

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

09.06.2015

Geschäftszahl

Ra 2014/08/0069

Beachte**Miterledigung (miterledigt bzw zur gemeinsamen Entscheidung verbunden):**

Ra 2014/08/0070

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Waldstätten, den Hofrat Dr. Strohmayer, die Hofrätinnen Dr. Julcher und Mag. Rossmeisel sowie den Hofrat Mag. Berger als Richterinnen und Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Gruber, über die Revisionen der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse in Wien, vertreten durch Mag. Vera Noss, Rechtsanwältin in 1010 Wien, Reichsratsstraße 17/11, gegen die Erkenntnisse des Landesverwaltungsgerichtes Niederösterreich vom 12. November 2014, 1.) LVwG-AB-14-0594 und 2.) LVwG-AB-14- 0599, betreffend 1.) Einforderung von Zuschlägen nach dem BUAG,

2.) Feststellung der Anwendbarkeit des BUAG (vor dem Verwaltungsgericht belangte Behörde: Bezirkshauptmannschaft St. Pölten, 3100 St. Pölten, Am Bischofteich 1; mitbeteiligte Partei: J S, O), zu Recht erkannt:

Spruch

Die angefochtenen Erkenntnisse werden wegen Rechtswidrigkeit ihres Inhalts aufgehoben.

Begründung

I.

1. Mit Bescheid vom 28. März 2014 stellte die belangte Behörde vor dem Verwaltungsgericht (in der Folge: belangte Behörde) fest, dass die dem Mitbeteiligten mit den Rückstandsausweisen der revisionswerbenden Kasse vom 19. Dezember 2013 bzw. 30. Jänner 2014 vorgeschriebenen Zuschläge zum Lohn samt Nebengebühren in Höhe von EUR 1.499,21 (Spruchpunkt 1) bzw. von EUR 539,72 (Spruchpunkt 2) gemäß §§ 21 und 21a BUAG nicht zu Recht bestünden. Mit dem zu Zl. Ra 2014/08/0069 in Revision gezogenen Erkenntnis hat das Verwaltungsgericht die dagegen erhobene Beschwerde als unbegründet abgewiesen und ausgesprochen, dass die ordentliche Revision nicht zulässig ist.

2. Auf Grund des Antrags iSd § 25 Abs. 6 BUAG der revisionswerbenden Kasse vom 28. Februar 2014 stellte die belangte Behörde mit Bescheid vom 28. März 2014 fest, dass der Mitbeteiligte in Bezug auf drei näher genannte Arbeitnehmer nicht den Bestimmungen des BUAG unterliege. Mit dem zu Zl. Ra 2014/08/0070 in Revision gezogenen Erkenntnis hat das Verwaltungsgericht die dagegen erhobene Beschwerde als unbegründet abgewiesen und ausgesprochen, dass die ordentliche Revision nicht zulässig ist.

3.1. Begründend führte das Verwaltungsgericht im Wesentlichen gleichlautend aus, der Mitbeteiligte führe in O. einen landwirtschaftlichen Betrieb und errichte auf einer Baustelle auf Privatgrund (Bauland - Wohngebiet) eine näher genannte Anzahl von Wohnungen und Reihenhäusern, welche nach Fertigstellung zur Vermietung vorgesehen seien. Die Rohbauarbeiten verrichte er in Eigenregie unter Zuhilfenahme der verfahrensgegenständlichen Hilfsarbeiter, die er bei der Niederösterreichischen Gebietskrankenkasse angemeldet habe. Sie seien ab 27. August 2013 auf der Baustelle tätig gewesen und würden mit einem Monatslohn von EUR 950,- brutto entlohnt. Am 12. September 2013 seien sie von Organen der Revisionswerberin bei

Bautätigkeiten angetroffen worden. Der Mitbeteiligte habe keine Gewerbeberechtigung. Die Hilfsarbeiter seien ausschließlich für den Bereich der Baustelle für jeweils 20 Wochenstunden aufgenommen worden. Ihre Einstellung habe mit der Landwirtschaft nichts zu tun gehabt und sie seien dort auch nicht eingesetzt gewesen. Mit den Hilfsarbeitern sei die Ausführung von Maurer-, Betonierungs- und Schalungsarbeiten vereinbart worden. Grundsätzlich sei der Dienstvertrag unbefristet abgeschlossen worden, jedoch "mit Rücksicht auf das Bauende". Die Arbeitnehmer hätten "Praxis am Bau" gehabt, seien aber keine Fachkräfte gewesen. Der Mitbeteiligte erziele "Einkommen aus Vermietung und Verpachtung".

3.2. In rechtlicher Hinsicht führte das Verwaltungsgericht aus, der Mitbeteiligte habe keinen Betrieb iSd § 34 ArbVG geführt, in dessen Rahmen die Arbeitnehmer iSd § 1 Abs. 1 BUAG hätten beschäftigt werden können. Eine Arbeitsstätte könne nur dann ein Betrieb sein, wenn sie auf Dauer angelegt sei. Die vorliegenden Bauarbeiten würden aber mit der Fertigstellung des Bauvorhabens schon wieder ihr Ende finden. Die gegenständliche Baustelle sei kein Betrieb. Bei der Art und dem Ausmaß der zu Grunde liegenden Rohbauarbeiten sei nicht davon auszugehen, dass sie die bautechnische und verwaltungsgemäße Organisation einer Bauleitung überträfen. Der Mitbeteiligte unterliege nicht dem BUAG. Daher treffe ihn auch keine Pflicht zur Entrichtung einer Zuschlagsleistung.

4. Gegen diese Erkenntnisse richten sich die Revisionen. Das Verwaltungsgericht hat die Akten der Verwaltungsverfahren vorgelegt. Der Mitbeteiligte hat eine Revisionsbeantwortung erstattet und die Abweisung der Revisionen beantragt. Die vor dem Verwaltungsgericht belangte Behörde hat von der Erstattung von Revisionsbeantwortungen Abstand genommen.

II.

Der Verwaltungsgerichtshof hat die Rechtssachen zur gemeinsamen Beratung und Entscheidung verbunden und über die Revisionen erwogen:

1. Die revisionswerbende Kasse bringt zur Zulässigkeit der Revisionen vor, dass Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Frage, wann ein Betrieb iSd BUAG vorliege, fehle. Im vorliegenden Fall handle es sich nicht bloß um die Renovierung eines privaten Gebäudes. Der Mitbeteiligte habe mehrere Reihenhäuser und Wohnungen neu errichtet, um diese zu vermieten. Es fehle Rechtsprechung dazu, ob bei völliger Neuerrichtung von Gebäuden zum Zweck einer Vermietung ein Betrieb vorliege. Bei einer Neuerrichtung von Gebäuden handle es sich nicht um eine "kleinere Baustelle", der wegen ihres temporären Charakters, aber auch wegen ihres geringen Umfangs keine Betriebseigenschaft iSd § 34 Abs. 1 ArbVG zukommen würde. Das Bauvorhaben diene nicht nur dem privaten Interesse des Mitbeteiligten, sondern sollte die Grundlage für ein regelmäßiges Einkommen schaffen. Der Betriebsbegriff des BUAG sei nicht mit jenem des ArbVG ident. Das alternative Tatbestandsmerkmal "Unternehmung" in § 2 BUAG indiziere, dass auch ein einmaliges Vorhaben erfasst sein sollte, weil eine "Unternehmung" nicht auf Dauer ausgerichtet sein müsse. Zweck der §§ 1 und 2 BUAG sei es, die "Baubranche" iSd BUAG zu definieren. Der Fokus liege auf dem Arbeitnehmer und der von diesem ausgeübten Art der Tätigkeit, nicht auf dem Betrieb.

2.1. Die Revisionen sind zulässig und berechtigt.

Die §§ 1 bis 3 BUAG idF BGBl. I Nr. 51/2011 lauten (auszugsweise):

"§ 1. (1) Die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes gelten, soweit im folgenden nichts anderes bestimmt ist, für Arbeitnehmer (Lehrlinge), deren Arbeitsverhältnisse auf einem privatrechtlichen Vertrag beruhen und die in Betrieben (Unternehmungen) gemäß § 2 beschäftigt werden.

(2) Die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes finden keine Anwendung auf Personen,

- a) die vorwiegend Angestelltentätigkeit im Sinne des Angestelltengesetzes, BGBl. Nr. 292/1921, verrichten;
- b) deren Arbeitsverhältnis durch das Vertragsbedienstetengesetz 1948, BGBl. Nr. 86/1948, geregelt ist;
- c) deren Arbeitsverhältnis durch das Landarbeitsgesetz, BGBl. Nr. 140/1948, geregelt ist;
- d) die bis zur Höchstdauer von drei Monaten zu Ausbildungszwecken beschäftigt werden.

(3) Die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes gelten ferner für Arbeitnehmer (Lehrlinge) im Sinne des Abs. 1, die bei Arbeiten beschäftigt werden, die von öffentlich-rechtlichen Körperschaften sowie den von diesen verwalteten Anstalten, Stiftungen und Fonds in Betrieben, Unternehmungen oder in Eigenregie durchgeführt werden, soweit diese Arbeiten ihrer Art nach unter die Bestimmungen des § 2 fallen.

(4) Die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes gelten auch für Arbeitnehmer, die von einem Arbeitgeber, dessen Betriebssitz sich im Bundesgebiet befindet, ins Ausland entsendet werden."

"§ 2. (1) Für den Sachbereich der Urlaubsregelung sind Betriebe (Unternehmungen) im Sinne des § 1:

a) Baumeisterbetriebe, Maurermeisterbetriebe, Bauunternehmungen, Baueisenbieger- und -verlegerbetriebe, Demolierungsbetriebe, Betriebe der Inhaber von Konzessionen des Maurergewerbes nach § 6 des Baugewerbegesetzes, RGBl. Nr. 193/1893, Erdbewegungsbetriebe (Deichgräberbetriebe), Erdbaubetriebe, Betonbohr- und -schneidebetriebe, Gewässerregulierungsbetriebe, Wildbach- und Lawinenverbauungsbetriebe,

Betriebe für Meliorationsarbeiten, Straßenbaubetriebe, Güterwegebaubetriebe, Kaminausschleiferbetriebe, Betriebe für die Beschichtung von Fassaden zum Zwecke der Wärmeisolierung;

b) Steinmetzmeisterbetriebe, Betriebe der Inhaber von Konzessionen des Steinmetzgewerbes nach § 6 des Baugewerbegesetzes, RGBL. Nr. 193/1893, Kunststeinerzeugerbetriebe, Terrazzomacherbetriebe;

c) Dachdeckerbetriebe, Pflastererbetriebe;

d) Hafnerbetriebe (ausgenommen die reinen Erzeugungsbetriebe), Platten- und Fliesenlegerbetriebe;

e) Brunnenmeisterbetriebe, Betriebe der Inhaber von Konzessionen für das Brunnenmachergewerbe nach § 6 des Baugewerbegesetzes, RGBL. Nr. 193/1893, Tiefbohrbetriebe, Gerüstverleiherbetriebe, Betriebe der Verleiher von Baumaschinen mit Bedienungspersonal, Wärme-, Kälte-, Schall- und Branddämmungsbetriebe, Asphaltiererbetriebe, Schwarzdeckerbetriebe, Betriebe der Abdichter gegen Feuchtigkeit und Druckwasser, Stuckateur- und Trockenausbauerbetriebe, Gipsbetriebe, Steinhölzlegerbetriebe, Estrichherstellerbetriebe;

f) Zimmererbetriebe und Betriebe der Inhaber von Konzessionen des Zimmermannsgewerbes nach § 6 des Baugewerbegesetzes, RGBL. Nr. 193/1893, Parkettlegerbetriebe;

g) Spezialbetriebe, die Tätigkeiten verrichten, die ihrer Art nach in den Tätigkeitsbereich der Betriebe nach lit. a bis f fallen; dabei schadet es nicht, wenn die Tätigkeit auch von Betrieben ausgeübt wird, die nicht in den Geltungsbereich nach lit. a bis f fallen;

h) Arbeitskräfteüberlassungsbetriebe bezüglich jener Arbeitnehmer, die zur Überlassung für Tätigkeiten, die ihrer Art nach in den Tätigkeitsbereich der Betriebe nach lit. a bis g fallen, aufgenommen werden oder tatsächlich überwiegend zu solchen Tätigkeiten überlassen werden.

(1a ...)

(2) Für den Sachbereich der Abfertigungsregelung sind Betriebe (Unternehmungen) im Sinne des § 1:

a) Baumeisterbetriebe, Maurermeisterbetriebe, Bauunternehmungen, Baueisenbieger- und -verlegerbetriebe, Demolierungsbetriebe, Betriebe der Inhaber von Konzessionen des Maurergewerbes nach § 6 des Baugewerbegesetzes, RGBL. Nr. 193/1893, Erdbewegungsbetriebe (Deichgräberbetriebe), Erdbaubetriebe, Betonbohr- und -schneidebetriebe, Gewässerregulierungsbetriebe, Wildbach- und Lawinenverbauungsbetriebe, Betriebe für Meliorationsarbeiten, Straßenbaubetriebe, Güterwegebaubetriebe, Kaminausschleiferbetriebe, Betriebe für die Beschichtung von Fassaden zum Zwecke der Wärmeisolierung;

b) Steinmetzmeisterbetriebe, Betriebe der Inhaber von Konzessionen des Steinmetzgewerbes nach § 6 des Baugewerbegesetzes, RGBL. Nr. 193/1893, Kunststeinerzeugerbetriebe, Terrazzomacherbetriebe;

c) Dachdeckerbetriebe, Pflastererbetriebe;

d) Hafnerbetriebe (ausgenommen die reinen Erzeugungsbetriebe), Platten- und Fliesenlegerbetriebe;

e) Brunnenmeisterbetriebe, Betriebe der Inhaber von Konzessionen für das Brunnenmachergewerbe nach § 6 des Baugewerbegesetzes, RGBL. Nr. 193/1893, Tiefbohrbetriebe, Gerüstverleiherbetriebe, Betriebe der Verleiher von Baumaschinen mit Bedienungspersonal, Wärme-, Kälte-, Schall- und Branddämmungsbetriebe, Asphaltiererbetriebe, Schwarzdeckerbetriebe, Betriebe der Abdichter gegen Feuchtigkeit und Druckwasser, Stuckateur- und Trockenausbauerbetriebe, Gipsbetriebe, Steinhölzlegerbetriebe, Estrichherstellerbetriebe;

f) Zimmererbetriebe und Betriebe der Inhaber von Konzessionen des Zimmermannsgewerbes nach § 6 des Baugewerbegesetzes, RGBL. Nr. 193/1893, soweit sie nicht fabrikmäßig betrieben werden; Parkettlegerbetriebe;

g) Spezialbetriebe, die Tätigkeiten verrichten, die ihrer Art nach in den Tätigkeitsbereich der Betriebe nach lit. a bis f fallen; dabei schadet es nicht, wenn die Tätigkeit auch von Betrieben ausgeübt wird, die nicht in den Geltungsbereich nach lit. a bis f fallen;

h) Arbeitskräfteüberlassungsbetriebe bezüglich jener Arbeitnehmer, die zur Überlassung für Tätigkeiten, die ihrer Art nach in den Tätigkeitsbereich der Betriebe nach lit. a bis g fallen, aufgenommen werden oder tatsächlich überwiegend zu solchen Tätigkeiten überlassen werden.

(2a) ..."

"§ 3. (1) Betriebe, in denen sowohl Tätigkeiten, die ihrer Art nach in den Tätigkeitsbereich der Betriebe nach § 2 fallen, als auch Tätigkeiten verrichtet werden, die ihrer Art nach nicht in diese Tätigkeitsbereiche fallen, unterliegen als Mischbetriebe nach Maßgabe der Abs. 2 bis 5 den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes. Ausgenommen sind Betriebe, in denen die Tätigkeiten im Sinne des § 2 ausschließlich für den eigenen Betrieb vorgenommen werden.

(2) In Mischbetrieben, in denen entsprechend den unterschiedlichen Tätigkeiten nach Abs. 1 eine organisatorische Trennung in Betriebsabteilungen besteht, unterliegen diejenigen Arbeitnehmer den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes, die in Betriebsabteilungen beschäftigt werden, in denen Tätigkeiten verrichtet werden, die ihrer Art nach in die Tätigkeitsbereiche der Betriebe nach § 2 fallen.

(3) In Mischbetrieben, in denen keine organisatorische Trennung in Betriebsabteilungen besteht, unterliegen nur jene Arbeitnehmer den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes, die überwiegend Tätigkeiten verrichten, die ihrer Art nach in den Tätigkeitsbereich der Betriebe nach § 2 fallen.

(3a) Lehrlinge, die gleichzeitig in den Lehrberufen Dachdecker/in und Spengler/in ausgebildet werden, unterliegen nicht den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes.

(4) Auf Arbeitnehmer eines Mischbetriebes, die für eine Beschäftigung in einer diesem Bundesgesetz unterliegenden Betriebsabteilung aufgenommen wurden, finden für die Dauer des Arbeitsverhältnisses die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes auch dann Anwendung, wenn sie in einer diesem Bundesgesetz nicht unterliegenden Betriebsabteilung beschäftigt werden. Dies gilt sinngemäß auch für Arbeitnehmer in Mischbetrieben, in denen keine organisatorische Trennung in Betriebsabteilungen besteht.

(5) Ist eine Einheitlichkeit der Urlaubs- und Abfertigungsregelungen aus Gründen der betrieblichen Verwaltungsarbeit erforderlich und führt sie zur Beseitigung von sich sonst ergebenden Härten für die Arbeitnehmer, können auf gemeinsamen Antrag der zuständigen gesetzlichen Interessenvertretung der Arbeitgeber und des Österreichischen Gewerkschaftsbundes, Gewerkschaft der Bau- und Holzarbeiter, sämtliche Arbeitnehmer im Sinne des § 1 Abs. 1, die in einem Mischbetrieb beschäftigt werden, durch Verordnung des Bundesministers für Arbeit und Soziales in den Geltungsbereich dieses Bundesgesetzes einbezogen werden. Die Einbeziehung ist auf gemeinsamen Antrag der genannten Interessenvertretungen oder von Amts wegen aufzuheben, wenn die Voraussetzungen für die Einbeziehungen weggefallen sind.

(6) Unterliegt in einem Unternehmen die überwiegende Zahl der Arbeitnehmer dem Geltungsbereich für den Sachbereich der Abfertigungsregelung, so kann der Arbeitgeber an die Urlaubs- und Abfertigungskasse den Antrag auf Einbeziehung aller dem Geltungsbereich für den Sachbereich der Urlaubsregelung unterliegenden Arbeitnehmer der Unternehmens in den Sachbereich für die Abfertigungsregelung stellen. Die Urlaubs- und Abfertigungskasse hat bei Zutreffen der Voraussetzung die Einbeziehung mit dem Zeitpunkt der Antragstellung vorzunehmen. Lehnt die Urlaubs- und Abfertigungskasse den Antrag ab oder erledigt sie den Antrag nicht binnen sechs Wochen, so kann der Arbeitgeber binnen zwei Wochen bei der zuständigen Bezirksverwaltungsbehörde die bescheidmäßige Erledigung seines Antrages begehren. Auf dieses Verfahren finden die Bestimmungen des § 25 Abs. 3 und 5 sinngemäß Anwendung."

2.2. Wie aus § 25 Abs. 6 BUAG idF BGBl. I Nr. 51/2011 hervorgeht, ist die Frage, ob ein Arbeitgeber den Vorschriften des BUAG unterliegt, von der Frage zu unterscheiden, ob das BUAG auf ein bestimmtes Arbeitsverhältnis Anwendung findet. Bei der Umschreibung seines Anwendungsbereiches stellt das BUAG in beiden Fragenbereichen grundsätzlich auf Tätigkeiten in einem Betrieb (einer Unternehmung) iSd § 2 BUAG ab, also grob gesprochen darauf, ob der Arbeitgeber bzw. der Arbeitnehmer in der Bauwirtschaft bzw. in der "Baubranche" tätig sind.

2.2.1. Beim Begriff des Betriebes kann - wie auch zur Umschreibung dieses Begriffes in allen arbeitsrechtlichen Zusammenhängen - auf die Rechtsprechung zu § 34 Abs. 1 ArbVG zurückgegriffen werden (vgl. das zu § 35 Abs. 1 ASVG ergangene hg. Erkenntnis vom 13. November 2013, Zl. 2013/08/0146). Demnach ist unter einem Betrieb jede organisatorische Einheit zu verstehen, innerhalb derer eine physische oder juristische Person oder eine Personengemeinschaft mit technischen oder immateriellen Mitteln die Erzielung bestimmter Arbeitsergebnisse fortgesetzt verfolgt, ohne Rücksicht darauf, ob Erwerbsabsicht besteht oder nicht. Nach der sozialversicherungsrechtlich ebenfalls relevanten Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zum Einkommensteuergesetz ist als Betrieb die Zusammenfassung menschlicher Arbeitskraft und sachlicher Produktionsmittel zu einer organisatorischen Einheit zu verstehen. Der Betrieb wird mit der Herstellung der entsprechenden Strukturen begründet und besteht solange, bis die wesentlichen Grundlagen dieser Struktur entweder entgeltlich oder unentgeltlich übertragen werden oder diese Strukturen zerschlagen werden (vgl. das hg. Erkenntnis vom 29. Oktober 2008, Zl. 2005/08/0066).

Zwar begründet der Umstand allein, dass ein Beschäftigter Eigentümer eines Hauses ist, an dem Bauarbeiten durchgeführt werden, keinen Betrieb (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 13. November 2013, Zl. 2013/08/0146, und vom 31. Juli 2014, Zl. 2012/08/0253). Die gegenständliche Baustelle auf Privatgrund (Bauland - Wohngebiet), auf der der Mitbeteiligte unter Zuhilfenahme dreier Mitarbeiter eine näher genannte Anzahl von Wohnungen und Reihenhäusern zum Zwecke späterer Vermietung errichtet hat, ist aber im Hinblick auf die für ein Bauvorhaben solcher Größe notorische Erforderlichkeit der genannten organisatorischen Einheit als Betrieb iSd § 2 BUAG anzusehen.

2.2.2. Arbeitgeber, die den Vorschriften des BUAG unterliegen, sind jene Personen, auf deren Rechnung und Gefahr (vgl. § 35 Abs. 1 ASVG) Betriebe (Unternehmungen) iSd § 2 Abs. 1 und 2 geführt werden. Neben den ausdrücklich aufgezählten Gewerbebetrieben, denen gemäß § 2 Abs. 3 BUAG Industriebetriebe gleichgestellt sind, zählen dazu nach § 2 Abs. 1 lit. g BUAG auch Spezialbetriebe, die Tätigkeiten verrichten, die ihrer Art nach in den Tätigkeitsbereich der genannten Betriebe fallen, sowie gemäß § 2 Abs. 1 lit. h BUAG auch Arbeitskräfteüberlassungsbetriebe bezüglich jener Arbeitnehmer, die zur Überlassung für Tätigkeiten, die ihrer Art nach in den Tätigkeitsbereich der Betriebe nach § 2 Abs. 1 lit. a oder b BUAG fallen, aufgenommen oder tatsächlich überwiegend zu solchen Tätigkeiten überlassen werden.

Ein Betrieb iSd § 2 Abs. 1 und 2 BUAG liegt vor, wenn die in ihm verrichteten Tätigkeiten ihrer Art nach (gemessen insbesondere an einer gewerblichen Befugnis, sie auszuüben) in einen der von § 2 BUAG umschriebenen Tätigkeitsbereiche der Bauwirtschaft fallen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 27. November 2014, Zl. Ro 2014/08/0071, mwN; zur Entscheidung des Gesetzgebers, nicht (mehr) auf eine vorhandene Gewerbeberechtigung, sondern auf die der Bauwirtschaft zuzuordnende Betriebsart abzustellen, vgl. das hg. Erkenntnis vom 20. September 2000, Zl. 97/08/0461; zum nach wie vor vorhandenen Naheverhältnis zwischen den Betriebsarten des BUAG und den Gewerben der GewO vgl. den Beschluss des Obersten Gerichtshofes vom 20. Juni 2012, 9ObA150/11g).

Vom BUAG werden nicht nur Betriebe (Unternehmungen) bzw. Arbeitgeber erfasst, die eine Tätigkeit im gesamten oder überwiegenden Umfang einer der aufgezählten Betriebsarten ausüben, sondern auch Betriebe, die sich auf einen kleineren Teilbereich spezialisiert haben, wobei es für die Qualifizierung als Spezialbetrieb im Geltungsbereich des BUAG darauf ankommt, dass es sich um eine Tätigkeit handelt, die aus einer dem BUAG unterliegenden Betriebsart stammt. Dass diese Tätigkeit auf Grund ihrer Spezialität allenfalls daneben auch aus einer anderen Betriebsart außerhalb des BUAG ableitbar ist, hindert nicht die Qualifizierung als Spezialbetrieb iSd BUAG (vgl. die Gesetzesmaterialien 1221 BlgNR 24. GP zu § 2 Abs. 1 lit. g, Abs. 2 lit. g und Abs. 2a lit. b BUAG idF der Novelle BGBl. I Nr. 51/2011).

Betriebe, in denen sowohl Tätigkeiten, die ihrer Art nach in den Tätigkeitsbereich der Betriebe nach § 2 BUAG fallen, als auch Tätigkeiten verrichtet werden, die ihrer Art nach nicht in diese Tätigkeitsbereiche fallen, unterliegen gemäß § 3 Abs. 1 BUAG als Mischbetriebe nach Maßgabe der Abs. 2 bis 5 dem BUAG. Ausgenommen sind Betriebe, in denen die Tätigkeiten im Sinne des § 2 BUAG ausschließlich für den eigenen Betrieb vorgenommen werden.

Schließlich zählen zu den Arbeitgebern, die den Vorschriften des BUAG unterliegen, jene öffentlich-rechtliche Körperschaften sowie die von diesen verwalteten Anstalten, Stiftungen und Fonds, die in Betrieben, Unternehmungen oder in Eigenregie Arbeiten durchführen, die ihrer Art nach unter die Bestimmungen des § 2 BUAG fallen (§ 1 Abs. 3 BUAG).

2.2.3. Arbeitnehmer (Lehrlinge), auf die das BUAG Anwendung findet, sind gemäß § 1 Abs. 1 BUAG grundsätzlich all jene Personen, deren Arbeitsverhältnisse auf einem privatrechtlichen Vertrag beruhen und die in Betrieben (Unternehmungen) gemäß § 2 BUAG beschäftigt werden. Bei Arbeitskräfteüberlassungsbetrieben (§ 2 Abs. 1 lit. h BUAG) stellt das Gesetz wie erwähnt zusätzlich darauf ab, ob der Arbeitnehmer zur Überlassung für Tätigkeiten, die ihrer Art nach in den Tätigkeitsbereich der Betriebe nach lit. a bis g fallen, aufgenommen oder tatsächlich überwiegend zu solchen Tätigkeiten überlassen wurde. Bei Mischbetrieben stellt das Gesetz zusätzlich darauf ab, ob die Arbeitnehmer in Betriebsabteilungen beschäftigt werden, in denen Tätigkeiten verrichtet werden, die ihrer Art nach in die Tätigkeitsbereiche der Betriebe nach § 2 fallen (§ 3 Abs. 2 BUAG) bzw. darauf, ob die Arbeitnehmer überwiegend Tätigkeiten verrichten, die ihrer Art nach in den Tätigkeitsbereich der Betriebe nach § 2 fallen (§ 3 Abs. 3 BUAG).

Ferner gelten gemäß § 1 Abs. 3 BUAG die Bestimmungen des BUAG für Arbeitnehmer (Lehrlinge) im Sinne des § 1 Abs. 1 BUAG, die bei Arbeiten beschäftigt werden, die von öffentlich-rechtlichen Körperschaften sowie den von diesen verwalteten Anstalten, Stiftungen und Fonds in Betrieben, Unternehmungen oder in Eigenregie durchgeführt werden, soweit diese Arbeiten ihrer Art nach unter die Bestimmungen des § 2 BUAG fallen.

2.3. Im vorliegenden Fall ist - neben der oben behandelten Frage der Betriebseigenschaft an sich - strittig, ob auf Rechnung und Gefahr des Mitbeteiligten ein Betrieb im Sinn des § 2 Abs. 1 und 2 BUAG geführt wird. Nach dem Gesagten kommt es dabei auf die der Bauwirtschaft zuzuordnende Betriebsart an, wobei für die Zuordnung einer konkreten Tätigkeit zu einer solchen Betriebsart in der Regel auf die dafür erforderliche Gewerbeberechtigung abgestellt werden kann.

Der bereits mit anderen Objekten als Vermieter tätige Mitbeteiligte errichtet auf einer Baustelle auf Privatgrund in Eigenregie unter Zuhilfenahme von Hilfsarbeitern, die Maurer-, Betonierungs- und Schalungsarbeiten verrichten, Wohnungen und Reihenhäuser. Die Ausführung der Bauten hat den Zweck, aus deren Vermietung Einkünfte zu erzielen.

2.3.1. Sachverhaltsbezogen kommen somit aus den Katalogen des § 2 BUAG für diese Tätigkeiten als Betriebsarten Baumeisterbetriebe, Maurermeisterbetriebe oder Bauunternehmungen in Frage (§ 2 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 lit. a BUAG), wobei der Begriff der Maurermeisterbetriebe von dem der Baumeisterbetriebe umfasst ist und der Begriff der Bauunternehmung (vgl. § 156 Abs. 3 GewO 1973, in der Stammfassung BGBl. Nr. 50/1974, "der auf eigenem Grund und Boden oder auf Grund eines ihm zustehenden Baurechtes als Bauherr Bauten durch befugte Gewerbetreibende ausführen lässt, um sie weiter zu veräußern") seit der Gewerberechtsnovelle 1992, BGBl. Nr. 29/1993 durch den Begriff des Bauträgers ersetzt wurde (vgl. § 215 Abs. 3 GewO 1973; vgl. aber nunmehr § 117 Abs. 4 GewO 1994).

2.3.2. Die §§ 1, 99 und 117 GewO 1994 lauten (auszugsweise) samt Überschrift:

"Geltungsbereich

§ 1. (1) Dieses Bundesgesetz gilt, soweit nicht die §§ 2 bis 4 anderes bestimmen, für alle gewerbsmäßig ausgeübten und nicht gesetzlich verbotenen Tätigkeiten.

(2) Eine Tätigkeit wird gewerbsmäßig ausgeübt, wenn sie selbständig, regelmäßig und in der Absicht betrieben wird, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, gleichgültig für welche Zwecke dieser bestimmt ist; hiebei macht es keinen Unterschied, ob der durch die Tätigkeit beabsichtigte Ertrag oder sonstige wirtschaftliche Vorteil im Zusammenhang mit einer in den Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes fallenden Tätigkeit oder im Zusammenhang mit einer nicht diesem Bundesgesetz unterliegenden Tätigkeit erzielt werden soll.

(3) Selbständigkeit im Sinne dieses Bundesgesetzes liegt vor, wenn die Tätigkeit auf eigene Rechnung und Gefahr ausgeübt wird.

(4) Auch eine einmalige Handlung gilt als regelmäßige Tätigkeit, wenn nach den Umständen des Falles auf die Absicht der Wiederholung geschlossen werden kann oder wenn sie längere Zeit erfordert. Das Anbieten einer den Gegenstand eines Gewerbes bildenden Tätigkeit an einen größeren Kreis von Personen oder bei Ausschreibungen wird der Ausübung des Gewerbes gleichgehalten.

(5) Die Absicht, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, liegt auch dann vor, wenn der Ertrag oder sonstige wirtschaftliche Vorteil den Mitgliedern einer Personenvereinigung zufließen soll.

(6) Bei Vereinen gemäß dem Vereinsgesetz 1951 liegt die Absicht, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, auch dann vor, wenn die Vereinstätigkeit das Erscheinungsbild eines einschlägigen Gewerbebetriebes aufweist und diese Tätigkeit - sei es mittelbar oder unmittelbar - auf Erlangung vermögensrechtlicher Vorteile für die Vereinsmitglieder gerichtet ist. Übt ein Verein gemäß dem Vereinsgesetz 1951 eine Tätigkeit, die bei Vorliegen der Gewerbsmäßigkeit in den Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes fiele, öfter als einmal in der Woche aus, so wird vermutet, daß die Absicht vorliegt, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen."

"§ 99. (1) Der Baumeister (§ 94 Z 5) ist berechtigt,

1. Hochbauten, Tiefbauten und andere verwandte Bauten zu planen und zu berechnen,
2. Hochbauten, Tiefbauten und andere verwandte Bauten zu leiten,
3. Hochbauten, Tiefbauten und andere verwandte Bauten nach Maßgabe des Abs. 2 auch auszuführen und Hochbauten, Tiefbauten und andere verwandte Bauten abzurechnen,
4. Gerüste aufzustellen, für die statische Kenntnisse erforderlich sind,
5. zur Projektentwicklung, -leitung und -steuerung, zum Projektmanagement sowie zur Übernahme der Bauführung,
6. im Rahmen seiner Gewerbeberechtigung zur Vertretung seines Auftraggebers vor Behörden und Körperschaften öffentlichen Rechts.

(2) Der Baumeister ist weiters berechtigt, auch die Arbeiten anderer Gewerbe im Rahmen seiner Bauführung zu übernehmen, zu planen und zu berechnen und zu leiten. Er ist auch berechtigt, diese Arbeiten im Rahmen seiner Bauführung selbst auszuführen, soweit es sich um Tätigkeiten der Betonwarenerzeuger, Kunststeinerzeuger, Terrazzomacher, Schwarzdecker, Estrichhersteller, Steinholzleger, Gärtner, Stuckateure und Trockenausbauer, Wärme-, Kälte-, Schall- und Branddämmung und der Abdichter gegen Feuchtigkeit und Druckwasser handelt. Die Herstellung von Estrich und Trockenausbauertätigkeiten darf der Baumeister unabhängig von einer Bauführung übernehmen und ausführen. Soweit es sich um Arbeiten von nicht in diesem Absatz genannten Gewerben handelt, hat er sich zur Ausführung dieser Arbeiten der hiezu befugten Gewerbetreibenden zu bedienen. Weiters ist er unbeschadet der Rechte der Brunnenmeister zur Durchführung von Tiefbohrungen aller Art berechtigt.

(...)"

"Immobilientreuhänder

§ 117. (1) Das Gewerbe der Immobilientreuhänder (§ 94 Z 35) umfasst die Tätigkeiten der Immobilienmakler, der Immobilienverwalter und der Bauträger.

(2) (...)

(4) Der Tätigkeitsbereich des Bauträgers umfasst die organisatorische und kommerzielle Abwicklung von Bauvorhaben (Neubauten, durchgreifende Sanierungen) auf eigene oder fremde Rechnung sowie die hinsichtlich des Bauaufwandes einem Neubau gleichkommende Sanierung von Gebäuden. Der Bauträger ist auch berechtigt, diese Gebäude zu verwerten.

(...)"

Für den Umfang einer Gewerbeberechtigung ist gemäß § 29 GewO 1994 der Wortlaut der Gewerbebeanmeldung (§ 339) oder des Bescheides gemäß § 340 Abs. 2 im Zusammenhalt mit den einschlägigen Rechtsvorschriften maßgebend. Im Zweifelsfalle sind - was auch für den vorliegenden Beurteilungszusammenhang gilt - die den einzelnen Gewerben eigentümlichen Arbeitsvorgänge, die verwendeten Roh- und Hilfsstoffe sowie Werkzeuge und Maschinen, die historische Entwicklung und die in den

beteiligten gewerblichen Kreisen bestehenden Anschauungen und Vereinbarungen zur Beurteilung des Umfangs der Gewerbeberechtigung heranzuziehen.

Die Ausführung von Hochbauten (§ 99 Abs. 1 Z 3 GewO 1994) erfordert die Gewerbeberechtigung eines Baumeisters und stellt somit eine Tätigkeit dar, die grundsätzlich zu dem von § 2 BUAG umschriebenen Tätigkeitsbereich der Bauwirtschaft gehört.

Allerdings gilt die Gewerbeordnung 1994 gemäß § 1 Abs. 1 iVm Abs. 2 GewO 1994 nur für gewerbsmäßig ausgeübte Tätigkeiten. Eine Tätigkeit wird gewerbsmäßig ausgeübt, wenn sie selbständig, regelmäßig und in der Absicht, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, betrieben wird. Nach dem zweiten Teilsatz des § 1 Abs. 2 GewO 1994 macht es für die Beurteilung der Ertragsabsicht keinen Unterschied, ob der durch die Tätigkeit beabsichtigte Ertrag oder sonstige wirtschaftliche Vorteil im Zusammenhang mit einer in den Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes fallenden Tätigkeit oder im Zusammenhang mit einer nicht diesem Bundesgesetz unterliegenden Tätigkeit erzielt werden soll.

Auch eine einmalige Handlung gilt gemäß § 1 Abs. 4 erster Satz GewO 1994 als regelmäßige Tätigkeit, wenn (u.a.) sie längere Zeit erfordert. Dies trifft insbesondere auf die Tätigkeit des Bauträgers zu, die in der Regel die längerfristige Abwicklung eines Bauvorhabens (und seine Verwertung) zum Gegenstand hat, bei der der Bauträger beim Abschluss einer Vielzahl von Vertragsverhältnissen im eigenen oder fremden Namen nach Außen in Erscheinung tritt. Die aus den äußeren Umständen abzuleitende Ertragsabsicht ist etwa dann zu bejahen, wenn ein Bauträger im Rahmen seiner Tätigkeit das Ziel verfolgt, Einnahmen aus (nur) einem Bauprojekt zu erzielen, mögen diese aus dem Verkauf des Objektes als Ganzes oder in Einheiten oder durch die Bestandgabe eines (Teil-)Objektes stammen. Dass die reine Vermietung an sich nicht unter die GewO 1994 fällt, steht nach dem obgenannten zweiten Teilsatz des § 1 Abs. 2 GewO 1994 jedenfalls der Annahme der Ertragsabsicht im Zuge der Bautätigkeit nicht entgegen. Demgegenüber fehlt es der Bautätigkeit für den privaten Eigenbedarf, etwa für eigene Wohnzwecke, an einer solchen Ertragsabsicht (vgl. das hg. Erkenntnis vom 15. September 2006, Zl. 2004/04/0185, mwN).

Auch wenn dies im Gesetz nicht ausdrücklich ausgesprochen wird, ergibt sich aus dem Wesen der Gewerbsmäßigkeit, dass als gewerbsmäßige Tätigkeiten nur solche Tätigkeiten in Betracht kommen, die in einer Teilnahme am allgemeinen Wirtschaftsverkehr in Form der Produktion von Gütern, des Handels oder der Erbringung von Dienstleistungen bestehen. Unter den Begriff der gewerbsmäßigen Tätigkeit im Sinne der Gewerbeordnung fallen daher jedenfalls alle jene Tätigkeiten nicht, die zur Befriedigung des Eigenbedarfes des Handelnden gesetzt werden. Es bilden daher insbesondere alle Tätigkeiten eines Gewerbetreibenden, die dieser zur Errichtung oder zur Änderung seiner Betriebsanlage setzt, jedenfalls keine gewerbliche Tätigkeit (vgl. das eine Schotterentnahme auf eigenem Grund zur Befestigung einer Freifläche auf eigenem Betriebsgrund betreffende hg. Erkenntnis vom 20. Oktober 1999, Zl. 99/04/0122).

Im vorliegenden Fall hat der Mitbeteiligte jedoch die Bauarbeiten nicht für den Eigenbedarf ausgeführt, sondern war mit Ertragsabsicht tätig geworden, wobei der Ertrag nach dem zweiten Teilsatz des § 1 Abs. 2 GewO 1994 nicht aus der Baumeistertätigkeit, jedoch im Zusammenhang mit der nicht der GewO 1994 unterliegenden Tätigkeit der Vermietung bzw. Veräußerung erzielt werden sollte. Da somit vorliegend sowohl § 1 Abs. 1 iVm Abs. 2 GewO 1994 als auch § 99 Abs. 1 Z 3 GewO 1994 erfüllt sind, liegt nach dem Gesagten eine Tätigkeit vor, die in den von § 2 BUAG umschriebenen Bereich der Bauwirtschaft fällt.

2.4. Gemäß § 3 Abs. 1 BUAG sind Mischbetriebe, in denen sowohl Tätigkeiten, die ihrer Art nach in den Tätigkeitsbereich der Betriebe nach § 2 fallen, als auch Tätigkeiten verrichtet werden, die ihrer Art nach nicht in diese Tätigkeitsbereiche fallen, von der Anwendung des BUAG ausgenommen, wenn die Tätigkeiten im Sinne des § 2 BUAG ausschließlich für den eigenen Betrieb vorgenommen werden. Ebenso ergibt sich aus § 1 Abs. 3 BUAG, dass Arbeiten, die "in Eigenregie" durchgeführt werden, im Grundsatz nicht in den Anwendungsbereich des BUAG fallen, es sei denn, sie würden von öffentlich-rechtlichen Körperschaften oder den von diesen verwalteten Anstalten, Stiftungen und Fonds durchgeführt werden.

Mit diesen "in Eigenregie" bzw. "ausschließlich für den eigenen Betrieb" vorgenommenen Tätigkeiten nimmt das Gesetz offenbar auf jene Abgrenzung Bezug, die sich aus der Gewerbeordnung ergibt, womit alle jene Tätigkeiten von der Anwendung des BUAG ausgeschlossen sind, die zur Befriedigung des Eigenbedarfes des Handelnden bzw. zur Errichtung oder zur Änderung seiner Betriebsanlage gesetzt werden (vgl. nochmals das Erkenntnis Zl. 99/04/0122).

Im vorliegenden Fall hat der Mitbeteiligte aber nicht bloß Bauarbeiten in Bezug auf eine eigene Betriebsanlage vorgenommen, sondern ein Objekt geschaffen, das für eine Veräußerung bzw. Vermietung vorgesehen war. Die Bautätigkeit erweist sich als eine Teilnahme am allgemeinen Wirtschaftsverkehr in Form der Produktion von Gütern, des Handels oder der Erbringung von Dienstleistungen, wobei der durch die Tätigkeit beabsichtigte Ertrag oder sonstige wirtschaftliche Vorteil iSd zweiten Teilsatzes des § 1 Abs. 2 GewO 1994 im Zusammenhang mit einer nicht diesem Bundesgesetz unterliegenden Tätigkeit (Vermietung) erzielt werden sollte.

Da der Mitbeteiligte auf seine Rechnung und Gefahr einen Betrieb iSd § 2 BUAG (Baumeisterbetrieb) geführt hat, gehört er dem Kreis der Arbeitgeber an, die den Vorschriften des BUAG unterliegen. Die drei Mitarbeiter waren in diesem Betrieb beschäftigt. Sihin sind die Feststellung, dass der Mitbeteiligte und die drei

Arbeitsverhältnisse nicht den Vorschriften des BUAG unterliegen, sowie die Verneinung der Pflicht zur Zahlung aushaftender Zuschläge rechtswidrig.

3. Den Feststellungen zu Folge tritt der Mitbeteiligte bereits als Vermieter anderer Objekte auf. Selbst wenn ein Mischbetrieb (eines Vermietungsbetriebes mit dem Baumeisterbetrieb) vorläge, würde dies zu keinem anderen Ergebnis führen, weil nach § 3 Abs. 1 zweiter Satz nur solche Mischbetriebe von der Anwendung des BUAG ausgenommen sind, in denen die Tätigkeiten iSd § 2 BUAG ausschließlich für den eigenen Betrieb vorgenommen werden, was hier nach dem Gesagten nicht der Fall ist. Bestünde eine organisatorische Trennung der Betriebe, so unterlägen die drei Arbeitnehmer den Bestimmungen des BUAG, weil sie in Betriebsabteilungen beschäftigt werden, in denen Tätigkeiten verrichtet werden, die ihrer Art nach in die Tätigkeitsbereiche der Betriebe nach § 2 fallen (§ 3 Abs. 2 BUAG). Bestünde keine organisatorische Trennung der Betriebe, so unterlägen die drei Arbeitnehmer den Bestimmungen des BUAG, weil sie überwiegend (nämlich ausschließlich) Tätigkeiten verrichten, die ihrer Art nach in den Tätigkeitsbereich der Betriebe nach § 2 fallen (§ 3 Abs. 3 BUAG).

4. Die angefochtenen Erkenntnisse waren gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit ihres Inhalts aufzuheben. Wien, am 9. Juni 2015