



IM NAMEN DER REPUBLIK!

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Präsident Dr. Posch und die Hofrätin Dr. Julcher als Richterinnen sowie die Hofräte Mag. Stickler, Mag. Cede und Mag. Tolar als Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Kittinger, LL.M., über die Revision der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse in Wien, vertreten durch die Noss & Windisch Rechtsanwälte OG in Wien, gegen das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichts Niederösterreich vom 24. Jänner 2022, LVwG-AV-1192/001-2021, betreffend Einspruch gegen einen Rückstandsausweis nach dem BUAG (belangte Behörde vor dem Verwaltungsgericht: Bezirkshauptmannschaft Baden; mitbeteiligte Partei: T GmbH in R, vertreten durch die Dr. Reinitzer Rechtsanwalts KG in Wien), zu Recht erkannt:

Das angefochtene Erkenntnis wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhalts aufgehoben.

Der Bund hat der revisionswerbenden Partei Aufwendungen in der Höhe von € 1.346,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Entscheidungsgründe:

- 1 Mit Bescheid vom 18. Mai 2021 wies die Bezirkshauptmannschaft Baden den Einspruch der mitbeteiligten Partei (T GmbH) gegen einen Rückstandsausweis der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse (BUAK; im Folgenden: revisionswerbende Partei) vom 12. Oktober 2020 ab und stellte fest, dass die mitbeteiligte Partei hinsichtlich der Beschäftigungsverhältnisse der Arbeitnehmer BM und MR den Bestimmungen des Bundesgesetzes betreffend den Urlaub und die Abfertigung für Arbeitnehmer in der Bauwirtschaft (Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetz - BUAG) unterliege.
- 2 Mit dem angefochtenen Erkenntnis gab das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich der dagegen von der mitbeteiligten Partei erhobenen Beschwerde statt, behob den Bescheid vom 18. Mai 2021 ersatzlos und sprach aus, dass die Bestimmungen des BUAG auf die Beschäftigungsverhältnisse von



BM und MR nicht anzuwenden gewesen seien. Das Verwaltungsgericht erklärte die Revision im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG für zulässig.

- 3 Das Verwaltungsgericht stützte sein Erkenntnis auf folgende Feststellungen:
- 4 Die mitbeteiligte Partei (T GmbH) verfüge seit 11. März 2011 über eine aufrechte Gewerbeberechtigung für das reglementierte Gewerbe „Gas- und Sanitärtechnik“ sowie für das Handelsgewerbe. Von 11. März 2011 bis 12. Dezember 2018 habe sie des Weiteren über die Gewerbeberechtigung für das reglementierte Gewerbe „Heizungstechnik, Lüftungstechnik“ verfügt. Geschäftsführer dieser Unternehmen sei TS.
- 5 Die mitbeteiligte Partei gliedere ihr Unternehmen in zwei Bereiche, den Zweig B (Anm: mit einer vom deutschen Wort „Bad“ abgeleiteten Bezeichnung) und den Zweig F (Anm: mit einer vom englischen Wort „Fire“ abgeleiteten Bezeichnung). Der Zweig F biete Leistungen im Bereich der Beratung, des Verkaufs und der Montage von Kamin-, Pellets- und Küchenöfen, sowie Kaminanlagen an. Unter demselben Wortlaut (und auf derselben Internetseite) werde im Internet für die Planung und die Montage von Kachelöfen geworben.
- 6 TS sei auch Geschäftsführer der K GmbH am selben Standort, welche über eine Gewerbeberechtigung für das reglementierte Gewerbe „Hafner“ verfüge.
- 7 Der Arbeitnehmer MR und (bis 3. Juni 2017) der Arbeitnehmer BM seien für die mitbeteiligte Partei als Monteure beschäftigt gewesen. In dieser Eigenschaft hätten sie überwiegend (Kamin-)Öfen, welche über fertige Brennräume verfügt hätten, vor Ort beim Kunden montiert. Sie hätten in ihrer Tätigkeit keine Kachelöfen mit deren Brennräumen geplant oder nach diesen Plänen vor Ort aufgebaut. Es seien ausschließlich Öfen mit fertigen Brennräumen bei Kunden montiert worden.
- 8 Die Kunden hätten die Öfen bei der mitbeteiligten Partei bestellt, welche diese angepasst an die individuellen Wünsche der Kunden bei den Herstellerunternehmen angefordert habe. Die beiden Arbeitnehmer hätten



sodann diese individualisierten (Kamin-)Öfen geliefert und diese vor Ort nach vorgegebenen Montageplänen montiert.

- 9 Die Arbeitnehmer seien nicht bzw. nur im stark untergeordneten Umfang bei der Herstellung von Kachelöfen mit Hilfsarbeiten beschäftigt gewesen.
- 10 Im Rahmen seiner rechtlichen Beurteilung führte das Verwaltungsgericht dazu aus:
- 11 Es sei die Rechtsfrage zu beurteilen, ob die beiden Arbeitnehmer aufgrund ihrer konkreten Tätigkeiten unter den Anwendungsbereich des BUAG (konkret des § 2 Abs. 1 lit. d leg. cit.) fielen und ihre Tätigkeit damit als „Hafnertätigkeit“ anzusehen sei, ob sie einem Spezialbetrieb im Sinne des § 2 Abs. 1 lit. g leg. cit. zuzurechnen seien, oder ob ein Mischbetrieb im Sinne des § 3 BUAG vorliege.
- 12 Zur Frage des Vorliegens eines Hafnerbetriebs im Sinn des § 2 Abs. 1 lit. d BUAG sei auszuführen, dass der reine Wortlaut der Gewerbeberechtigung für sich genommen kein entscheidungswesentliches Kriterium für die Einordnung eines Betriebes als BUAG-pflichtig bilde (Hinweis auf VwGH 20.9.2000, 97/08/0461). Die Gewerbeberechtigung der mitbeteiligten Partei für das Handelsgewerbe könne daher im ersten Schritt keine wesentlichen Anhaltspunkte für die Frage der Anwendbarkeit des BUAG liefern. Vielmehr sei auf die tatsächliche Tätigkeit der betroffenen Arbeitnehmer abzustellen, hier also konkret die Montage von (Kamin-)Öfen und deren individuelle Anpassung im äußeren Erscheinungsbild nach Kundenwünschen.
- 13 Es sei zu prüfen, ob es sich dabei um Hafnertätigkeiten handle. Aus der Ausbildungsordnung des Lehrberufs eines Hafners bzw. einer Hafnerin ergebe sich, dass zu den Tätigkeitsfeldern eines Hafners das Planen und Berechnen von Brennräumen zähle, sowie die Herstellung der darauf beruhenden Öfen und Heizungsanlagen. Als „wesentliches Element“ sei damit aber nicht nur der Anschluss und die äußere Ummantelung von fertig erzeugten Brennräumen, sondern auch die individuelle Erstellung dieses Brennraumes anzusehen. Die Arbeitnehmer hätten daher, wie das Beweisverfahren gezeigt habe, keine



Hafnertätigkeiten ausgeübt. Auch hätten sie für diesen Bereich keine Hilfstätigkeiten im beachtlichen Umfang ausgeübt. Vielmehr sei ihre Haupttätigkeit in der Montage und dem Anschluss handelsüblicher und fertiger (Kamin-)Öfen gelegen.

- 14 Der Begriff des „Hafnerbetriebs“ sei bereits im Vorgängergesetz des BUAG, dem Bauarbeiter-Urlaubsgesetz 1972 (BGBl. Nr. 414/1972) verwendet und sodann bei der Novelle und Umbenennung in Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetz (BGBl. Nr. 618/1987) übernommen worden. Das BUAG sei im Laufe der Jahre Gegenstand unzähliger Novellierungen gewesen, sodass den Ausführungen der revisionswerbenden Partei, wonach der Begriff des „Hafners“ einer modernen Interpretation zu unterziehen sei und damit auch die Installation und Gestaltung von Kaminöfen umfasse, der Einwand entgegenstehe, dass dies der Gesetzgeber gerade nicht in dieser Form klargestellt habe. Allein der Umstand, dass das Tätigkeitsfeld für das Hafnergewerbe aufgrund mangelnder Nachfrage immer weiter zurückgehe und durch die Möglichkeit der Installation konventioneller Öfen verdrängt werde, könne nicht „reflexlogisch“ zu einer Ausdehnung des Begriffes „Hafner“ führen, um damit die Geschäftszweige, die das Handwerk möglicherweise ersetzen, ebenfalls unter den Anwendungsbereich des BUAG zu subsumieren. Hierzu wäre vielmehr eine gesetzliche Klarstellung erforderlich, dies etwa auch deshalb, weil etwa auch dem Gewerbe „Heizungstechnik“ eine explizite Berechtigung zum Anschluss von Öfen zukomme (Hinweis auf § 2 Abs. 2 Z 6 der Installations- und Gebäudetechnik-Ausbildungsordnung). Eine Ausdehnung des Begriffes „Hafner“ auf diesen Bereich wäre daher auch unter dem Gesichtspunkt zu betrachten, dass Heizungstechnik-Betriebe (wie auch der gesamte Bereich der Gas-, Wasser- und Heizungsinstallateure) nicht vom Anwendungsbereich des BUAG umfasst seien (Hinweis auf VwGH 20.9.2000, 97/08/0461, wonach allein durch die Umbenennung eines Gewerbes der Anwendungsbereich des BUAG nicht automatisch erweitert werde, sondern vielmehr der konkrete Tätigkeitsbereich zu betrachten sei).



- 15 In einem ersten Schritt sei daher festzuhalten, dass die betroffenen Arbeitnehmer nicht in einem Hafnerbetrieb im Sinne des § 2 Abs. 1 lit. d BUAG tätig gewesen seien.
- 16 In weiterer Folge stellte das Verwaltungsgericht Überlegungen zum Vorliegen eines Spezialbetriebs im Sinne des § 2 Abs. 1 lit. g BUAG an. Vom Vorliegen eines Spezialbetriebes sei dann auszugeben, wenn nicht alle Tätigkeiten einer gewissen Betriebsart (hier etwa: eines Hafnerbetriebes) von einem Unternehmen erbracht werden, aber einzelne Leistungen, die typischer Weise auch von dieser Betriebsart umfasst seien. Gleichzeitig könnten solche Leistungen auch von anderen Betriebsarten erbracht werden, die nicht dem BUAG unterlägen (Hinweis auf *Wiesinger*, BUAG² [2021] § 2 BUAG Rz 48). Zur Frage der Einordnung der mitbeteiligten Partei als solcher Spezialbetrieb sei zu erwägen, dass sie (neben anderen) eine einzelne Leistung anbiete, die auch von einem Hafnerbetrieb durchgeführt werden könne. Auf die Anmeldung des Gewerbes komme es (wie ausgeführt) bei Prüfung der Spezialbetriebseigenschaft nicht an (Hinweis auf VwGH 15.5.2013, 2010/08/0208). Es sei davon auszugehen, dass für Hafnerbetriebe bzw. deren Fachkräfte die Außengestaltung von Kachelöfen eine der Haupttätigkeiten darstelle (Hinweis auf § 2 Z 3 Hafner/in-Ausbildungsordnung). Sofern daher, wie festgestellt, die hauptsächliche Tätigkeit der beiden Arbeitnehmer die Aufstellung von Öfen und deren individuelle äußere Anpassung an Kundenwünsche sei, sei daher zu prüfen, ob durch diese eigenständige Tätigkeit, nämlich die Verkleidung und Außengestaltung von Brennzellen, von einer Spezialtätigkeit des Hafnergewerbes gesprochen werden könne. Wenn die Spezialtätigkeit im Sinn des § 2 Abs. 1 lit. g BUAG in organisatorischem Zusammenhang mit anderen Tätigkeiten außerhalb des BUAG ausgeübt werde, sei ein solcher Betrieb nicht als Spezialbetrieb zu qualifizieren (Hinweis auf VwGH 30.1.2018, Ra 2017/08/0018).
- 17 Umgelegt auf den gegenständlichen Fall müsse die mitbeteiligte Partei daher ausschließlich Spezialtätigkeiten im Sinne des § 2 Abs. 1 lit. g BUAG ausüben, um unter diese Bestimmung des BUAG zu fallen. Wie die Feststellungen zeigten, stelle jedoch die Montage der nach individuellen Anforderungen von





Kunden gelieferten Kaminöfen („Sets“) einen Teil des Handelsgewerbes der mitbeteiligten Partei dar. Es könne daher nicht vom Vorliegen eines Spezialbetriebes im Sinne des § 2 Abs. 1 lit. g BUAG ausgegangen werden.

- 18 In weiterer Folge ging das Verwaltungsgericht auf die Frage des Vorliegens eines Mischbetriebs im Sinn des § 3 BUAG ein. Würden in einem Betrieb auch andere, nicht dem BUAG unterfallende Tätigkeiten verrichtet, so unterliege er nur nach Maßgabe des § 3 leg. cit. diesem Gesetz, das heißt (sehe man von den Spezialregelungen des § 3 Abs. 4 bis 6 BUAG ab) hinsichtlich einer organisatorisch getrennten Abteilung, in der die dem BUAG unterfallenden Tätigkeiten verrichtet würden, oder - in Ermangelung einer organisatorischen Trennung - hinsichtlich der Arbeitnehmer, die überwiegend solche Tätigkeiten verrichteten (Hinweis auf VwGH 30.1.2018, Ra 2017/08/0018).
- 19 Anders als bei „normalen“ Betrieben nach dem BUAG sei es bei einem organisatorisch nicht geteilten Mischbetrieb nicht fraglich, welche Tätigkeiten der Betrieb anbiete, um die Qualifizierung seiner Arbeitnehmer als BUAG-pflichtig vorzunehmen, sondern vielmehr, welche Tätigkeiten die einzelnen Arbeitnehmer tatsächlich ausübten, unabhängig davon, welche sonstigen Leistungen vom Betrieb darüber hinaus erbracht würden. Bei Mischbetrieben sei es daher möglich, dass ein Teil der Arbeitnehmer dem BUAG unterliege, der andere Teil jedoch nicht, je nach tatsächlich ausgeübter Tätigkeit.
- 20 Die Frage der Ausübung der Nebenrechte durch den Gewerbetreibenden im Sinne des § 32 GewO 1994 sei insofern relevant, als ein Gewerbetreibender, der eine mögliche dem BUAG unterliegende Tätigkeit im Rahmen seines Nebenrechts ausübe, nicht automatisch für diese Tätigkeiten dem BUAG unterliege, weil es ansonsten zu einer Ausweitung des Anwendungsbereichs des BUAG auf sämtliche (dem Anwendungsbereich des § 2 BUAG gerade nicht unterfallenden) Branchen kommen könne (Hinweis auf VwGH 27.11.2014, Ro 2014/08/0071). Der hier zu beurteilende Handelsbetrieb u.a. mit Kaminöfen biete als Leistung auch die Montage und individuelle Anpassung der bereits bestellten Öfen vor Ort an. Fraglich sei hierbei wiederum, ob die Tätigkeit der Anpassung vor Ort als Hafnertätigkeit



anzusehen sei, welche über das Nebenrecht der Montage von verkaufter Ware (§ 32 Abs. 1 Z 6 GewO 1994) hinausgehend anzusehen sei. Dass einzelne Arbeitnehmer ausschließlich mit (auch) dem BUAG zuzurechnenden Arbeiten betraut seien, reiche nicht aus, um automatisch auf einen Spezialbetrieb innerhalb eines Mischbetriebes zu schließen, der dem BUAG unterliege (Hinweis auf VwGH 30.1.2018, Ra 2017/08/0018).

- 21 Im vorliegenden Fall stelle sich zunächst die Frage, ob die Montage und die Anpassung an individuelle Kundenwünsche vor Ort vom Betrieb als selbständige Leistung am Markt erbracht werde. Davon sei nicht auszugehen, weil das Beweisverfahren ergeben habe, dass die Montage nach den zuvor individualisierten Kaminöfen als Teil des Kaufes angeboten werde. Es sei daher von der Ausübung des Nebenrechts des Handelsgewerbes auszugehen. Ob dieses von der mitbeteiligten Partei in einem gemäß der GewO 1994 zulässigen Ausmaß ausgeübt werde, sei nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens.
- 22 Da allein die individuelle Anpassung an Kundenwünsche (die bereits im Bestellvorgang des Kaminofens fixiert worden sei) nicht als „Hafnertätigkeit“ angesehen werden könne, sei auch nicht von einem Mischbetrieb auszugehen. Die beiden Arbeitnehmer würden damit nicht dem Anwendungsbereich des BUAG unterliegen und die sie betreffenden Rückstandsausweise seien daher nicht zu Recht ergangen.
- 23 Den Ausspruch über die Zulassung der Revision begründete das Verwaltungsgericht damit, dass keine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes vorhanden sei, „die sich mit der Frage, ob es sich bei der Montage und Anpassung nach individualisierten Kundenwünschen von (Kamin-)Öfen um eine Spezialtätigkeit des Hafnergewerbes im Sinne des § 2 Abs. 1 lit. g BUAG handelt“.
- 24 Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die vorliegende ordentliche Revision der BUAK.
- 25 In dem vom Verwaltungsgericht durchgeführten Vorverfahren hat die mitbeteiligte Partei eine Revisionsbeantwortung erstattet.



- 26 Der Verwaltungsgerichtshof hat über die Revision erwogen:
- 27 Die revisionswerbende Partei schloss sich zur Begründung der Zulässigkeit ihrer Revision der Zulassungsbegründung des Verwaltungsgerichts an und brachte dazu - zusammengefasst - Folgendes ergänzend vor:
- 28 Es werde zu prüfen sein, ob die individuelle Planung, Beratung, Montage und der Aufbau von (Kamin-)Öfen im Rahmen eines Spezialbetriebs erbracht würden, der nicht alle Bereiche des Hafnergewerbes abdecke (nämlich z.B. nicht den Aufbau der Brennkammern vor Ort), wohl aber einen Großteil jener Leistungen, die ein Hafner typischerweise anbiete. Irrelevant sei dabei, ob die Tätigkeit (z.B. Anschluss an den Kamin) allenfalls auch von Betrieben ausgeübt werden könne, die nicht in den Geltungsbereich der Betriebe des § 2 Abs. 1 lit. a bis f bzw. Abs. 2 lit. a bis f BUAG fielen (Hinweis auf VwGH 15.5.2013, 2010/08/0208).
- 29 Die Revision hänge auch in sonstiger Hinsicht von Rechtsfragen grundsätzlicher Bedeutung ab. So habe das Verwaltungsgericht zwar eine Ausübung von Tätigkeiten der Betriebsart des Hafnergewerbes (Montage, individuelle Anpassung, Anschluss sowie Herstellung der - individuellen - Außengestaltung von [Kamin-]Öfen) durch die betreffenden Arbeitnehmer angenommen, den Anwendungsbereich des BUAG aber mit der Begründung verneint, dass dies für die mitbeteiligte Partei nur eine Ausübung von Nebenrechten iSd. § 32 GewO 1994 im Rahmen ihrer Gewerbeberechtigungen für ansonsten nicht BUAG-pflichtige Tätigkeiten darstelle (konkret habe das Verwaltungsgericht auf die Gewerbeberechtigung für Heizungstechnik und für den Handel verwiesen, ohne jedoch eine eindeutige Zuordnung zum einen oder anderen Gewerbe vorzunehmen). Zu klären sei, ob darin eine „missbräuchliche Ausnutzung“ der Regelung des § 32 GewO 1994 liege. Ob die Montage und Außengestaltung nach individuellen Kundenwünschen als Neben(rechts)tätigkeiten des Handelsgewerbes im Sinne von § 32 Abs. 1 Z 6 GewO 1994 qualifiziert werden könnten, sei zu hinterfragen.



- 30 In diesem Zusammenhang sei die Frage des Vorliegens eines Mischbetriebs und die Abgrenzung eines Mischbetriebs von der Ausübung der Tätigkeiten auf Basis eines „vermeintlichen aus einer oder mehreren verschiedenen anderen Gewerbeberechtigungen erfließenden Nebenrechts“ zu klären. Mangels organisatorischer Trennung sei bei einem Mischbetrieb auf die jeweiligen Arbeitsverhältnisse abzustellen. Die Arbeitnehmer hätten ausschließlich Tätigkeiten ausgeübt, die in keinem Zusammenhang mit dem Verkauf und dem Einkauf der (Kamin-)Öfen stünden, sondern dem Gewerbe der Hafner, Platten- und Fliesenleger zuzuordnen seien.
- 31 Die Revision erweist sich vor dem Hintergrund dieser Rechtsfragen als zulässig im Sinn des Art. 133 Abs. 4 B-VG. Sie ist auch begründet.
- 32 Voranzustellen ist, dass die Feststellungen des angefochtenen Erkenntnisses zunächst nicht widerspruchsfrei zu sein scheinen. Zum einen findet sich darin nämlich die Feststellung, dass die Arbeitnehmer überwiegend Kaminöfen vor Ort beim Kunden montiert hätten, jedoch „keine Kachelöfen mit deren Brennräume [sic] geplant oder nach diesen Plänen vor Ort aufgebaut“ hätten, und es seien „ausschließlich Öfen mit fertigen Brennräumen beim Kunden montiert“ worden. Zum anderen wurde aber auch festgestellt: „Die Arbeitnehmer waren nicht bzw. nur im stark untergeordnetem Umfang bei der Herstellung von Kachelöfen mit Hilfsarbeiten beschäftigt.“ (Hervorhebung durch den Verwaltungsgerichtshof). Zu dieser Feststellung führte das Verwaltungsgericht in seiner Beweiswürdigung an, dass der Arbeitnehmer MR in der Verhandlung angegeben habe, „maximal 5-10 % seiner Arbeitszeit bei der Setzung von Kachelöfen“ zu helfen, indem er „Material für die Hafner an Ort und Stelle bringe, ohne direkt mit Hafnertätigkeit beschäftigt zu sein“. Der scheinbare Widerspruch löst sich insofern auf, als das Verwaltungsgericht erkennbar wohl davon ausgegangen ist, dass die Arbeitnehmer in Bezug auf die Setzung von Kachelöfen nicht selbst beim Aufbau vor Ort eingesetzt gewesen seien, sondern nur mit der Lieferung von Material für die von einem anderen Betrieb (wohl jenem der GmbH am gleichen Standort der mitbeteiligten Partei und mit dem gleichen Geschäftsführer, welche die Gewerbeberechtigung für das Gewerbe „Hafner“ innehat) erbrachten Leistungen. Strittig war daher, ob



die - von der (im Verfahren unstrittig) eine Kerntätigkeit des Hafnergewerbes bildenden Tätigkeit des Ofensetzens zu unterscheidenden - sonstigen Tätigkeiten, wie das Montieren von Kaminöfen nach individuellen Kundenwünschen einer Tätigkeit der Betriebsart „Hafnerbetriebe“ im Sinn des § 2 Abs. 1 lit. g BUAG zuzuordnen sind.

33 Wie von der revisionswerbenden Partei zutreffend aufgezeigt, hat das Verwaltungsgericht in einem Teil seiner Begründung angenommen (oder zumindest die Möglichkeit in den Raum gestellt), dass die Qualifikation der von den in Rede stehenden Arbeitnehmern für die mitbeteiligte Partei verrichteten Tätigkeiten als Hafnertätigkeiten in Frage komme. Denn es hat ausgehend von einer solchen Prämisse, dh. dass „die Tätigkeit der Anpassung vor Ort als Hafnertätigkeit anzusehen“ sei, näher untersucht, ob diese „über das Nebenrecht der Montage von verkaufter Ware“ (Hinweis auf § 32 Abs. 1 Z 6 GewO 1994) hinausgehe. Das Verwaltungsgericht hat dies verneint und dazu im Weiteren ausgeführt, dass „die Montage nach den zuvor individualisierten Kaminöfen als Teil des Kaufes“ angeboten werde, weshalb „gegenständlich“ von der Ausübung des Nebenrechts des Handelsgewerbes auszugehen sei. Dass einzelne Arbeitnehmer - so das Verwaltungsgericht unter Hinweis auf das hg. Erkenntnis vom 30. Jänner 2018, Ra 2017/08/0018 - „mit (auch) dem BUAG unterliegenden Arbeiten betraut sind“, reiche nicht aus, um „automatisch“ auf einen Spezialbetrieb innerhalb eines Mischbetriebs zu schließen.

34 Mit diesen Ansätzen seiner Begründung entfernt sich das Verwaltungsgericht von der Rechtslage und missversteht den Inhalt der relevanten Passage (nämlich der Rn. 23) des zitierten Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofes. Diese lautete:

„Nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut liegt ein Spezialbetrieb im Sinn des § 2 Abs. 1 lit. g BUAG immer dann vor, wenn Tätigkeiten verrichtet werden, die ihrer Art nach in den Tätigkeitsbereich der Betriebe nach lit. a bis f fallen, wobei es nicht schadet, wenn die Tätigkeit auch von Betrieben ausgeübt wird, die nicht in den Geltungsbereich nach lit. a bis f fallen. Verspachtelungs- bzw. Spachtelarbeiten sind solche Tätigkeiten. Werden sie in einem Betrieb ausschließlich verrichtet, so unterliegt dieser Betrieb insgesamt dem BUAG.“



Werden im Betrieb auch andere, nicht dem BUAG unterfallende Tätigkeiten verrichtet, so unterliegt er nur nach Maßgabe von dessen § 3 dem BUAG, das heißt (sieht man von den Spezialregelungen des § 3 Abs. 4 bis 6 BUAG ab) hinsichtlich einer organisatorisch getrennten Abteilung, in der die dem BUAG unterfallenden Tätigkeiten verrichtet werden, oder - in Ermangelung einer organisatorischen Trennung - hinsichtlich der Arbeitnehmer, die überwiegend solche Tätigkeiten verrichten. Sind hinsichtlich der Spezialtätigkeiten im Sinn des § 2 Abs. 1 lit. g BUAG weder organisatorisch getrennte Abteilungen noch überwiegend damit befasste Arbeitnehmer vorhanden, so unterliegt der Betrieb (sofern nicht sonstige unter das BUAG fallende Tätigkeiten ausgeübt werden) insgesamt nicht dem BUAG. Mit anderen Worten: Ein Maler- und Anstreicherbetrieb, in dem es weder organisatorisch getrennte Abteilungen für Spachtelarbeiten noch überwiegend mit dieser Tätigkeit beschäftigte Arbeitnehmer gibt, unterfällt nicht dem BUAG, auch wenn solche Tätigkeiten (als Teil des Maler- und Anstreichergewerbes) tatsächlich durchgeführt werden. In diesem Sinn ist nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes die zitierte, auf ‚Verspachtelungsarbeiten in Zusammenhang mit Malerarbeiten‘ bezogene Aussage in den Erläuterungen 1221 BlgNR 24. GP zu verstehen.“

35 Die Aussage, dass ungeachtet einer tatsächlichen Verrichtung von dem BUAG unterfallenden Tätigkeiten durch einzelne Arbeitnehmer eines organisatorisch nicht geteilten Betriebs dieser Betrieb nicht (auch nicht als Mischbetrieb) dem BUAG unterliegt, hat der Verwaltungsgerichtshof im zitierten Erkenntnis somit nur auf den Fall bezogen, dass die betreffenden Arbeitnehmer mit dieser Tätigkeit (gemessen an ihren sonstigen Tätigkeiten) nicht überwiegend beschäftigt sind. Ein derartiger Fall lag aber nicht vor, weil den Feststellungen zufolge die von der mitbeteiligten Partei als Monteure beschäftigten Arbeitnehmer BM und MR „überwiegend (Kamin-)Öfen, welche über fertige Brennräume verfügen, vor Ort beim Kunden montiert“ hätten.

36 Ob die Verrichtung der soeben genannten Tätigkeiten durch die Mitbeteiligte (bzw. ihre Arbeitnehmer) unter die Ausübung von Nebenrechten gemäß § 32 GewO 1994 auf Grund von Gewerbeberechtigungen für nicht dem BUAG unterliegende Tätigkeiten (hier: Handelsgewerbe bzw. Gewerbe Heizungstechnik) fällt bzw. - was das Verwaltungsgericht fallbezogen verneinte - „über das Nebenrecht der Montage von verkaufter Ware (§ 32 Abs. 1 Z 6 GewO 1994) hinausgehend“ ist, ist für die Frage der Subsumtion einer Ausübung dieser Tätigkeiten unter die Betriebsart der „Hafnerbetriebe“



im Sinn des § 2 Abs. 1 lit. d (bzw. § 2 Abs. 2 lit. d) BUAG nicht relevant: Der Verwaltungsgerichtshof hat im Erkenntnis vom 27. November 2014, Ro 2014/08/0071, bereits ausgeführt, dass es darauf ankommt, ob die betreffenden Arbeiten ihrer Art nach (gemessen an einer gewerblichen Befugnis, sie auszuüben) in einen Tätigkeitsbereich der Betriebe iSd. § 2 BUAG fallen würden. Demgegenüber reicht es nicht aus, dass Arbeiten, die nicht in den Tätigkeitsbereich eines der in § 2 BUAG genannten Betriebe fallen würden, unter dem Titel der Ausübung eines Nebenrechts (§ 32 GewO 1994) aus einer einer der Betriebsarten des § 2 BUAG entsprechenden Gewerbeberechtigung ausgeübt werden. Letzteres folgt - so der Verwaltungsgerichtshof im zitierten Erkenntnis - schon aus der Überlegung, dass sich die Nebenrechte iSd. § 32 GewO 1994 grundsätzlich auf alle anderen Gewerbe beziehen und deren Berücksichtigung zu einer unbegrenzten Ausweitung des Anwendungsbereiches des BUAG bzw. jener Tätigkeiten führen würde, die ihrer Art nach in den Tätigkeitsbereich der Betriebe nach § 2 BUAG fallen würden.

37 Umgekehrt entspricht es diesem Gedanken aber auch, dass der bloße Umstand, dass sich eine Tätigkeit für einen Betriebsinhaber in gewerberechtlicher Hinsicht als Inanspruchnahme seines aus einer - auf andere als die von § 2 BUAG erfassten Tätigkeiten bezogenen - Gewerbeberechtigung abgeleiteten Nebenrechts darstellt (bzw. in den Worten des Verwaltungsgerichts: darüber „nicht hinausgeht“), eine Beurteilung, ob diese Tätigkeit ihrer Art nach in den Tätigkeitsbereich der Betriebe nach § 2 BUAG fällt, nicht erübrigt.

38 Es trifft daher zwar zu, dass - wie das Verwaltungsgericht ausführt - die Qualifikation der Tätigkeit als Ausübung eines Nebenrechts der Gewerbeberechtigung „nicht automatisch“ dazu führt, dass das betreffende Unternehmen „für diese Tätigkeiten dem BUAG unterliegt“, umgekehrt folgt daraus aber auch nicht, dass dieser Umstand einer Zuordnung zu einem Tätigkeitsbereich der Betriebe nach § 2 BUAG entgegenstünde.

39 Ein Abstellen auf konkrete, einem Betrieb(sinhaber) aus gewerberechtlicher Sicht allenfalls zustehende Nebenrechte und deren konkreten Umfang scheidet



auch deswegen aus, weil das BUAG schon grundsätzlich eine Anknüpfung an das Gewerberecht nur zum Zweck der Begriffsbildung und der Umschreibung des Umfangs der im Gesetz normierten Betriebsarten vornimmt, wohingegen es auf die Existenz und den Umfang vorhandener Gewerbeberechtigungen des Arbeitgebers im jeweiligen Fall nicht ankommt (vgl. zum Abstellen auf „Betriebsarten“, unabhängig vom Bestehen einer entsprechenden Gewerbeberechtigung, sowie zur Entwicklung der Rechtslage VwGH 20.9.2000, 97/08/0461). So geht der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass es für die Zugehörigkeit zum BUAG seit dem Bauarbeiter-Urlaubsgesetz 1972, BGBl. Nr. 414/1972, nicht (mehr) darauf ankommt, ob eine entsprechende Gewerbeberechtigung vorliegt. Entscheidend ist vielmehr, ob die in einem konkreten Betrieb ausgeübte Tätigkeit in den Tätigkeitsbereich einer der im § 2 BUAG aufgezählten Betriebsarten fällt (VwGH 9.6.2020, Ra 2016/08/0005, mwN).

40 Aus diesem Grund musste im Übrigen auf die näheren Überlegungen der revisionswerbenden Partei dazu, aufgrund welcher der beiden Gewerbeberechtigungen der mitbeteiligten Partei die hier strittige Tätigkeit im Rahmen der Ausübung als Nebenrecht iSd. § 32 GewO 1994 allenfalls berechtigt wäre (und, dass die Vorgangsweise des Verwaltungsgerichts diese Zuordnung nicht oder nicht richtig vorgenommen habe bzw. unzulässigerweise auf eine Aufteilung zwischen Nebenrechten des einen und Nebenrechten des anderen Gewerbes hinausliefe) nicht weiter eingegangen werden.

41 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 (vgl. *Wiesinger*, BUAG² § 2 Rz 14 [2021], mwN; VwGH 9.6.2020, Ra 2016/08/0005), 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 im Sinn des BUAG (VwGH 22.3.2022, Ra 2020/08/0118).

- 42 Soweit das Verwaltungsgericht in seiner Begründung, bezugnehmend auf die Betriebsart eines Hafnerbetriebs, „wesentliche Elemente“ der Tätigkeiten herausgreift (wie hier: die „individuelle Erstellung eines Brennraums“) und damit offenbar impliziert, dass ein Betrieb, wenn er nur sonstige einem Hafnerbetrieb zuordenbare (aber nicht die nach seinem Verständnis als „wesentlich“ bezeichneten) Tätigkeiten verrichtet, vom Anwendungsbereich des BUAG nicht erfasst wäre, entspricht dies daher nicht der Rechtslage.
- 43 Allein der Umstand, dass die Tätigkeit der Arbeitnehmer der mitbeteiligten Partei nicht auch den vom Verwaltungsgericht als „wesentliches Element“ eines Hafnerbetriebs identifizierten Vorgang der Erstellung eines Brennraumes umfasste, vermochte eine Zuordnung der von diesen Arbeitnehmern verrichteten Tätigkeiten zur Betriebsart „Hafnerbetriebe“ (§ 2 Abs. 1 lit. d BUAG) daher ebensowenig auszuschließen wie die Einstufung der Tätigkeiten als Ausübung eines Nebenrechts iSd. § 32 GewO 1994 (s. dazu das bereits zuvor Ausgeführte) durch die mitbeteiligte Partei. Die weiteren in diesem Zusammenhang angestellten Überlegungen des Verwaltungsgerichts, dass der Gesetzgeber nicht „klargestellt“ habe, dass auch die Installation und Gestaltung von Kaminöfen in den Tätigkeitsbereich von Hafnerbetrieben falle, entbinden das Verwaltungsgericht nicht davon, diese Klärung und Subsumtion selbst vorzunehmen.
- 44 Das Verwaltungsgericht hat im angefochtenen Erkenntnis zwar auf die Hafner/in-Ausbildungsordnung Bezug genommen, jedoch keine abschließende Aussage zum Umfang der Betriebsart „Hafnerbetriebe“ iSd. § 2 Abs. 1 lit. d BUAG und zur Einordnung der hier strittigen Tätigkeiten in diesen Umfang getroffen. Es wäre vom Verwaltungsgericht auf Grundlage seiner in einem ordnungsgemäß durchgeführten Ermittlungsverfahren getroffenen Feststellungen zu prüfen gewesen, ob die strittigen, von den fraglichen Arbeitnehmern der mitbeteiligten Partei verrichteten Arbeiten in den Tätigkeitsbereich eines Betriebs im Sinne des § 2 Abs. 1 (hier in Betracht kommend: lit. d) BUAG fallen, und zwar gemessen an der gewerblichen



Befugnis dieser Betriebe (vgl. VwGH 25.3.2022, Ra 2019/08/0112). Zur Beurteilung des Umfangs einer Gewerbeberechtigung sind nach dem zweiten Satz des § 29 GewO 1994 im Zweifelsfall (u.a.) die in den beteiligten gewerblichen Kreisen bestehenden Anschauungen und Vereinbarungen heranzuziehen (vgl. auch dazu sowie zu den diesbezüglichen Ermittlungspflichten VwGH 25.3.2022, Ra 2019/08/0112, mit Hinweis auf VwGH 22.6.2011, 2007/04/0198; im Revisionsfall kommt z.B. auch die Bedachtnahme auf die einschlägige Meisterprüfungsordnung oder ähnliche historische Nachweise über die den Gewerbeumfang betreffenden Anschauungen in Betracht). Ohne vorherige ordnungsgemäße und vollständige Vornahme dieses Ermittlungs- und Subsumtionsvorgangs verbietet sich auch die vom Verwaltungsgericht getroffene Einschätzung, dass es sich bei einer Unterstellung der hier zu beurteilenden Tätigkeiten unter die Betriebsart „Hafnerbetriebe“ um eine unzulässige „Ausdehnung“ dieses Begriffes handeln würde. Der vom Verwaltungsgericht ins Treffen geführte Umstand, dass auch Betriebe wie jene mit einer Gewerbeberechtigung für das Gewerbe „Heizungstechnik“ (welches keiner dem BUAG unterliegenden Betriebsart entspricht) eine Berechtigung zum Anschluss von Öfen hätten, lässt keinen Rückschluss darauf zu, ob die im Revisionsfall strittigen Tätigkeiten der Betriebsart „Hafnerbetrieb“ zuzurechnen sind, weil der Umstand, dass die Tätigkeit allenfalls daneben auch aus einer anderen Betriebsart außerhalb des BUAG ableitbar ist, die Qualifikation als Spezialbetrieb im Sinn des BUAG nicht hindert (VwGH 29.1.2020, Ra 2018/08/0234; 22.2.2022, Ra 2020/08/0118).

- 45 Die dem angefochtenen Erkenntnis zugrunde liegende Beurteilung ist mit diesen Vorgaben nicht vereinbar und belastet dieses daher mit Rechtswidrigkeit des Inhalts.
- 46 Das angefochtene Erkenntnis war daher gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben.
- 47 Von der Durchführung der in der Revision beantragten Verhandlung vor dem Verwaltungsgerichtshof konnte gemäß § 39 Abs. 2 Z 4 und 6 VwGG abgesehen werden.





48 Die Entscheidung über den Aufwandersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG iVm der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2014.

W i e n , am 15. Oktober 2025

