

Arbeit und Arbeitsrecht

Festschrift
für Thomas Geiser
zum 65. Geburtstag

Herausgegeben von

Roland Müller Kurt Pärli Isabelle Wildhaber



Die Grafik für das Vorsatzpapier wurde freundlicherweise von der Seidenmann AG, Zürich, zur Verfügung gestellt.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten. Dieses Werk ist weltweit urheberrechtlich geschützt. Insbesondere das Recht, das Werk mittels irgendeines Mediums (grafisch, technisch, elektronisch und/oder digital, einschliesslich Fotokopie und downloading) teilweise oder ganz zu vervielfältigen, vorzutragen, zu verbreiten, zu bearbeiten, zu übersetzen, zu übertragen oder zu speichern, liegt ausschliesslich beim Verlag. Jede Verwertung in den genannten oder in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf deshalb der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlags.

© 2017 Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen
ISBN 978-3-03751-969-1

www.dike.ch

© 2017 Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen; ISBN 978-3-03751-969-1 Dieses digitale Separatum wurde der Autorenschaft vom Verlag zur Verfügung gestellt. Die Autorenschaft ist berechtigt, das Separatum ein Jahr nach Erscheinen des gedruckten Werks unter Hinweis auf die Erstpublikation weiterzuveröffentlichen.

Inhaltsverzeichnis

ROLAND BACHMANN

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Zürich

Leitende Angestellte (Executives) – Ausnahmen zum Grundsatz
der Einheit des Arbeitsvertragsrechts 1

ALFRED BLESİ

Dr. rer. publ. et lic. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht

Erwerbstätige Nichterwerbstätige
Zu den möglichen Implikationen eines länger andauernden Bezuges von
Krankentaggeldern im Sozialversicherungsrecht und im Arbeitsrecht 17

WOLFGANG DÄUBLER

*Professor für Deutsches und Europäisches Arbeitsrecht, Bürgerliches Recht und
Wirtschaftsrecht an der Universität Bremen*

Angriffe auf den Arbeitnehmer im Internet 31

JEAN-LOUIS DUC

Prof. Dr. iur., em. Professor der Universität St.Gallen, Lausanne

Réflexions sur une assurance-maladie d'indemnités journalières
permettant à un employeur d'être libéré de son obligation de verser
le salaire durant un temps limité en vertu de l'article 324b alinéa 4 CO 45

JEAN-PHILIPPE DUNAND

Prof. Dr. iur., Avocat, Professeur de droit du travail à l'Université de Neuchâtel

L' exécution des peines conventionnelles notifiées par les
commissions paritaires 55

MARTIN FARNER

lic. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Zürich

Arbeitsrechtlicher Datenschutz am Beispiel der Übermittlung ins
datenschutzrechtlich unsichere Ausland 69

HEINZ HELLER

Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Fachanwalt SAV Familienrecht

Leistungslohn und Minderleistung – Denkanstösse zu guter und schlechter Arbeitsleistung 99

ANGELA HENSCH/ROBERTO FORNITO

lic. iur., Rechtsanwältin, Fachanwältin SAV Arbeitsrecht, Partnerin bei Bratschi Wiederkehr & Buob AG, St.Gallen/Dr. iur., Fachanwalt SAV Erbrecht, Partner bei Bratschi Wiederkehr & Buob AG, St.Gallen

Erbrechtliche Zuwendungen im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis 121

ROGER HISCHIER

Dr. iur., Fürsprecher, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Zürich

Arbeitnehmerschutz und zwingende Bestimmungen im internationalen Arbeitsrecht 141

UELI KIESER

Prof. Dr., Titularprofessor an den Universitäten Bern und St.Gallen, Rechtsanwalt bei KSPartner, Zürich

Arbeitsrecht und berufliche Vorsorge: Gemeinsamkeiten – Unterschiede – Folgerungen 159

THOMAS KOLLER

Prof. Dr. iur., Ordinarius für Privatrecht und Sozialversicherungsrecht, unter Berücksichtigung des Steuerrechts, an der Universität Bern

Die Hauswartin mit «Dienstwohnung» – unter besonderer Berücksichtigung des Kündigungsrechts: Ein brisantes Rechtsproblem an einer Schnittstelle zwischen Arbeitsrecht und Mietrecht 175

MICHAEL KULL

Dr. iur., Rechtsanwalt, Basel

Die Anwendbarkeit des Arbeitsvermittlungsgesetzes (AVG) in Konzernverhältnissen 193

HARDY LANDOLT

Prof. Dr. iur., LL.M., Titularprofessor für Haftungs-, Privat- und Sozialversicherungsrecht an der Universität St.Gallen, Rechtsanwalt und Notar, Glarus

Innerfamiliäre Betreuungs- und Pflegeleistungen – Unklare
Rechtsnatur und heterogene Entschädigungspflicht 209

GÜNTHER LÖSCHNIGG

Prof. Dr. iur. et Dr. rer. soc. oec., Vorstand des Instituts für Arbeits- und Sozialrecht der Universität Graz und Professor für Universitätsrecht an der Universität Linz

Schweizerisches und österreichisches Arbeitsrecht
Beispiele struktureller und inhaltlicher Unterschiede 227

ANNE MEIER/ZOÉ SEILER

Dr. iur., Avocate, Chargée d'enseignement / Dr. iur., LL.M., Avocate

Des usages au salaire minimum ? Réflexions sur l'avenir d'une
vieille idée 245

PETER MOSIMANN

Dr. iur., Advokat, Basel, Lehrbeauftragter für Immaterialgüterrecht und Kunstrecht an der Juristischen Fakultät der Universität Basel (2005–2014), Präsident der Kunstkommission der Öffentlichen Kunstsammlung Basel (2008–2017), Syndikus Schweizerischer Bühnenverband (1981–2012)

Der Intendantenvertrag – Rechte und Pflichten 259

ROLAND MÜLLER

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt und Notar, Titularprofessor an den Universitäten St.Gallen und Bern, Staad/SG

Konsequenzen einer missbräuchlichen Kündigung 275

ROLAND A. MÜLLER/CHRISTIAN MADUZ

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Titularprofessor an der Universität Zürich für Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, Direktor des Schweizerischen Arbeitgeberverbandes / MLaw, Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Projektleiter Direktion beim Schweizerischen Arbeitgeberverband

Arbeitszeit und Arbeitszeiterfassung: Debatte zur zeitgemässen
Anpassung des Arbeitsgesetzes 291

HARRY F. NÖTZLI

Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht

Verfassungsrechtliche Schranken der Anwendbarkeit des
Obligationenrechts im öffentlichen Personalrecht 307

KURT PÄRLI

Prof. Dr. iur., Professor für Soziales Privatrecht, Universität Basel, Basel

Das (entschädigungslose) Konkurrenzverbot gehört abgeschafft 323

THOMAS PIETRUSZAK

lic. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht

Bezahlte Stillzeit – oder doch (noch) nicht? Versuch einer
Auslegeordnung von Art. 60 Abs. 2 ArGV 1 339

WOLFGANG PORTMANN

Prof. Dr. iur., Ordinarius für Privat- und Arbeitsrecht an der Universität Zürich

Aktuelle Entwicklungen in der bundesgerichtlichen
Rechtsprechung zur fristlosen Kündigung des Arbeitsvertrags 349

MANFRED REHBINDER

*Prof. Dr. iur. Dr. h.c., em. Ordinarius, vormals Lehrstuhl für Arbeits-, Immaterialgüter-,
Medienrecht und Rechtssoziologie an der Universität Zürich, Wiss. Direktor des
Europäischen Instituts für Rechtspsychologie, Zürich*

Zur sogenannten Frauenfrage 367

VITO ROBERTO/ROMAN SCHISTER

*Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Professor für Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht,
Direktor am Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Zürich/M.A. HSG
am Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, St.Gallen*

Eingeschränkte Arbeitnehmerhaftung 381

ROGER RUDOLPH

*Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Lehrbeauftragter
an der Universität Zürich*

Fünf Mysterien des Arbeitsgesetzes 401

IVO SCHWANDER

Prof. Dr. iur. Dr. h.c. (Universität Zürich), ehemaliger Professor für Internationales Privatrecht, Rechtsvergleichung und schweizerisches Privatrecht an der Universität St.Gallen, Rechtskonsulent in Zürich

Spezifische Probleme des IPR-Kollisionsrechts in
Arbeitsrechtsfällen – Zum Umgang mit den Artikeln 13, 15, 18, 19
IPRG im Kontext mit Art. 121 IPRG 415

CHRISTOPH SENTI

Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Altstätten, Lehrbeauftragter an der Universität St.Gallen

Gemischte Verträge im Arbeitsrecht 431

JEAN-FRITZ STÖCKLI

Prof. Dr. iur., em. Ordinarius für Privatrecht an der Universität Basel

Subsidiarität und Dezentralisierung im Arbeitsrecht 445

KAI-PETER UHLIG

Dr. iur., Rechtsanwalt, Zürich

Engagement in der Filmproduktion – Flexible Zeitplanung im
befristeten Arbeitsverhältnis 461

ADRIAN VON KAENEL

Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Lehrbeauftragter an der Universität Zürich

Neuere Entwicklungen in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung
zum Kündigungsschutz 481

CORINNE WIDMER LÜCHINGER/KEVIN P. MACCABE

Prof. Dr. iur., Professorin für Privatrecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung, Universität Basel / MLaw, wissenschaftlicher Mitarbeiter

Die Haftung des Erstunternehmers nach schweizerischem
Entsendegesetz – Materiell- und kollisionsrechtliche Fragen 503

ISABELLE WILDHABER/SILVIO HÄNSENBERGER

*Prof. Dr., Ordinaria für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität St.Gallen /
M.A. HSG, wissenschaftlicher Assistent*

Social Media-Kontakte im Arbeitsverhältnis – Wem «gehören»
Accounts, Kontakte und Zugangsdaten?

529

Der Intendantenvertrag – Rechte und Pflichten

PETER MOSIMANN

Inhaltsübersicht

I. Einleitung	259
II. Elementare Strukturen im Theaterbetrieb	260
III. Der Intendantenvertrag als Arbeitsvertrag	261
IV. Der Intendant als eigenverantwortlicher künstlerischer Leiter	263
1. Der Intendant als Träger der Kunstfreiheit	263
2. Pflichten des Intendanten als Folge der Verantwortung für die Kunstfreiheit	265
V. Das Verhältnis zwischen Intendant und Rechtsträger	268
VI. Die Verantwortung des Intendanten bei urheber- und interpretenrechtlichen Konflikten	270
VII. Ausblick	272

I. Einleitung¹

Die schweizerischen Theater werden von einem künstlerischen Leiter,² Direktor oder künstlerischen Direktor geleitet. Seit etwa der Jahrtausendwende ist insbesondere an den grösseren oder bedeutenden Bühnen der Ausdruck ›Intendant‹ gebräuchlich. Der Ursprung der Bezeichnung ›Intendant‹ kommt aus Frankreich. Er wurde bereits im 17. Jahrhundert für den ›Intendant des Spectacles du Roi‹³ verwendet und in Deutschland an den Fürstenhäusern u.a. für die Leiter der Theater übernommen. Er ist heute an den Bühnen Deutschlands, Österreichs und der deutschsprachigen Schweiz üblich. Die Intendanten der kontinental-europäischen Theater rekrutieren sich üblicherweise aus Regisseuren, Dirigenten oder mitunter auch Solisten.⁴ Seit 1948 kennt der Deutsche Bühnenverein den Musterintendantenvertrag⁵ der moder-

¹ Der Verfasser dankt Frau Jasna Stojanovic (MLaw) für die Mitarbeit bei der Literatursuche und für die zahlreichen Hinweise und Anregungen.

² Wo das natürliche Geschlecht unwichtig ist oder männliche und weibliche Personen gleichermaßen gemeint sind, wird in diesem Aufsatz die männliche Form verwendet.

³ KURZ HANNS/KEHRL BEATE/NIX CHRISTOPH, Praxishandbuch Theater- und Kulturveranstaltungsrecht, 2. Auflage, München 2015, 29.

⁴ DÜNNWALD ROLF, Die Rechtsstellung des Theaterintendanten, Diss. Köln 1964, 13.

⁵ Dazu SCHÖNDIENST EUGEN, Geschichte des Deutschen Bühnenvereins seit 1945, Frankfurt 1981, 117 ff.

nen Prägung. Nachstehend wird der Intendantenvertrag nach schweizerischem Recht als Vertrag qualifiziert. Die Besonderheiten dieses Arbeitsvertrages für künstlerische Leiter werden analysiert. Insbesondere wird auch der Intendant als Träger der Kunstfreiheit im Verhältnis zum Rechtsträger und zum künstlerischen Personal dargestellt. Weiter werden die nicht delegierbaren Pflichten des Intendanten erläutert. Schliesslich wird die Verantwortung des Theaterträgers und des Intendanten im Zusammenhang mit den Konflikten aus Urheber- und Interpretenrecht analysiert.

Der Verfasser widmet diesen Aufsatz Thomas Geiser und ehrt damit sein reiches Wirken als hervorragender kreativer Weiterentwickler des Arbeitsrechts in der Schweiz und als Rechtswissenschaftler mit Geschick für die rechtliche Behandlung von kunstrechtlichen Verhältnissen, so insbesondere auch im Bühnenrecht.

II. Elementare Strukturen im Theaterbetrieb

Der Intendant steht in einem eigenverantwortlichen Verhältnis zum Theaterunternehmen. Um diesen Vertrag rechtlich zu qualifizieren, werden zunächst die tragenden Betriebsstrukturen des Theaterunternehmens dargestellt werden, für die der Intendant verantwortlich zeichnet.

Der Intendant leitet auf der Grundlage eines Vertrags auf feste Zeit, nämlich in der Regel auf 4–5 Spielzeiten, einen hierarchisch organisierten Produktions- und Auführungsbetrieb. Er ist verantwortlich für die Durchführung der Proben und Aufführungen in einer auf Tage, Monate oder Spielzeit ausgerichteten Betriebsstruktur. Die Proben sind aufgeteilt in Vormittags- und Abendproben; die Aufführungen sind grundsätzlich abends, an Wochenenden finden auch Nachmittagsaufführungen statt. Die ganze Tagesbetriebsstruktur und der Ablauf der Spielzeit sind seit dem 19. Jahrhundert weitgehend traditionell feststehend.⁶ Die Abläufe im Theaterbetrieb sind stark durch Bühnenbräuche oder sogar von Gewohnheitsrecht bestimmt.⁷ Die Betriebsabläufe sind teilweise im Arbeitsgesetz samt Verordnungen⁸ und in den Gesamtarbeitsverträgen⁹ festgeschrieben.

⁶ Vgl. dazu MOSIMANN PETER, Goethes Intendanz, die Bühnenbräuche und das heutige Theaterrecht, in: Festschrift zur Emeritierung von Jean-Fritz Stöckli, BÄNI EVA-MARIA/OBRIST ANGELA (Hrsg.), Zürich/St. Gallen 2014, S. 389 ff.

⁷ MOSIMANN, Goethes Intendanz, 389 ff.

⁸ Art. 9 ff. und 15a ArbG sowie VO 2 zum ArbG Art. 35.

⁹ Zur Nichtverlängerung vgl. MOSIMANN PETER, Der Werk- und Wirkbereich im Theaterschaffen, KKR, 680 ff.; vgl. auch GAV Solo Künstler vom 22. April 2014 sowie GAV Gruppen vom 16. November 2015, www.theaterschweiz/de/sbv/buehnenarbeitsrecht.ch.

Die Erfüllung des Intendantenvertrages erfordert eine hohe Präsenz. Dafür ist nicht nur die starke hierarchische Leitungsstruktur ursächlich. Zahlreiche Kompetenzen des Intendanten sind auch nicht delegierbar, wie z.B. das gesamte Verfahren auf Nichtverlängerung, die Durchführung der Anhörungstermine, Entscheide zu Einsprachen über Rollen- und Partienzuteilungen, Beschwerden über unzumutbare Rollen in ungewöhnlichen Inszenierungen.¹⁰ All diese Entscheide sind meistens innerhalb eines zeitnahen Fristenkorsetts zu treffen. Hinzu kommen die Ausübung der Hausgewalt, der Abschluss von Aufführungsverträgen, die Leitung der wichtigen Regiesitzungen, die oberste Leitung der Diensterteilung und der Dienstaufsicht, die Handhabung der Hausordnung, die Entscheidung über Meinungsverschiedenheiten unter den Vorständen und Bühnenmitgliedern. Für einen pflichtbewussten Intendanten sind wiederkehrende Besuche von Aufführungen zwecks Beaufsichtigung der künstlerischen Qualität üblich. Die Ausübung der Intendanz erfordert in der Regel einen Arbeitsanfang zwischen 9 und 10 Uhr vormittags mit praktisch durchgehender Arbeitsleistung bis nach Beginn der Abendaufführung. Deshalb findet sich auch in den meisten Intendantenverträgen die Verpflichtung, «sich dem Theater mit ganzer Kraft zu widmen und seine Tätigkeit nach bester künstlerischer Überzeugung und nach wirtschaftlichen Grundsätzen im Rahmen des geltenden Rechts» auszuüben.¹¹ Mit Rücksicht auf die starke Belastung des Intendanten geht auch üblicherweise die Residenzpflicht einher.

III. Der Intendantenvertrag als Arbeitsvertrag

Der Intendantenvertrag ist ein Arbeitsvertrag gemäss Art. 319 ff. OR. Die für den Arbeitsvertrag kennzeichnenden Elemente sind erfüllt. Der Intendant ist verpflichtet, Arbeit zu leisten, und hat dem Arbeitgeber seine ganze Arbeitskraft uneingeschränkt zur Verfügung zu stellen. Vom Arbeitgeber bewilligte Ausnahmen, wie Regieführung an einer anderen Bühne, auch ausserhalb des Wohn- und Betriebsortes, ändern daran nichts. Der Intendant hat seine arbeitsvertraglichen Pflichten auch persönlich zu erfüllen. Eine andere Abrede ist nicht zulässig; die anderslautende Möglichkeit der Abrede von Art. 329 OR gilt nicht (vgl. nachstehend IV. 2.). Er leistet die Arbeit in der Regel auf bestimmte Zeit. Gemäss Art. 319/320 OR wird die Arbeit gegen Lohn geleistet.¹² Das Entgelt wird üblicherweise als Gage oder Honorar bezeichnet, obwohl der gesetzliche Ausdruck «Lohn» zutreffend wäre. Der Intendant – so eigenverantwortlich er auch immer handelt – hat sich der Organisationsstruk-

¹⁰ BGE 126 III 75 ff. – Grand Théâtre de Genève.

¹¹ So ausdrücklich Ziff. 2.1 des Musterintendantenvertrages des Deutschen Bühnenvereins.

¹² VISCHER FRANK/MÜLLER ROLAND, Der Arbeitsvertrag, Basel 2014, 5/6.

tur des Theaterunternehmens unterzuordnen. Es besteht das für den Arbeitsvertrag typische Subordinationsverhältnis. Der Theaterbetrieb ist organisatorisch stark reguliert. Bestimmend für den Betrieb sind Usancen, teilweise Gewohnheitsrecht und Gesamtarbeitsverträge für das künstlerische Solisten- und Gruppenpersonal und auch für das technische Personal.¹³ Als Folge hat der Intendant den Spiel-, Proben- und Aufführungsplan entsprechend anzuordnen. Das für den Arbeitsvertrag charakteristische Merkmal des fremdbestimmten Arbeitseinsatzes ist erfüllt.¹⁴

Der Intendant ist ein leitender Angestellter. In der Privatwirtschaft würde er als Chief Executive Officer bezeichnet. Die arbeitsrechtlichen Regelungen gemäss Art. 319 ff. sind in der Regel auf sämtliche Kategorien der Arbeitnehmer anwendbar, folglich auch auf leitende Angestellte.

In der kunstrechtlichen Literatur fordert CAHN,¹⁵ der Intendantenvertrag sei ein gemischter Vertrag resp. ein solcher sui generis mit Elementen des Arbeits-, Auftrags- und Werkvertrages wie auch des Gesellschaftsrechts. Diese Kategorisierung ist nicht überzeugend. Der Intendant verfügt zwar über eine aussergewöhnlich eigenverantwortliche Stellung (vgl. Ziff. IV nachstehend). Das trifft aber auf zahlreiche andere leitende Angestellte, wie beispielsweise Chief Executive Officers oder Generaldirektoren, ebenso zu. Die mit dem Intendantenvertrag konstituierte, besondere leitende Stellung ändert nichts daran, dass alle Charakteristika des Arbeitsvertrages auch auf den Intendanten zutreffen, insbesondere auf das Element der Arbeit auf Zeit.

Der Intendantenvertrag ist kein Auftrag, auch wenn sonst Künstlerverträge – nach Massgabe der Umstände und des Sachverhalts – sowohl als Arbeitsvertrag als auch als Auftrag qualifiziert werden können.¹⁶ Intendanten nehmen eine leitende Stellung ein und verfügen über besonderes Fachwissen und -können. Sie sind dadurch in der Ausgestaltung ihrer Arbeit mehr oder weniger frei. Die betriebliche Subordination des Bühnenkünstlers ist jedoch dominant, dies gilt auch für den Intendanten. Ausserdem verlangt die Übernahme der Intendanz eine Bindung auf feste Zeit, in der Regel eine feste Dauer von 4–5 Spielzeiten. Das zwingende Widerrufsrecht von Art. 404 OR steht dieser vertraglichen Bindung entgegen.¹⁷ Es lässt sich insgesamt nicht erkennen,

¹³ Zum Ganzen MOSIMANN, Goethes Intendanz, 389 ff.

¹⁴ VISCHER/MÜLLER, 6; STREIFF ULLIN/VON KÄNEL ADRIAN/RUDOLPH ROGER, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362, Zürich 2012, N 2 zu Art. 319 OR.

¹⁵ CAHN AVIEL, Der Theaterintendant – seine rechtliche Stellung in Theorie und Praxis: unter besonderer Berücksichtigung der Situation in Deutschland und in der Schweiz, Diss. Zürich, Baden-Baden 2002, 32 ff., insb. 40 ff.

¹⁶ STAEHELIN ADRIAN, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (ZHK), Art. 319–330a Arbeitsvertrag, Zürich, 2006, N 33 zu Art. 319 OR.

¹⁷ BGE 104 II 108 ff.; BGE 109 II 462 ff.; CAHN, 40.

weshalb der Intendantenvertrag als gemischter Vertrag oder Vertrag *sui generis* zu qualifizieren ist. Alle typischen Elemente des Intendantenvertrages lassen sich ohne weiteres unter Art. 319 ff. OR einordnen.

IV. Der Intendant als eigenverantwortlicher künstlerischer Leiter

1. Der Intendant als Träger der Kunstfreiheit

Der Intendant ist im Theater – und auch im Konzertbetrieb – der zentrale Träger der künstlerischen und kaufmännischen unternehmerischen Verantwortung.¹⁸ Er ist Träger der Kunstfreiheit.¹⁹ Dies gilt unabhängig davon, ob das Theaterunternehmen ein Staatstheater (Regietheater) oder ein Privattheater ist. «Das Verantwortungsgefüge ist charakterisiert durch die Mehrzahl von Verantwortungsträgern und durch die Besonderheiten des Kulturbetriebes. Die Verantwortung für den künstlerischen Bereich liegt beim Direktor, der in allen künstlerischen Fragen Freiheit und Unabhängigkeit geniesst. Dies ist in der gesamten freien Welt eingelebt und anerkannt.»²⁰ Es sind somit nicht die Aufsichtsgremien, wie das Dezernat oder der Leiter Kultur in der kommunalen oder kantonalen Verwaltung²¹ oder der Verwaltungsrat in der Theatergesellschaft Träger der Kunstfreiheit, sondern es ist jene Person, die mit der Gesamtführung des Kunstunternehmens betraut ist. Art. 328 OR bildet hierzu die gesetzliche Schnittstelle. Alle Beteiligten des schöpferischen Prozesses in der Produktion und Aufführung sind durch Persönlichkeitsrecht geschützt, welches im Lichte der Kunstfreiheit zu interpretieren ist. Danach ist der Intendant als verantwortlicher Leiter gegenüber den Mitarbeitern Träger der künstlerischen Verantwortung; er ist dies auch gegenüber den staatlichen und privatrechtlichen Aufsichtsgremien. Die

¹⁸ Gemäss Ziff. 3 Musterintendantenvertrag des Deutschen Bühnenvereins von 2015 leitet der Intendant das Theater «und trägt die Gesamtverantwortung». Der Musterintendantenvertrag gilt in Deutschland als Verkehrssitte; DÜNNWALD, 46. Vgl. zur Entwicklung des Musterintendantenvertrags SCHÖNDIENST, 117 ff.; CAHN, 59 ff.; DÜNNWALD, 42 ff.

¹⁹ MOSIMANN PETER/UHLMANN FELIX, Kunst und Grundrechte, in: Kultur Kunst Recht («KKR»), Basel 2009, 76 ff.

²⁰ Schriftliche Interpellationsbeantwortung des Regierungsrates des Kantons Basel-Stadt vom 5. November 1981; vgl. auch MOSIMANN/UHLMANN, KKR, 56; für das deutsche Recht siehe LÖWISCH MANFRED/KAISER DAGMAR, Tendenzschutz in öffentlich-rechtlich geführten Bühnenunternehmen, Baden-Baden 1996, 37 ff.

²¹ UHLMANN FELIX/BOGNUA CRISTINA, Zehn Thesen zur Kunstfreiheit und Kunstförderung, ZSR Bd. 127 (2008), I 363 ff., 371 ff. Danach soll die künstlerisch verantwortliche Person im Namen der staatlichen Institution eine Verletzung der Kunstfreiheit geltend machen können, auch gegen Übergriffe staatlicher Behörden; LÖWISCH/KAISER, 37 ff.

Eigenverantwortung des Intendanten²² gilt unabhängig der Festschreibung in einem Intendantenvertrag, wie dies in Deutschland nach dem sog. Musterintendantenvertrag²³ regelmässig der Fall ist.

Der Intendant bestimmt die künstlerischen Geschicke im Werk- und Wirkbereich.²⁴ Er zeichnet für das Programm einschliesslich der gesamten Kommunikation zum Programm und Veranstaltungsbetrieb, wie Programmheft, Hausnachrichten analog und digital, Werbung analog und digital, etc. Er informiert das Aufsichtsgremium über das Programm; er lässt es aber nicht genehmigen. Er engagiert das künstlerische Team für die Spielzeit wie auch für die einzelnen Produktionen, wie Spartendirektoren, Programm- und Produktionsdramaturgen, Regisseure und das Regieteam, wie Bühnenbildner, Kostümbildner, Dirigent, Choreographen, Interpreten und Orchester.

Der Intendant schliesst alle Bühnenengagement-Verträge als Spielzeitenverträge für das künstlerische Bühnenpersonal ab und entscheidet über die Nichtverlängerung.²⁵ Ebenso ist er für die Verträge für Gäste, sei es als Verträge auf bestimmte Zeit oder, wie üblicherweise, auf bestimmte Anzahl Aufführungen/Abende zuständig. Er verantwortet das Regiekonzept und nimmt in den Endproben die Inszenierung und Produktion ab (Werkbereich), um sie zur Premiere (Wirkbereich) freizugeben. Verletzt die Aufführung Rechte Dritter (Urheberrechte und Persönlichkeitsrechte Dritter, den religiösen Frieden, Sittlichkeitsnormen), so ist der Intendant in der Pflicht und in der Verantwortung, Strafanzeigen wegen Verletzungen von Strafbestimmungen aus dem StGB und aus der Spezialgesetzgebung, wie das Urheberrechtsgesetz (Art. 67–73 URG), richten sich gegen den verantwortlichen Intendanten.

²² Vgl. analog die gesetzliche Umschreibung der Eigenverantwortung des Museumsdirektors in MuseumsVO des Kantons Basel-Stadt vom 19. Dezember 2000 (451.110), § 2 «Die einzelnen Museumsdirektionen führen das ihnen unterstellte Museum in inhaltlicher, personeller und finanzieller Hinsicht ergebnisverantwortlich.»

²³ Abgedruckt in BOLWIN ROLF/GSPONER WOLF-DIETER, Bühnen- und Orchesterrecht, Dezember 2016, D III, 2.1. Danach trägt der Intendant die Gesamtverantwortung. Er vertritt das Theater nach aussen und übt das Hausrecht aus. Zur Entwicklung des Musterintendantenvertrages vgl. SCHÖNDIENST, 117 ff., DÜNNWALD, 42 ff., CAHN, 59 ff.

²⁴ Zum Werk- und Wirkbereich vgl. MOSIMANN PETER/RENOLD MARC-ANDRÉ, Der Künstler im Recht, KKR, 36 ff.

²⁵ Zur Nichtverlängerung vgl. MOSIMANN, KKR, 680 ff.; vgl. auch GAV Solo Künstler vom 22. April 2014 sowie GAV Gruppen vom 16. November 2015, www.theaterschweiz/de/sbv/buehnenarbeitsrecht.ch. Siehe die gleiche Regelung in Ziff. 5.3 Musterintendantenvertrag.

2. Pflichten des Intendanten als Folge der Verantwortung für die Kunstfreiheit

Als Ergebnis der Eigenverantwortlichkeit des Intendanten in künstlerischer Hinsicht lassen sich vier Kernkompetenzen des Intendanten zusammenfassen. Es sind dies die Gestaltung und Durchführung des Spielplans, die Auswahl des gesamten künstlerischen Personals – somit der Abschluss und die Beendigung des Bühnengagementvertrages – sowie der Einsatz der Bühnenmitglieder und die Kommunikation. Die Eigenverantwortlichkeit hat zur Folge, dass der Intendant im Bereich dieser künstlerischen Kompetenzen keine Genehmigungen des Trägers – meistens des Verwaltungsrates – einzuholen hat. Er ist im künstlerischen Bereich auch nicht an Weisungen des Trägers gebunden.²⁶ Es ergeben sich natürlich Schranken aus Gründen der sorgfältigen, budgetgemässen Verwendung der finanziellen Mittel. So steht es dem Kaufmännischen Direktor zu, Einspruch gegen einen budgetwidrigen Mitteleinsatz in einer Produktion zu erheben und gegebenenfalls den Verwaltungsratspräsidenten zu informieren. Diese Einsprüche können nur aus Gründen der Einhaltung der Budgetüberschreitung und nicht aus künstlerischen erhoben werden. Bei grundlegender Unzufriedenheit des Trägers mit dem Programm riskiert schliesslich der Intendant – je nach Vertragsausgestaltung – die Nichtverlängerung oder das Auslaufen des Vertrages auf feste Zeit.

Die Zugehörigkeit der Spielplangestaltung und der Beendigung der Arbeitsverhältnisse mit dem Bühnenpersonal sowie der Einsatz des Bühnenpersonals gehören anerkanntermassen zum Kernbereich der Kompetenzen des Intendanten. Teilweise umstritten ist die Zuständigkeit für die Kommunikation. Die Kaufmännische Direktion beansprucht mitunter die Zuständigkeit unter dem Titel der Werbung. Die Kommunikation einer Bühne ist jedoch geprägt durch das Saisonprogramm und damit einhergehend mit den künstlerischen Leitlinien der Intendanz. Daher vertritt auch das Deutsche Bundesverfassungsgericht²⁷ richtigerweise den Standpunkt, dass die Kommunikation zum künstlerischen Wirkbereich des künstlerischen Leiters gehört. Der Schutzbereich der Kunstfreiheit umfasst sämtliche Werbung. Damit ist der Träger der Kunstfreiheit für die Kommunikation zuständig.

Der Schutzbereich der Kunstfreiheit umfasst sämtliche menschlichen Handlungen, welche mit Kunst und Kunstwerken zu tun haben. Geschützt ist nicht nur künstlerisches Denken und Schaffen, sondern jede Tätigkeit, welche künstlerisches Schaffen unterstützt, verbreitet, wirtschaftlich nutzt oder auch nur konsumiert.²⁸ Die deutsche

²⁶ Siehe auch Ziff. 5.1 und 5.2 Musterintendantenvertrag; LÖWISCH/KAISER, 38 ff.

²⁷ BVerfGE 77, 240 ff., 251 – «Herrnburger Bericht von Bertolt Brecht».

²⁸ MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, Die Grundrechte der Schweiz, Bern 2008, 558 f.

Literatur und Rechtsprechung sprechen in diesem Zusammenhang von «Werk- und Wirkungsbereich», wobei unter dem Wirkungsbereich die künstlerische Betätigung an sich im Kurationsprozess und unter dem Wirkungsbereich die «Darbietung und Verbreitung des Kunstwerkes» zu verstehen ist.²⁹ In den Schutzbereich fallen sowohl die Werbung für Kunst³⁰ wie auch die kritische Auseinandersetzung mit ihr, also die Kunstkritik.

Die Pflichten des Intendanten haben sich seit dem 19. Jahrhundert weitgehend als Bühnenbräuche entwickelt, vereinzelt auch als Gewohnheitsrecht. Sie sind das Spiegelbild der Rechte der Bühnenmitglieder, die sich als Bräuche entwickelt haben. Diese sind als narrative Normen anwendbar.³¹ Während KURZ³² die Bühnenbräuche als Tarifübung im Bereich der Bühne qualifiziert, anerkennt die Lehre die Bühnensatz unabhängig der Gesamtarbeitsverträge.³³

Nun ist es ein gelebtes Phänomen, das, was üblich ist und im Arbeitsleben regelmässig von beiden Seiten – Arbeitgeber und Arbeitnehmer – gelebt wird, als rechtmässig zu behandeln. Die Stabilität der Verhältnisse in den Betriebsabläufen der Arbeitswelt ist erwünscht und wird kaum infrage gestellt. Was üblich ist, soll Norm sein. Dieser Grundsatz ist aber nicht immer mit dem geltenden Arbeitsrecht vereinbar. Die Zuerkennung der normativen Kraft des Faktischen kann die Entwicklung des Arbeitsrechts hemmen. Man denke an den stets umstrittenen Begriff der Zeit in der Arbeit,³⁴ der sich über die Jahrhunderte hinweg stark entwickelte, oder generell an den Arbeitnehmerschutz. Es ist daher im Arbeitsrecht besonders zu fordern,

²⁹ BVerfGE 30, 173 ff. [189] = NJW 1971, 1645 ff. – Mephisto. Aus der jüngeren Praxis BVerfG 1 BvR 1783/05 vom 13. Juni 2007 (Ziff. 63) – «Esra» = ZUM 2007, 829 ff.

³⁰ BVerfGE 77, 240 ff., 251 – «Herrnburger Bericht von Bertolt Brecht».

³¹ Vgl. dazu zuletzt JAYME ERIK, Narrative Norms in Private International Law – The Example of Art Law, *Receuil des Cours*, Vol. 375, Leiden/Boston 2015, 9 ff. (zit. JAYME, Narrative Norms); DERS., Was ist Kunstrecht?, in: WELLER MATTHIAS/KEMLE NICOLAI/KUPRECHT KAROLINA/DREIER THOMAS (Hrsg.), *Neue Kunst – Neues Recht*, Baden-Baden 2014 (zit. JAYME, Was ist Kunstrecht?), 19 ff., 23 ff.; DERS., Narrative Normen im Kunstrecht, in: BECKER JÜRGEN (Hrsg.), *Recht im Wandel seines sozialen und technologischen Umfeldes*, Festschrift für Manfred Rehbinder, München/Bern 2002, 539 ff.; MOSIMANN PETER/RENOLD MARC-ANDRÉ, *Der Künstler im Recht*, KKR, 32 ff., sowie MOSIMANN PETER, *Theaterrecht als Recht sui generis?*, KKR, 631 ff.; zu Usancen und Gewohnheitsrecht im Theater, MOSIMANN, *Goethes Intendanz*, 389 ff., insbesondere 392 ff.

³² KURZ HANNS, in: KURZ HANNS/KEHRL BEATE/NIX CHRISTOPH, *Praxishandbuch Theater- und Kulturveranstaltungsrecht*, 2. Auflage, München 2015, 189.

³³ SCHELLENBERG ELISABETH ANNE, *Bühnenengagementsvertrag im schweizerischen Recht*, Diss. Zürich 1990, 21; MOSIMANN, KKR, 680; REHBINDER MANFRED, *Literaturbesprechung – Bühnenengagementvertrag*, ArbR 1991, 139 ff., 142; DERS., *Künstlerischer Spielraum – Soziales Recht zum Zeitvertrag im Bühnenarbeitsrecht*, UFITA, Bd. 88 (1980), 89 ff. Für die deutsche Literatur: BOLWIN ROLF/SPONER WOLF-DIETER, *Bühnentarifrecht, Tarifvertragsrecht der Theater*, Heidelberg 1995, § 61 NV Bühne; FISCHER HERMANN JOSEF/REICH STEVEN A. (Hrsg.), *Der Künstler und sein Recht*, 3. Auflage, München 2014, 255, 258; weitere Hinweise bei MOSIMANN, KKR, 680 N 229.

³⁴ LE GOFF JACQUES, *Pour un autre Moyen Âge: Temps, travail et culture en Occident*, Paris 1977.

dass die ›*opinio necessitatis*‹ erfüllt ist. Der Nachweis der Übung kann nicht genügen. Vielmehr muss die Betriebsübung als vernünftig gelten und aus der besonderen Arbeitssituation heraus notwendig sein.

Es ist kein Zufall, dass viele der Bühnenbräuche, insbesondere jene, die sich zu Gewohnheitsrecht entwickelt haben, eine Tarifübung beinhalten.³⁵ Der Bühnenbereich ist in Europa und insbesondere im deutschsprachigen Raum praktisch lückenlos von Gesamtarbeitsverträgen abgedeckt. So sehen in der Schweiz auch der Gesamtarbeitsvertrag Solo wie auch der Gesamtarbeitsvertrag Künstlerisches Gruppenpersonal den Anschlusszwang vor (jeweils Art. 4 GAV). Für die normativen Bestimmungen des GAV gilt die Gerechtigkeitsvermutung,³⁶ wenn der GAV von starken GAV-Parteien vereinbart wird, die Gegner unabhängig sind.³⁷ Mit dem Einschluss von Sachverhalten in den Gesamtarbeitsverträgen, die vom Gewohnheitsrecht beherrscht sind, erfüllt folglich das Bühnengewohnheitsrecht in besonderem Masse das Erfordernis der *opinio necessitatis* wie auch der vernünftigen resp. angemessenen Regelung.

Die meisten aus Bühnenbräuchen gültigen Pflichten des Intendanten sind nicht delegierbar. Sie werden als Ausdruck des Paritätsgrundsatzes des Bühnenengagementvertrages verstanden. Sie sind weitestgehend im GAV kanonisiert.³⁸ Dazu gehören insbesondere die Zuteilung von Rollen resp. Partien, die Ausübung der Erklärung über die Nichtverlängerung des Bühnenengagementvertrages, die Sicherstellung des Beschäftigungsanspruchs sowie die Zuteilung von Ansehrollen resp. -partien nach Erklärung der Nichtverlängerung.³⁹ Schliesslich verantwortet der Intendant persönlich die Entscheide in der Produktion und Veranstaltung sowie die Abnahme des Regiekonzepts und in den Endproben die Abnahme der Produktion resp. die Freigabe zur Premiere. Nach der Premiere – im Wirkbereich – ist ein Eingriff in die Produktion nur bei besonderen Konflikten oder Verhältnissen ausnahmsweise zulässig. Denkbar sind z.B. erwiesene Verletzungen des Persönlichkeitsrechts Dritter, die Überforderung eines Bühnenmitglieds, erwiesene Verletzungen der Werktreue, begründete Verletzungen von Strafnormen, wie Art. 197 StGB zur Pornografie oder Art. 261 StGB über die Störung der Glaubens- und Kulturfreiheit.

³⁵ KURZ/KEHRL/NIX, 189.

³⁶ GEISER THOMAS/MÜLLER ROLAND, Arbeitsrecht in der Schweiz, 2. Auflage, Bern 2013, 273; VISCHER/MÜLLER, 325.

³⁷ VISCHER/MÜLLER, op cit, 328.

³⁸ BOLWIN/SPONER, Bühnentarifrecht, op cit, § 61 NV Bühne. Für die deutschsprachige Schweiz GAV Solo Künstler vom 22. April 2014 sowie GAV Gruppen vom 16. November 2015, je Art. 29 GAV, www.theaterschweiz/de/sbv/buehnenarbeitsrecht.ch.

³⁹ MOSIMANN, KKR, 680 ff.; GAV Solo Künstler, Art. 29.

Der Intendant setzt seine Weisungen pflichtbewusst durch. Im Fokus stehen die Beseitigung von Konflikten zwischen Regisseur und musikalischem Leiter⁴⁰ oder zwischen Regisseur und Solisten resp. künstlerischen Gruppen,⁴¹ aber auch mit der Bühnentechnik (gesundheitliche Risiken).

V. Das Verhältnis zwischen Intendant und Rechtsträger

Wie vorstehend ausgeführt, ist der Vertrag zwischen der Rechtsträgerschaft – Dienststelle im Stab resp. öffentlich- oder privatrechtliche Gesellschaften oder Stiftungen – ein Arbeitsvertrag. Wegen seiner besonderen Rechtsstellung untersteht der Intendant nicht dem Tarifrecht resp. GAV-Recht; Rechtsstreitigkeiten fallen nicht in den Geltungsbereich der Bühnenschiedsgerichtsbarkeit.⁴² Es steht indes den Parteien frei, eine Schiedsvereinbarung auf privatrechtlicher Basis und unabhängig des GAV abzuschliessen, um die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichtsbarkeit auszuschliessen.

Intendantenverträge sind regelmässig auf feste Dauer vereinbart, meistens auf 4–5 Spielzeiten. Die Dauer von 1–3 Spielzeiten wäre ungewöhnlich, weil die Planung des Programms und die Verpflichtung des künstlerischen Personals eine Vorlaufzeit von jedenfalls zwei Jahren erfordert. Die Qualität einer Intendanz kann kaum schon in der ersten Spielzeit ausreichend beurteilt werden. Einzelne Theater pflegen auch das System des Spielzeitenvertrags mit Nichtverlängerungserklärung.⁴³ Die Regelung zur Nichtverlängerungserklärung gilt diesfalls nicht kraft GAV Solo, sondern nach den Regeln der bühnenrechtlichen Usanz und des Schuldrechts.⁴⁴

Wichtig ist die Vertretungsbefugnis, in der Schweiz in der Regel Unterschrift zu zweien gemeinsam mit dem Kaufmännischen Direktor. Der Intendant schliesst regelmässig schon vor Antritt der Intendantenstelle Verträge ab (z.B. für das künstlerische Personal oder für Bühnenaufführungsverträge mit Bühnenverlegern) oder verfügt bereits Nichtverlängerungserklärungen. Diese Geschäfte sind vertretungsfeindlich. Der designierte Intendant bedarf somit einer ausdrücklichen Vollmacht des Rechtsträgers, um Rechtshandlungen vor Vertragsbeginn ausüben zu können.

Der Intendant leitet das Theater und trägt hierfür die Gesamtverantwortung. Er vertritt das Theater nach aussen und übt das Hausrecht aus.

⁴⁰ Urteil des Schweizerischen Bühnenschiedsgerichts vom 12. Mai 2003.

⁴¹ MOSIMANN, Die Rechtsstellung des Intendanten, KKR, 673.

⁴² BGE 107 Ia 155 ff. – Theater Bern.

⁴³ MOSIMANN, Die Rechtsstellung des Intendanten, KKR, 670; DERS., Bühnenarbeitsrecht, KKR, 580 ff.

⁴⁴ MOSIMANN, Die Rechtsstellung des Intendanten, KKR, 670; RIEPENHAUSEN BERNHARD, Das Arbeitsrecht der Bühne, Berlin 1956, 7, und Ergänzungsband 8f.

Die vorgesetzte Person ist der Kulturdezernent im Regietheater oder der Präsident des Trägers, wenn das Theater über eine eigene öffentlich- oder privatrechtliche Trägerschaft verfügt. Der Intendant unterliegt der Rechtsaufsicht im Trägerunternehmen. Er unterliegt aber nicht der Fachaufsicht, soweit künstlerische Entscheide betroffen sind.

Für alle künstlerischen Entscheide unterrichtet der Intendant das Aufsichtsgremium. Die Entscheide sind jedoch aus Gründen der Wahrung der Kunstfreiheit nicht genehmigungsbedürftig. Den Aufsichtsgremien steht es jedoch zu, Fragen zu künstlerischen Entscheiden zu stellen.

Alle Verhandlungen zu künstlerischen GAV werden vom Intendanten verantwortet. Sofern er nicht Verhandlungsleiter des GAV für die Technik ist, ist der Kaufmännische Direktor in der Verantwortung, der die bestimmten Strukturen des künstlerischen Betriebs zu wahren hat, wie beispielsweise die Einsatzzeiten des künstlerischen Personals.

Grundlegend zu beachten ist, dass der Subventionsgeber resp. der Rechtsträger zuständig ist für die Länge der Spielzeit, die Gestaltung als *Ensuite-Theater* oder als *Ensemble-Theater*, die Zahl der Aufführungen und die Gestaltung der Eintrittspreise. Der Intendant verfügt in diesem Bereich lediglich über ein Vorschlagsrecht. Diese Vorgaben sind vor Abschluss einer Vertragsperiode zwischen dem Träger und dem Intendanten zu klären.

Die entgeltlichen Nebenbeschäftigungen des Intendanten sind in der Regel zustimmungsbedürftig oder gar vor Abschluss des Vertrages zu klären. Die übliche Regelung von Art. 321a OR ist sachlich nicht gerechtfertigt. Entscheidend sind nicht die allfällige Verletzung und die Konkurrenzierung. Massgeblich ist die notwendige Sicherstellung der Gesamtverantwortung unter Einschluss der zahlreichen nicht delegierbaren Pflichten gegenüber den Bühnenmitgliedern. Während die Teilnahme des Intendanten in Jurygremien und Wahlfindungskommissionen kaum die volle Arbeitskraft des Intendanten zu mindern vermögen, kann das Führen von Regien an anderen Häusern die volle Arbeitskraft im Vertragstheater einschränken. Insbesondere hat der Intendant diesfalls sicherzustellen, dass er in seinem Vertragstheater für Premieren und nicht delegierbare Termine (Nichtverlängerungserklärung u.ä.) seine Pflichten zu erfüllen vermag. Es mag andererseits im Interesse des Vertragstheaters sein, das einen renommierten Regisseur zum Intendanten wählt, dass der Intendant sein Renommee durch Regieführung andernorts zu wahren oder festigen vermag. Empfehlenswert ist jedenfalls, Regien an anderen Häusern in den ersten zwei Jahren des Engagements freizuzeichnen.

VI. Die Verantwortung des Intendanten bei urheber- und interpretenrechtlichen Konflikten

Der Intendant ist verantwortlich für die Entwicklung des Programms, für die Produktion des dramatischen Werkes und die mit der Premiere beginnenden Veranstaltungen. Produziert und inszeniert werden Stoffe von dramatischer Gestaltung. Meistens sind diese urheberrechtlich geschützt. Die Regie ist ebenso urheberrechtlich geschützt, sofern der Regisseur das Bühnenwerk bearbeitet.⁴⁵ Die Urheber der Bühnenwerke verfügen somit über absolute Rechte resp. Monopolrechte. Ob sie indes Alleinurheber, Miturheber oder nur Anstifter oder Gehilfe sind, beinhaltet eine qualifizierte Prüfung durch die Produktionsdramaturgie; das Ergebnis entspricht immer einem bedeutenden Verantwortlichkeitsrisiko, denn die Wege der Werkschöpfung sind mitunter geheimnisvoll. Und im Urheberrecht – anders als im Mobiliarsachenrecht – gibt es keinen gutgläubigen Erwerb.⁴⁶ Dies soll anhand von ein paar Beispielen aufgezeigt werden:

- Die Rechtslage kann für die Intendanz undurchsichtig sein, weil ein Werk im Bühnenaufführungsvertrag von einem Alleinurheber verantwortet wird, obwohl ein kreativer Beitrag eines zweiten Urhebers vorliegt, der zunächst urheberrechtlich nicht in Erscheinung tritt. Der veröffentlichte Autor bedient sich eines Anregers oder Gehilfen. Dieser oder seine Erben setzen später das (Mit-)Urheberrecht an seinem kreativen Beitrag durch. Erwähnt sei der Prozess der Erben eines Altphilologen zur Urheberschaft am Libretto zu *Carmina Burana*.⁴⁷ Mit dem Werk *Carmina Burana* (Lieder aus Benedikt Beuern vom 11./12. Jahrhundert; Uraufführung 1937 in der Oper zu Frankfurt) hat Carl Orff Texte in mittellateinischer und hochdeutscher Sprache vertont. Bei der Einordnung der Texte zu einem Libretto wurde Carl Orff von einem Altphilologen unterstützt. Dieser Sachverhalt ist vom Komponisten Carl Orff anerkannt. Die Erben des Altphilologen machen nach dem Tod ihres Vaters gegenüber Carl Orff schöpferische Miturheberschaft des Altphilologen am Libretto der *cantiones profanae Carmina Burana* geltend. Sie berufen sich auf eine von Carl Orff und dem Altphilologen gemeinsam getragenen und in ihrer konkreten Gestaltung übereinstimmend gewollten Auswahl und Anordnung des zu vertonenden Textkörpers.
- Es bestehen Abgrenzungsschwierigkeiten bei der Beurteilung, ob ein urheberrechtlich geschützter Beitrag eines weiteren Autors besteht oder die bloße Mitwirkung eines nicht geschützten Gehilfen vorliegt. Zu erwähnen sind jene Fälle,

⁴⁵ Zum Ganzen MOSIMANN, Schnittstellen, 61 ff.

⁴⁶ BGE 117 II 433 ff. – SUISA.

⁴⁷ Landgericht München, 16. Mai 2005 – *Carmina Burana* = ZUM 2002, 748 ff.

in welchen ein Dritter dem Autor Stoffe (Inspirationen, Ideen, reale Sachverhalte oder Vorlagen) liefert. So hat nach Ablauf der Schutzfrist der Bühnenverleger von Ödön von Horvath (1901–1938) versucht, die erwiesenen «Stoff»-Lieferungen von Wilhelm Lukas Kristl (1903–1985) als schutzrelevante Mitwirkung darzustellen. Kristl war Gerichtsberichterstatter und lieferte von Horvath, so z.B. zu *Glaube Liebe Hoffnung* (UA 13. November 1936) den Stoff eines kleinen Delikts aus armen, sozialen Verhältnissen, gemäss Ödön von Horvath das Material, «um wiederum den gigantischen Kampf zwischen Individuum und Gesellschaft zeigen zu können, bei dem es zu keinem Frieden kommen soll». Auch hier ist für den Intendanten nicht ohne weiteres ersichtlich, ob der Beitrag des Dritten urheberrechtsrelevant ist.⁴⁸ Der Beitrag von Kristl ist vermutlich nicht urheberrechtliche Mitautorenschaft; in einem Interview im Bayrischen Rundfunk von 1982 gab Kristl zu verstehen: «Und dann schmolz er [von Horvath] alles in seine dramatische Form ein, in seine für ihn so charakteristische Kunstsprache.» Der Gehilfe Kristl geht in der Schöpferkraft des Urhebers unter. Es besteht kein planmässiges Zusammenwirken.

- Der Intendant sollte aber auch kritisch beobachten, inwiefern der Regisseur das geschützte Werk frei interpretiert und Ergänzungen einfügt, mit anderen Worten das Werk ohne Einverständnis des Autors bearbeitet. Das kann zum Widerspruch des Urhebers der Oper führen, mithin gegebenenfalls zum vorsorglichen Verbot. Aufschlussreich ist aus dem Schauspielbereich der Fall «Biografie: Ein Spiel» von Max Frisch. Der Regisseur Rudolf Noelte fügte im Zuge der Proben zur Uraufführung des Schauspiels von 1962 am Schauspielhaus Zürich Ergänzungen, Auslassungen und weitere Bearbeitungen ein und beanspruchte nach der Uraufführung das Miturheberrecht an der publizierten Version des Schauspiels.⁴⁹
- Nicht leicht zu prüfen ist, ob Aneignungen eines Stoffes nur diesen oder auch den Handlungsstrang eines Werkes betreffen.⁵⁰ Kollisionspotential beinhalten immer wieder Inszenierungen eines geschützten dramatischen Werkes durch einen Regisseur, der die antithematische Sichtung des Werkes anstrebt und sich an der Grenze zwischen Interpretation und unfreier Bearbeitung bewegt.⁵¹ Dramatische

⁴⁸ Im ersten Entwurf an den Verleger hatte von Horvath noch folgenden Titel gewählt: «Glaube Liebe Hoffnung – Volksstück in sieben Bildern von Ödön von Horvath, unter Mitarbeit von Wilhelm Lukas Kristl.» Diesen Vermerk über die Mitarbeit von Lukas Kristl hat von Horvath persönlich in der Folge gestrichen. Dadurch besteht die Vermutung der Urheberschaft von von Horvath (CH URG 8 [i]).

⁴⁹ BGH vom 19.11.1971 (I ZR 31/70) – «Biografie: Ein Spiel» = GRUR 1972, 143. ff.

⁵⁰ OG ZH vom 31.03.1995 = SMI 1996, 61 ff. – «Der reizende Reigen»; vgl. dazu MOSIMANN PETER, Kunst im Recht, in: Kultur im Recht – Recht als Kultur, Baden-Baden 2015, 19 ff., 29 ff.

⁵¹ LG Leipzig vom 23.02.2000 = ZUM 2000, 331 ff.; OLG Dresden vom 16.05.2000, ZUM 2000, 955 ff. – «Die Csárdásfürstin».

Schöpfungen verlangen nach einem dialektischen oder antithematischen Umgang mit der Werktreue. Anders als in der bildenden Kunst und der Literatur entsteht beim dramatischen Werk «ein zweites Werk, dessen Autor der Regisseur ist».⁵² Dadurch, dass sich der «Kontext um ein Werk verändert, ist es möglich, dass es andere, neue Seiten, die in ihm stecken, preisgibt als zu seiner Entstehungszeit».⁵³ Wenngleich sich zwei Künstler unter Berufung auf die Kunstfreiheit begegnen, besteht doch das Risiko eines unvermittelten Verbots und dadurch auch erhebliches Schadenspotential.

Es ist somit die Aufgabe des verantwortlichen Intendanten, die Kreation sorgfältig zu prüfen und die Kette allfälliger Transfers von Urheberrechten oder Teilrechten zu analysieren. Zusicherungen des Bühnenverlegers mögen den Vorwurf des sorgfältigen Vertrauens auf Urheberbenennungen mildern. Sie sind aber oftmals nicht verlässlich. Ausserdem ist der gutgläubige Erwerb nicht geschützt. Der Intendant ist in der Verantwortung. Er ist daher zwecks Vermeidung einer Haftung gehalten, stets mit aller Sorgfalt die möglichen Kollisionen von Urheber- und Interpretenrechten zu prüfen. Die Schadensfolgen eines Verbots einer Aufführung zufolge mangelhafter Rechtseinräumungen sind hohe Produktionskosten, die nutzlos verfallen. Bei einer Schauspielproduktion können diese ohne weiteres über EUR 600'000 betragen, jene einer Oper über EUR 1'000'000. Der nachgehende Ausfall der budgetierten Einnahmen ist nicht eingerechnet.

VII. Ausblick

Der Intendantenvertrag ist ein Arbeitsvertrag im Sinne von Art. 319 ff. OR. Die Rechte und Pflichten sind im Vergleich zu jenen eines obersten Leiters eines Wirtschaftsunternehmens ungewöhnlich gestaltet. Ursächlich hierfür ist, dass der Intendant der Träger der Kunstfreiheit im Theaterunternehmen ist. Er trägt hierfür die Verantwortung. Dadurch genießt der Intendant eine unabhängige Rechtsstellung gegenüber den Aufsichtsgremien, soweit kunstrechtliche Themen Gegenstand der Aufgabenerfüllung sind. Viele dieser Aufgaben sind aus persönlichkeitsrechtlichen Gründen nicht delegierbar. Dies hat zur Folge, dass der Intendant Leiter eines überaus hierarchisch gestalteten Kunstunternehmens ist. Richtigerweise verpflichtet der jeweilige Arbeitsvertrag den Intendanten, sich mit ganzer Kraft dem Theater zu widmen und seine Tätigkeit nach bester künstlerischer Überzeugung und nach wirtschaftlichen Grundsätzen im Rahmen des geltenden Rechts auszuüben.

⁵² KONWITSCHNY PETER, Was ist ein Werk? Was ist Treue? Was ist Werktreue?, in: *Werktreue*, Wien 2011, 99 ff., 103.

⁵³ KONWITSCHNY, 104.

Das ist anspruchsvoll. Denn das geltende Recht ist nur teilweise gesetztes Recht (z.B. Art. 319 ff. OR). Zusätzlich sind zahlreiche Bräuche – narrative Normen – zu berücksichtigen, die wohl seit langer Zeit, oftmals seit Goethes Intendant in Weimar, tradiert sind, jedoch der Interpretation bedürfen. Derjenige, der sich auf Bräuche oder gar Gewohnheitsrecht beruft, hat diese Rechtsquelle nachzuweisen. Erleichtert wird dies dadurch, dass jedenfalls jene Bräuche, die vor allem aus persönlichkeitsrechtlichen Gründen den Bühnenmitgliedern Rechte gewähren, heute meistens in einem Gesamtarbeitsvertrag kanonisiert sind.

Der Intendant ist nicht nur Träger der Kunstfreiheit. Er ist auch für die konfliktfreie Ausübung und Wahrung von Persönlichkeits- und Urheberrechten verantwortlich. Das ist anspruchsvoll, weil mit der Kunst naturgemäss auch die Ränder der Rechtsordnung ausgelotet werden. Überdies sind auch die zu wahrenen Urheberrechte bei sorgfältiger Prüfung durch die Produktionsdramaturgie nicht immer sichergestellt. Dadurch ist die Verwertung bedeutender Produktionskosten gefährdet.