

## S. 208 / Nr. 41 Fabrik- und Gewerbeswesen (d)

BGE 74 I 208

41. Urteil vom 11. Juni 1948 i. S. L. Scheuble & Cie gegen Bundesamt für Industrie' Gewerbe und Arbeit.

Regeste:

Fabrikgesetz:

1. Betriebe zur Herstellung von Konditorei- und Konfiseriewaren fallen unter das Fabrikgesetz, wenn die Voraussetzungen nach Art. 1 FV für die Unterstellung zu treffen.

2. Bei Feststellung der Zahl der im Betriebe beschäftigten Arbeiter sind als Packerinnen tätige Frauen mitzuzählen.

Loi sur le travail dans les fabriques:

1. Les entreprises qui confectionnent des articles de pâtisserie et de confiserie sont soumises à la loi sur le travail dans les fabriques lorsque les conditions prévues à l'art. 1 de l'ordonnance sont réalisées en ce qui les concerne.

2. Les femmes travaillant comme emballeuses doivent être prises en considération pour fixer le nombre des ouvriers occupés dans l'entreprise.

Legge sul lavoro nelle fabbriche:

1. Le aziende che confezionano articoli di pasticceria e confetteria sono assoggettate alla legge sul lavoro nelle fabbriche se le condizioni previste dall'art. 1 del regolamento per l'applicazione della suddetta legge sono soddisfatte.

2. Le donne che lavorano nell'azienda ad impacchettare debbono essere prese in considerazione per stabilire il numero degli operai occupati in essa.

A. Die Kommanditgesellschaft Ludwig Scheuble & Cie, Confiserie, Pâtisserie und Glacéfabrikation in

Seite: 209

Zürich umfasst heute drei Restaurationsbetriebe: das Café Alt-Hus, Talackerstrasse 11, das Café Embassy, Fraumünsterstrasse 14, und den Tea-Room Suvretta, Bahnhofstrasse 61, zwei Verkaufsläden: Talackerstrasse 9 und Bahnhofstrasse 61, sowie zwei Fabrikationsbetriebe, einen zur Herstellung von Biskuits und andern Dauer waren Talackerstrasse 7 und einen für Konditoreien, einschliesslich Glacé, Dianastrasse 9. Beide Betriebe dienen zum Teil der Versorgung der eigenen Restaurationsbetriebe und Verkaufsläden, zum Teil aber auch der Produktion für Dritte, lokale Konditoreien und Restaurants, (Dianastrasse) und, bei den Dauerwaren, auch zum Versand an auswärtige Interessenten. Nach Aufnahme des eidg. Fabrikinspektorats waren am 27. März 1947 in der Konditorei-Backstube Dianastrasse 9 neben dem Betriebsleiter beschäftigt: 14 Konditoren, 3 Handlanger, 3 Ausläufer, 1 Chauffeur-Magaziner, sowie zwei Frauen, wovon eine in der Spedition; im Betriebe Talackerstrasse 7: 4 Konditoren, 5 Frauen und 1 Hausbursche. Der Konditoreibetrieb an der Dianastrasse erzielte im Geschäftsjahre 1939/40 einen Umsatz von Fr. 166,640. , wovon Fr. 130,860. auf Lieferungen an fremde Betriebe entfallen, 1947 Fr. 605,000. , wovon Fr. 311,000. an fremde Betriebe, der Betrieb Talackerstr. 7 1945 Fr. 93,800. , 1947 Fr. 113,000. , wozu bemerkt wird, dass in den Umsatzzahlen der Konditorei die Dessert für fremde Betriebe inbegriffen sind, nicht aber diejenigen der eigenen Restaurants (die als Teil der Mahlzeiten im Menüpreis pauschal erfasst und nicht gesondert ausgewiesen wurden den). Die Beschwerdeführerin erwartet aus der Aufhebung der Rationierung für Rahm eine weitere Steigerung der Lieferungen für die eigenen Betriebe. Die Umsatzziffern der Lieferungen von Konditoreiwaren und Dessert an fremde Betriebe haben 1944 mit Fr. 372,000. einen Höchststand erreicht; seither sind sie zurückgegangen.

B. Das Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit hat die Betriebe der Firma Ludwig Scheuble & Cie

Seite: 210

für Herstellung von Konditoreiwaren, Konfekt und Glacé Dianastrasse 9 und Talackerstrasse 7 als Fabrikeinheit dem Fabrikgesetz unterstellt mit der Begründung: 33 Personen (26 männlichen, 7 weiblichen Geschlechts), Verwendung elektromotorischer Kraft. Weiter wurde bemerkt, die Voraussetzungen für die Unterstellung seien seit längerer Zeit erfüllt, es könne mit der Aufnahme der Betriebe in das Fabrikverzeichnis nicht mehr länger zugewartet werden.

C. Hiegegen richtet sich die Verwaltungsgerichtsbeschwerde mit dem Antrage, den angefochtenen Entscheid aufzuheben, eventuell die Unterstellung auf den Betrieb Talackerstrasse 7 zu beschränken. Es wird geltend gemacht, der angefochtene Entscheid beruhe auf unrichtiger Anwendung des Fabrikgesetzes und der Vollziehungsverordnung und er verstosse gegen das Gebot rechtsgleicher

Behandlung.

a) Nach Art. 1 FG sei die Unterstellung unter das Fabrikgesetz auf industrielle Anstalten beschränkt. Industrie im Sinne des Fabrikgesetzes seien aber nicht wie das Bundesgericht in BGE 70 I 117 angenommen habe alle Betriebe der Warenproduktion, vielmehr falle das Handwerk überhaupt nicht darunter. Im übrigen sei auch noch zwischen industriellen und gewerblichen Betrieben zu unterscheiden, welche Unterscheidung das Gesetz selbst ausdrücklich mache (Art. 81). Der gesetzliche Begriff der industriellen Anstalt habe eine selbständige Bedeutung, die ihn von handwerklichen Betrieben unter scheide und nicht nach dem zitierten Urteil nur in Gegensatz zu Urproduktion und Handel setze; der handwerkliche Charakter eines Betriebes könne unmöglich nur nach der Grösse, d. h. der Arbeiterzahl, beurteilt werden. Vielmehr müsse im Einzelfalle nach den Umständen abgewogen und dem Zwecke des Fabrikgesetzes Rechnung getragen werden, wobei den Eigenschaften der hergestellten Waren eine massgebende Bedeutung zukomme. Wenn die Waren individuelle Produkte des menschlichen

Seite: 211

Fleisses darstellen, so werde man den Betrieb, der sie herstellt, nicht als industrielle Anstalt bezeichnen können, selbst wenn Maschinen und Motoren Verwendung fänden.

b) Die Konditoreibackstube Dianastrasse 9 weise zwar eine erhebliche Produktion auf; indessen werde sie nicht durch eine das übliche Mass übersteigende Mechanisierung erreicht, sondern durch Vermehrung der Zahl handwerklich tätiger Konditoren. Das Ausmass der Produktion könne niemals Kriterium für die Unterstellbarkeit sein, solange sie durch handwerkliche Tätigkeit erzielt werde. Der Grossteil der Pâtisserieswaren werde zum Verbrauch in den eigenen Restaurationsbetrieben hergestellt. Im übrigen werde auf Bestellung produziert. Eine Herstellung auf Vorrat dagegen falle ausser Betracht, was auf einen handwerklich-gewerblichen Betrieb schliessen lasse. Es sei auf die Unterstellungspraxis bei Bäckereien zu verweisen, wo die behördliche Anerkennung des handwerklichen oder gewerblichen Moments sich darin erweise, dass bisher nur Grossbetriebe unterstellt worden seien, zum grössten Teil Bäckereien von Konsumgenossenschaften, im übrigen Unternehmen, bei denen die Bäckerei mit der Fabrikation von Bretzeln, Teigwaren und ähnlichen Produkten verbunden werde. Jedenfalls seien bis heute gewöhnliche Bäckereien nicht erfasst worden und ebenso nicht Konditoreien. Grosskonditoreien, die Grossbäckereien entsprechen würden, gebe es aber überhaupt nicht. Bei der Konditorei wiege die Handarbeit vor.

Bei den Bäckereien wäre die Unterstellung nur möglich auf Grund einer Änderung der bisherigen Praxis, ebenso bei Konditoreien. Dazu bestehe weder Anlass noch Recht. Vielmehr entspreche die bisherige Praxis, wonach Konditoreien nicht unterstellt werden, dem Gesetz. Diese Praxis müsse daher beibehalten werden. Ihre Änderung wäre eine Verletzung der Rechtsgleichheit.

c) Ähnliches gelte für den Betrieb an der Talackerstrasse. Hier sei die Zahl der beschäftigten Personen viel geringer, nämlich 4-5 Konditoren, 4 Packerinnen und

Seite: 212

1 Ausläufer, und die Verwendung von Motoren unbedeutend. Die Packerinnen seien nicht als «industrielle Arbeitnehmer» anzusprechen. Vor allem fehle dem Betrieb der Charakter einer industriellen Anstalt. Er sei klein, und die darin vorkommenden Arbeiten seien ausschliesslich handwerklichen Charakters.

Unzutreffend sei auch die Annahme einer Einheit der beiden Betriebe. Art. 5 VO treffe nicht zu. Im übrigen wäre er überhaupt nicht anwendbar, da den beiden Betrieben industrieller Charakter fehle.

d) Gegen die Unterstellung sprächen sodann auch noch Erwägungen mehr allgemeiner Natur. Die Unterstellung von Konditoreien unter das Fabrikgesetz ergäbe stossende Unterschiede gegenüber der Behandlung anderer Gewerbearten, vor allem des Gastwirtschaftsgewerbes, dem die Nichtunterstellung zugesichert sei (BBl 1910 III S. 582). Das Herstellen von Backwerk sei dem Kochen sehr ähnlich, und in grösseren Restaurationsbetrieben werde neben den eigentlichen Speisen auch Backwerk und Pâtisserie hergestellt, wobei nicht nur für eigenen Betrieb gearbeitet, sondern auch Kundenaufträge ausgeführt würden. Es sei nicht einzusehen, weshalb unter diesen Umständen ein mittlerer Bäckerei- oder Konditoreibetrieb unterstellt werde, derartige grosse Hotelküchen dagegen nicht.

Die Arbeitszeitvorschriften und die übrigen Anordnungen des Fabrikgesetzes seien für Bäckerei- und Konditorei betriebe untragbar. Vor allem würde die Unterstellung der Beschwerdeführerin unter das Fabrikgesetz die Bewirtung der Gäste in den Restaurationsbetrieben beeinträchtigen, für bestimmte Zeiten und Tage sogar verunmöglichen.

Zu berücksichtigen sei auch, dass die Vorarbeiten für eine eidgenössische Gewerbe-Gesetzgebung weit vorgeschritten seien, weshalb sich eine ausdehnende Auslegung des Begriffs der industriellen Anstalt verbiete.

Die Beschwerdeführerin teilt mit, dass sie in ihrer

Seite: 213

Stellungnahme weitgehend einem Rechtsgutachten folge, das Universitätsprofessor Dr. H. Huber in Bern am 3. August 1946 dem Schweizerischen Gewerbeverband er stattet hatte. Sie legt das Gutachten ein.

Das Bundesgericht hat die Beschwerde abgewiesen in Erwägung:

1. In BGE 60 I S. 400, Erw. 1, ist festgestellt worden, dass mit der Ordnung in Art. 1 und 2 FG von der Unterstellung unter das Fabrikgesetz ausgenommen werden

- a) die Unternehmungen, die keinen industriellen Charakter aufweisen, nämlich diejenigen der Landwirtschaft und des Handels,- und,
- b) von den Betrieben industrieller Natur, diejenigen des Handwerks und des Kleingewerbes, wobei für die Abgrenzung die Grösse des Betriebes massgebend sein soll. Entsprechend ist in BGE 70 I S. 122, wo diese Abgrenzung bestätigt wurde, ausgeführt, dass bei Betrieben der Warenproduktion das Unterscheidungsmerkmal nicht der allgemeine Charakter nach Massgabe der Betriebsorganisation und Art der Produktion (Handwerk, Gewerbe, individuelle und Massenproduktion), sondern allein die Grösse massgebend sein soll.

Mit dieser Abgrenzung folgt das Bundesgericht den Erläuterungen der bundesrätlichen Botschaft vom 6. Mai 1910 zum Entwurf für die Revision des Fabrikgesetzes. Der Gesetzgeber hat die in der Botschaft vorgeschlagene Lösung übernommen; sie darf also, auch hinsichtlich der beigegebenen Erläuterungen, als die für die Durchführung des Gesetzes massgebende angesehen werden. In der Botschaft aber wird der «industrielle Charakter» als Unterscheidungsmerkmal gegenüber «landwirtschaftlichen, kaufmännischen und andern Betrieben» aufgeführt und erklärt, er genüge nicht, um die Fabrik als solche zu bezeichnen. «Die Abgrenzung gegenüber der Heimarbeit, dem reinen Handwerk, den nur halbwegs industriellen Betriebsweisen verschiedener Art erfordert mehr»

Seite: 214

(BBl 1910 III S. 582). Es wird also im Bereiche des Fabrikgesetzes unterscheiden zwischen Urproduktion (=Landwirtschaft), anderer Produktion (=Industrie) und Handel, und innerhalb der «Industrie» im Sinne des Gesetzes nach besonderen Merkmalen, als welche nach Art. 1, Abs. 2 FG gelten die Beschäftigung

- a) einer Mehrzahl von Arbeitern,
- b) ausserhalb ihrer Wohnräume,
- c) in den Räumen der Anstalt (einschliesslich Arbeiten auf den zugehörigen Werkplätzen und Aussenarbeiten des industriellen Betriebs).

Die Merkmale unter b und c dienen der Ausscheidung der (in den zitierten Fällen und auch hier nicht in Frage stehenden) Heimarbeit und des Baugewerbes. Im übrigen gilt als Merkmal lit. a, und es ist dem Bundesrat die nähere Abgrenzung zugewiesen (Art. 2 FG). Dieser hat dafür im Anschluss an das Gesetz im wesentlichen auf die Einrichtung des Betriebs und die Arbeiterzahl, also auf die Grösse abgestellt (Art. 1 FV).

Es besteht daher kein Grund, auf die in den zitierten Entscheiden aufgestellte Umschreibung zurückzukommen. Denn sie muss, nach dem Gesagten, als die gesetzliche gelten. Sie führt übrigens auch im Ergebnis praktisch zum richtigen Resultat.

- a) Allerdings werden bei Verwendung des Ausdrucks «industriell» zur Bezeichnung eines Wirtschaftszweiges ohne Ausscheidung nach der Organisationsform der Betriebe, auch die Unternehmungen des Handwerks (die Botschaft spricht vom «reinen Handwerk») einbezogen, die nicht unter das Fabrikgesetz fallen. Doch ist dies unerheblich, weil ein anderes Merkmal, wie in der Botschaft vorgesehen wurde, die Ausscheidung bewirkt. Das Handwerk als Betriebsform ist dadurch charakterisiert, dass die Ware im wesentlichen persönliches Werk des Unternehmers (des Meisters) ist, was bedingt, dass die im Betriebe beschäftigten Arbeiter im wesentlichen Neben arbeiten verrichten, die Arbeit des Meisters unterstützen, nicht ersetzen. Bei solchen Unternehmungen ist die

Seite: 215

Arbeiterzahl notwendigerweise klein; der Umsatz ist bestimmt durch die persönliche Leistungsfähigkeit des Meisters.

Der Handwerker, der seinen Umsatz vermehren will und mehr Arbeiter einstellt, als zur Unterstützung seiner persönlichen Arbeit notwendig sind, nützt Arbeitskraft und Können der in seinem Betriebe beschäftigten Arbeiter, die selbst Handwerker sein können, als Unternehmer aus. Er führt keinen Handwerksbetrieb, sondern ein Gewerbe. Handwerksbetriebe, die ohne motorische Kraft 10 und mehr oder die mit Motoren 6 und mehr Arbeiter beschäftigen, sind kaum vorstellbar. Handwerkliche Unternehmungen werden daher schon mangels der erforderlichen Arbeiterzahl für eine Unterstellung unter das Fabrikgesetz auch dann nicht in Betracht kommen, wenn die allgemeine Umschreibung des

Wirtschaftszweiges, für den das Fabrikgesetz bestimmt ist, sie mitumfasst und, wenn sie nicht ergänzt, berichtigt wird durch eine besondere Ausnahme für Unternehmungen, die die Betriebsform des Handwerks aufweisen. Die Frage, ob die Gleichsetzung von Industrie mit Warenproduktion ohne Urproduktion (im Sinne von Landwirtschaft) insofern, theoretisch betrachtet, zu weit gefasst ist, als sie das Handwerk ein schliesst, ist daher für die Anwendung des Fabrikgesetzes praktisch gegenstandslos.

b) Gewerbliche Betriebe sind von der Fabrikgesetzgebung nicht ausgenommen. Art. 81 FG bestätigt ausdrücklich, dass die Fabrikgesetzgebung sie zum Teil erfasst, solange die bundesrechtliche Ordnung der Arbeit in den Gewerben nicht in Kraft getreten ist. Doch sollen hinsichtlich der gewerblichen Betriebe die Grundsätze, die für den Vollzug von Art. 1 des Fabrikgesetzes von 1877 aufgestellt worden waren, nicht im Sinne einer ausgedehnteren Anwendung des gegenwärtigen Gesetzes geändert werden. Es soll also bei den Grundsätzen sein Bewenden haben, die unter dem alten Fabrikgesetz galten.

Gewerbliche Betriebe fallen dann in den Kreis der für die Anwendung des Fabrikgesetzes in Betracht kommen

Seite: 216

den Unternehmungen, wenn sie industriellen Charakter haben, d. h. dem Wirtschaftszweige Industrie im hievor bezeichneten Sinne angehören, Unternehmungen der Warenproduktion sind. Andere Gewerbe fallen nicht darunter, und es soll auf sie, gemäss Art. 81 FG, die Anwendung des Fabrikgesetzes nicht ausgedehnt werden. Weiterhin wird sich die Praxis im Hinblick auf Art. 81 FG auch bei der Entscheidung über die Zugehörigkeit zu der Gruppe Warenproduktion Zurückhaltung aufzuerlegen haben, wenn es sich um gewerbliche Betriebe handelt.

Bei Betrieben aber, die sich mit Warenproduktion befassen, kommt für die Unterstellung nur die Unterscheidung von Kleingewerben und grösseren Betrieben in Betracht, wobei die Merkmale massgebend sind, die der Bundesrat in Art. 1 FV aufgestellt hat. Nach der Art des Produktes zu unterscheiden, hätte keine sachliche Berechtigung. Die Fabrikgesetzgebung dient dem Schutze der Arbeiter, die in einer Mehrzahl (hauptsächlich) in geschlossenen Räumen beschäftigt werden. Es kommt also auf die äusseren Arbeitsbedingungen an, nicht auf den Gegenstand der Produktion. Nach diesem zu unterscheiden, hätte im Rahmen des Fabrikgesetzes offenbar keinen vernünftigen Sinn. Das Bundesgericht hat denn auch, im Anschluss an die frühere Praxis des Bundesrates, bei Betrieben zur Herstellung gewerblicher Erzeugnisse von jeher den industriellen Charakter bejaht (nicht publizierter Entscheid vom 19. September 1935 i. S. Lutz, wo es sich um Sattler- und Sportartikel handelte).

2. Die Unternehmung der Beschwerdeführerin umfasst neben drei Gaststätten und 2 Verkaufsgeschäften zwei Betriebe für Warenproduktion. Die Gastwirtschaftsbetriebe und die Verkaufsstellen fallen, als nichtindustrieller Natur, für die Anwendung des Gesetzes nicht in Betracht (Art. 7 Abs. 1 FV). Bei den Betrieben der Warenproduktion wird die Unterstellbarkeit nach der Grösse bestimmt, gemessen an Betriebseinrichtung und Arbeiterzahl. Da in beiden Betrieben Motoren verwendet werden, war die Unterstellung zu verfügen, wenn die Arbeiterzahl

Seite: 217

5 übersteigt. Dies ist bei beiden Betrieben der Fall. Die Auffassung der Beschwerdeführerin, die im Betriebe Talackerstrasse hauptsächlich als Packerinnen beschäftigten Frauen seien nicht mitzuzählen, ist unrichtig. Nach Art. 2, Abs. 1 FV gelten als Arbeiter alle Personen, die im industriellen Betrieb beschäftigt werden, auch die Hilfs- und Nebenarbeiten ausführenden Personen (nicht publizierter Entscheid vom 28. Januar 1932 i. S. Dosch und Meier, Erw. 1). Bei den Maschinen und Motoren handelt es sich, nach den Feststellungen am Augenschein, nicht bloss um die allgemein in Kleinbetrieben üblichen Einrichtungen, sondern um eine wesentlich weitergehende Mechanisierung. Danach sind die Voraussetzungen für die Unterstellung bei jedem der beiden Betriebe für sich allein erfüllt. Zudem ist hier, wie das Bundesamt zutreffend feststellt, Betriebseinheit anzunehmen. Die beiden Betriebe sind unselbständige Teile einer unter einheitlicher Leitung geführten Unternehmung. Übrigens sind auch die Produkte derart ähnlich, dass die räumliche Trennung als ein durch äussere Verhältnisse, Fehlen geeigneter Räumlichkeiten, bedingter Mangel erscheint.

3. Die grundsätzlichen Einwendungen, die gegen die Unterstellung der beiden Betriebe erhoben werden, sind unbegründet. Sie stützen sich auf die Feststellung, dass das Handwerk nicht unter das Fabrikgesetz fällt. Dabei wird aber wie auch im Gutachten von Professor Huber verkannt, dass man es hier nicht mit einem Handwerksbetrieb zu tun hat, sondern mit einer Unternehmung, die, wenn überhaupt noch, dann höchstens allenfalls als Gewerbebetrieb bezeichnet werden kann. Gewerbebetriebe, die Waren produzieren, unterliegen aber von jeher der Unterstellung unter das Fabrikgesetz, sobald sie in Arbeiterzahl und Ausstattung die Bedeutung erreicht haben, die dessen Anwendung rechtfertigt. Aus gesprochen «handwerkliche» Gewerbe, wie Damenschneidereien,

Nähereien, Kleiderwerkstätten, sind auch unter dem alten Gesetz nie ausgenommen worden (vgl. z. B. SALIS, Bundesrecht V, S. 166 Nr. 2246 [1898], S. 169,

Seite: 218

Nr. 2251 [1887], BURCKHARDT, Bundesrecht V S. 506, Nr. 2819 I [1908], dazu die späteren Entscheide 2819 II & IV). Die Konfiserie- und Biskuitherstellung wird nach der feststehenden Praxis unterstellt (BBI 1909 II 185, BURCKHARDT a.a.O. S. 505, Nr. 2817 III), ebenso Konditoreien (nicht publiziertes Urteil vom 24. September 1936 i. S. Dilger; vgl. auch SALIS, V S. 168, No. 1 und BBI 1903, II S. 37). Die Annahme der Beschwerdeschrift, die hier verfügte Unterstellung beruhe auf einer Ausdehnung der Praxis, ist offensichtlich irrtümlich.

Gewisse Betriebe im Gastwirtschaftsgewerbe, wie Küchen in Gasthäusern oder Gaststätten, fallen nicht unter das Fabrikgesetz, weil sie nicht als Betriebe der Warenproduktion im Sinne des Gesetzes gelten; ihre Leistungen im wesentlichen die Zubereitung von Speisen für die Bewirtung werden als Leistungen besonderer Art angesehen. Die beiden hier unterstellten Betriebe können aber, wie der Augenschein klar ergeben hat, solchen Küchen in keiner Weise gleichgestellt werden. Die Betriebsorganisation hat bei ihnen unzweideutig industriellen Charakter und unterscheidet sich dadurch von der üblichen Herstellung von Pâtisserieswaren in Gaststätten. Dass sich die Produktion auch auf Desserts erstreckt, die zur sofortigen Konsumation als Bestandteile der Menus der Gaststätten bestimmt sind, ändert daran nichts. Abgesehen davon, dass diese Produktion im Rahmen des Ganzen so zurücktritt, dass sie die Charakterisierung der Betriebe nicht zu beeinflussen vermöchte, bleibt sie doch naturgemäss auf solche Desserts beschränkt, die sich zu industrieller Herstellung eignen. Andere Desserts müssen, auch innerhalb der Unternehmung der Beschwerdeführerin, den Küchen in den Gaststätten selbst überlassen werden. Im übrigen findet der industrielle Charakter auch dieses Geschäftszweiges darin seine Bestätigung, dass mit den so hergestellten Desserts auch fremde Gaststätten beliefert werden