die Gemüter erregt, in: Tages-Anzeiger vom 28. September 2006, 53; LANDESKRIMINALAMT BERLIN, Gefährdungsanalyse zu «Idomeneo», auszugsweise wiedergegeben in: Süddeutsche Zeitung vom 28. September 2006, Nr. 224, 15.

*9geringfügigen Anlässen: erhebliche Reaktionen aus (Mohammed-Karikaturen-Streit).*

*Gemäss einer islamwissenschaftlich gestützten Bewertung des BKA [Bundeskriminalamt] ist nach islamischer Auffassung die Abbildung des Propheten Mohammed streng untersagt. Die Neuenfels-Inszenierung könnte in muslimischen Kreisen zu Assoziationen mit existenten Enthauptungsvideos der militanten irakischen Islamisten führen. Dies könnte als Aufruf zur Enthauptung des Propheten Mohammed bzw. zur Vernichtung des Islam verstanden werden. (...) Bisher liegen dem LKA 5 keine Erkenntnisse vor, wonach die Form der Aufführung bereits in der islamischen Welt bekannt geworden ist. (...) Sollte an einer Aufführung in der beschriebenen Form festgehalten werden, steht das LKA 5 für Sicherheitsgespräche mit den betroffenen Mitarbeitern der Deutschen Oper Berlin zur Verfügung.»<sup>2</sup>*

[Rz 7] Es wird in der Folge davon ausgegangen, die Bühnenkünstler am Luzerner Theater wollten auf die Wiederaufnahme von Neuenfels' Inszenierung des «Idomeneo» hinwirken und hätten ein Interesse daran, dass Spielplanänderungen in ähnlicher Weise in Zukunft unterbleiben. Diese Interessen seien entweder im Gespräch mit der Intendanz, notfalls aber klageweise durchzusetzen und folgendermassen vorzubringen:

1. Es sei gestützt auf Ziff. 5 Abs. 3 Direktionsreglement<sup>3</sup> ein Antrag auf Einberufung der Betriebskommission zu stellen und die *Wiederaufnahme* der Oper zu fordern.
2. Es sei zu verlangen, in den GAV das Recht jedes Bühnenmitglieds zu statuieren, *pro Spielzeit in mindestens zwei Bühnenwerken<sup>4</sup> den Diskurs zu heiklen, gesellschaftspolitischen Themen anzuregen*. Vorgesprochen wird eine Konkretisierung der Art. 13, 17 und 19 GAV.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> LANDESKRIMINALAMT BERLIN (Fn. 1) 15; vgl. BUCHBINDER (Fn. 1) 53; Hervorhebung durch den Verfasser.

<sup>3</sup> Direktionsreglement für die Direktion des Luzerner Theaters (in der Fassung vom Juni 1996), erlassen gestützt auf Art. 10 Ziff. 3 des Stiftungstatus [zit. Direktionsreglement].

<sup>4</sup> Der Begriff Bühnenwerk meint im Kontext des Bühnenarbeitsrechts: Schauspiel, Oper, Operette, Musical und Ballett (ELISABETH ANNE SCHELLENBERG, Der Bühnenengagementsvertrag im schweizerischen Recht, Bern 1990, 16 m.w.Hw.).

<sup>5</sup> Im Kontext des vorliegenden Aufsatzes wird die Abkürzung GAV (Gesamtarbeitsverträge) immer dann verwendet, wenn der Wortlaut der beiden für das Schweizerische Bühnenarbeitsrecht relevanten GAV (Gesamtarbeitsvertrag für das künstlerische Solopersonal zwischen dem Schweizerischen Bühnenverband [SBV] und dem Schweizerischen Bühnenkünstlerverband [SBKV] vom 5. Juni 1981 in der Fassung vom 3. Dezember 1997 [zit. GAV Solo] und Gesamtarbeitsvertrag für das künstlerische Chor- und Ballettgruppenpersonal zwischen dem Schweizerischen Bühnenverband [SBV] und dem Schweizerischen Bühnenkünstlerverband (SBKV) vom 6.

3. Im Rahmen der Bühnenrechtspflege<sup>6</sup> sei folgendes Begehren zu stellen: *Das Luzerner Theater sei zu verpflichten, seine aus Art. 13 GAV, Art. 17 GAV und Art. 328 Abs. 1 OR<sup>7</sup> fliessenden vertraglichen Nebenleistungspflichten zu erfüllen und die Mozart-Oper «Idomeneo» in der Inszenierung Hans Neuenfels' wieder auf den Spielplan zu nehmen.*
4. Sollte das Luzerner Theater eine Wiederaufnahme aus Sicherheitsgründen ablehnen und könnte eine solche auch klageweise nicht durchgesetzt werden, seien die Behörden des Kantons Luzern in die Gespräche mit dem Luzerner Theater miteinzubeziehen. Hierzu sei bei der zuständigen Behörde ein *Gesuch auf Berichtigung der erfolgten Behördeninformationen (Gestaltungsverfügung) oder auf Feststellung der Grundrechtswidrigkeit der erfolgten Behördeninformationen (Feststellungsverfügung) zu stellen.*
5. Hält das Luzerner Theater eine Wiederaufnahme auch dann noch für bedenklich, wenn die Behördeninformationen widerrufen oder berichtigt wurden oder deren Grundrechtswidrigkeit festgestellt wurde, sei eine Aufführung der Oper unter Polizeischutz vorzuschlagen. Bei der zuständigen Stelle sei ein entsprechendes *Gesuch auf polizeiliche Schutzleistung* einzureichen.

### III. Rechtsstellung der Bühnenkünstler gegenüber dem Luzerner Theater

[Rz 8] Bezogen auf die in Ziff. II formulierte Problemstellung und die geltend gemachten Interessen und Rechtsbegehren, wird nun in einem ersten Teil der vorliegenden Fallstudie die Rechtsstellung der Bühnenkünstler<sup>8</sup> gegenüber dem

September 1982, in der Fassung vom 3. Dezember 1997 [zit. GAV Chor und Ballett]) identisch ist oder wenn ein Unterschied zwar besteht, dieser aber bei der jeweiligen Zitatstelle rechtlich im Ergebnis zu keinen abweichenden Resultaten führt. Wo die beiden GAV jedoch voneinander abweichen und eine solche Abweichung mit Blick auf die Rechtslage relevant ist, wird zwischen GAV Solo und GAV Chor und Ballett unterschieden.

<sup>6</sup> Die Bühnenrechtspflege regelt gem. Art. 44 GAV eine Bühnenschiedsordnung zwischen dem SBV und dem SBKV (Bühnenschiedsordnung, Richtlinien für das Bühnenschiedsverfahren, gestützt auf das Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit vom 27. März 1967, Anhang II zum GAV Solo [zit. Bühnenschiedsordnung]). Zuständig für Streitigkeiten aus den GAV ist in erster Instanz die Bühnenschiedskommission am Sitz der einzelnen Vertragsbühnen und in zweiter Instanz das Bühnenschiedsgericht mit Sitz in Bern (§ 3 Bühnenschiedsordnung); vgl. SCHELLENBERG (Fn. 4) 91 ff. Zu Art und Zulässigkeit der Bestellung einer Bühnenschiedskommission bzw. eines Bühnenschiedsgerichts vgl. BGE 107 Ia 155 E. 2b S. 158.

<sup>7</sup> SR 220.

<sup>8</sup> Der Begriff «Bühnenkünstler» (nachfolgend auch «Künstler») meint die darstellenden Künstler – namentlich Schauspieler, Sänger und Tänzer. Unter den Begriff fallen aber auch Personen in leitender, künstlerischer Funktion (sog. künstlerische Bühnenvorstände) – namentlich Regisseure und Dirigenten. Schliesslich erfasst der Begriff auch Bühnenbildner,

Luzerner Theater untersucht. Eingegangen wird zunächst auf die Rechtsstellung des Luzerner Theaters. Anschließend wird untersucht, wie die Rechtsbeziehungen zwischen Bühnenkünstlern und Luzerner Theater geregelt sind. Ist dies geklärt, werden gestützt auf mögliche Anspruchsgrundlagen die Prozessvoraussetzungen und -chancen einer klageweisen Durchsetzung der Wiederaufnahme – gemäss dem in Ziff. II (3) formulierten Rechtsbegehren – jeweils *prozessual* und *materiell* untersucht. Hinweise auf die Stärkung der Verhandlungsposition von Bühnenkünstlern im Ausspracheverfahren innerhalb der Betriebskommission<sup>9</sup> ergänzen die Ausführungen zur Rechtslage.

## 1. Das Luzerner Theater als privates Theaterunternehmen

[Rz 9] Das Luzerner Theater<sup>10</sup> ist eine privatrechtliche Stiftung im Sinne der Art. 80 ff. ZGB<sup>11</sup> (Art. 1 Abs. 1 Stiftungsstatut<sup>12</sup>). Die Vermögenswidmung erfolgte mit Blick auf Aufgaben, die im *öffentlichen Interesse* liegen.<sup>13</sup> Diese übernimmt die Stiftung jedoch freiwillig. Die Aufgaben sind dem Luzerner Theater nicht durch die Rechtsordnung übertragen. Das Luzerner Theater ist daher kein kantonsnaher Betrieb i.S.v. § 22 Abs. 2 Organisationsgesetz<sup>14</sup> und nimmt auch *keine*

*staatlichen Aufgaben* i.S.v. Art. 35 Abs. 2 BV<sup>15</sup> wahr.<sup>16</sup> Das Theaterunternehmen steht vielmehr im direkten Wettbewerb mit anderen Kulturdienstleistern der Zentralschweiz und ist nur, aber immerhin, in einem horizontalen Sinn an die Grundrechte gebunden (Drittwirkung).

[Rz 10] Bemerkenswert ist gleichwohl, wie gross die *faktische* Abhängigkeit des Luzerner Theaters von den finanziellen Zuschüssen der öffentlichen Hand ist. Damit ist eine erhebliche Verantwortung gegenüber diesen staatlichen Stellen und der Bevölkerung der Region verbunden. Die Theaterdirektion tut denn hinsichtlich der langfristigen politischen Akzeptanz auch gut daran, bei der Spielplangestaltung in gewisser Hinsicht auf diese regionale Verankerung Rücksicht zu nehmen – auch wenn damit eine faktische Beeinträchtigung der Programmautonomie verbunden ist.<sup>17</sup>

## 2. Rechtsbeziehungen zwischen Bühnenkünstlern und Luzerner Theater

[Rz 11] Rechtsbeziehungen zwischen Bühnenkünstlern und Luzerner Theater regelt in erster Linie ein sog. Bühnenengagementsvertrag (BEV); ein Sonderfall des Arbeitsvertrags.<sup>18</sup> Im Rahmen eines BEV verpflichtet sich der Bühnenkünstler gegenüber dem Theaterunternehmen, an dessen Bühne tätig zu sein; im Gegenzug schuldet das Theaterunternehmen dem Bühnenkünstler ein Entgelt (Gage).<sup>19</sup> Die Besonderheit des BEV besteht darin, dass der Arbeitnehmer ein künstlerisches Wirken schuldet. Der BEV gilt daher nur für das *künstlerische Personal* (z.B. Schauspieler, Regisseure, Souffleure, Dramaturgen, Sänger und Dirigenten). Für das *technische Personal* (z.B. Bühnenhandwerker) gelten andere Anstellungsbedingungen;<sup>20</sup> letztere sind nicht Gegenstand des vorliegenden Aufsatzes.

[Rz 12] Den Inhalt eines BEV bestimmen eine Reihe unterschiedlicher Rechtsquellen. Zentrale und praktisch wichtigste Rechtsquelle sind zwei beinahe identische *Gesamtarbeitsverträge* (GAV) – der GAV für das künstlerische Solopersonal (GAV Solo) und der GAV für das künstlerische Chor- und Ballettpersonal (GAV Chor und Ballett) zwischen dem Schwei-

---

Kostümbildner, Disponenten und «Personen in ähnlicher Stellung» (SCHELLENBERG [Fn. 4] 15 m.w.Hw.). Im Zentrum der vorliegenden Fallstudie stehen Fragen zur Rechtsstellung der Bühnenkünstler am Luzerner Theater. Als ein den GAV (GAV Solo und GAV Chor und Ballett) angeschlossenes Theater, darf das Luzerner Theater nur Personen (gemeint sind Bühnenkünstler mit Spielzeitenvertrag) beschäftigen, die den GAV unterliegen (Mitglieder des SBKV) oder eine vorbehaltlose Anschlussklärung abgeben (Art. 4 GAV). In den persönlichen Geltungsbereich der GAV fallen in erster Linie Bühnenkünstler mit Spielzeitenvertrag (Art. 1 Abs. 1 lit. b GAV). Sie werden als «*Bühnenmitglieder*» bezeichnet. Keine «*Bühnenmitglieder*» i.S.v. Art. 1 Abs. 1 lit. b GAV sind Bühnenkünstler mit Gastspielverträgen (sog. «*Gäste*»). Sie fallen nur dann in den persönlichen Geltungsbereich der GAV, wenn sie für mehr als 9 Vorstellungen pro Spielzeit an der betreffenden Bühne engagiert sind (Art. 1 Abs. 2 GAV). Im Zentrum des ersten Teils (Ziff. III) der vorliegenden Fallstudie stehen Bühnenkünstler mit Spielzeitenvertrag. Der Verfasser verwendet daher in der Regel den Begriff «*Bühnenmitglied(er)*». Hinzuweisen ist jedoch darauf, dass sich jeder Bühnenkünstler auf die in der vorliegenden Fallstudie geltend gemachten Anspruchsgrundlagen der GAV berufen kann, sobald er (freiwillig oder obligatorisch) eine Anschlussklärung abgegeben hat. Der Verfasser benutzt daher bisweilen auch den weiteren Begriff des «*Bühnenkünstlers*».

<sup>9</sup> Ziff. 5 Abs. 1 Direktionsreglement.

<sup>10</sup> Gem. § 68 KV (LU) (SRL Nr. 1) können privatrechtliche Organisationen nur mit der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben betraut werden, sofern die Aufsicht des Regierungsrates sichergestellt ist. Eine solche Aufsichtstätigkeit ist gegenüber dem Luzerner Theater nicht vorgesehen.

<sup>11</sup> SR. 210.

<sup>12</sup> Öffentliche Urkunde über die Errichtung der Stiftung Luzerner Theater (Art. 80 ff. ZGB) vom 16. Dezember 1995 [zit. Stiftungsstatut].

<sup>13</sup> Zur Zweckgebundenheit der Vermögenswidmung vgl. PETER TUOR/BERNHARD SCHNYDER/JÖRG SCHMID, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2002, 157.

<sup>14</sup> SRL Nr. 20.

<sup>15</sup> SR 101.

<sup>16</sup> Vgl. im Unterschied dazu die Beispiele für bundesnahe Betriebe i.S.v. Art. 2 Abs. 4 RVOG (SR 172.010) bei THOMAS SÄGESSER, Stämpfli Handkommentar zum RVOG, Bern 2007, 47-74, Rz. 151 ff.; siehe insb. die Typologisierung zu folgenden Stiftungen: Bibliomedia Schweiz (a.a.O. Rz. 173), Schweizerischer Nationalfonds für die Förderung der wissenschaftlichen Forschung (a.a.O. Rz. 174) und Stiftung «Pro Helvetia» (a.a.O. Rz. 175).

<sup>17</sup> Auskunft Geschäftsleitung SBKV.

<sup>18</sup> SCHELLENBERG (Fn. 4) 17; MANFRED REHBINDER, Zur rechtsgeschichtlichen Entwicklung des Bühnenengagements, in: UFITA 74 (1975) 87-107, 87; BGE 42 II 144 E. 3 S. 147.

<sup>19</sup> Art. 11 und 14 GAV; SCHELLENBERG (Fn. 4) 17; REHBINDER (Fn. 18) 87.

<sup>20</sup> SCHELLENBERG (Fn. 4) 15; REHBINDER (Fn. 18) 87.

zerischen Bühnenverband (SBV) und dem Schweizerischen Bühnenkünstlerverband (SBKV).<sup>21</sup>

[Rz 13] Die Bestimmungen der GAV werden ergänzt durch das Gesetzes- und Ordnungsrecht<sup>22</sup>, die Hausordnung für die schweizerischen Bühnen<sup>23</sup>, die Hausordnungen der einzelnen Theater<sup>24</sup>, den Bühnenbrauch<sup>25</sup> und Einzelvereinbarungen<sup>26</sup>. Vom GAV abweichende Einzelvereinbarungen sind dabei nur zulässig, sofern sie sich zugunsten des Bühnenmitglieds auswirken. Abreden zuungunsten der Bühnenmitglieder sind nichtig.<sup>27</sup>

[Rz 14] Das Luzerner Theater ist ein dem Schweizerischen Bühnenverband (SBV) angeschlossenes Theater. Es fällt daher in den persönlichen Geltungsbereich der GAV.<sup>28</sup> Der Anschluss an die GAV ist für Bühnenmitglieder für die Dauer ihrer Tätigkeit an einem der GAV unterstehenden Theater obligatorisch und die den GAV angeschlossenen Theater dürfen nur Personen<sup>29</sup> beschäftigen, die eine vorbehaltlose Anschluss- und Anerkennungserklärung abgeben.<sup>30</sup>

[Rz 15] Von entscheidender Bedeutung ist die Unterscheidung zwischen Bühnenkünstlern mit Spielzeitenvertrag (auch Jahresvertrag) und solchen mit Gastspielvertrag: *Nur Spielzeitenverträge unterliegen grundsätzlich den GAV.* Der *Spielzeitenvertrag* wird auf die Dauer einer oder mehrerer Spielzeiten abgeschlossen. Der Bühnenkünstler wird dabei

*festes Mitglied des Ensembles* und hat die Weisungen der Theaterleitung zu befolgen. D.h. er ist grundsätzlich dazu verpflichtet, alle ihm übertragenen Rollen zu spielen<sup>31</sup> und sich der Bühnenleitung jederzeit für Proben und Vorstellungen zur Verfügung zu halten.<sup>32</sup>

[Rz 16] *Gastspielverträge* unterliegen den GAV dagegen nur ausnahmsweise: Wenn mehr als neun Vorstellungen pro Spielzeit geleistet werden.<sup>33</sup> Beim Engagement im Rahmen eines Gastspielvertrags erfolgt *keine Aufnahme ins Ensemble*. Bühnenkünstler mit Gastspielvertrag ergänzen lediglich das ständige Personal (mit Spielzeitenvertrag) und verpflichten sich für eine bestimmte Rolle in einem bestimmten Bühnenwerk.<sup>34</sup>

[Rz 17] Im Rahmen der vorliegenden Fallstudie wird von Engagements im Rahmen von *Spielzeitenverträgen* und somit von den GAV als zentraler Rechtsquelle ausgegangen. Die ganze Fallstudie steht daher unter dem *Vorbehalt*, dass für Bühnenkünstler mit Gastspielverträgen (möglicherweise) abweichende Bestimmungen bestehen. Nicht berücksichtigt bleiben auch allenfalls bestehende, von den GAV zugunsten von Bühnenkünstlern mit Spielzeitenvertrag (Bühnenmitglieder) abweichende Einzelvereinbarungen.<sup>35</sup>

### 3. Anspruch aus Verletzung des Rechts auf angemessene Beschäftigung

[Rz 18] Zentrales Recht des Bühnenmitglieds ist das Recht auf angemessene Beschäftigung (Art. 17 GAV).<sup>36</sup> Der Künstler soll die Möglichkeit haben, «seine Fertigkeiten praktizieren und weiterentwickeln zu können und eine Anerkennung seiner Leistungen durch Presse und Publikum zu erlangen». <sup>37</sup> Fehlt ihm diese Möglichkeit, stagnieren oder verkümmern seine Fähigkeiten. Er verliert sein künstlerisches Ansehen. Sein Marktwert sinkt, weshalb letztlich bei nicht

<sup>21</sup> SCHELLENBERG (Fn. 4) 19; wo die Bestimmungen der beiden GAV nicht voneinander abweichen, verwendet der Verfasser die Abkürzung «GAV» und meint damit sowohl den GAV Solo als auch den GAV Chor und Ballett.

<sup>22</sup> Massgebend sind die Art. 319-379 OR über den Arbeitsvertrag oder gegebenenfalls die Art. 363-379 OR über den Werkvertrag und das Personenrecht des ZGB – insb. Art. 28 ff. ZGB; ferner sind zu beachten: die öffentlichrechtlichen Arbeitsschutzbestimmungen im Arbeitsgesetz (ArG; SR 822.11) und einige Bestimmungen der Verordnung II zum ArG (vgl. zu den Rechtsquellen des BEV: SCHELLENBERG [Fn. 4] 20).

<sup>23</sup> Hausordnung für die schweizerischen Bühnen i.S.v. Art. 37 GAV (Anhang I zum GAV Solo).

<sup>24</sup> An manchen Theatern bestehen, in Ergänzung der Hausordnung für die schweizerischen Bühnen, eigene Hausordnungen (SCHELLENBERG [Fn. 4] 21).

<sup>25</sup> Der Bühnenbrauch ist eine Rechtsquelle von nicht zu unterschätzender Bedeutung. Es handelt sich um herrschende Übungen und Gepflogenheiten. Diese Rechtsquelle wird in erster Linie herangezogen zur Feststellung des vermuteten Parteiwillens des Einzelvertrags, als Auslegungsmittel bei der Vertragsauslegung und als selbständiges Gewohnheitsrecht mit zwingendem oder dispositivem Inhalt (SCHELLENBERG [Fn. 4] 21 m.w.Hw.).

<sup>26</sup> Auch für den BEV gilt der im schweizerischen Privatrecht allgemein geltende Grundsatz der Vertragsfreiheit i.S.v. Art. 19 OR (SCHELLENBERG [Fn. 4] 20); vgl. PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2003, Rz. 624 ff.

<sup>27</sup> Art. 3 Abs. 2 GAV; Art. 357 Abs. 2 und Art. 362 OR.

<sup>28</sup> Art. 1 lit. b GAV. Zum persönlichen Geltungsbereich der GAV vgl. SCHELLENBERG (Fn. 4) 29 f.; Liste der dem SBV und somit auch den GAV angeschlossenen Theater (zuletzt besucht am 30. März 2007).

<sup>29</sup> Gemeint sind Engagements im Rahmen von Spielzeitenverträgen.

<sup>30</sup> Art. 4 Abs. 2 GAV; Art. 356 ff. OR. Zu Beteiligung und Anschluss vgl. SCHELLENBERG (Fn. 4) 30.

<sup>31</sup> Gem. Art. 17 Abs. 2 GAV Solo besteht grundsätzlich kein Anspruch auf Zuteilung einer bestimmten Rolle; ein solcher besteht nur, wenn dies im (Einzel-)Arbeitsvertrag ausdrücklich zugesichert wurde; vgl. dazu SCHELLENBERG (Fn. 4) 47.

<sup>32</sup> Art. 14 GAV; SCHELLENBERG (Fn. 4) 23; vgl. PETER MOSIMANN, Theater und Recht, in: BJM 1998, 1-30, 2.

<sup>33</sup> Art. 1 Abs. 2 GAV; massgebend ist (entgegen dem Wortlaut von Art. 1 Abs. 2 GAV) die *tatsächlich geleistete* und nicht die vertraglich vereinbarte Anzahl Vorstellungen (SCHELLENBERG [Fn. 4] 25).

<sup>34</sup> SCHELLENBERG (Fn. 4) 23 f.

<sup>35</sup> Einbezogen wird neben den GAV jedoch namentlich das (relativ) zwingende Gesetzesrecht (Art. 261 f. OR).

<sup>36</sup> SCHELLENBERG (Fn. 4) 45 ff. Betreffend das Deutsche Bühnenarbeitsrecht vgl. GOTTFRIED GREIFFENHAGEN, Zur Problematik der Kunstfachbezeichnung im Bühnenarbeitsrecht, in: UFITA 72 (1975) 131-145, 133 m.Hw. auf die Deutsche Schiedsgerichtspraxis. Für das Recht auf angemessene Beschäftigung verwendet der Verfasser nachfolgend auch den Begriff «Beschäftigungsanspruch». Pro memoria: Die Bezeichnung GAV meint (im Plural verwendet) sowohl die jeweilige Bestimmung (hier Art. 17) des GAV Solo als auch die Bestimmung (hier Art. 17) des GAV Chor und Ballett.

<sup>37</sup> SCHELLENBERG (Fn. 4) 45 m.w.Hw.

angemessener Beschäftigung seine wirtschaftliche Existenz in Frage steht.<sup>38</sup>

[Rz 19] Fraglich ist, ob Bühnenmitglieder aus dem Recht auf angemessene Beschäftigung (Art. 17 GAV) einen rechtlichen Anspruch auf Nicht-Absetzung einer auf dem Spielplan stehenden Oper ableiten können bzw. ob ein Bühnenmitglied gestützt darauf verlangen kann, dass es eine ihm einmal zugewiesene Rolle in einem bestimmten Stück zur vorgesehene Zeit in der geplanten Vorführung auch spielen darf.

[Rz 20] Es wird zunächst auf *prozessuale Aspekte* dieser Frage eingegangen: Die Bühnenmitglieder machen einen Erfüllungsanspruch geltend. Eine Klage auf Erfüllung des Anspruchs auf angemessene Beschäftigung (Art. 17 GAV) ist zwar theoretisch möglich, hat aber praktisch kaum Prozesschancen. Denn gemäss Lehre und Rechtsprechung besteht ein Erfüllungsanspruch nur ausnahmsweise – unter ganz bestimmten Voraussetzungen: Wenn dem Bühnenmitglied eine bestimmte Rolle zugesichert wurde und das Theaterunternehmen ohne weiteres in der Lage ist, das betreffende Bühnenstück aufführen zu lassen.<sup>39</sup> Dies ist bei den hier zugrunde gelegten Spielzeitenverträgen aber typischerweise gerade nicht der Fall: Bühnenmitglieder haben in der Regel keinen Anspruch auf eine bestimmte Rolle oder Partie. Das Weisungsrecht der Bühnenleitung geht grundsätzlich vor.<sup>40</sup>

[Rz 21] Auch in *materieller Hinsicht* ist die Frage nach einem Anspruch aus Art. 17 GAV zu verneinen. Für die Beurteilung der Angemessenheit ist primär das Kunstfach massgebend.<sup>41</sup> Bei Chorsängerinnen und -sängern handelt es sich dabei um die Einteilung in die verschiedenen Stimmgruppen: Erster oder zweiter Tenor, erster oder zweiter Bass, erster oder zweiter Sopran, erster oder zweiter Alt.<sup>42</sup> Beim künstlerischen Solopersonal erfolgt die Umschreibung nicht im GAV Solo, sondern im Einzelarbeitsvertrag. Die genaue Umschreibung bleibt folglich den Vertragsparteien überlassen.<sup>43</sup>

Gemäss Bühnenbrauch wird das Kunstfach dabei aber nicht nach künstlerisch-inhaltlichen Kriterien umschrieben. Die Umschreibung lautet vielmehr «lyrischer bzw. dramatischer Sopran» – evtl. mit der Ergänzung «kleine», «mittlere», «grosse» oder «Hauptrolle».<sup>44</sup>

[Rz 22] Eine solche Umschreibung führt i.c. nicht weiter: Solange die Vertragsparteien das Kunstfach nicht (auch) künstlerisch-inhaltlich umschreiben, wird die Bühnenleitung das Bühnenmitglied angemessen beschäftigen können – auch dann, wenn eine auf dem Spielplan stehende Oper durch eine andere Oper ersetzt wird. Anders wäre die Rechtslage, wenn die Vertragsparteien das Kunstfach im Einzelvertrag zwar (auch) nach künstlerisch-inhaltlichen Kriterien umschrieben hätten, dem Bühnenmitglied aber keine dieser Umschreibung entsprechenden Rollen zugewiesen würden. Nehmen wir i.c. eine Umschreibung gemäss Bühnenbrauch an, wird das Luzerner Theater die Bühnenmitglieder auch dann angemessen beschäftigen können, wenn die Bühnenleitung statt «Idomeneo» die Opern «Le nozze di Figaro» und «La Traviata» aufführen lässt. Somit liegt keine Verletzung von Art. 17 GAV vor. Aus Art. 17 GAV kann kein Anspruch auf Beibehaltung oder Wiederaufnahme des «Idomeneo» geltend gemacht werden.<sup>45</sup>

[Rz 23] Mit Bezug auf die *Verhandlungsposition* der Bühnenmitglieder ausserhalb der Bühnenrechtspflege bleibt hier Folgendes anzumerken: Grundsätzlich wäre es jederzeit möglich, das Kunstfach im Einzelarbeitsvertrag (auch) nach künstlerisch-inhaltlichen Kriterien zu umschreiben. So könnte z.B. ein Anspruch des Bühnenmitglieds vorgesehen werden, pro Spielzeit in mindestens zwei Bühnenwerken ungehindert den Diskurs zu heiklen, gesellschaftspolitischen Themen anregen zu dürfen. Mit einer solchen Umschreibung leisteten die Vertragsparteien nicht zuletzt auch einen Beitrag zur Verwirklichung der Kunstfreiheit im Bühnenarbeitsrecht.<sup>46</sup>

#### 4. Anspruch wegen Verletzung der Pflicht zur künstlerischen Förderung

[Rz 24] Dem Recht des Bühnenmitglieds auf angemessene Beschäftigung (Arbeitnehmerseite) steht auf Arbeitgeberseite die Pflicht der Bühnenleitung gegenüber, das Bühnenmitglied in seiner künstlerischen Entwicklung zu fördern (Art. 13 GAV). In *prozessualer Hinsicht* ändert sich hier gegenüber

<sup>38</sup> SCHELLENBERG (Fn. 4) 45; vgl. WOLFGANG PORTMANN, Individualarbeitsrecht, Zürich 2000 (Rz. 609), der einen – in der h.L. sonst umstrittenen – Anspruch auf *tatsächliche* Beschäftigung immerhin für Künstler und andere Berufsgruppen anerkennt, wenn sonst das wirtschaftliche Fortkommen gefährdet wäre; vgl. dazu auch MANFRED REHBINDER, Kommentar zu Art. 328, in: Arthur Meyer-Hayoz (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI/2/2/1, Bern 1985, Rz. 11 m.w.Hw.

<sup>39</sup> SCHELLENBERG (Fn. 4) 46; vgl. a.a.O. 35 f. und 47 f.; zur Deutschen Lehre vgl. GREIFFENHAGEN (Fn. 36) 131 ff. m.Hw. auf die Praxis des Deutschen Bühnenschiedsgerichts; für die Schweizer Praxis bestätigt gem. Auskunft der Geschäftsleitung des SBKV.

<sup>40</sup> Art. 14 Abs. 1 und Art. 17 Abs. 2 GAV Solo; Art. 14 Abs. 1 und Art. 17 GAV Chor und Ballett; auf die Begrenzung des Weisungsrechts durch die Fürsorgepflichten, insb. die Pflicht zum Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers, wird später eingegangen (Ziff. III.5 des vorliegenden Aufsatzes); pro memoria: für das Bühnenmitglied günstigere, von den GAV abweichende Vereinbarungen, seien hier ausdrücklich vorbehalten.

<sup>41</sup> SCHELLENBERG (Fn. 4) 45. Mit Blick auf das Deutsche Recht: GREIFFENHAGEN (Fn. 36) 131.

<sup>42</sup> Art. 7 lit. b GAV Chor und Ballett.

<sup>43</sup> Art. 7 lit. b GAV Solo schreibt zwar die Festlegung der Kunstgattung und

des Kunstfaches, für die das Bühnenmitglied verpflichtet werden soll, ebenfalls (wie für Chormitglieder) als notwendiger Vertragsinhalt vor, definiert den Begriff «Kunstfach» jedoch nicht. Bezüglich der Umschreibung im Einzelarbeitsvertrag besteht daher Vertragsfreiheit (Art. 19 Abs. 1 OR); vgl. SCHELLENBERG (Fn. 4) 34.

<sup>44</sup> SCHELLENBERG (Fn. 4) 35 f.; vgl. zum Deutschen Recht: GREIFFENHAGEN (Fn. 36) 138 f. Für die Schweizerische Praxis bestätigt gem. Auskunft SBKV.

<sup>45</sup> Pro memoria: Für Bühnenmitglieder günstigere Einzelabreden bleiben vorbehalten.

<sup>46</sup> Zu betroffenen oder gefährdeten Grundrechten vgl. Ziff. III.5.3 des vorliegenden Aufsatzes. Zur Kunstfreiheit vgl. Ziff. III.5.3b.

Art. 17 GAV nichts Grundlegendes. Art. 13 GAV ist nur, aber immerhin, das Gegenstück zu Art. 17 GAV.<sup>47</sup> Die Prozesschancen der hier angestrebten Klage auf Erfüllung verbessern sich dadurch nicht.

[Rz 25] In *materieller Hinsicht* bleibt anzumerken, dass die künstlerische Förderungspflicht (Art. 13 GAV) das Recht auf angemessene Beschäftigung (Art. 17 GAV) dahingehend erweitert, dass die Bühnenleitung einem Bühnenmitglied nicht willkürlich verbieten darf, einer künstlerischen Nebentätigkeit nachzugehen – insb. wenn sich eine solche voraussichtlich positiv auf die Karriere des Künstlers auswirken würde.<sup>48</sup>

[Rz 26] Von Verfahren im Rahmen der Bühnenrechtspflege abgesehen, bleibt auch hier der Hinweis auf die *Möglichkeit, die Vertragsfreiheit auszuschöpfen*: Eine Konkretisierung nach künstlerisch-inhaltlichen Kriterien könnte statt beim Recht auf angemessene Beschäftigung (Art. 17 GAV) auch bei der künstlerischen Förderungspflicht (Art. 13 GAV) ansetzen. So könnte der Begriff der künstlerischen Förderungspflicht zugunsten des Bühnenmitglieds dahingehend konkretisiert werden, dass der Bühnenleitung die Pflicht auferlegt würde, dem Künstler pro Spielzeit mindestens zwei gesellschaftskritische Rollen zuzuweisen.

## 5. Anspruch aus Persönlichkeitsverletzung im Arbeitsverhältnis

[Rz 27] Das Recht auf angemessene Beschäftigung und die künstlerische Förderungspflicht sind besondere Aspekte des allgemeinen Persönlichkeitsschutzes im Arbeitsverhältnis.<sup>49</sup> Dieser konkretisiert in Art. 328 Abs. 1 OR den allgemeinen zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz (Art. 28 ZGB).<sup>50</sup> Art. 328 Abs. 1 OR ist relativ zwingend. Die Vertragsparteien können daher in den GAV oder in Einzelvereinbarungen nur von Art. 328 Abs. 1 OR abweichen, sofern sich solche Abreden zugunsten des Bühnenmitglieds auswirken. Abreden zuungunsten der Bühnenmitglieder sind nichtig und werden durch das (relativ) zwingende Gesetzesrecht ersetzt.<sup>51</sup>

[Rz 28] Art. 13 und 17 GAV schützen das *Recht auf*

*künstlerische Entfaltung*; ein besonderer Aspekt des Rechts auf *wirtschaftliche Persönlichkeit*.<sup>52</sup> Schützt Art. 328 Abs. 1 OR die wirtschaftliche Persönlichkeit der Bühnenmitglieder weitergehend als Art. 13 und 17 GAV (allenfalls i.V.m. Art. 19 GAV<sup>53</sup>), treten daher die GAV-Bestimmungen hinter das (relativ) zwingende Gesetzesrecht zurück.

### 5.1 Selten gegebene Klagevoraussetzungen

[Rz 29] In *prozessualer Hinsicht* gilt Folgendes: Die Bühnenmitglieder klagen auf Erfüllung vertraglicher Nebenleistungspflichten (Fürsorgepflichten des Arbeitgebers), gestützt auf Art. 328 Abs. 1 OR – in für positive Vertragsverletzungen anerkannter direkter oder analoger Anwendung von Art. 97 ff. OR.<sup>54</sup> Die Prozesschancen sind indes gering.<sup>55</sup> Die Klagevoraussetzungen sind selten gegeben: Der Erfüllungsanspruch setzt voraus, dass der Arbeitnehmer einen Anspruch auf (tatsächliche) Beschäftigung hat oder dass der Arbeitgeber trotz Persönlichkeitsverletzung nicht in Annahmeverzug gerät.<sup>56</sup> Hinzu kommt, dass der Arbeitgeber regelmässig eine Ersatzmassnahme seiner Wahl treffen können, sollte er zu einer Leistung (Massnahme zum besseren Schutz der Arbeitnehmer) verpflichtet werden (Art. 98 Abs. 1 OR). Welche

<sup>47</sup> SCHELLENBERG (Fn. 4) 70.

<sup>48</sup> SCHELLENBERG (Fn. 4) 70 m.w.Hw. Es wird sich dabei regelmässig um Fälle handeln, wo der Künstler bei der Bühnenleitung um Einwilligung ersucht (Art. 27 Abs. 2 GAV), während der Laufzeit des Spielzeitenvertrags ausserhalb des Arbeitsverhältnisses einer künstlerische Tätigkeit (z.B. Gastrolle/Gastspielvertrag) nach zu gehen. Zum Recht auf Nebenbeschäftigung vgl. a.a.O. 55; zur Urlaubsregelung vgl. a.a.O. 57 f.

<sup>49</sup> SCHELLENBERG (Fn. 4) 69; gl.M. REHBINDER (Fn. 38) Rz. 11.

<sup>50</sup> HEINZ HAUSHEER/REGINA E. AEBI-MÜLLER, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 2005, Rz. 13.54; PORTMANN (Fn. 38) Rz. 595; WILHELM SCHÖNENBERGER/ADRIAN STAEHELIN, Kommentar zu Art. 328, in: Adrian Stähelin/Frank Vischer, (Zürcher) Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V/2/c, Art. 319-362 OR, Zürich 1996, Rz. 1; REHBINDER (Fn. 38) Rz. 4; DERS., Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Aufl., Bern 2002, Rz. 221.

<sup>51</sup> Art. 3 Abs. 2 GAV; Art. 357 Abs. 2 und Art. 362 OR.

<sup>52</sup> Vgl. SCHELLENBERG (Fn. 4) 45 und 69 f. Mit Blick auf das Deutsche Bühnenarbeitsrecht vgl. GREIFFENHAGEN (Fn. 36) 133. Art. 328 Abs. 1 OR erweitert den Schutzgehalt von Art. 28 ZGB nicht. Immerhin entsteht darüber hinaus aber die Verpflichtung des Arbeitgebers, nicht nur selber Eingriffe in die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu unterlassen, die sich nicht durch den Arbeitsvertrag rechtfertigen, sondern den Arbeitnehmer auch gegenüber Eingriffen Dritter zu schützen. Eine Verletzung von Art. 328 Abs. 1 OR ist sodann eine positive Vertragsverletzung, weshalb bei Persönlichkeitsverletzungen im Arbeitsverhältnis die allgemeinen vertragsrechtlichen Klagemöglichkeiten bestehen (REGINA E. AEBI-MÜLLER, Die Privatsphäre des Arbeitnehmers, in: Jörg Schmid/Daniel Girsberger [Hrsg.], Neue Rechtsfragen rund um die KMU: Erb-, Steuer-, Sozialversicherungs- und Arbeitsrecht, Luzern 2006, 7; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER [Fn. 50] Rz. 13.54; PORTMANN [Fn. 38] Rz. 597; REHBINDER [Fn. 38] Rz. 4; DERS. [Fn. 50] Rz. 221. Zur positiven Vertragsverletzung vgl. PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/HEINZ REY, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2003, Rz. 2534 und 2646 ff.

<sup>53</sup> Auch die GAV kennen in Art. 19 einen allgemeinen arbeitsrechtlichen Persönlichkeitsschutz. Als Anspruchsgrundlage gewählt wird i.c. aber die relativ zwingende Vorschrift im Gesetzesrecht. Nur so ist i.c., wie sich zeigen wird, eine Grundrechtswirkung im Privatrechtsverhältnis anschlussfähig.

<sup>54</sup> GAUCH/SCHLUEP/REY (Fn. 52) Rz. 2534 und 2646 ff. Die Klage auf Erfüllung lautet auf *Leistung* der Förderungspflicht bzw. auf *Unterlassung* der Persönlichkeitsverletzung (REHBINDER [Fn. 38] Rz. 23; DERS. [Fn. 50] Rz. 272; SCHÖNENBERGER/STAEHELIN [Fn. 50] Rz. 14; PORTMANN [Fn. 38] Rz. 770).

<sup>55</sup> KURT PÄRLI, Der Persönlichkeitsschutz im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, in: ARV 2005, 225-235, 231; PORTMANN (Fn. 38) Rz. 770, vgl. a.a.O. Rz. 764; REHBINDER (Fn. 38) Rz. 23.

<sup>56</sup> SCHÖNENBERGER/STAEHELIN (Fn. 50) Rz. 14. Diese Klagevoraussetzungen sind selten gegeben. Denn zum einen anerkennt die h.L. (vgl. PORTMANN [Fn. 38] Rz. 609) keinen Anspruch auf tatsächliche Beschäftigung und zum andern gerät der Arbeitgeber in solchen Fällen regelmässig in Annahmeverzug. Braucht der Arbeitnehmer nun aber infolge Annahmeverzugs des Arbeitgebers gar nicht zu arbeiten und hat er auch keinen Anspruch auf Beschäftigung, wird er auch kein schützenswertes Interesse an einer Erfüllungsklage haben (SCHÖNENBERGER/STAEHELIN [Fn. 50] Rz. 14).

Massnahme der Arbeitgeber in solchen Fällen ergreift, liegt in seinem Ermessen. Solange die getroffene Massnahme dem Schutzzweck hinreichend dient, erfüllt der Arbeitgeber seine Pflicht. Einen Anspruch auf eine konkrete Massnahme wird der Arbeitnehmer daher regelmässig nicht haben.<sup>57</sup>

[Rz 30] Trotz dieser hohen Hürden könnten im Fall «Idomeneo» die Klagevoraussetzungen ausnahmsweise gegeben sein. Dies aus zwei Gründen: Erstens gehören Künstler zu einer der Berufsgruppen, bei denen nach h.L. ein Anspruch auf tatsächliche Beschäftigung besteht;<sup>58</sup> zweitens gerät die Bühnenleitung i.c. nicht in Annahmeverzug, solange die Bühnenkünstler ihre Arbeit (Proben, andere Aufführungen etc.) trotz Persönlichkeitsverletzung weiterhin ausüben können.<sup>59</sup> Die Bühnenmitglieder könnten daher auf Erfüllung klagen. Hinzuweisen bleibt jedoch auf die praktische Schwierigkeit, dass Bühnenmitglieder meist schon deshalb *von einer Klage absehen* werden, weil sie Gefahr liefen, künftig *auf der schwarzen Liste* der Theaterunternehmen zu stehen und so kaum mehr zu neuen Engagements zu kommen.<sup>60</sup>

## 5.2 Recht auf wirtschaftliche und künstlerische Entfaltung

[Rz 31] In *materieller Hinsicht* gelten folgende Überlegungen: Die Intendanz verletzt die Persönlichkeit der Bühnenmitglieder, wenn sie entweder selber in ein durch Art. 328 Abs. 1 OR geschütztes Rechtsgut der Bühnenmitglieder eingreift oder die Bühnenmitglieder nicht vor Eingriffen Dritter schützt.<sup>61</sup> Geschütztes Persönlichkeitsgut ist u.a. das Recht auf wirtschaftliche Persönlichkeit. Dieses beinhaltet namentlich das *Recht auf wirtschaftliche Entfaltung*.<sup>62</sup> Bezogen auf das Arbeitsverhältnis will die h.L. die Pflicht zum Schutz der wirtschaftlichen Persönlichkeit in erster Linie als Pflicht zur *Förderung des wirtschaftlichen Fortkommens* sehen. Dies als Ausfluss der sog. nachwirkenden Fürsorgepflichten – also hinsichtlich des Persönlichkeitsschutzes *nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses*. Ein so verstandenes Recht auf wirtschaftliche Entfaltung beschränkte sich folglich auf das Recht auf Arbeitszeugnis und Referenz.<sup>63</sup>

[Rz 32] Diese beschränkte Relevanz des Rechts auf wirtschaftliche Entfaltung lässt sich m.E. jedoch nur für Arbeitsverhältnisse rechtfertigen, bei welchen gemäss h.L. kein Anspruch auf tatsächliche Beschäftigung besteht. Wo nämlich ein Anspruch auf tatsächliche Beschäftigung anerkannt ist, rechtfertigt sich dieser gerade eben mit Blick auf das Recht auf wirtschaftliche Entfaltung: Betroffen sind hier regelmässig Angehörige von spezifischen Berufsgruppen, deren wirtschaftliches Fortkommen unmittelbar an den Beschäftigungsanspruch gekoppelt ist. Bei Wissenschaftlern, Publizisten, Piloten, Sportlern und *auch bei Künstlern* schadet eine Untätigkeit – m.E. aber auch eine nur *untergeordnete* Tätigkeit – den beruflichen Fähigkeiten und gefährdet letztlich die wirtschaftliche Existenz<sup>64</sup> – «wer rastet, rostet»<sup>65</sup>!

[Rz 33] Interessant ist in diesem Zusammenhang die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur beschränkten Ausschlussautonomie im Vereinsrecht: So leitete im Fall *Horlogerie* das Bundesgericht ein Recht auf wirtschaftliche Persönlichkeit aus dem institutionellen Gehalt der *Wirtschaftsfreiheit* (Art. 27 BV, damals Art. 31 aBV) ab.<sup>66</sup> Rechtfertigt sich im Zusammenhang mit der wirtschaftlichen Persönlichkeit ein ausdrücklicher Verweis auf die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV), so wäre m.E. in Fällen wie der vorliegend zu beurteilenden Opernabsetzung konsequenterweise auch ein Verweis auf die Kunstfreiheit (Art. 21 BV) geboten; in Fällen also, wo ein Eingriff nicht nur die *wirtschaftliche*, sondern auch die *künstlerische* Entfaltungsmöglichkeit betrifft. Die Künstler werden in solchen Fällen nicht nur an ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit gehindert, sondern auch dabei, dafür zu sorgen, dass die Kunst ihre *Funktion*, die sie *in der und für die Gesellschaft* erfüllt, weiterhin wahrnehmen und anbieten kann. Wird die Kunst an der Wahrnehmung ihrer Funktion gehindert, hat dies schwerwiegende Konsequenzen – sowohl für die Künstler als auch für die Gesellschaft als Ganzes.

[Rz 34] Der Rückgriff auf die (relativ) zwingende Norm von Art. 328 Abs. 1 OR statt auf das Recht auf angemessene Beschäftigung i.S.v. Art. 17 GAV oder den auch gleicherorts statuierten Persönlichkeitsschutz im Bühnenarbeitsrecht (Art. 19 GAV) erfolgt bewusst: GAV-Bestimmungen sind grundsätzlich nicht anschlussfähig für eine grundrechtskonforme Auslegung. Die Regeln der Vertragsauslegung sehen eine solche nicht vor.<sup>67</sup> Dies aus demselben Grund, wie eine unmittelbare (direkte) Wirkung der Grundrechte in Privatrechtsverhältnissen in der Schweizer Lehre und Rechtsprechung

<sup>57</sup> Art. 98 Abs. 1 OR; REHBINDER (Fn. 38) Rz. 23; DERS. (Fn. 50) Rz. 272; vgl. PORTMANN (Fn. 38) Rz. 770.

<sup>58</sup> PORTMANN (Fn. 38) Rz. 609. Zur Kontroverse in der Lehre vgl. REHBINDER (Fn. 38) Rz. 11 m.w.Hw.

<sup>59</sup> Wenn auch unter dem Vorbehalt, dass es für ihr künstlerisches und wirtschaftliches Fortkommen wünschbar (gewesen) wäre, «Idomeneo» aufzuführen.

<sup>60</sup> Auskunft der Geschäftsleitung des SBKV.

<sup>61</sup> HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (Fn. 50) Rz. 13.54.

<sup>62</sup> HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (Fn. 50) Rz. 12.147 f.; JÖRG SCHMID, Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, Zürich 2001, Rz. 852; BGE 82 II 292 E. 3 S. 299 *Horlogerie*; 123 III 193 E. 2c S. 198.

<sup>63</sup> PORTMANN (Fn. 38) Rz. 591, vgl. a.a.O. Rz. 757 ff.; REHBINDER (Fn. 50) Rz. 261. Die Erfüllungsklage betrifft daher v.a. Fälle nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Während der Dauer des Arbeitsverhältnisses sind Erfüllungsklagen nur ausnahmsweise von Bedeutung (PÄRLI, [Fn. 55] 231;

PORTMANN [Fn. 38] Rz. 764 und 770; REHBINDER [Fn. 38] Rz. 23). Vgl. dazu oben die Ausführungen zu den prozessualen Aspekten.

<sup>64</sup> PORTMANN (Fn. 38) Rz. 609; REHBINDER (Fn. 38) Rz. 11.

<sup>65</sup> REHBINDER (Fn. 38) Rz. 11.

<sup>66</sup> BGE 82 II 292 E. 5b S. 302 *Horlogerie*; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (Fn. 50) Rz. 12.148; zur neueren Rechtsprechung betreffend die beschränkte Ausschlussautonomie des Vereins im Verhältnis zum Recht des Mitglieds auf wirtschaftliche Entfaltung vgl. BGE 123 III 193 E. 2c S. 198.

<sup>67</sup> Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 26) Rz. 1196 ff.

kaum vertreten wird; weil dadurch die Vertragsfreiheit zu sehr beeinträchtigt würde.<sup>68</sup>

[Rz 35] Die Grenze der Vertragsfreiheit stellt aber in jedem Fall das (relativ) zwingende Gesetzesrecht. Hier sind abweichende Abreden in Einzelarbeitsverträgen oder GAV nicht bzw. nur zugunsten der Arbeitnehmer möglich. Abreden zuungunsten der Arbeitnehmer sind nichtig und werden durch das Gesetzesrecht ersetzt.<sup>69</sup> Art. 328 Abs. 1 OR findet folglich stets Anwendung, wenn der darin enthaltene Schutz weiter geht als abweichende Bestimmungen.

### 5.3 Grundrechtskonforme Auslegung von Art. 328 Abs. 1 OR

[Rz 36] Während GAV-Bestimmungen aus den genannten Gründen keine grundrechtskonforme Auslegung zulassen, ist Art. 328 Abs. 1 OR anschlussfähig für eine mittelbare Wirkung der Grundrechte unter Privaten. MANFRED REHBINDER nennt den Persönlichkeitsschutz nach Art. 328 Abs. 1 OR denn auch «ein legitimes Einfallstor für die *mittelbare Drittwirkung der Grundrechte*»<sup>70</sup>.

[Rz 37] Die These der mittelbaren (indirekten) Drittwirkung der Grundrechte ist weitgehend unbestritten. Sie geht davon aus, dass unbestimmte Rechtsbegriffe – etwa Generalklauseln im Privatrecht – grundrechtskonform auszulegen sind und somit ein Anwendungsfall des allgemein anerkannten Grundsatzes verfassungskonformer Auslegung unbestimmter Privatrechtsnormen sind.<sup>71</sup> Die Reichweite dieser Art von Drittwirkung im Rahmen der Auslegung von Art. 328 Abs. 1 OR ist jedoch nicht zu überschätzen.<sup>72</sup> Der Persönlichkeitsschutz im Arbeitsverhältnis bedarf stets einer Interessenabwägung.

So auch in den hier angesprochenen Fällen, wo die Interessen der Arbeitnehmer auf möglichst freie künstlerische und wirtschaftliche Entfaltung den berechtigten Interessen des Arbeitgebers an einem möglichst umfassenden Direktionsrecht gegenüberstehen.<sup>73</sup>

[Rz 38] Beide Freiheitsphären – jene der Arbeitnehmer und der Arbeitgeber – werden ihr Gegenstück in der Wertordnung der Verfassung bzw. der Grundrechte finden.<sup>74</sup> Es wird im konkreten Fall immer darum gehen, die einander gegenüberstehenden Grundrechtspositionen beider Vertragsparteien herauszuarbeiten, ohne im Vorneherein gewisse Grundrechtspositionen privilegiert zu behandeln oder gegeneinander auszuspielen. Vielmehr ist auf dem Wege der Herstellung praktischer Konkordanz eine optimale Lösung zu finden, die den Interessen der Arbeitgeber ebenso gerecht wird wie jenen der Arbeitnehmer.<sup>75</sup>

[Rz 39] Nachfolgend werden zunächst die Grundrechtspositionen der Bühnenmitglieder und anschliessend jene der Bühnenleitung bzw. des Luzerner Theaters (als juristische Person des Privatrechts) herausgearbeitet. Konkret geprüft werden mögliche Beeinträchtigungen oder Gefährdungen der Meinungsäusserungsfreiheit, Kunstfreiheit, Versammlungsfreiheit und der Wirtschaftsfreiheit.<sup>76</sup>

#### a. Meinungsfreiheit

[Rz 40] Die hier angerufenen Grundrechte sind, mit Ausnahme der Wirtschaftsfreiheit, alles sog. Grundrechte freier Kommunikation (Kommunikationsgrundrechte).<sup>77</sup> Unter den Grundrechten freier Kommunikation erfüllt die Meinungsfreiheit die Funktion eines Auffanggrundrechts. Sie gewährt

<sup>68</sup> ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, Bd. II, 2. Aufl., Bern 2006, Rz. 124 ff.; RAINER J. SCHWEIZER, Kommentar zu Art. 35, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), *Die schweizerische Bundesverfassung. Kommentar*, Zürich/Basel/Genf 2002, Rz. 20; JÜRIG-PAUL MÜLLER, Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jürg-Paul Müller (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Zürich 2001, § 39, 621-645, Rz. 37; BGE 118 Ia 46 E. 4c S. 56 *infoSektä*; 114 Ia 329 E. 2 S. 331. Zur Ablehnung der direkten Drittwirkung der Grundrechte im Arbeitsverhältnis vgl. ANDREAS KLEY, *Drittwirkung der Grundrechte im Arbeitsverhältnis*, in: Thomas Geiser/Hans Schmid/Emil Walter-Busch (Hrsg.), *Arbeit in der Schweiz des 20. Jahrhunderts*, Bern/Stuttgart/Wien 1998, 433-454, 436. Direkte (unmittelbare) Drittwirkung meint die These, dass sich die Grundrechte «im Sinne einer unmittelbaren Bindung» auf den Rechtsverkehr zwischen Privaten auswirken (ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2005, Rz. 281).

<sup>69</sup> Art. 357 Abs. 2 und Art. 362 Abs. 2 OR; Art. 3 Abs. 2 GAV.

<sup>70</sup> REHBINDER (Fn. 50) Rz. 222; Hervorhebung im Original.

<sup>71</sup> AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (Fn. 68) Rz. 130; HÄFELIN/HALLER (Fn. 68) Rz. 282 f.; SCHWEIZER (Fn. 68) Rz. 19; RENÉ WIEDERKEHR, *Bemerkungen zu BGE 126 II 300*. Ruth Gonseth, in: *AJP* 2001, 215-218, 218; REHBINDER (Fn. 50) Rz. 222; KLEY (Fn. 68) 437; BGE 120 V 312 E. 3b S. 316 *Francisco R.* Zur Unterscheidung direkte/indirekte Drittwirkung siehe HÄFELIN/HALLER (Fn. 68) Rz. 281 f.

<sup>72</sup> REHBINDER (Fn. 50) Rz. 222; vgl. SCHÖNENBERGER/STAEHELIN (Fn. 50) Rz. 12.

<sup>73</sup> Vgl. SCHÖNENBERGER/STAEHELIN (Fn. 50) Rz. 12.

<sup>74</sup> REHBINDER (Fn. 50) Rz. 222; vgl. KLEY (Fn. 68) 437.

<sup>75</sup> HÄFELIN/HALLER (Fn. 68) Rz. 319 und 377; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (Fn. 68) Rz. 280; MÜLLER (Fn. 68) Rz. 25; REHBINDER (Fn. 50) Rz. 222.

<sup>76</sup> Es sind dies auch die bei Kunst- und Kulturveranstaltungen regelmässig betroffenen Grundrechte (STEFAN LEUTERT, *Polizeikostentragung bei Grossveranstaltungen*, Diss., Zürich 2005, 14 ff.). Eine mögliche Beeinträchtigung der Religionsfreiheit wird i.c. von keiner der Parteien geltend gemacht. Aus ihr lässt sich für die i.c. vertretenen Interessen nichts ableiten. Die Religionsfreiheit wird in einer an diesen Aufsatz anschliessenden Publikation thematisiert. Hinzuweisen bleibt an dieser Stelle schliesslich darauf, dass je nach betroffenem Persönlichkeitsgut auch andere Grundrechte mit einbezogen werden müssen. Am Vorgehen bei der Herausarbeitung der Grundrechtspositionen und der Herstellung praktischer Konkordanz zwischen den sich gegenüberstehenden Positionen ändert sich dadurch nichts Grundlegendes. Das Vorgehen kann daher m.E. auch angewandt werden auf die in der aktuellen Praxis relevanten Fälle (Auskunft der Geschäftsleitung des SBKV) betreffend das Recht auf sexuelle Integrität und persönliche Freiheit. Einzubeziehen wären dort insb. Art. 10 und 13 BV.

<sup>77</sup> Vgl. die Auflistung der Kommunikationsgrundrechte bei JÜRIG-PAUL MÜLLER, *Grundrechte in der Schweiz*, Bern 1999, 181 f. und bei DENIS BARRELET, *Les Libertés de la communication*, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jürg-Paul Müller (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Zürich 2001, § 45, 721-738, Rz. 2 ff.; zum Begriff «Kommunikationsgrundrechte» («Libertés de communication») vgl. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (Fn. 68) Rz. 525.

Schutz, wenn kein spezifisches Kommunikationsgrundrecht, wie etwa die Kunst- oder die Versammlungsfreiheit, zum Tragen kommt.<sup>78</sup> Dennoch sei hier zunächst eine Beeinträchtigung der *Meinungsfreiheit*<sup>79</sup> geltend gemacht. An ihr lässt sich vorab klären, ob Neuenfels' Inszenierung des «Idomeneo» überhaupt und *generell* in den *sachlichen Schutzbereich* der Kommunikationsgrundrechte fällt.

[Rz 41] Die Meinungsäusserungsfreiheit (i.e. Kommunikationsgrundrechte generell) berechtigt den Einzelnen, Meinungen jeder Art frei zu bilden, diese zu äussern und der Öffentlichkeit oder Privatpersonen mitzuteilen. Der Begriff der Meinung ist weit zu verstehen und umfasst alle Ausdrucksmittel, die sich zur Kommunikation *eignen*.<sup>80</sup> Ein geeignetes Mittel zur Meinungsäusserung ist gemäss Bundesgericht namentlich der Film.<sup>81</sup> Gleiches muss auch für Theater und Oper gelten. Filme sind bewegte und vertonte Bilder von und mit (*abwesenden*) Schauspielern. Eignen sich solche zur Kommunikation, eignen sich auch Theater- und Operaufführungen dazu. Letztlich handelt es sich auch bei diesen um bewegte und vertonte Bilder mit (*anwesenden*) Schauspielern. Mozarts «Idomeneo» eignet sich daher zur Kommunikation und fällt in den sachlichen Schutzbereich der Kommunikationsgrundrechte. Inhalt und Form von Neuenfels' Inszenierung ist im Grundtatbestand der Kommunikationsgrundrechte (Meinungsfreiheit) nicht massgebend.<sup>82</sup>

[Rz 42] Wird die Oper abgesetzt, können darin geäusserte Meinungen nicht mehr mitgeteilt werden. Weil die Bühnenglieder sodann in den *persönlichen Schutzbereich* der Meinungsfreiheit fallen,<sup>83</sup> können sie im Rahmen der Auslegung von Art. 328 Abs. 1 OR eine Beeinträchtigung der Meinungsfreiheit i.S.v. § 6 KV (LU), Art. 16 Abs. 2 BV, Art. 10 EMRK<sup>84</sup> und Art. 19 Abs. 2 Zivilpakt<sup>85</sup> geltend machen.<sup>86</sup>

[Rz 43] Das Bühnenstück «Idomeneo» in der Inszenierung Neuenfels' fällt gemäss den vorangehenden Ausführungen in den *allgemeinen Schutzbereich* der Grundrechte freier Kommunikation. Als nächstes wird geprüft, ob eines der

spezifischen Kommunikationsgrundrechte betroffen ist und folglich die Meinungsfreiheit als subsidiäres Kommunikationsgrundrecht zurücktritt.

## b. Kunstfreiheit

[Rz 44] Als spezifischeres Kommunikationsgrundrecht könnte i.c. die Kunstfreiheit<sup>87</sup> beeinträchtigt oder gefährdet sein. Fraglich ist zunächst, ob Neuenfels' Inszenierung des «Idomeneo» in den *sachlichen Schutzbereich* der Kunstfreiheit fällt. Eine Legaldefinition der Kunst findet sich weder in nationalen noch in internationalen Bestimmungen zum Schutz der Grundrechte.<sup>88</sup> Auch in der Lehre gibt es keinen allgemeingültigen Kunstbegriff.<sup>89</sup> Vertreter eines *Definitionsverbots* stehen Vertretern eines *Definitionsgebots* gegenüber.<sup>90</sup> Die wohl h.L. spricht sich gegen eine Definition der Kunst im rechtlichen Sinne aus: «Il n'est pas utile, il est même dangereux (...) de définir l'art, car toute définition implique sa négation, donc la condamnation de certaines formes de l'art. Définir l'art impliquerai donc nier l'essence même de la liberté de l'art.»<sup>91</sup>

[Rz 45] Es trifft zu, dass jede Definition zugleich ihre Negation ist. Aus diesem Grund eine Definition der Kunst zu verbieten, würde m.E. aber zu kurz greifen. Schliesslich müsste man dann konsequenterweise davon absehen, den Schutzbereich von Freiheitsrechten überhaupt zu definieren. Die Kunst stellt keinen Sonderfall dar: Dass eine Definition zugleich ihre Negation ist, ist das Problem jeglicher Freiheitsgarantie durch das Recht.<sup>92</sup> Wer definiert, differenziert. Jede Differenzierung formt eine Innenseite und eine Aussenseite – schliesst ein und schliesst aus.<sup>93</sup> Es klingt – und ist – paradox. Aber gerade diese Schliessung ermöglicht überhaupt

<sup>78</sup> MÜLLER (Fn. 77) 248; ANDREAS KLEY/ESTHER TOPHINKE, Kommentar zu Art. 16, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung. Kommentar, Zürich/Basel/Genf 2002, Rz. 3; LEUTERT (Fn. 76) 15; BGE 127 I 164 E. 3b S. 168.

<sup>79</sup> § 6 KV (LU); Art. 16 Abs. 2 BV; Art. 10 EMRK; Art. 19 Abs. 2 Zivilpakt.

<sup>80</sup> KLEY/TOPHINKE (Fn. 78) Rz. 11; BGE 117 Ia 472 E. 3c S. 478.

<sup>81</sup> BGE 120 Ia 190 E. 2a S. 192 *La dernière tentation du Christ*.

<sup>82</sup> Geschützt sind gerade auch schockierende, provozierende, kritische und beunruhigende Äusserungen (MÜLLER [Fn. 77] 248; KLEY/TOPHINKE [Fn. 78] Rz. 6).

<sup>83</sup> Die Meinungsfreiheit steht allen natürlichen und juristischen Personen zu (KLEY/TOPHINKE [Fn. 78] Rz. 12; MÜLLER [Fn. 77] 185; HÄFELIN/HALLER [Fn. 68] Rz. 481 ff.; BARRELET [Fn. 77] Rz. 8).

<sup>84</sup> SR 0.101.

<sup>85</sup> SR 0.103.1.

<sup>86</sup> Zum Verhältnis der BV zu KV (LU), EMRK und Zivilpakt siehe AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (Fn. 68) Rz. 82 ff., 99 und 100 f. m.w.Hw.

<sup>87</sup> Art. 21 BV, Art. 10 EMRK; Art. 19 Abs. 2 Zivilpakt.

<sup>88</sup> Im Gegensatz zu § 6 KV (LU), Art. 10 EMRK und Art. 19 Zivilpakt (Meinungsfreiheit), erwähnt Art. 21 BV (Kunstfreiheit) den Begriff «Kunst», ohne ihn jedoch zu definieren. Art. 21 BV bestimmt lediglich: «Die Freiheit der Kunst ist gewährleistet.»

<sup>89</sup> HÄFELIN/HALLER (Fn. 68) Rz. 530; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (Fn. 68) Rz. 290.

<sup>90</sup> Für ein *Definitionsverbot*: ANDREAS AUER, La liberté de l'art ou l'art de libérer la conscience: un essai, in: Bertil Cottier/Marc-André Renold/Pierre Gabus (Hrsg.), Liberté de l'art et indépendance de l'artiste, Genf/Zürich/Basel 2004, Rz. 7 ff. m.w.Hw. Für ein *Definitionsgebot*: CHRISTOPH BEAT GRABER, Zwischen Geist und Geld. Interferenzen von Kunst und Wirtschaft aus rechtlicher Sicht, Baden-Baden 1994, 69 ff. m.w.Hw. a.a.O. 69 ad Fn. 3.

<sup>91</sup> AUER (Fn. 90) Rz. 9; gl.M. BARRELET (Fn. 77) Rz. 54 m.w.Hw., MÜLLER (Fn. 77) 303 f., HÄFELIN/HALLER (Fn. 68) Rz. 530 und CHRISTOPH MEYER/FELIX HÄFELIN, Kommentar zu Art. 21, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung. Kommentar, Zürich/Basel/Genf 2002, Rz. 3.

<sup>92</sup> GRABER (Fn. 90) 70; DERS., Der Kunstbegriff des Rechts im Kontext der Gesellschaft, in: Bertil Cottier/Marc-André Renold/Pierre Gabus (Hrsg.), Liberté de l'art et indépendance de l'artiste, Genf/Zürich/Basel 2004, 94.

<sup>93</sup> GRABER (Fn. 90) 83; vgl. NIKLAS LUHMANN, Die Wissenschaft der Gesellschaft, Frankfurt a. M. 1994, 83 ff. Vgl. ferner die Überlegungen zu Innen/Aussenverhältnis in der Form des Codes bei NIKLAS LUHMANN, Die Gesellschaft der Gesellschaft, Frankfurt a. M. 1998 [zit. LUHMANN, Gesellschaft], 359 ff.

erst die Freiheit.<sup>94</sup> Differenzierung – und somit Definition – ist notwendig, um überhaupt Schützenswertes von Nicht-Schützenswertem unterscheiden zu können:<sup>95</sup> Es ist zu *akzeptieren, dass der Kunstbegriff eine Paradoxie ist.*<sup>96</sup> Dies als logische Konsequenz daraus, dass Kunst – wenn sie rechtlichen Schutz ihrer Freiheit beansprucht – einen Eingriff in die Freiheit durch das Recht zulassen muss. Was sich nicht definieren lässt, lässt sich auch nicht schützen.<sup>97</sup>

[Rz 46] Differenzierung ist ein Leitbegriff der umfangreichen Forschung NIKLAS LUHMANN.<sup>98</sup> In Anlehnung an LUHMANN'S Theorie funktional differenzierter Sozialsysteme, schlägt CHRISTOPH BEAT GRABER mit Blick auf die Definition eines rechtlichen Kunstbegriffs die Unterscheidung zwischen Rechtssystem und Kunstsystem vor. Die Paradoxie des rechtlichen Kunstbegriffs lasse sich auf diesem Weg zwar nicht auflösen, aber immerhin entfalten.<sup>99</sup> Rechtssystem und Kunstsystem sind dabei zwei Teilsysteme des Makrosystems Gesellschaft und erfüllen *exklusiv in der und für die Gesellschaft je eine spezifische Funktion.* Weil jedes System in der Gesellschaft nur einmal vorkommt und eine Funktion folglich – weil exklusiv – auch *nur in einem* Teilsystem für die ganze Gesellschaft erfüllt wird,<sup>100</sup> bestimmt die Funktion der Kunst zugleich den *sachlichen Schutzbereich* der Kunstfreiheit.

[Rz 47] Gemäss GRABER besteht die *Funktion der Kunst* in der Öffnung von Kommunikationsaussichten. Es gilt, (Welt-)Kontingenz im Bereich formalisierter gesellschaftlicher Strukturen sichtbar zu machen<sup>101</sup> – die Möglichkeit, dass eine Sache auch anders beschaffen sein könnte, als sie es tatsächlich ist. In anderen Worten: Kunst zeigt auf, dass es nicht nur eine, sondern viele mögliche Sichtweisen der Dinge gibt. Sie öffnet Kommunikationsaussichten und stattet die Welt, um es mit LUHMANN zu sagen, mit der Möglichkeit aus, «sich selbst zu beobachten»<sup>102</sup>. Sie lässt «Welt in der Welt»<sup>103</sup> erscheinen;

die «imaginäre Welt der Kunst»<sup>104</sup> schafft eine Gegenrealität zur wirklichen Realität und «bietet [so] eine Position, von der aus *etwas anderes* als Realität bestimmt werden kann»<sup>105</sup>.

[Rz 48] Von dieser Position aus kann die Gesellschaft ihre Sicht der Welt in Frage stellen und latent vorhandene, optionale Lösungswege oder Versionen der Welt entdecken. Der Kunst gelingt es dadurch, öffentliche Debatten über gesellschaftliche Themen anzuregen, deren Relevanz sonst verborgen bliebe oder über Themen, die aufgrund bestehender Tabus und Dogmen nicht thematisiert werden könnten.

[Rz 49] Die Kunst tut dies in einer *ausschliesslich der Kunst eigenen Art der Meinungsäußerung.*<sup>106</sup> Im Unterschied zu übrigen Formen der Meinungsäußerung – wie etwa jene in Politik oder Massenmedien – hat die Meinungsäußerung durch Kunst eine ausgeprägt ästhetische Vieldeutigkeit (sog. *Ambiguität*).<sup>107</sup> Diese *primäre Wirkung* von Kunstwerken und Darbietungen mit Kunstcharakter *irritiert, erweckt Aufmerksamkeit*, wirft Rätsel auf und *spornt zur Interpretationsanstrengung an.*<sup>108</sup> Der Künstler schafft ein Gegenbild zur Realität.<sup>109</sup>

[Rz 50] Angesporn und irritiert durch die Ambiguität, spiegelt der Betrachter das vom Kunstwerk geschaffene Gegenbild zur Realität an seiner Version der Realität (sog. *Autoreflexivität*).<sup>110</sup> Er sucht nach dem Grund der Irritation und versucht, das vom Kunstwerk aufgeworfene Rätsel zu lösen. Dabei öffnen sich ihm die oben erwähnten neuen Weltversionen. Er sieht, dass seine Sicht der Dinge nicht die einzige ist. Er entdeckt Kontingenz – die Möglichkeit, dass eine Sache auch anders beschaffen sein könnte als sie es tatsächlich ist.<sup>111</sup>

[Rz 51] Fraglich ist, ob *Neuenfels' Inszenierung* des «Idomeo» die theoretisch aufgezeigte Funktion der Kunst erfüllt und somit in den sachlichen Schutzbereich der Kunstfreiheit fällt. Die Provokation geht in erster Linie vom Epilog, von der Enthauptungsszene<sup>112</sup> aus. Die vorliegende Untersuchung

<sup>94</sup> Vgl. NIKLAS LUHMANN, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a. M. 1995, 43.

<sup>95</sup> GRABER (Fn. 92) 91; DERS. (Fn. 90) 69.

<sup>96</sup> Zur Paradoxie des rechtlichen Kunstbegriffs vgl. GRABER (Fn. 90) 69 ff. und DERS. (Fn. 92) 94.

<sup>97</sup> GRABER (Fn. 92) 91; DERS. (Fn. 90) 69 m.w.Hw. ad Fn. 3.

<sup>98</sup> Zu den Formen der Systemdifferenzierung vgl. LUHMANN, Gesellschaft (Fn. 93) 595 ff.; a.a.O. 595 ad Fn. 1 mit Hw. auf die Begriffsgeschichte der Differenzierung in der Soziologie; zur funktionalen Differenzierung der Gesellschaft vgl. a.a.O. 743. Im Übrigen für die allgemeine Theoriebildung wegweisend und bezüglich der allgemeinen Begriffsbildung wohl am besten herausgearbeitet: DERS., Soziale Systeme, Frankfurt a. M. 1987, passim.

<sup>99</sup> GRABER entfaltet die Paradoxie des rechtlichen Kunstbegriffs, indem er die Paradoxie asymmetrisch setzt und zwischen Kunstsystem und Rechtssystem unterscheidet (GRABER [Fn. 90] 71; DERS. [Fn. 92] 95).

<sup>100</sup> NIKLAS LUHMANN, Die Kunst der Gesellschaft, Frankfurt a. M. 1997, 218; DERS. (Fn. 94) 132 f.; GRABER (Fn. 90) 71.

<sup>101</sup> GRABER (Fn. 90) 130.

<sup>102</sup> LUHMANN (Fn. 100) 235.

<sup>103</sup> LUHMANN (Fn. 100) 241.

<sup>104</sup> LUHMANN (Fn. 100) 229.

<sup>105</sup> LUHMANN (Fn. 100) 229; Hervorhebung durch den Verfasser.

<sup>106</sup> Vgl. MÜLLER (Fn. 77) 303. Schon GRABER (Fn. 90) 102 wies – mit Bezug auf Funktion und Wirkung der Kunst – auf die Besonderheit der kunstspezifischen Kommunikation hin und forderte die «Anerkennung eines besonderen grundrechtlichen Schutzes der Kunst».

<sup>107</sup> GRABER (Fn. 90) 92 f. m.w.Hw.; DERS. (Fn. 92) 98; vgl. UMBERTO ECO, Einführung in die Semiotik. Autorisierte deutsche Ausgabe von Jürgen Trabant, München 1972, 146.

<sup>108</sup> ECO (Fn. 107) 146; dort differenzierter zur Wirkung der sog. produktiven Ambiguität. Zur Ambiguität als die primäre Wirkung eines Kunstwerks vgl. GRABER (Fn. 92) 98; vgl. DERS. (Fn. 90) 92 m.w.Hw.

<sup>109</sup> LUHMANN (Fn. 100) 235.

<sup>110</sup> GRABER (Fn. 90) 92 f. m.w.Hw.; DERS. (Fn. 92) 98.

<sup>111</sup> Vgl. GRABER (Fn. 90) 130; LUHMANN (Fn. 100) 238.

<sup>112</sup> Die Beschreibung der Enthauptungsszene wird direkt in die Subsumtion integriert und folgt den Beschreibungen bei RASCHER (Fn. 1) 53, ELEONORE BÜNING, Absetzung einer Oper. Die Bresche, in: F.A.Z. vom 27. September 2006, 1 und REINHARD J. BREMBECK, Entschärft, in: Süddeutsche Zeitung vom

setzt dort an, stellt die Szene aber in einen grösseren Zusammenhang: zum Stück als Ganzes, zu Mozarts «Idomeneo» und zur Realität ausserhalb des Theaters bzw. der Oper.

[Rz 52] Auffallend ist zunächst die *ästhetische Vieldeutigkeit* (Ambiguität) der Enthauptungsszene. Auf der Bühne stehen die Büsten Poseidons, Jesus', Buddhas und Mohammeds. Schon dieser Anblick hat einen *rätselhaften Charakter*. Der Zuschauer ist irritiert. Die Szene entspricht nicht dem, was er von Mozarts «Idomeneo» erwarten würde. Er fragt sich, in welchem Zusammenhang die Szene zum ganzen Stück steht und was als nächstes geschieht. Angespornt von der ästhetischen Vieldeutigkeit, der «produktive[n] Ambiguität»<sup>113</sup> der Enthauptungsszene, sucht der Zuschauer nach einem Grund der Irritation und versucht, das vom Kunstwerk aufgeworfene Rätsel zu lösen.

[Rz 53] Um die nun einsetzende *Autoreflexivität* zu beschreiben, bedarf es eines Vergleichspunkts: *Mozarts «Idomeneo»*. Nur so kann Neuenfels' überspitzte Darstellung verstanden werden und beurteilt werden, ob der Enthauptungsszene Kunstcharakter zukommt: Die Oper spielt kurz nach Ende des Trojanischen Krieges. Das Schiff von König Idomeneo gerät in einen heftigen Sturm, der das Schiff am Anlegen in Sidon, der Hauptstadt Kretas, hindert. In Not geraten, versucht Idomeneo den Meeresherrn Neptun<sup>114</sup> zu besänftigen und verspricht ihm, das erste Lebewesen zu opfern, dem er bei seiner Ankunft in Kreta begegnet. Am Strand von Kreta empfängt ihn ausgerechnet sein Sohn Idamante. Idomeneo ist bestürzt über das tragische Zusammentreffen und lässt seinen Sohn zurück, um das Menschenopfer zu vermeiden. Es kommt zu ergreifenden Verstrickungen. Um Neptun zu versöhnen, stellt sich Idamante schliesslich zur Opferung. Da tritt Illia, Idamantes Geliebte, dazwischen und will anstelle von Idamante selbst sterben. Der Liebesbeweis versöhnt Neptun, er verzichtet auf das Opfer. Stattdessen ertönt die Stimme des Orakels, die Idamante und Illia zum Königspaar ernennt. Daraufhin dankt Idomeneo ab und krönt seinen Sohn.<sup>115</sup>

[Rz 54] Die Parallele zu einem sowohl für Christen wie auch Juden und Muslime zentralen Vater-Sohn-Konflikt ist offensichtlich: Die Geschichte von Abraham, der seinen Sohn

Isaak für Gott opfern soll. Neuenfels' Stückanalyse steigert die Assoziation von Religion und Gewalt in der Schlusszene zur Provokation: Sein Idomeneo köpft in einem Racheakt die Puppe Poseidons (stellvertretend für den ganzen Olymp) und jene von Jesus, Buddha und Mohammed (als Vertreter grosser Weltreligionen).<sup>116</sup>

[Rz 55] Der Zuschauer spiegelt diese «imaginäre Welt der Kunst»<sup>117</sup>, dieses Gegenbild zur Realität an seiner Auffassung der Realität. Er realisiert, dass Idomeneo seine Weltsicht ändert. Idomeneo löst sich aus seinen Fesseln. Er hält nicht länger am Dogma des blinden, absoluten Gottesgehorsams fest. Gottesgehorsam würde in diesem Fall den Tod seines Sohnes bedeuten. Dem verweigert sich Idomeneo, stattdessen wehrt er sich. Die Loslösung von seinen Zwängen zeigt die Enthauptung von Poseidon, Jesus, Buddha und Mohammed. Poseidon anstelle des gesamten Olymps; Jesus, Buddha und Mohammed als Symbole für Weltreligionen. Die Spiegelung der Theaterrealität mit der Realität ausserhalb der Theatermauern zeigt, dass eine solche Loslösung von Fanatismus, religiösem Fundamentalismus und blindem Gottesgehorsam zwar auch in der Realität geboten wäre, dass eine solche Loslösung aber meist politisch oder militärisch blockiert wird.

[Rz 56] Neuenfels' Inszenierung ist somit geeignet, «Welt in der Welt»<sup>118</sup> aufzuzeigen. Sie *öffnet Kommunikationsaussichten* und lanciert einen Diskurs darüber, wie weit der Einzelne mit seinem Gottesgehorsam gehen soll und darf. Neuenfels' Inszenierung nimmt die *Funktion* der Kunst wahr. Da die Funktion der Kunst zugleich Schützenswertes von Nicht-Schützenswertem unterscheidet, fällt die Inszenierung sogleich in den *sachlichen Schutzbereich der Kunstfreiheit*.

[Rz 57] Setzt das Luzerner Theater die Oper ab, werden die Bühnenmitglieder daran gehindert, Kunst zu präsentieren und zu vermitteln. Weil die Bühnenmitglieder sodann als Interpreten und Vermittler der Kunst zweifelsohne in den *persönlichen Schutzbereich* der Kunstfreiheit fallen, können sie sich im Rahmen der Auslegung von Art. 328 Abs. 1 OR auf die Kunstfreiheit i.S.v. Art. 21 BV berufen.<sup>119</sup>

### c. Versammlungsfreiheit

[Rz 58] Tangiert könnte weiter die Versammlungsfreiheit<sup>120</sup> sein. In den *sachlichen Schutzbereich* dieses Grundrechts fallen gemäss Bundesgericht «verschiedenste Formen des

28. September 2006, Nr. 224, 15.

<sup>113</sup> Eco (Fn. 107) 146.

<sup>114</sup> *Neptun* ist der Meeresherr der *römischen* Mythologie. Allerdings war er ursprünglich der Gott der fliessenden Gewässer. Später wurde er Poseidon, dem Meeresherrn der *griechischen* Mythologie, gleichgesetzt und ebenfalls als Meeresherr bezeichnet (ERIKA SIMON, Die Götter der Römer, München 1990, 182-192, 182). Daher auch die Enthauptung des *Poseidons* im Epilog von Neuenfels' Inszenierung des «Idomeneo» – dort wohl als Symbol, stellvertretend für den ganzen Olymp (vgl. ERIKA SIMON, Die Götter der Griechen, 3. Aufl., München 1985, 66-90, 66; a.a.O. ad Fn. 2 m.Hw. zur Stellung Poseidons im Olymp).

<sup>115</sup> RASCHÈR (Fn. 1) 53; ELISABETH SCHMIERER, Die Zeit der Opernfehden und Opernreformen. Die Opern Wolfgang Amadeus Mozarts, in: Hermann Scharnagl (Hrsg.), Operngeschichte in einem Band, Berlin 1999, 133 ff., 137 f.

<sup>116</sup> RASCHÈR (Fn. 1) 53; BÜNING (Fn. 112) 1; BREMBECK (Fn. 112) 15.

<sup>117</sup> LUHMANN (Fn. 100) 229.

<sup>118</sup> LUHMANN (Fn. 100) 241.

<sup>119</sup> Botschaft (des Bundesrates) über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1, 164; MÜLLER (Fn. 77) 305 f.; CHRITOPH MEYER/FELIX HAFNER, Kommentar zu Art. 21, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastroradi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung. Kommentar, Zürich/Basel/Genève 2002, Rz. 5; AUER/MALINVERNI/HOTTELIÈRE (Fn. 68) Rz. 598; BARRELET (Fn. 77) Rz. 54.

<sup>120</sup> Art. 22 BV; Art. 11 EMRK; Art. 21 Zivilpakt.

Zusammenfindens von Menschen im Rahmen einer gewissen Organisation (...)»<sup>121</sup>, die mit dem Zweck erfolgen, «auf privatem oder öffentlichem Grund (...) untereinander oder gegen aussen Meinungen mitzuteilen, zu diskutieren oder ihnen symbolischen Ausdruck zu geben»<sup>122</sup>.

[Rz 59] Bei einer Opernaufführung finden sich Bühnenkünstler zusammen, um mit «künstlerische[n] Ausdrucksmittel[n]»<sup>123</sup> ihre Meinung mitzuteilen; i.c. in einem privaten Lokal, dem Luzerner Theater. Die Meinungsäusserung mit künstlerischen Ausdrucksmitteln erfolgt gegenüber dem Publikum, dient aber auch dem Meinungs austausch unter den Bühnenkünstlern selber. Wird die Oper «Idomeneo» abgesetzt und durch die Opern «Le nozze di Figaro» und «La Traviata» ersetzt, können die Bühnenmitglieder zwar zu einer Opernaufführung, einer organisierten Zusammenkunft i.S.d. Versammlungsfreiheit zusammenfinden, aber nicht zu einer Mitteilung desselben künstlerischen und gesellschaftspolitischen Gehalts. Die Opernabsetzung beeinträchtigt somit die Versammlungsfreiheit der Künstler. Weil sodann sämtliche Bühnenmitglieder als natürliche Personen in den *persönlichen Schutzbereich* der Versammlungsfreiheit fallen,<sup>124</sup> können sie sich bei der Auslegung von Art. 328 Abs. 1 OR auf die Versammlungsfreiheit i.S.v. Art. 22 BV, Art. 11 EMRK und Art. 21 Zivilpakt berufen.

[Rz 60] Allerdings wird i.c. der Schutzbereich der Kunstfreiheit jenen der Versammlungsfreiheit weitgehend einschliessen: Dies zum einen, da die Beeinträchtigung der Versammlungsfreiheit stark vom Kunstcharakter der vorliegenden Meinungsäusserung abhängt und zum andern, weil im Fall der Kunstfreiheit möglicherweise der absolut geschützte *Kerngehalt* i.S.v. Art. 36 Abs. 4 BV betroffen ist: Wenn i.c. eine unzulässige präventive Inhaltskontrolle (Zensur) vorläge,<sup>125</sup> hätte dies zur Konsequenz, dass die Kunstfreiheit absolut gelten und die anderen Grundrechte, deren Kerngehalt nicht angetastet ist, zurücktreten müssten.<sup>126</sup>

<sup>121</sup> BGE 127 I 164 E. 3b S. 168.

<sup>122</sup> BGE 117 Ia 472 E. 3c S. 478.

<sup>123</sup> BGE 117 Ia 472 E. 3c S. 478.

<sup>124</sup> CHRISTOPH ROHNER, Kommentar zu Art. 22, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung. Kommentar, Zürich/Basel/Genf 2002, Rz. 11; MÜLLER (Fn. 77) 331; HÄFELIN/HALLER (Fn. 68) Rz. 239 f.

<sup>125</sup> MEYER/HAFNER (Fn. 119) Rz. 14; MÜLLER (Fn. 77) 193; RENÉ RHINOW, Die Bundesverfassung 2000, Basel/Genf/München 2000, 122 f. Zur Bezeichnung der Opernabsetzung als (Selbst-)Zensur siehe MARTIN MEYER, Selbstzensur, in: NZZ vom 28. September 2006, Nr. 225, 45. Nicht als verbotene präventive Inhaltskontrolle (Vorzensur) gilt allerdings der sog. Präventiveingriff im Einzelfall: Vorgängige inhaltliche Zensur ist ausnahmsweise zulässig, wenn dies nötig scheint, um elementare Rechtsgüter vor einer konkret nachweisbaren, unmittelbar bevorstehenden Gefahr einer Beeinträchtigung zu schützen (KLEY/TOPHINKE [Fn. 78] Rz. 17; RHINOW (Fn. 125) 122; MÜLLER [Fn. 77] 194 f.).

<sup>126</sup> MEYER/HAFNER (Fn. 119) Rz. 14; MÜLLER (Fn. 77) 193; BGE 120 Ia 190 E. 2 192 f. *La dernière tentation du Christ*. Für einen historischen Überblick über die Thematik «Kunstfreiheit und Zensur» vgl. GRABER (Fn. 90) 47 ff.

#### d. Wirtschaftsfreiheit

[Rz 61] Schliesslich könnte i.c. auch die Wirtschaftsfreiheit<sup>127</sup> beeinträchtigt sein. Sie findet kumulativ zur Kunstfreiheit Anwendung, wenn mit der Herstellung und Vermittlung von Kunst *auch* kommerzielle Ziele verfolgt werden.<sup>128</sup> Die Bühnenmitglieder beziehen einen Lohn (Gage), mit dem sie ihren Lebensunterhalt bestreiten. Folglich hat ihre künstlerische Tätigkeit *auch* einen kommerziellen Zweck und fällt somit *auch* in den sachlichen Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit.<sup>129</sup>

[Rz 62] Fraglich ist, ob die Wirtschaftsfreiheit der Bühnenmitglieder i.c. tatsächlich *beeinträchtigt* oder *gefährdet* ist. M.E. ist zwar eine unmittelbare Beeinträchtigung zu verneinen, eine mittelbare Gefährdung aber zu bejahen. Kurzfristig ist die wirtschaftliche Existenz der Bühnenkünstler mit Spielzeitenvertrag (Bühnenmitglieder) nicht gefährdet. Diese beziehen ihren Lohn unabhängig davon, welche Rolle in welchem Bühnenwerk sie zugeteilt bekommen – ja sogar unabhängig von ihrer tatsächlichen Beschäftigung.<sup>130</sup> *Mittelfristig* aber könnten Spielplanänderungen, wie jene im Fall «Idomeneo», nicht nur die *künstlerische* sondern auch die *wirtschaftliche* Entfaltung der Bühnenmitglieder beeinträchtigen.

[Rz 63] Das Bundesgericht hält ausdrücklich fest, dass die wirtschaftliche Entfaltung Ausfluss der Wirtschaftsfreiheit ist.<sup>131</sup> Aus diesem Grund tangiert die Opernabsetzung neben der Kunstfreiheit auch die Wirtschaftsfreiheit i.S.v. § 10 KV (LU) und Art. 27 BV. Die Bühnenmitglieder sind als natürliche Personen Träger der Wirtschaftsfreiheit<sup>132</sup> und können diese im Rahmen der Auslegung von Art. 328 Abs. 1 OR geltend machen.

#### e. Fazit zu den Grundrechtspositionen der Bühnenmitglieder

[Rz 64] Aus dem Gesagten folgt, dass die *Bühnenmitglieder* im Fall «Idomeneo» hinsichtlich der grundrechtskonformen Auslegung von Art. 328 Abs. 1 OR folgende Grundrechte anrufen können: Meinungsfreiheit (subsidiär), Kunstfreiheit, Versammlungsfreiheit<sup>133</sup> und Wirtschaftsfreiheit. Welche

<sup>127</sup> § 10 KV (LU); Art. 27 BV.

<sup>128</sup> LEUTERT (Fn. 76) 17; gl.M. MEYER/HAFNER (Fn. 119) Rz. 6 und MÜLLER (Fn. 77) 306 f.

<sup>129</sup> Zum sachlichen Schutzbereich vgl. KLAUS A. VALLENDER, Kommentar zu Art. 27, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung. Kommentar, Zürich/Basel/Genf 2002, Rz. 7 ff. und HÄFELIN/HALLER (Fn. 68) Rz. 628 ff.

<sup>130</sup> Art. 324 Abs. 1 OR; SCHELLENBERG (Fn. 4) 66.

<sup>131</sup> BGE 82 II 292 E. 5b S. 302 *Horlogerie*.

<sup>132</sup> VALLENDER (Fn. 129) Rz. 30; MÜLLER (Fn. 77) 653; HÄFELIN/HALLER (Fn. 68) Rz. 654 ff.

<sup>133</sup> Wie in Ziff III.5.3 des vorliegenden Aufsatzes erwähnt, wird der Schutzbereich der Kunstfreiheit jenen der Versammlungsfreiheit regelmässig einschliessen. Damit ist aber nicht ausgeschlossen, dass sie einzelnen Künstlern im konkret zu beurteilenden Prozess der Interessenabwägung zusätzlichen Schutz gewähren könnte. Daher sei i.c. auch die

dieser Grundrechtspositionen bei den Bühnenmitgliedern i.c. am stärksten betroffen ist, bleibt im Einzelfall abzuwägen. Immerhin geht die Vermutung dahin, dass bei den Kommunikationsgrundrechten die Kunstfreiheit am stärksten betroffen ist. Hier könnte nämlich der Kerngehalt verletzt sein. Neben der Kunstfreiheit werden die Bühnenmitglieder idealerweise aber auch die Wirtschaftsfreiheit geltend machen; dies im Hinblick auf den in diesem Abschnitt aufgezeigten Zusammenhang der künstlerischen und der wirtschaftlichen Entfaltung.<sup>134</sup>

#### f. Grundrechtspositionen des Luzerner Theaters

[Rz 65] Zu eruieren bleiben die Grundrechtspositionen des *Luzerner Theaters (Bühnenleitung)*. Die Kunstfreiheit schützt den ganzen Prozess von der Herstellung (sog. Werkbereich) bis zur Vermittlung (sog. Wirkbereich) der Kunst. Sie erfasst daher sowohl das Schaffen als auch die Präsentation der Kunst.<sup>135</sup> Die Tätigkeit der Bühnenleitung, namentlich die Spielplangestaltung, fällt in den *sachlichen Schutzbereich* der Kunstfreiheit.

[Rz 66] Für den *persönlichen Schutzbereich* ist es unerheblich, dass das Luzerner Theater als Vertragspartner eine privatrechtliche Stiftung i.S.v. Art. 80 ff. ZGB ist.<sup>136</sup> Folglich können sich grundsätzlich nicht nur die Bühnenmitglieder (Arbeitnehmerseite) sondern auch das Luzerner Theater (Arbeitgeberseite) auf die Kunstfreiheit berufen. Gleiches gilt für die beiden anderen betroffenen Kommunikationsgrundrechte, die Meinungsfreiheit<sup>137</sup> und die Versammlungsfreiheit<sup>138</sup>.

[Rz 67] Fraglich ist allerdings, ob im Rahmen der Interessenabwägung i.c. mit Blick auf Art. 328 Abs. 1 OR die erwähnten *Kommunikationsgrundrechte* des Luzerner Theaters (Arbeitgeber) überhaupt beeinträchtigt sind. Schliesslich entschied der Arbeitgeber in eigener Verantwortung über die Spielplanänderung. Immerhin könnte eine *mittelbare* Beeinträchtigung vorliegen. Dies, wenn das Luzerner Theater den Bühnenmitgliedern im Rahmen der Auslegung von Art. 328 Abs. 1 OR Zugeständnisse machen müsste und so in gewisser Hinsicht in seiner Spielplan-Gestaltungsautonomie beeinträchtigt wäre.<sup>139</sup>

[Rz 68] Stärker betroffen wird auf Arbeitgeberseite (Luzerner Theater) eine andere Grundrechtsposition sein: die *Wirtschaftsfreiheit*. Die eben erwähnte *Spielplan-Gestaltungsautonomie* fällt ebenfalls in den *sachlichen Schutzbereich* der Wirtschaftsfreiheit. Allfällige Zugeständnisse an die Adresse der Bühnenmitglieder (Arbeitnehmer) im Rahmen der Auslegung von Art. 328 Abs. 1 OR beeinträchtigen unmittelbar die Wirtschaftsfreiheit des Luzerner Theaters (Arbeitgeber). Weil das Luzerner Theater als juristische Person des Privatrechts auch in den *persönlichen Schutzbereich* der Wirtschaftsfreiheit fällt,<sup>140</sup> kann es im Rahmen der Auslegung von Art. 328 Abs. 1 OR die Wirtschaftsfreiheit i.S.v. § 10 KV (LU) und Art. 27 BV anrufen.

#### g. Fazit

[Rz 69] Die Bühnenmitglieder (Arbeitnehmer) und das Luzerner Theater (Arbeitgeber) können sich im Rahmen der Interessenabwägung bei der *Auslegung von Art. 328 Abs. 1 OR* grundsätzlich auf folgende Grundrechte berufen: *Meinungsfreiheit (subsidiär), Kunstfreiheit, Versammlungsfreiheit und Wirtschaftsfreiheit*. Welche Grundrechtsposition bei der jeweiligen Vertragspartei überwiegt muss im Einzelfall, zwischen dem jeweiligen Künstler (Arbeitnehmer) und dem Luzerner Theater (Arbeitgeber), entschieden werden. Es lässt sich vermuten, dass *auf Seiten der Bühnenmitglieder die Kunstfreiheit* und *auf Seiten des Luzerner Theaters die Wirtschaftsfreiheit* am stärksten betroffen sind.

[Rz 70] Diese beiden Grundrechtspositionen gilt es bei der jeweiligen Vertragspartei zu beachten, wenn auf dem Wege der Herstellung praktischer Konkordanz eine optimale Lösung gesucht wird, die den Interessen des Arbeitgebers ebenso gerecht wird wie jenen der Arbeitnehmer. Ein Abwägungsergebnis kann an dieser Stelle nicht vorweggenommen werden. Die Abwägung muss *im konkreten Verfahren* mit Bezug auf die einzelnen Künstler im Verhältnis zum Arbeitgeber erfolgen. Es konnte hier nur darum gehen, aufzuzeigen, *welche Grundrechte bei dieser Abwägung in die Waagschale zu werfen sind*.

## 6. Fazit zur Rechtsstellung gegenüber dem Luzerner Theater

- Das Bühnenmitglied hat grundsätzlich keinen Anspruch darauf, bestimmte Rollen oder Partien zu spielen.
- Das Bühnenmitglied ist bereits dann angemessen beschäftigt (Art. 17 GAV), wenn es nicht ausschliesslich seinem vertraglich vereinbarten Kunstfach fernliegende Aufgaben zugeteilt bekommt.

Versammlungsfreiheit geltend gemacht.

<sup>134</sup> Ziff. III.3 des vorliegenden Aufsatzes.

<sup>135</sup> BBI 1997 I 1 (Fn. 119) 164; MÜLLER (Fn. 77) 305 f.; MEYER/HAFNER (Fn. 119) Rz. 5; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (Fn. 68) Rz. 598; BGE 120 Ia 190 E. 2a S. 192 *La dernière tentation du Christ*; BVerfGE 30, 173 ff. *Mephisto*.

<sup>136</sup> MEYER/HAFNER (Fn. 119) Rz. 8; MÜLLER (Fn. 77) 185.

<sup>137</sup> Die Meinungsfreiheit steht allen natürlichen und juristischen Personen zu (KLEY/TOPHINKE [Fn. 78] Rz. 12; MÜLLER [Fn. 77] 185; HÄFELIN/HALLER [Fn. 68] Rz. 481 ff.; BARRELET [Fn. 77] Rz. 8).

<sup>138</sup> In den persönlichen Schutzbereich der Versammlungsfreiheit fallen zwar in erster Linie nur natürliche Personen, juristische Personen können sich aber immerhin dann auf die Versammlungsfreiheit berufen, wenn sie als Organisatoren der Versammlung auftreten (ROHNER [Fn. 124] Rz. 12 m.w.Hw.).

<sup>139</sup> Zur Spielplan-Gestaltungsautonomie vgl. Ziff. 2 ff. Leistungsauftrag (Leistungsauftrag für das Luzerner Theater [in der Fassung vom

Juni 1996]; erlassen gestützt auf Art. 10 Ziff. 1 Stiftungsstatut [zit. Leistungsauftrag]).

<sup>140</sup> VALLENDER (Fn. 129) Rz. 30; MÜLLER (Fn. 77) 653; HÄFELIN/HALLER (Fn. 68) Rz. 654 ff.

- Die Umschreibung des Kunstfachs erfolgt in der Regel nicht nach künstlerisch-inhaltlichen Kriterien.
- Die künstlerische Förderungspflicht (Art. 13 GAV) geht nur dahingehend über das Recht auf angemessene Beschäftigung (Art. 17 GAV) hinaus, als dem Bühnenmitglied nicht willkürlich verboten werden darf, einer künstlerischen Nebenbeschäftigung nachzugehen.
- Die Bühnenleitung verletzt möglicherweise die Persönlichkeit der Bühnenmitglieder (Art. 328 Abs. 1 OR), wenn sie eine Spielplanänderung vornimmt. Die Entscheidung muss hier im Einzelfall erfolgen. Es muss eine Interessabwägung stattfinden. Dabei müssen die Grundrechtspositionen beider Parteien erstens erarbeitet und zweitens mit Blick auf die Herstellung praktischer Konkordanz bei der Interessabwägung berücksichtigt werden.
- Betroffen sind sowohl auf Seiten der Bühnenleitung als auch auf Seiten der Bühnenmitglieder: Meinungsfreiheit (subsidiär), Kunstfreiheit, Versammlungsfreiheit und Wirtschaftsfreiheit.
- Am stärksten beeinträchtigt sind dabei auf Seiten der Bühnenmitglieder (Arbeitnehmer) die Kunstfreiheit und auf Seiten des Luzerner Theaters (Arbeitgeber) die Wirtschaftsfreiheit. Diese beiden Grundrechte müssen bei der Suche nach einer optimalen Lösung für beide Vertragsparteien v.a. berücksichtigt werden.

#### IV. Rechtsstellung der Bühnenkünstler gegenüber dem Kanton Luzern

[Rz 71] Nach erfolgter Absetzung forderten Politiker, Künstler und Journalisten, die Oper sei wieder auf den Spielplan zu nehmen: «Zur Not unter Polizeischutz»<sup>141</sup>. Tatsächlich wurde die Oper am 18. und 29. Dezember 2006 – unter Polizeischutz – aufgeführt.<sup>142</sup> Die Entscheidung lag zwar wiederum in der Verantwortung der Intendantin, die Wiederaufnahme erfolgte aber nicht zuletzt auch auf Druck von *Politik und Medien*.<sup>143</sup>

[Rz 72] In diesem Abschnitt werden zwei weitere Akteure in die Fallstudie integriert: das Landeskriminalamt Berlin (LKA 5) und der Berliner Innensenator – bzw. die Kantonspolizei Luzern und die Direktorin des Kantonalen Justiz- und

Sicherheitsdepartements (Sicherheitsdirektorin). Zunächst wird der Frage nachgegangen, ob der i.c. politisch und massenmedial geforderte und schliesslich auch gewährte Polizeischutz *rechtlich* bereits geboten gewesen wäre, damit die betroffenen *Grundrechte wirksam ausgeübt* werden konnten (Ziff. IV.1). In einem zweiten Schritt ist zu klären, wie das Informationshandeln des Innensenators – bzw. der Sicherheitsdirektorin – aus verwaltungsrechtlicher Sicht zu beurteilen ist. Fraglich ist insb., ob die Informationstätigkeit grundrechtskonform war und rechtsstaatlichen Grundsätzen genüge (Ziff. IV.2).

#### 1. Anspruch auf Polizeischutzleistung

[Rz 73] Aus den beeinträchtigten Grundrechten lässt sich keine positive Leistungspflicht des Staates ableiten.<sup>144</sup> Grundsätzlich liegt es in der alleinigen Verantwortung eines privaten Kunst- und Kulturveranstalters, eine Veranstaltung durchzuführen oder nicht.<sup>145</sup> Es entspricht aber dem heute in Lehre und Rechtsprechung anerkannten *konstitutiv-institutionellen* Grundrechtsverständnis, dass dem Staat aus den Grundrechten auch Schutzpflichten erwachsen.<sup>146</sup> Steht fest, dass im betreffenden Fall (bei Kulturveranstaltungen typischerweise relevante) Grundrechte gefährdet sind und diese ohne Polizeischutz nicht wirksam ausgeübt werden können, besteht daher grundsätzlich ein Anspruch auf polizeiliche Schutzleistung.<sup>147</sup>

[Rz 74] Die Entscheidung über Notwendigkeit, Zeitpunkt und Mittel der Schutzleistung liegt im Ermessen der Polizei.<sup>148</sup> Selbst wenn bei Kunst- und Kulturveranstaltungen grundsätzlich grundrechtliche staatliche Schutzleistungspflichten bestehen, kann ein solcher *Schutz nicht absolut sein und jegliche Beeinträchtigung und Risiken abwehren*. Die Polizei muss angesichts der *faktisch begrenzten staatlichen Mittel* und Ressourcen Prioritäten setzen können und hat die *Verhältnismässigkeit* zu wahren.<sup>149</sup>

<sup>141</sup> CLAUDIA SCHWARTZ, «Zur Not unter Polizeischutz», in: NZZ vom 28. September 2006, Nr. 225, 45; sie zitiert a.a.O. Christoph Stölzl, ehem. Kultursenator und Vizepräsident des Berliner Abgeordnetenhauses.

<sup>142</sup> DEUTSCHE PRESSE-AGENTUR, «Für die Kunstfreiheit». Wiederaufnahme des Berliner «Idomeneo» ohne Zwischenfälle, in: NZZ vom 20. Dezember 2006, Nr. 296, 43.

<sup>143</sup> BÜNING (Fn. 112) 1; FRANKFURTER ALLGEMEINE, Islamkonferenz. Schäuble wünscht sich «deutsche Muslime», in: F.A.Z. vom 27. September 2006, Nr. 225, 1; HEINRICH WEFING, Idomeneo-Absetzung, Nur Mut!, in: F.A.Z. vom 29. September 2006, Nr. 227, S. 38; BUCHBINDER (Fn. 1) 53.

<sup>144</sup> Betreffend allfällige Leistungsansprüche aus der *Meinungs- und Versammlungsfreiheit* vgl. LEUTERT (Fn. 76) 71 ff. m.w.Hw. Die *Kunstfreiheit* betreffend vgl. BBl 1997 I 1 (Fn. 119) 164. Mit Bezug auf mögliche positive Leistungsansprüche aus der Wirtschaft differenzierter: LEUTERT (Fn. 76) 75 f. m.w.Hw.

<sup>145</sup> LEUTERT (Fn. 76) 71 m.w.Hw.

<sup>146</sup> MÜLLER (Fn. 68) Rz. 37; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (Fn. 68) Rz. 132; WIEDERKEHR (Fn. 71) 218; BGE 126 II 300 E. 5a S. 314 *Ruth Gonseth*.

<sup>147</sup> LEUTERT (Fn. 76) 76.

<sup>148</sup> ANDREAS LIENHARD, Innere Sicherheit und Grundrechte, in: recht 2002, 125-136, 128 f.; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, Rz. 2445; BGE 119 la 28 E. 2 S. 31 f. *M. c. procureur général du canton de Genève*; Urteil des EGMR i.S. *Osman gegen Vereinigtes Königreich* vom 28. Oktober 1998, Reports 1998-VIII, 3159, Rz. 116.

<sup>149</sup> BGE 126 II 300 E. 5b S. 315 *Ruth Gonseth*; Urteil des EGMR i.S. *Osman gegen Vereinigtes Königreich* (Fn. 148) Rz. 116; PATRICIA EGLI, Drittwirkung von Grundrechten. Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten im Schweizerischen Recht, Zürich/Basel/Genf 2002,

[Rz 75] Die Polizei setzt diese Prioritäten gestützt auf Gefährdungsanalysen. Die Gefährdungsanalyse vom September 2006 zeigte keine Hinweise auf eine bestehende oder unmittelbar drohende Gefahr. Es ist daher nicht zu beanstanden, dass das LKA 5 damals keine konkreten Vorschläge und Zusicherungen für einen Polizeieinsatz gegeben hatte, sondern sich lediglich für «Sicherheitsgespräche mit den betroffenen Mitarbeitern der Deutschen Oper Berlin zur Verfügung [stellte für den Fall, dass] an einer Aufführung in der beschriebenen Form festgehalten [würde]»<sup>150</sup>.

[Rz 76] Fraglich ist, ob sich mit der Absetzung und deren weltweiten Bekanntmachung durch die Massenmedien die Sicherheitslage dahingehend verändert hatte, dass bei der nunmehr erfolgten Wiederaufnahme der Oper im Dezember 2006 ein Polizeieinsatz nicht nur politisch, sondern auch rechtlich geboten war. Die Frage muss mangels Faktenwissen offen bleiben. Es ist aber darauf hinzuweisen, dass auch beim Umgang mit den Gefahren des fundamental islamischen Terrorismus staatliche Schutzleistungspflichten nie absolut sein und jede Beeinträchtigung und Risiken abwehren können. Absolute Sicherheit gibt es auch in der Terrorismusbekämpfung nicht. Ein Anspruch auf absolute Sicherheit könnte sogar gefährlich und destruktiv sein: Er führte letztlich zu einem totalitären Überwachungsstaat. Es ist paradox: Mit dem Anspruch auf Freiheit durch absolute Sicherheit werden die Grundrechte der Sicherheit geopfert.<sup>151</sup> Um es noch pointierter auszudrücken: «Freiheit durch Sicherheit ohne Freiheit»<sup>152</sup>.

## 2. Grundrechtsrelevanz der Behördeninformationen

[Rz 77] Die Intendantin der Oper setzte die Oper ab, nachdem sie der Berliner Innensenator über die Ergebnisse der LKA 5 Gefährdungsanalyse informiert hatte. Die Mitteilung<sup>153</sup> erfolgte per Telefonanruf des Innensensors an die Intendantin. Der Inhalt dieses Gesprächs ist nicht bekannt. Fest steht lediglich, dass die Intendantin die Mitteilung des Innensensors als «Warnung» verstand und diese «als durchaus

dramatisch» empfand.<sup>154</sup> Für die Fallstudie wird angenommen, dass die Direktorin des Kantonalen Justiz und Sicherheitsdepartements (Sicherheitsdirektorin) in Luzern dieselbe Mitteilung machte – gestützt auf eine Gefährdungsanalyse der Kantonspolizei Luzern. Ferner wird davon ausgegangen, dass die Mitteilung der Sicherheitsdirektorin sinngemäss dem Wortlaut der Gefährdungsanalyse entsprach. Schliesslich gilt auch für die Fallstudie, dass die Sicherheitsdirektorin nicht über die Absetzung der Oper verfügte – zumindest nicht in einem *formal-rechtlichen* Sinn.

[Rz 78] Die Sicherheitsdirektorin wirkte, wenn nicht formalrechtlich, so doch *faktisch* auf die Meinungsbildung und Entscheidfindung der Intendantin ein: Hätte die Intendantin nichts von der Gefährdungsanalyse erfahren, hätte sie die Oper nicht abgesetzt. Dieser Zusammenhang zwischen Mitteilung und Absetzung erscheint nicht nur natürlich, sondern auch adäquat kausal. Es entspricht dem natürlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung, dass Behördeninformationen einen erhöhten Glaubwürdigkeitswert haben und bei den Informationsadressaten einen *faktischen Handlungszwang* auslösen können.<sup>155</sup> Ob dies genügt, um dem Staat die bei Bühnenkünstlern<sup>156</sup> und Theaterunternehmen eingetretenen Grundrechtsbeeinträchtigungen zuzuschreiben, bedarf einer eingehenden Untersuchung.

[Rz 79] Zu *prozessualen* Aspekten: Es wurde bereits festgestellt, dass die Sicherheitsdirektorin nicht über die Absetzung verfügte, sondern die Entscheidung darüber bei der Intendantin belies. Die Sicherheitsdirektorin regelte daher weder einen Sachverhalt in einseitiger und verbindlicher Weise noch auferlegte sie der Intendantin oder dem Luzerner Theater Rechte und Pflichten.<sup>157</sup> Bei den Informationen der Sicherheitsdirektorin handelte es sich nicht um einen Entscheid i.S.v. § 4 Verwaltungsrechtspflegegesetz<sup>158</sup>, sondern um Verwaltungshandeln ohne Verfügungscharakter.<sup>159</sup> Mit dem

311 ff. und LIENHARD (Fn. 148) 128.

<sup>150</sup> LANDESKRIMINALAMT BERLIN (Fn. 1) 15; vgl. BUCHBINDER (Fn. 1) 53.

<sup>151</sup> HELEN KELLER, Absolute Sicherheit gibt es nicht, in: Peter G. Kirchschräger/Thomas Kirchschräger/Andréa Belliger/David J. Krieger (Hrsg.), Menschenrechte und Terrorismus, Bern 2004, 145-147 [zit. KELLER, Absolute Sicherheit], 146 f.; DIES., Einschränkung der Menschenrechte zum Schutz der Menschenrechte: Folter in der Terrorismusbekämpfung, in: Peter G. Kirchschräger/Thomas Kirchschräger/Andréa Belliger/David J. Krieger (Hrsg.), Menschenrechte und Terrorismus, Bern 2004, 175-188, 175 f.

<sup>152</sup> Titel eines Expertenpanels am 1. Internationalen Menschenrechtsforum Luzern (IHRF) zum Thema «Menschenrechte und Terrorismus»; vgl. KELLER, Absolute Sicherheit (Fn. 151) 145 (a.a.O. der Diskussionsbeitrag von HELEN KELLER im Rahmen des Expertenpanels).

<sup>153</sup> Die Begriffswahl «Mitteilung» erfolgt an dieser Stelle bewusst. Vgl. zur Unterscheidung zwischen Mitteilung und Information: LUHMANN (Fn. 98) 191 ff.

<sup>154</sup> BUCHBINDER (Fn. 1) 53.

<sup>155</sup> PIERRE TSCHANNEN, Amtliche Warnungen und Empfehlungen, in: ZSR 1999 II, 361-455, Rz. 101; MARKUS MÜLLER/THOMAS MÜLLER-GRAF, Staatliche Empfehlungen. Gedanken zu Rechtscharakter und Grundrechtsrelevanz, in: ZSR 1995 I, 357-405, 391; DANIELA THURNHERR, Öffentlichkeit und Geheimhaltung von Umweltinformationen, Diss., Zürich 2003, 182; BGE 118 Ib 473 E. 18c S. 484 *Vacherin Mont d'Or*; vgl. BGE 121 V 65 E. 2b S. 67.

<sup>156</sup> Bei der Untersuchung der Rechtsstellung gegenüber dem Kanton Luzern wird nicht zwischen Bühnenkünstlern und Bühnenmitgliedern unterschieden. Die Unterscheidung ist nur im Bühnenarbeitsrecht (Rechtsstellung gegenüber dem Luzerner Theater) von Bedeutung. Wird in Ziff. IV des vorliegenden Aufsatzes auf die Ausführungen zum Bühnenarbeitsrecht (Ziff. III) verwiesen, verwendet der Verfasser indes wiederum den Begriff «Bühnenmitglied».

<sup>157</sup> THURNHERR (Fn. 155) 184. Zum Verfügungsbegriff vgl. ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz. 188; ULRICH ZIMMERLI/WALTER KÄLIN/REGINA KIENER, Grundlagen des öffentlichen Verfahrensrechts, Bern 2004, 33 ff. Für die Rechtsprechung statt vieler: BGE 126 II 300 E. 1a S. 301 *Ruth Gonseth*.

<sup>158</sup> SRL Nr. 40.

<sup>159</sup> Zu den Arten von Verwaltungshandlungen ohne Verfügungscharakter vgl.

Entscheid i.S.v. § 4 Verwaltungsrechtspflegegesetz fehlt i.c. auch ein gültiges Anfechtungsobjekt hinsichtlich des Rechtsschutzes im Rahmen des öffentlichen Verfahrensrechts.<sup>160</sup>

## 2.1 Rechtsschutzmöglichkeiten gegen die Informationstätigkeit der Sicherheitsdirektorin

[Rz 80] Möglicherweise bestehen gegen die Informationstätigkeit der Sicherheitsdirektorin dennoch Rechtsschutzmöglichkeiten: Die Bühnenkünstler oder das Luzerner Theater könnten allenfalls ein Gesuch auf Erlass einer Gestaltungsverfügung (§ 4 Abs. 1 lit. a Verwaltungsrechtspflegegesetz) zur Berichtigung oder zum Widerruf des Informationsaktes stellen oder eine Feststellungsverfügung (§ 4 Abs. 1 lit. b Verwaltungsrechtspflegegesetz) über die Grundrechtskonformität des Informationsaktes verlangen.<sup>161</sup> Die Feststellungsverfügung kommt allerdings gegenüber der Gestaltungsverfügung nur subsidiär zum Zug und verlangt ein aktuelles und schutzwürdiges Feststellungsinteresse.<sup>162</sup> Es müsste im Einzelfall, bezogen auf bestimmte Bühnenkünstler, geklärt werden, ob die Bühnenkünstler gegenüber dem Kanton ein Feststellungsinteresse hätten. Praktisch wird dies aber kaum der Fall sein. Erforderlich ist namentlich, dass das Interesse an der Feststellung von Rechten und Pflichten *unmittelbar* ist.<sup>163</sup> Die Bühnenkünstler sind von den Behördeninformationen jedoch nur *mittelbar* betroffen. Auch beim Luzerner Theater dürfte kein schutzwürdiges Interesse vorliegen: Die veränderte Faktenlage, die Spielplanänderung, kann das Theaterunternehmen ohne Mithilfe der Behörden rückgängig machen. Musste das Luzerner Theater darüber hinaus in Folge der Spielplanänderung Umsatzeinbussen hinnehmen, könnte das Theaterunternehmen allenfalls Verantwortlichkeitsklage gegen den Kanton Luzern erheben. Eine vorgängige Feststellung der Widerrechtlichkeit würde hier lediglich ein Verfahrensumweg bedeuten.<sup>164</sup>

[Rz 81] Bleibt festzustellen, ob die Bühnenkünstler oder das Luzerner Theater einen Anspruch auf Erlass einer Gestaltungsverfügung i.S.v. § 4 Abs. 1 lit. a Verwaltungsrechtspflegegesetz hätten. Auch dies kann nur im Einzelfall entschieden werden, ist aber ebenfalls unwahrscheinlich. Erforderlich ist auch hier, dass die Gesuch stellende Person ein schutzwürdiges Interesse geltend machen kann.<sup>165</sup> Sodann muss die Anordnung der Behörde «geeignet sein, ein Rechtsverhältnis im individuell-konkreten Fall festzulegen»<sup>166</sup>. Diese Geeignetheit wird zumindest bei den Bühnenkünstlern aufgrund nur *mittelbarer* Betroffenheit nicht gegeben sein. Betreffend das Luzerner Theater kann auf das Gesagte verwiesen werden: die Freiwilligkeit einer erneuten Spielplanänderung und die Möglichkeit einer Verantwortlichkeitsklage im Fall von Vermögensschäden.<sup>167</sup>

## 2.2 Grundrechte als richtungweisende Wertentscheidungen für das gesamte staatliche Handeln

[Rz 82] Aus *materieller* Sicht gilt Folgendes: Nach *traditioneller* Auffassung begründen Grundrechte primär Abwehrrechte gegen unzulässige staatliche Eingriffe in die Grundrechtspositionen der Einzelnen (sog. *negatorisches Grundrechtsverständnis*).<sup>168</sup> Es würde jedoch zu kurz greifen, behördlichen Informationsakten, wie jenem der Sicherheitsdirektorin im Fall «Idomeneo», jegliche Grundrechtsrelevanz abzusprechen. Nach heute anerkannter Auffassung haben Grundrechte über ihre Abwehrfunktion hinaus auch eine *konstitutiv-institutionelle Funktion*.<sup>169</sup> Demnach beinhalten Grundrechte grundlegende Wertentscheidungen des Staates, die für die ganze Rechtsordnung konstitutiv sind.<sup>170</sup> Diese Wertentscheidungen sind *richtungweisend für das gesamte staatliche Handeln*. Entsprechend verlangt Art. 35 Abs. 1 BV, dass Grundrechte in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen. In die Pflicht genommen werden damit *alle staatlichen Organe*. Dies folgt aus Art. 35 Abs. 2 BV, wonach an die Grundrechte gebunden ist und zu ihrer Verwirklichung beizutragen hat, wer staatliche Aufgaben wahrnimmt:<sup>171</sup> «L'Etat est

HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 148) Rz. 866 ff., vgl. a.a.O. Rz. 730 ff.; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2005 (§ 39) benutzen hier den Metabegriff «Realakt». HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 148) unterscheiden Auskünfte, Belehrungen, Empfehlung und dergleichen (a.a.O. Rz. 878) von Realakten und Vollzugshandlungen (a.a.O. Rz. 883 ff.).

<sup>160</sup> Rechtsmittel können nur gegen Entscheide i.S.v. § 4 Verwaltungsrechtspflegegesetz erhoben werden. Dies gilt gem. § 128 Verwaltungsrechtspflegegesetz sowohl für ordentliche (Verwaltungsbeschwerde i.S.d. §§ 142-147 Verwaltungsrechtspflegegesetz; Verwaltungsgerichtsbeschwerde i.S.d. §§ 148-161 Verwaltungsrechtspflegegesetz) als auch für ausserordentliche kantonale Rechtsmittel (Revision i.S.d. §§ 174-179 Verwaltungsrechtspflegegesetz).

<sup>161</sup> BGE 121 I 87 E. 1b S. 91 f. *Das Paradies kann Warten*; ZIMMERLI/KÄLIN/KIENER (Fn. 157) 38 f.; KÖLZ/HÄNER (Fn. 157) Rz. 200 und 213; THURNHERR (Fn. 155) 184.

<sup>162</sup> ZIMMERLI/KÄLIN/KIENER (Fn. 157) 38 f.; KÖLZ/HÄNER (Fn. 157) Rz. 200 f.; BGE 126 II 300 E. 2c S. 303 *Ruth Gonseth*.

<sup>163</sup> KÖLZ/HÄNER (Fn. 157) Rz. 201; BGE 114 V 201 E. 2c S. 203; 120 Ib 351 E. 3b S. 355.

<sup>164</sup> TAMARA NÜSSLE, Demokratie in der Nutzungsplanung und Grenzen für

informale Absprachen, Zürich/Basel/Genf 2005, 200.

<sup>165</sup> KÖLZ/HÄNER (Fn. 157) Rz. 213; BGE 120 Ib 351 E. 3a S. 355.

<sup>166</sup> KÖLZ/HÄNER (Fn. 157) Rz. 213.

<sup>167</sup> Wenn auch praktisch kaum durchführbar, wäre die Lösung über eine Gestaltungsverfügung durchaus elegant. Wenn nämlich die Bühnenkünstler die Sicherheitsdirektorin dazu bewegen könnten, den Informationsakt zu widerrufen oder zu berichtigen, würde die Bühnenleitung des Luzerner Theaters möglicherweise dazu bewegen, «Idomeneo» wieder auf den Spielplan zu nehmen.

<sup>168</sup> HÄFELIN/HALLER (Fn. 68) Rz. 257 ff.; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (Fn. 68) Rz. 116; SCHWEIZER (Fn. 68) Rz. 3.

<sup>169</sup> HÄFELIN/HALLER (Fn. 68) Rz. 261 ff. m.w.Hw.; SCHWEIZER (Fn. 68) Rz. 4. Massgeblich geprägt wurde die Entwicklung der Lehre der konstitutiv-institutionellen Funktion der Grundrechte von NIKLAS LUHMANN (vgl. NIKLAS LUHMANN, Grundrechte als Institution, 4. Aufl., Berlin 1999, passim).

<sup>170</sup> RHINOW (Fn. 125) 152; EGLI (Fn. 149) 167.

<sup>171</sup> EGLI (Fn. 149) 167; HÄFELIN/HALLER (Fn. 68) Rz. 271; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (Fn. 68) Rz. 120; BGE 126 II 324 E. 4d S. 327 *Glouchkov*.

*donc toujours lié par les droits fondamentaux*<sup>172</sup> – unabhängig von der Handlungsform, deren er sich bei der Erfüllung seiner Aufgaben bedient.<sup>173</sup>

[Rz 83] Auch wenn Grundrechte für das Verwaltungshandeln richtungweisend sind, so ist die Verwaltung dennoch *primär an die im Einzelfall anwendbaren Verwaltungsrechtssätze gebunden*.<sup>174</sup> Dies gilt ebenso für das staatliche Informationshandeln. Aus den beeinträchtigten Grundrechten können daher nicht ohne weiteres Anforderungen an das Informationshandeln der Sicherheitsdirektorin abgeleitet werden.<sup>175</sup> Insb. kann nicht beanstandet werden, dass die Sicherheitsdirektorin die Intendantin informierte. Die Information der Öffentlichkeit gehört gemäss § 87 lit. h KV (LU) i.V.m. § 1 Abs. 1 Organisationsgesetz zu den zentralen Regierungsaufgaben und *-pflichten*.<sup>176</sup> Sodann besteht bezüglich *Inhalt, Zeitpunkt und Art* der Information ein erhebliches Entschliessungs- und Auswahlermessen.<sup>177</sup>

[Rz 84] Das *Wie* der Information ist dagegen an strengere Vorgaben gebunden. Es muss die richtungweisende Funktion der Grundrechte zum Tragen kommen. Im Grundsatz ist anerkannt, dass Behördeninformationen verkürzend auf die Grundrechtspositionen der Informationsadressaten einwirken können.<sup>178</sup> Der Kanton Luzern trägt dieser Tatsache Rechnung, indem er für die Information betreffend die politische Wissens- und Meinungsbildung sog. Informationsrichtlinien<sup>179</sup> erlassen hat. Sie dienen der Verwirklichung der Informationsfreiheit (§ 6 Abs. 1 KV [LU]; Art. 16 Abs. 2 BV) und leisten einen Beitrag zur Wahl- und Abstimmungsfreiheit (Art. 34 Abs. 2 BV).

[Rz 85] Die Information mit Blick auf die politische Meinungsbildung ist m.E. durchaus vergleichbar mit der Information, die im Fall «Idomeneo» von der Sicherheitsdirektorin an die Intendantin gerichtet wurde. Die Information war geeignet,

verkürzend auf die Grundrechtspositionen der Informationsadressatin und Dritter einzuwirken. Dies würde es m.E. rechtfertigen, die Grundsätze für die Informationstätigkeit i.S.v. § 2 Informationsrichtlinien auch auf die Informationen bezüglich einer möglichen Gefährdungslage im Fall «Idomeneo» anzuwenden. Eine rechtliche Pflicht dazu bestand jedoch nicht. Dennoch wäre *de lege ferenda* eine Ausdehnung der Zweckbestimmung der Informationsrichtlinien wünschenswert.

### 2.3 Mögliche Beanstandung des Informationsaktes

[Rz 86] Zu prüfen ist, ob eine Anwendung der Richtlinie i.c. zur Beanstandung des Informationsaktes hätte führen können. Gemäss § 2 der Informationsrichtlinien müssen Regierung und Verwaltung die Öffentlichkeit nach Massgabe des allgemeinen Interesses aktiv, umfassend, offen und zeitgerecht informieren. Die Informationen waren im *allgemeinen Interesse*, sie erfolgten sodann nicht erst auf Anfrage, sondern *aktiv* durch die Sicherheitsdirektorin. Darüber hinaus informierte die Sicherheitsdirektorin *zeitgerecht*. Fraglich ist, ob die Informationen *offen* genug waren, sodass sich die Intendantin eine umfassende Meinung bilden und so eine Entscheidung treffen konnte.

[Rz 87] Der Inhalt des Telefongesprächs zwischen der Intendantin und dem Innensenator ist nicht bekannt. Fest steht lediglich, dass die Intendantin die Informationen als «Warnung» auffasste und dass sie diese «als durchaus dramatisch» empfand.<sup>180</sup> Wird mangels anderer Hinweise angenommen, dass die Informationen sinngemäss dem Wortlaut der Gefährdungsanalyse entsprachen, so ist unklar, ob sich die Intendantin aufgrund der erfolgten Informationen eine umfassende Meinung bilden und so eine Entscheidung finden konnte. Die Sicherheitslage lässt sich mit der Gefährdungsanalyse des LKA 5 nicht abschliessend beurteilen. Die Analyse lässt viel Interpretationsspielraum: Einerseits kam das LKA 5 zum Ergebnis, eine Aufführung der Oper in der vorgesehenen Form könnte «*eine Gefährdungslage mit schwer abzuschätzenden Folgen für die öffentliche Sicherheit und Ordnung zur Folge haben*»<sup>181</sup>. Andererseits gab es keine Hinweise auf eine bereits bestehende oder unmittelbar drohende Gefahr: «*Bislang liegen dem LKA 5 keine Erkenntnisse vor, wonach die Form der Aufführung bereits in der islamischen Welt bekannt geworden ist.*»<sup>182</sup> Auch wurde von einer Aufführung nicht explizit abgeraten oder eine Präferenz für oder gegen ein Festhalten an einer Aufführung geäussert: «*Sollte an einer Aufführung in der beschriebenen Form festgehalten werden, steht das LKA 5 für Sicherheitsgespräche mit den betroffenen Mitarbeitern der Deutschen Oper Berlin zur Verfügung.*»<sup>183</sup>

<sup>172</sup> AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (Fn. 68) Rz. 121; Hervorhebung durch den Verfasser.

<sup>173</sup> AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (Fn. 68) Rz. 121; BBI 1997 I 1 (Fn. 119) 193. Zur Rechtsprechung des Bundesgerichts siehe BGE 129 III 35 E. 5.2 S. 40 *Die Post*.

<sup>174</sup> TSCHANNEN/ZIMMERLI (Fn. 159) § 12, Rz. 3.

<sup>175</sup> BGE 118 Ib 473 E. 3a S. 477 *Vacherin Mont d'Or*; vgl. auch BGE 121 V 65 E. 2b S. 67.

<sup>176</sup> Dass behördliche Informationstätigkeit eine Pflicht ist, folgt ausserdem auch aus dem konstitutiv-institutionellen Gehalt der *Informationsfreiheit* i.S.v. § 6 KV (LU) und Art. 16 Abs. 3 i.V.m. Art. 35 Abs. 1 und 2 BV (LUZIOUS MADER, Kommentar zu Art. 180 Abs. 2, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung. Kommentar, Zürich/Basel/ Genf 2002, Rz. 26). § 67 lit. h KV (LU) findet seine Entsprechung in Art. 180 Abs. 2 BV. Zitiert wird an dieser Stelle des vorliegenden Aufsatzes daher MADER, a.a.O. Rz. 24 ff.

<sup>177</sup> Zum Entschliessungs- und Auswahlermessen vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 148) Rz. 431 ff.

<sup>178</sup> TSCHANNEN (Fn. 155) Rz. 79 und 89; MÜLLER/MÜLLER-GRAF (Fn. 155) 381 ff.; THURNHERR (Fn. 155) 182 f.

<sup>179</sup> SRL Nr. 28.

<sup>180</sup> BUCHBINDER (Fn. 1) 53.

<sup>181</sup> LANDESKRIMINALAMT BERLIN (Fn. 1) 15; vgl. BUCHBINDER (Fn. 1) 53.

<sup>182</sup> LANDESKRIMINALAMT BERLIN (Fn. 1) 15; vgl. BUCHBINDER (Fn. 1) 53.

<sup>183</sup> LANDESKRIMINALAMT BERLIN (Fn. 1) 15; vgl. BUCHBINDER (Fn. 1) 53.

[Rz 88] Ob die Informationen unter diesen Umständen *offen* i.S.v. § 2 Informationsrichtlinien waren, lässt sich nicht abschliessend beurteilen. Auffällig ist jedoch die Diskrepanz zwischen der Auffassung der Intendantin und der (vermuteten) Intention der Sicherheitsdirektorin: Während die Aussage der Sicherheitsdirektorin, die (wie angenommen wird) sinn-gemäss dem Wortlaut der Gefährdungsanalyse entsprach, weder auf eine *Unterlassung* der Aufführung zielte noch eine *Präferenz für oder gegen* eine Aufführung erkennen liess, empfand die Intendantin die Informationen als ernstzunehmende, dramatische Warnung.

[Rz 89] Mit Blick auf die Transparenz und auf einen wirksamen Beitrag zur Grundrechtsverwirklichung (Art. 35 Abs. 2 BV) wäre es m.E. geboten gewesen, die Intention des Informationsaktes offen zu legen. Es kann nicht angehen, nachträglich darzutun, die Informationen seien nur als Hinweis, nicht aber als amtliche Warnung gedacht gewesen, wenn doch nach dem natürlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung zu erwarten war, dass die Intendantin die Oper nach erfolgter Information absetzen würde.

#### 2.4 Behördeninformationen als Mittel zur Verhaltenssteuerung

[Rz 90] Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass Behördeninformationen bei den Informationsadressaten einen erhöhten Glaubwürdigkeitswert haben und einen faktischen Handlungszwang auslösen können. Ein faktischer Handlungszwang kann jedoch nach h.M. dem Staat nur zugeordnet werden, wenn dieser einen solchen beabsichtigt hat. Es handelt sich regelmässig um Fälle, in denen Behörden Informationen als Mittel zur *Verhaltenssteuerung* benutzen. Schon der Informationsakt selber ist hier Aufgabenerfüllung und kann die Rechtsstellung der Bürger beeinflussen – wenn auch formell-rechtlich unverbindlich, so immerhin materiell durch Änderung der Faktenlage.

[Rz 91] Zu den staatlichen Handlungsformen, die *mittels* Informationen erfolgen, gehören *amtliche Warnungen und Empfehlungen*. Darunter sind «*staatliche Aussagen über die faktische Ratsamkeit bestimmter Verhaltensoptionen*»<sup>184</sup> zu verstehen. Ratsamkeitserklärungen dieser Art sind formell-rechtlich unverbindlich und ihre Befolgung durch die Adressaten freiwillig. Dennoch bezweckt die Behörde damit stets eine *verhaltenslenkende Wirkung*. Das aus staatlicher Sicht erwünschte Verhalten soll dabei nicht mittels Verboten oder Geboten, sondern durch Änderung der Informationslage herbeigeführt werden: Warnungen und Empfehlungen wirken *faktisch* auf die Meinungsbildung und Entscheidungsfindung beim Bürger ein, ohne dabei die Rechtslage zu verändern.<sup>185</sup>

[Rz 92] Amtliche Warnungen und Empfehlungen können, im Gegensatz zum übrigen staatlichen Informationshandeln, trotz formell unveränderter Rechtslage Grundrechtsrelevanz erlangen: Wenn das faktische Einwirken auf die Meinungsbildung und Entscheidungsfindung «in der Sphäre der Informationsadressaten [adäquat kausal] einen faktischen Handlungszwang und damit eine *faktische Verbindlichkeit zu begründen vermag*».<sup>186</sup> Erforderlich, weil für Warnungen und Empfehlungen begriffsrelevant, ist stets eine *normative Intention* – die sog. Verhaltenssteuerungsabsicht.<sup>187</sup> Eine solche liegt hier, wie aufgrund des Wortlautes der Gefährdungsanalyse angenommen wird, nicht vor.

[Rz 93] Bei dieser Rechtslage erübrigt sich eine weitergehende Prüfung einer möglichen Grundrechtsrelevanz des Informationsaktes der Sicherheitsdirektorin.<sup>188</sup> Es bleibt darauf hinzuweisen, dass selbst wenn ein dem Kanton zuzurechnender Grundrechtseingriff vorläge, ein solcher i.c. allenfalls gerechtfertigt wäre. Die Zulässigkeit des Eingriffs bestimmte sich dabei nach Art. 36 BV.<sup>189</sup>

---

*Produktempfehlungen* (Einwirken auf das Konsumverhalten) abgeben können (THURNHERR [Fn. 155] 179 m.w.Hw.).

<sup>186</sup> MÜLLER/MÜLLER-GRAF (Fn. 155) 381; vgl. TSCHANNEN (Fn. 155) 401 ff.; Hervorhebungen durch den Verfasser.

<sup>187</sup> TSCHANNEN (Fn. 155) Rz. 31; TSCHANNEN/ZIMMERLI (Fn. 159) § 39, Rz. 4.

<sup>188</sup> Anders gelagert sind insb. die diesbezüglich in der Lehre (statt vieler: THURNHERR [Fn. 155] 182 ad Fn. 125) wiederholt zitierten Bundesgerichtsentscheide *Tschernobyl* und *Vacherin Mont d'Or*. So empfahlen im Fall *Tschernobyl* verschiedene Bundesstellen schwangeren Frauen, stillenden Müttern und Kindern unter zwei Jahren vom Konsum gewisser Nahrungsmittel abzusehen (BGE 116 II 480 S. 482 *Tschernobyl*). Im Fall *Vacherin Mont d'Or* riet das Bundesamt für Gesundheit vom Konsum von Käse der Marke «Vacherin Mont d'Or» ab (BGE 118 Ib 473 E. 6b S. 482 f. *Vacherin Mont d'Or*).

<sup>189</sup> THURNHERR (Fn. 155) 183 m.w.Hw.; § 1 Organisationsgesetz i.V.m. § 67 lit. h KV (LU) würde hier wohl als *gesetzliche Grundlage* genügen (Art. 36 Abs. 1 BV). Es wurde indes bereits darauf hingewiesen (Ziff. IV.2 des vorliegenden Aufsatzes), dass eine Erweiterung des Anwendungsbereichs der Informationsrichtlinien wegen der Nähe der i.c. betroffenen Informationen zu Informationen mit Blick auf Wahl- und Abstimmungen geboten wäre. Unproblematisch ist das Vorliegen eines *öffentlichen Interesses* (Art. 36 Abs. 2 BV): Beim Informationsakt ging es um den Schutz von Polizeigütern (dazu HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN [Fn. 148] Rz. 2433 ff.), namentlich der öffentlichen Ordnung und Sicherheit (dazu HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN [Fn. 148] Rz. 544 und TSCHANNEN/ZIMMERLI [Fn. 159] § 20). Die *Verhältnismässigkeit* (Art. 36 Abs. 3 BV) des Informationsaktes wäre im Einzelfall zu prüfen. Wenn aber – wie in der hier untersuchten Variante angenommen wird – die Informationen der Sicherheitsdirektorin eine klare Verhaltensempfehlung (Präferenz zur Absetzung oder Nichtabsetzung) beinhaltet hätten, wären solche Informationen wohl auch *geeignet* gewesen, die Informationslage von Intendantin und Mitarbeitern der Oper zu vergrössern und geeignet, die beabsichtigte Verhaltensänderung auszulösen (Aufführung oder Nichtaufführung). Ferner wären solche Informationen auch *erforderlich* und in einem *angemessenen Verhältnis zum Zweck* der Verhaltenssteuerung gewesen. Denn es ist keine andere Handlungsform ersichtlich, die bei gleicher Eignung einen geringeren Eingriff in die Kommunikationsgrundrechte bedeuten würde (TSCHANNEN [Fn. 155] Rz. 123 ff.).

<sup>184</sup> TSCHANNEN/ZIMMERLI (Fn. 159) § 39, Rz. 1; TSCHANNEN (Fn. 155) 365 f.

<sup>185</sup> TSCHANNEN/ZIMMERLI (Fn. 159) § 39, Rz. 4; TSCHANNEN (Fn. 155) 366. Beispiele für Empfehlungen und Warnungen finden sich namentlich im Umweltrecht, wo Behörden gestützt auf Art. 6 Abs. 3 USG (SR 814.01) *Verhaltensempfehlungen* (gerichtet auf ein umweltbezogenes Tun oder Lassen) oder

### 3. Fazit zur Rechtsstellung gegenüber dem Kanton Luzern

- Aus den i.c. beeinträchtigten Grundrechten lässt sich keine positive Leistungspflicht des Staates ableiten. Grundsätzlich liegt es in der alleinigen Verantwortung eines privaten Kunst- und Kulturveranstalters, eine Veranstaltung durchzuführen oder nicht.
- Aus dem heute anerkannten konstitutiv-institutionellen Grundrechtsverständnis folgt, dass dem Staat aus den Grundrechten auch Schutzpflichten erwachsen.
- Steht fest, dass die betroffenen Grundrechte im Fall «Idomeno» bei einer Wiederaufnahme der Oper ohne Polizeischutz nicht wirksam ausgeübt werden können, besteht ein Anspruch auf polizeiliche Schutzleistungen.
- Über Notwendigkeit, Zeitpunkt und Mittel der Schutzleistung entscheidet die Polizei. Ihr ist ein grosser Ermessensspielraum zuzubilligen: Die Polizei hat das Verhältnismässigkeitsgebot zu beachten und angesichts knapper finanzieller und personeller Ressourcen Prioritäten zu setzen.
- Einen Anspruch auf absoluten Schutz gibt es nicht; auch nicht mit Blick auf die Terrorismusbekämpfung. Paradoxerweise würden mit der Forderung nach Freiheit durch absolute Sicherheit die Grundrechte gar der Sicherheit geopfert.
- Nach traditioneller Auffassung begründen Grundrechte primär Abwehrrechte des Einzelnen gegenüber staatlichen Eingriffen. Gemäss dem heute anerkannten, konstitutiv-institutionellen Grundrechtsverständnis sind Grundrechte jedoch richtungweisend für das gesamte staatliche Handeln.
- Regierung und Verwaltung müssen die Öffentlichkeit nach Möglichkeit mit Blick auf das allgemeine Interesse aktiv, umfassend, offen und zeitgerecht informieren.
- Möglicherweise waren die Informationen im Fall «Idomeno» nicht offen und transparent genug. Die Sicherheitsdirektion machte insb. die Intention der Mitteilung nicht klar. Sie hatte zwar keine Verhaltenssteuerungsabsicht, aber die Intendantin verstand die Mitteilung der Sicherheitsdirektorin als eigentliche Warnung und somit faktisch als Aufforderung, die Oper abzusetzen.
- Solange seitens der Behörden keine Verhaltenssteuerungsabsicht gegeben ist, können Behördeninformationen nach h.M. keine Grundrechtsrelevanz erlangen. Es fehlt die normative Intention.

Forschungszentrum «International Communications and Art Law Lucerne (i-call)» der Universität Luzern und Doktorand im Rahmen des Projekts «eDiversity: The Legal Protection of Cultural Diversity in a Digital Networked Environment», Teil des Nationalen Forschungsschwerpunktes (NFS) «Rahmenbedingungen des internationalen Handels – von einem fragmentierten zu einem kohärenten Regelwerk».

Der Verfasser dankt Frau Nicola Kull, BLaw und Herrn Stephan Ebnetter, MLaw für hilfreiche Kommentare zu früheren Fassungen des vorliegenden Aufsatzes. Dem Luzerner Theater und dem Schweizerischen Bühnenkünstlerverband dankt der Verfasser für Auskünfte und zur Verfügung gestellte Unterlagen. Für Inhalt, Wertungen oder allfällige Unebenheiten und Irrtümer zeichnet der Verfasser indes alleine verantwortlich.

---

\* \* \*