

Der Oberste Gerichtshof hat als Rekursgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten Dr. Hopf als Vorsitzenden und durch die Hofräte Hon.-Prof. Dr. Kuras und Mag. Ziegelbauer, sowie durch die fachkundigen Laienrichter ADir. Brigitte Augustin Mag. Andreas Hach als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei B***** T*****, vertreten durch Freimüller/Obereder/Pilz & Partner Rechtsanwälte GmbH in Wien, gegen die beklagte Partei P***** GmbH, *****, vertreten durch Sattlegger/Dorninger/Steiner & Partner, Rechtsanwälte in Linz, wegen 1.286,44 EUR brutto abzüglich 611,91 EUR netto sA, über den Rekurs der beklagten Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 29. August 2013, GZ 8 Ra 41/13b-26, mit dem über Berufung der klagenden Partei das Urteil des Arbeits- und Sozialgerichts Wien vom 22. November 2012, GZ 30 Cga 33/12k-22, aufgehoben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

B e s c h l u s s

gefasst:

Dem Rekurs wird nicht Folge gegeben.

Die Kosten des Rekursverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

B e g r ü n d u n g :

Die Beklagte ist im Firmenbuch unter dem Geschäftszweig „Gastro- und Hotelservice“ eingetragen. Alleingesellschafterin ist die P***** Gesellschaft m.b.H., die unter anderem ein Reinigungsgewerbe betreibt. Im Gewerberegister ist als Gewerbe ausschließlich „Gastgewerbe in Betriebsart eines Hotels“ eingetragen. Der Standort ***** , ist zusätzlich zum Hauptbetrieb der Beklagten als Betriebsstätte eingetragen. Die Beklagte ist über Auftrag der Betreiber in mehreren Hotels tätig. Die Mitarbeiterinnen der Beklagten sind als Stubenmädchen („Checkerinnen“), tätig, sie kontrollieren Zimmer oder sind im Konferenzservice tätig.

Die Klägerin war seit 2008 bis 14. 12. 2011 als Stubenmädchen bei der N***** GmbH tätig. Vom 15. 12. 2011 bis zum 22. 2. 2012 verrichtete sie dieselbe Tätigkeit für die Beklagte im N***** Hotel. An ihrer Tätigkeit im Hotel änderte sich inhaltlich nichts, sie musste jedoch mehr Zimmer aufbereiten, die Minibars in den Zimmern wurden von anderen Mitarbeitern der Beklagten bestückt. Das Dienstverhältnis zwischen den Streitparteien endete durch einvernehmliche Auflösung.

Die **Klägerin** begehrt die Zahlung von Entgelt Differenzen mit dem Vorbringen, sie sei unzutreffend nach dem für sie ungünstigeren Kollektivvertrag für Arbeiter im Gastgewerbe abgerechnet worden. Tatsächlich betreibt die Beklagte jedoch weder ein Hotel noch einen Gastronomiebetrieb, sondern übt das Reinigungsgewerbe aus.

Die Mitarbeiterinnen der Beklagten würden - wie auch die Klägerin - im Hotel lediglich zur Erbringung von Reinigungsleistungen eingesetzt. Gemäß § 2 Abs 13 GewO 1994 komme daher der Kollektivvertrag für Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger zur Anwendung.

Die **Beklagte** wandte dagegen zusammengefasst ein, dass für die Klägerin zutreffend gemäß § 8 ArbVG der Kollektivvertrag für Arbeiter im Gastgewerbe herangezogen worden sei. Die Beklagte übe Tätigkeiten im Hotel aus, die in ihrer Gesamtheit gemäß § 112 GewO 1994 eine gastgewerbliche Tätigkeit ergeben. Die Klägerin sei vollständig entlohnt worden und habe im Übrigen anlässlich der einvernehmlichen Auflösung des Arbeitsverhältnisses auf darüber hinausgehende Ansprüche verzichtet.

Das **Erstgericht** wies das Klagebegehren ab. Die Kollektivvertragsangehörigkeit werde in § 8 ArbVG geregelt. Die Beklagte sei seit ihrer Gründung im Gewerberegister ausschließlich mit dem Gewerbe „Gastgewerbe in Betriebsart eines Hotels“ eingetragen, sodass der Kollektivvertrag für Arbeiter im Gastgewerbe zur Anwendung komme. Ein Fall des § 2 Abs 13 GewO 1994 liege nicht vor, weil ein Gastgewerbe gemäß § 112 Abs 1 GewO 1994 auch dann ausgeübt werde, wenn einzelne Dienstleistungen, die in ihrer Gesamtheit eine gastgewerbliche Tätigkeit gemäß § 111 Abs 1 GewO 1994 ergeben, gesondert von zwei oder mehreren Unternehmen für dieselben Leistungsempfänger und am selben Standort erbracht würden. Danach erbringe die Beklagte aber für das Gastgewerbe typische Leistungen beim Betrieb eines Hotels, sodass das Klagebegehren nicht zu Recht bestehe.

Das **Berufungsgericht** hob dieses Urteil über Berufung der Klägerin mit dem angefochtenen Beschluss auf und verwies die Rechtssache zur neuerlichen Verhandlung an

das Erstgericht zurück. Die Frage der Mitgliedschaft des Arbeitgebers zu einer bestimmten Fachgruppe im Rahmen seiner Wirtschaftskammermitgliedschaft und damit die nach dem anzuwendenden Kollektivvertrag unterliege nicht der Prüfungskompetenz der Gerichte. Ausgehend davon komme gemäß § 8 Z 1 ArbVG aufgrund der Gewerbeberechtigung der Beklagten für das Gastgewerbe die Anwendbarkeit des Kollektivvertrags für Arbeiter im Gastgewerbe in Betracht. Allerdings sei zutreffend, dass die von der Beklagten ausgeübte Tätigkeit am Standort des Hotels am Flughafen nichts mit der Gewerbeberechtigung für das Gastgewerbe zu tun habe, weil die Beklagte dort für die Hotelbetreiberin ausschließlich Reinigungsleistungen erbringe. § 2 Abs 13 GewO 1994 ordne an, dass im Fall der mangelnden Gewerbeberechtigung die Kollektivverträge, die für Arbeitsverhältnisse zu Arbeitgebern gelten, welche ihre Tätigkeit aufgrund von Gewerbeberechtigungen ausüben, Geltung haben. Betreibe ein Arbeitgeber ein Gewerbe berechtigterweise und zusätzlich ein anderes ohne gewerberechtliche Deckung, so sei für den letzteren Bereich § 2 Abs 13 GewO 1994 heranzuziehen und im Weiteren anhand der Kollisionsregeln der §§ 9 f ArbVG vorzugehen. Habe die Gewerbeberechtigung wie hier mit der ausgeübten Tätigkeit ganz offensichtlich nichts zu tun, habe das Gericht die Anwendung des „richtigen“ Kollektivvertrags selbst zu beurteilen.

Einer Gastgewerbeberechtigung für das Gastgewerbe gemäß § 94 Z 26 GewO 1994 bedürfe es gemäß § 111 Abs 1 GewO 1994 für die Beherbergung von Gästen (Z 1) sowie die Verabreichung von Speisen jeder Art und den Ausschank von Getränken (Abs 1 Z 2). Ein Fall des § 112 Abs 1 GewO 1994 liege jedoch nicht vor: Diese Regelung sei

mit der Gewerberechtsnovelle 1992 eingeführt worden, um zu verhindern, dass zB durch Aufteilung von gastgewerbetypischen Leistungen auf mehrere Unternehmer (Appartementvermieter, Bettwäscheverleiher, Cateringunternehmer etc) die Bestimmungen betreffend Erlangung und Ausübung von Gastgewerbeberechtigungen, insbesondere die zum Schutz der Gäste vorgesehenen Bestimmungen des Betriebsanlagenrechts umgangen werden. Die Gewerbeordnung differenziere nicht danach, wer die insgesamt dem Erscheinungsbild bzw Leistungsangebot eines Gastgewerbebetriebs entsprechenden Teilleistungen organisiere (bereitstelle). Vom eindeutigen Wortlaut des § 112 Abs 1 GewO 1994 her sei der Tatbestand der Ausübung des Gastgewerbes allein schon dadurch erfüllt, dass dieselben Leistungsbezieher durch verschiedene Unternehmer - von wem auch immer beauftragt - Leistungen an einen bestimmten Ort empfangen, die in ihrer Gesamtheit für ein Gastgewerbe typisch seien. § 112 Abs 1 GewO 1994 regle daher nur, dass derjenige, der Gäste beherberge und/oder Speisen verabreiche und Getränke ausschenke (§ 111 Abs 1 GewO 1994), auch dann ein Gastgewerbe ausübe, wenn er die dafür erforderlichen einzelnen Dienstleistungen von anderen Unternehmen erbringen lasse. Aus dieser Bestimmung ergebe sich nicht, dass Unternehmer, die wie die Beklagte, lediglich eine Teilleistung erbringen, dadurch selbst ein Gastgewerbe betreiben. Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb etwa ein Bettwäscheverleiher oder ein Unternehmer, der lediglich die Reinigung der Hotelräumlichkeiten durchführe und somit lediglich Teilleistungen für einen Gastgewerbebetrieb erbringe, für diese Tätigkeit eine Gastgewerbeberechtigung benötigen solle.

Die Beklagte habe daher am hier zu beurteilenden Standort des Flughafenhotels eine Tätigkeit ausgeübt, für die sie über keine einschlägige Gewerbeberechtigung verfügt habe, weshalb die Geltung des für das ausgeübte Gewerbe geltenden Kollektivvertrags - nämlich jenes für Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger - gemäß § 2 Abs 13 GewO 1994 fingiert werde. Damit sei aber gemäß § 9 ArbVG zu beurteilen, welcher der zwei hier konkurrierenden Kollektivverträge zur Anwendung gelangen. Die dafür erforderlichen Feststellungen habe das Erstgericht jedoch infolge seiner vom Berufungsgericht nicht geteilten Rechtsansicht nicht getroffen, sodass das Verfahren ergänzungsbedürftig sei.

Das Berufungsgericht sprach aus, dass der Rekurs an den Obersten Gerichtshof zulässig sei, weil von der Frage der Kollektivvertragszugehörigkeit der Beklagten offenkundig nicht nur die Klägerin, sondern ein größerer Kreis von Arbeitnehmern erfasst sei. Gegen diese Entscheidung richtet sich der von der Klägerin beantwortete (richtig:) Rekurs der Beklagten.

Der Rekurs ist zulässig, er ist jedoch nicht berechtigt.

Die Rekurswerberin wendet sich in ihrem Rekurs ausschließlich gegen die Beurteilung der Bestimmung des § 112 Abs 1 GewO 1994 durch das Berufungsgericht. Sie führt zusammengefasst aus, dass eine Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zu dieser Bestimmung fehle. Auch einzelne Unternehmer, die, wie die Beklagte, Teilleistungen erbringen, die in ihrer Gesamtheit beim Betrieb eines Hotels für ein Gastgewerbe typisch seien, betrieben ein Gastgewerbe iSd § 112 Abs 1 GewO 1994, sodass im konkreten Fall ausschließlich der Kollektivvertrag für Arbeiter im

Gastgewerbe anzuwenden sei. Ein Fall des § 2 Abs 13 GewO 1994 liege nicht vor. Folge man der Rechtsmeinung des Berufungsgerichts, würde die Norm des § 112 Abs 1 GewO 1994 obsolet: Würde § 112 Abs 1 GewO 1994 nur regeln, dass derjenige, der Gäste beherberge und/oder Speisen verabreiche bzw Getränke ausschenke auch dann ein Gewerbe ausübe, wenn er die dafür erforderlichen einzelnen Dienstleistungen von anderen Unternehmen erbringen lasse, hätte diese Bestimmung keinen Anwendungsbereich, da in diesem Fall ohnedies bereits der Betrieb eines Gastgewerbes gemäß § 111 Abs 1 GewO 1994 vorliege. Die GewO 1994 enthalte keine Legaldefinition des Begriffs des Gastgewerbetreibenden. § 112 GewO 1994 solle aber gerade Tätigkeiten mit dem Erscheinungsbild eines Gastgewerbes erfassen, so etwa, wenn ein Unternehmer die Zimmer vermiete und ein anderer diese Zimmer reinige.

Diesen Ausführungen ist die zutreffende rechtliche Beurteilung des Berufungsgerichts entgegenzuhalten, auf die verwiesen wird (§ 510 Abs 3 ZPO).

Ergänzend und zusammenfassend ist der Rekurswerberin entgegenzuhalten:

1. Die hier relevanten Bestimmungen der Gewerbeordnung 1994 lauten auszugsweise:

„II. Hauptstück

Bestimmungen für einzelne Gewerbe

1. Reglementierte Gewerbe

§ 94 Folgende Gewerbe sind reglementierte

Gewerbe:

1. [...]

26. Gastgewerbe [...]

Gastgewerbe

§ 111 (1) Einer Gewerbeberechtigung für das Gastgewerbe (§ 94 Z 26) bedarf es für

- 1. die Beherbergung von Gästen;*
- 2. die Verabreichung von Speisen jeder Art und den Ausschank von Getränken*

[...]

Vorschriften über die Gewerbeausübung

§ 112 (1) Ein Gastgewerbe wird auch dann ausgeübt, wenn einzelne Dienstleistungen, die in ihrer Gesamtheit eine gastgewerbliche Tätigkeit gemäß § 111 Abs 1 ergeben, gesondert von zwei oder mehreren Unternehmern für dieselben Leistungsempfänger und im selben Standort erbracht werden.

[...]“

2. Der Inhalt der Bestimmung des heutigen § 112 Abs 1 GewO 1994 wurde mit der Gewerberechtsnovelle 1992 (BGBl 1993/29) im damaligen § 148 Abs 3 GewO 1973 erstmals eingeführt. Diese Bestimmung war in der Regierungsvorlage zu diesem Gesetz noch nicht enthalten, zu ihr finden sich daher auch keine Erläuternden Bemerkungen (RV 635 BlgNR 18. GP 27 und 95). Die Bestimmung wurde im Lauf des Gesetzgebungsverfahrens erstmalig in den Antrag des Handelsausschusses aufgenommen (AB 876 BlgNR 18. GP 35). Diese Änderung gegenüber der Regierungsvorlage wurde jedoch nicht besonders begründet (AB 876 BlgNR 18. GP 1 ff). Die Gesetzesmaterialien bieten daher keinen Aufschluss über die historische Absicht des Gesetzgebers (*Kobzina/Hrdlicka*, GewO 1994³ § 142 RN 5). Der ursprüngliche § 148 Abs 3 GewO 1973 wurde mit der Wiederverlautbarung der Gewerbeordnung im Jahr 1994 (BGBl 1994/194) in § 142 Abs 3 GewO 1994 übertragen und findet sich seit der Gewerberechtsnovelle 2002 (BGBl I

2002/11) unverändert im nunmehrigen § 112 Abs 1 GewO 1994. Auch dazu findet sich in den Materialien inhaltlich kein Bezug (vgl RV 1117 BlgNR 21. GP 84).

3. Zutreffend hat das Berufungsgericht darauf hingewiesen, dass die Bestimmung des § 112 Abs 1 GewO 1994 den Zweck verfolgt, eine Umgehung von entsprechenden gewerberechtlichen Vorschriften dadurch zu verhindern, dass ein und dieselbe Dienstleistung arbeitsteilig erbracht wird (*Hanusch*, Komm zur GewO § 112 Rz 1; *Grabler/Stolzlechner/Wendl*, GewO 1994³ § 112 Rz 1, *Gruber/Paliego-Barfuß*, GewO⁷ § 112 Anm 2 [Stand 16. 10. 2012]). Diese Rechtsansicht wird auch von der Rekurswerberin nicht in Zweifel gezogen.

Daraus kann entgegen ihrer sonstigen Rechtsansicht schon im Hinblick auf den eindeutigen Gesetzeswortlaut der §§ 111 Abs 1, 112 Abs 1 GewO 1994 nicht der Schluss gezogen werden, dass diese Bestimmung bereits auf einen Unternehmer zur Anwendung gelangen kann, der lediglich eine - im § 111 Abs 1 GewO 1994 gar **nicht** genannte - Teilleistung im Rahmen eines - hier in der Betriebsart eines Hotels - betriebenen Gastgewerbes erbringt. Regelungen über das reglementierte Gewerbe des Gastgewerbes finden sich insbesondere in den §§ 94 Z 26 sowie 111 ff GewO 1994. § 111 Abs 1 GewO 1994 gibt die Tätigkeiten an, für die die Begründung einer Berechtigung für ein reglementiertes Gastgewerbe erforderlich ist, nämlich die Beherbergung und die Verköstigung von Gästen. Hingegen enthält § 112 GewO 1994 Vorschriften über die Gewerbeausübung (RV 1117 BlgNR 21. GP 84). § 112 Abs 1 GewO 1994 weist ausdrücklich auf den Begriff der gastgewerblichen Tätigkeit gemäß § 111 Abs 1 GewO 1994 hin. Diese Bestimmung erweitert nicht den Begriff der

gastgewerblichen Tätigkeit iSd § 111 Abs 1 GewO 1994 (arg „ein Gastgewerbe [iSd § 111 Abs 1 GewO 1994] wird **auch dann** ausgeübt“). Diese Auslegung des § 112 Abs 1 GewO 1994 nimmt der Bestimmung entgegen der Rechtsansicht der Rekurswerberin auch nicht jeden Sinn, was sich schon aus dem dargestellten Zweck der Vermeidung einer Umgehung gewerberechtlicher Vorschriften ergibt.

§ 112 Abs 1 GewO 1994 fordert schließlich nach seinem Wortlaut, dass Dienstleistungen gesondert von zwei oder mehreren Unternehmern für **dieselben Leistungsempfänger** erbracht werden. Die Beklagte macht aber gar nicht geltend, ihre (Reinigungs-)Leistungen für dieselben Leistungsempfänger zu erbringen, für die der Betreiber dessen Leistungen erbringt, sondern führt im Gegenteil auch im Rekurs aus, dass sie ihre Leistungen (nur) für diesen Hotelbetreiber erbringt. Aus dem von ihr geltend gemachten Umstand, dass diese Leistungen mit den vom Hotelbetreiber erbrachten in ihrer Gesamtheit für ein Gastgewerbe typisch seien, ergibt sich daher nicht, dass sie ein Gastgewerbe im Sinn dieser Bestimmung ausübt. Auch ein Installateur, der von einem Hotelbetreiber aufgrund eines Wartungsvertrags regelmäßig beigezogen wird, um für die Durchgängigkeit der Waschbecken, Duschen und WC-Anlagen zu sorgen, erbringt für den Hotelbetreiber eine Leistung, die dieser seinerseits im Wege funktionierender Sanitäreinrichtungen den Hotelgästen schuldet. Niemand würde aber ernsthaft behaupten, dass der Installateur damit das Hotelgewerbe ausübt.

4. Auch der Verwaltungsgerichtshof hat erst jüngst (GZ 2011/11/0009) ausgesprochen, dass § 112 Abs 1 GewO 1994 indiziere, dass **nur** die im § 111 Abs 1 GewO 1994 genannten Tätigkeiten Gastgewerbe seien. Wenn

§ 112 GewO 1994 von Gastgewerbetreibenden spreche, erfasse er nur die eine Tätigkeit nach § 111 Abs 1 GewO 1994 Ausübenden. Diesen Ausführungen tritt der erkennende Senat im Hinblick auf den Wortlaut und die systematische Stellung der Bestimmungen der §§ 111 Abs 1, 112 Abs 1 GewO 1994 bei. Daraus ergibt sich, dass die Beklagte, die weder Gäste beherbergt, noch Speisen verabreicht, noch Getränke ausschenkt (vgl § 111 Abs 3 GewO 1994), kein Gastgewerbe im Sinn der Gewerbeordnung 1994 ausübt.

5. Die Rekurswerberin zeigt daher keine Unrichtigkeit der dem Aufhebungsbeschluss zugrunde liegenden Rechtsansicht des Berufungsgerichts auf. Ist die dem Aufhebungsbeschluss zugrundeliegende Rechtsansicht jedoch nicht zu beanstanden, so kann der Oberste Gerichtshof, der nicht Tatsacheninstanz ist, nicht überprüfen, ob sich die vom Berufungsgericht angeordnete Ergänzung des Verfahrens oder der Feststellungen tatsächlich als notwendig erweist (RIS-Justiz RS0042179; RS0043414).

Dem Rekurs der Beklagten war daher der Erfolg zu versagen.

Der Kostenvorbehalt beruht auf den §§ 50, 52 ZPO iVm § 2 ASGG.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 26. November 2013
Dr. H o p f
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung: