Urteilskopf

81 IV 306

66. Urteil des Kassationshofes vom 16. Dezember 1955 i. S. Polizeirichteramt der Stadt Zürich gegen Weber.
Regeste (de):
1. Art. 23 Abs. 1 lit. a des Bundesgesetzes vom 26. September 1931 über die wöchentliche Ruhezeit (RZG); Verfügung des EVD vom 24. Dezember 1952 über die Ruhezeit der Musiker in Unterhaltungsbetrieben. Wer ist strafbar, wenn Musikern in einem Unterhaltungsbetrieb die vorgeschriebene Ruhezeit nicht gewährt wird?

2. Art. 4 Abs. 1 der Vollziehungsverordnung vom 11. Juni 1934 zum BG über die wöchentliche Ruhezeit (RZV). Akkordant, der nicht selbständiger Unternehmer ist (hier Leiter einer Musikertruppe).

3. Art. 8 Abs. 3 RZ G. Als Ersatzruhe gelten nicht Ruhetage, die vor Beginn eines Arbeitsverhältnisses in einem anderen Betrieb gewährt worden sind (Erw. 4).

Regeste (fr):
1. Art. 23 al. 1 lit. a de la loi fédérale du 26 septembre 1931 sur le repos hebdomadaire; ordonnance du 24 décembre 1952 sur le repos des musiciens etc. Qui est punissable lorsque le repos prescrit n'est pas accordé à des musiciens qui travaillent dans des établissements servant de lieu de réunion et de divertissement?

2. Art. 4 al. 1 du règlement d'exécution, du 11 juin 1934, de la loi fédérale sur le repos hebdomadaire. Cas du tâcheron qui n'est pas un entrepreneur indépendant (i. c. chef d'un ensemble de musiciens).

3. Art. 8 al. 3 de la loi sur le repos hebdomadaire. Ne comptent pas comme repos compensateur les jours de repos qui avaient été accordés dans une autre exploitation, avant l'entrée en vigueur du contrat de travail (consid. 4).

Regesto (it):
1. Art. 23 cp. 1 lett. a della legge federale 26 settembre 1931 sul riposo settimanale; ordinanza 24 dicembre 1952 sul riposo dei musicanti occupati negli stabilimenti che servono come luoghi di riunione e di divertimento. Chi è punibile quando il riposo prescritto non è concesso a musicanti che lavorano in stabilimenti siffatti?

2. Art. 4 cp. 1 del regolamento d'esecuzione 11 giugno 1934 della legge federale sul riposo settimanale. Caso del cottimante che non è un imprenditore indipendente (qui capo di un complesso musicale).

3. Art. 8 cp. 3 della legge sul riposo settimanale. Non contano come riposo compensativo i giorni di riposo che erano stati concessi in un altro stabilimento prima dell'entrata in vigore del contratto di lavoro (consid. 4).

Sachverhalt ab Seite 307

A.- Otto Weber ist Besitzer des Restaurants und Kabaretts Urania in Zürich. Am 26. Januar 1954 schloss er mit Cemin einen vorgedruckten Kapellen- und Musikerengagementsvertrag ab. Danach verpflichtete sich

Cemin, mit zwei weiteren Musikern vom 1. bis 31. August 1954 und vom 1. November 1954 bis 31. Januar 1955 im Restaurant Urania Unterhaltungsmusik zu spielen. Die weiteren Bestimmungen des Vertrages, soweit sie hier von Interesse sind, haben folgenden Wortlaut: "Art. 2: Kontrahent II (Cemin) verpflichtet sich, (sich) den Anordnungen des Kontrahenten I (Weber), bzw. dessen artistischer Leitung zu unterziehen. Kontrahent II ist diesbezüglich für die von ihm engagierten Personen verantwortlich. Art. 6: Kontrahent I bezahlt an den Kontrahenten II als Gage pro Arbeitstag für ihn und die von ihm engagierten Personen Fr. 85.-." Ferner wurde im Vertrag zusätzlich bestimmt: "Für die Freitage besorgt Cemin selbst einzelne Aushilfsmusiker". Bei einer wöchentlichen Arbeitszeit von 33 3/4 Stunden hatten Cemin und die beiden von ihm gestellten Musiker während des ganzen Monats November 1954 keinen Freitag.

B.- Am 2. Februar 1955 wurde Weber vom Polizeirichteramt der Stadt Zürich wegen Übertretung der Art. 2 und 4 der Verfügung des Eidg. Volkswirtschaftsdepartementes vom 24. Dezember 1952 über die Ruhezeit der Musiker in Unterhaltungsbetrieben gestützt auf Art. 23 des Bundesgesetzes über die wöchentliche Ruhezeit mit Fr. 25.- gebüsst.

C.- Auf Einsprache hin sprach der Einzelrichter in Strafsachen des Bezirksgerichtes Zürich Weber am 15. September 1955 frei, im wesentlichen mit der Begründung, dass nicht Weber, sondern Cemin für die Gewährung der gesetzlich vorgeschriebenen Ruhetage strafrechtlich verantwortlich sei.

D.- Das Polizeirichteramt Zürich reichte gegen dieses Urteil Nichtigkeitsbeschwerde an den Kassationshof des Bundesgerichts ein. Es beantragt Aufhebung des Urteils

und Rückweisung an die Vorinstanz zur Bestätigung der am 2. Februar 1955 ausgefällten Busse von Fr. 25.-. Der Beschwerdegegner stellt den Antrag auf Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde.

Erwägungen

Der Kassationshof zieht in Erwägung:

1. Gemäss Art. 1 und 5 des Gesetzes vom 26. September 1931 über die wöchentliche Ruhezeit (RZG) ist den Arbeitnehmern des Handels, des Handwerks, der Industrie, des Verkehrs und verwandter Wirtschaftszweige eine wöchentliche Ruhezeit von mindestens 24 aufeinanderfolgenden Stunden zu gewähren. Art. 4 Abs. 1 der Vollziehungsverordnung dazu vom 11. Juni 1934 (RZV) bestimmt, dass als Arbeitnehmer auch der Akkordant und sein Personal gelte, sofern er nicht selbständiger Unternehmer ist.
Für das Gasthof- und Wirtschaftsgewerbe gelten verschiedene Sonderbestimmungen (Art. 15 bis 22 RZG). Nach Art. 20 können für Gastwirtschaftsbetriebe Ausnahmen bewilligt werden, deren nähere Ausgestaltung einer Verordnung überlassen ist. Durch Art. 27 RZV wurde das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement ermächtigt, nach Anhörung der Berufsverbände für Wirtschaftszweige, die sich über mehrere Kantone oder das ganze Land erstrecken, die Anwendung von Art. 20 RZG generell zu regeln. Für die Ruhezeit der Musiker in Unterhaltungsbetrieben hat das EVD von dieser Ermächtigung durch eine Verfügung vom 24. Dezember 1952 Gebrauch gemacht. Nach Art. 1 und 2 dieser Verfügung ist den Musikern in Unterhaltungsbetrieben bei einer wöchentlichen Arbeitszeit von mindestens 30 und höchstens 36 Stunden alle zwei Wochen ein Ruhetag zu gewähren, wobei zwei Ruhetage für vier Wochen zusammengelegt werden können.

2. Es ist unbestritten, dass das Restaurant Urania ein Unterhaltungsbetrieb ist, welcher unter die zitierten Ge-

setzesbestimmungen fällt. Es ist jährlich in der Regel

BGE 81 IV 306 S. 309

11 Monate geöffnet und unterliegt keinen jahreszeitlichen Schwankungen. Wie die Vorinstanz verbindlich feststellt, betrug die wöchentliche Arbeitszeit von Cemin und den beiden anderen Musikern im November 1954 33 3/4 Stunden. Gemäss Art. 2 der Verfügung des EVD vom 24. Dezember 1952 hatten sie somit Anspruch auf einen Ruhetag innert 14 Tagen oder zwei zusammengelegte Ruhetage innert einem Monat. Der Beschwerdegegner bestreitet dies grundsätzlich nicht. Er macht jedoch geltend, dass die Pflicht, die gesetzlichen Ruhetage zu gewähren, nicht ihm, sondern Cemin obgelegen habe, welcher Auffassung sich auch der Einzelrichter in Strafsachen anschloss.

3. Gemäss Art. 23 Abs. 1 lit. a RZG ist der Betriebsinhaber oder die für die Leitung des Betriebes verantwortliche Personen strafbar, wenn den unter das Gesetz fallenden Arbeitnehmern die vorgeschriebene Ruhe- und Freizeit nicht gewährt wird. Betriebsinhaber des Restaurants Urania ist unbestrittenermassen der Beschwerdegegner. Nach Art. 4 Abs. 1 RZV gilt als Arbeitnehmer auch der Akkordant und sein Personal, sofern er nicht selbständiger Unternehmer ist. Der Beschwerdegegner wäre somit höchstens dann strafrechtlich nicht verantwortlich, wenn Cemin als selbständiger Unternehmer angesehen werden müsste. Dies ist jedoch nicht der Fall. Wie sich aus den vertraglichen Abmachungen ergibt, ist Cemin auf eine bestimmte Zeit fest engagiert worden, mit der Verpflichtung, noch zwei weitere Musiker zu stellen. Seine Honorierung richtete sich dabei nach der aufgewendeten Zeit und nicht wie beim selbständigen Akkordanten nach dem Arbeitsergebnis (BECKER, Kommentar zum OR N. 11 zu Art. 319, OSER-SCHÖNENBERGER, Kommentar zum OR N. 22 zu Art. 319). Nach Art. 2 des Vertrages waren Cemin sowie die zwei von ihm gestellten Musiker verpflichtet, die Anordnungen des Beschwerdegegners zu befolgen und sich dessen artistischer Leitung zu unterziehen. Gemäss Art. 5 des Vertrages war Cemin überdies verpflichtet, auf Wunsch des Beschwerdegegners bei Proben

BGE 81 IV 306 S. 310

mitzuwirken, welche sich auf das artistische Unternehmen bezogen, Stücke zu arrangieren und einzustudieren, sowie übergebene Rollen zur Zufriedenheit des Beschwerdegegners auszuführen. Schliesslich wurde in Art. 12 des Vertrages das Dienstvertragsrecht (Art. 319 ff. OR) ausdrücklich als ergänzende Regelung anwendbar erklärt. Unter diesen Umständen kommt Cemin nicht die Stellung eines selbständigen Unternehmers zu, ja nicht einmal diejenige eines Akkordanten, da sämtliche nach der Praxis für einen Dienstvertrag wesentlichen Elemente (Arbeitsleistung auf Zeit und Unterordnungsverhältnis) gegeben sind (BGE 73 I 420E. 4). Der Beschwerdegegner war daher als Betriebsinhaber des Restaurants Urania verpflichtet, für die Einhaltung der gesetzlich vorgeschriebenen Ruhetage zu sorgen. Diese Verpflichtung konnte er nicht durch eine Vertragsbestimmung auf Cemin übertragen; andernfalls könnte die gesetzliche Ordnung in zahlreichen Fällen praktisch illusorisch gemacht werden. Durch die Aufnahme der Bestimmung in den Vertrag, dass Cemin selbst die einzelnen Aushilfsmusiker für die Freitage zu stellen habe, hat er seine Pflicht zur Gewährung der gesetzlichen Ruhetage noch nicht erfüllt. Er hätte die notwendigen präzisen Anordnungen erteilen und deren Einhaltung überwachen müssen, damit die gesetzlichen Freitage gewährt worden wären. Dass er in dieser Beziehung irgendetwas vorgekehrt habe, behauptet er selber nicht.

4. Auch der Einwand des Beschwerdegegners, dass die Gewährung von Ruhetagen im Monat November 1954

deshalb nicht erforderlich gewesen sei, weil Cemin und seine Musiker im Oktober im St. Annahof wöchentlich nur 3 bis 4 Tage gespielt hätten, und daher die im Oktober zu viel genossenen Ruhetage auf den November übertragen worden seien, geht fehl. Das Ruhetaggesetz sieht allerdings in bestimmten Fällen die Möglichkeit vor, die Freitage für gewisse Perioden einzuschränken oder wegzubedingen, wobei dann eine entsprechende Ersatzruhe zu gewähren ist (Art. 8 RZG). Ob eine solche Ersatzruhe

auch zum voraus gewährt werden kann, braucht jedoch nicht entschieden zu werden. Ganz abgesehen davon, dass im vorliegenden Fall die Voraussetzung von Art. 8 RZG (Vermeidung oder Beseitigung von ernstlichen Betriebsstörungen, Behebung eines Notstandes usf) nicht erfüllt sind, können auf alle Fälle diejenigen Ruhetage nicht als Ersatzruhe angesehen werden, welche vor Beginn eines Arbeitsverhältnisses in einem andern Betrieb gewährt worden sind.

5. Da im Monat November 1954 Cemin und die beiden andern Musiker keinen Ruhetag genossen, hat sich der Beschwerdegegner als verantwortlicher Betriebsinhaber gemäss Art. 23 RZG einer Übertretung von Art. 2 der Verfügung des EVD vom 24. Dezember 1952 schuldig gemacht und ist daher zu bestrafen. Wie die Verhältnisse in den nachfolgenden Monaten waren, braucht nicht untersucht zu werden, da sich die Verfügung des Beschwerdeführers nur auf die Zeit vom 1. bis 30. November 1954 bezieht und in der Nichtigkeitsbeschwerde einzig deren Bestätigung beantragt wird.

Dispositiv

Demnach erkennt der Kassationshof:
Die Nichtigkeitsbeschwerde wird gutgeheissen, das Urteil des Einzelrichters in Strafsachen des Bezirksgerichtes Zürich aufgehoben und die Sache zur Verurteilung des Beschwerdegegners an die Vorinstanz zurückgewiesen.