

**Gericht**

Verwaltungsgerichtshof

**Entscheidungsdatum**

15.05.2013

**Geschäftszahl**

2010/08/0208

**Betreff**

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Waldstätten und die Hofräte Dr. Strohmayer, Dr. Lehofer und MMag. Maislinger als Richter sowie die Hofrätin Dr. Julcher als Richterin, im Beisein des Schriftführers Mag. Berthou, über die Beschwerde der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse in Wien, vertreten durch die Dr. Gustav Teicht, Dr. Gerhard Jöchel Kommandit-Partnerschaft in 1010 Wien, Rathausstraße 19/DG/53, gegen den Bescheid des Landeshauptmannes von Oberösterreich vom 31. August 2010, Zl. Ge(Wi)-600224/5-2010- Ng/Hof, betreffend Zuschläge nach dem BUAG (mitbeteiligte Partei: G F in S), zu Recht erkannt:

**Spruch**

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat der beschwerdeführenden Partei Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.326,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

**Begründung**

Mit vier Berichtigungsanzeigen vom 7. April 2010 (Belege 5, 6, 7 und 8) schrieb die beschwerdeführende Kasse dem Mitbeteiligten für drei Arbeitnehmer für den Sachbereich Urlaub Zuschläge (für in den Anzeigen näher angeführte Zeiträume von August 2005 bis Februar 2010) in der Höhe von insgesamt EUR 43.274,28 vor.

Mit Eingabe vom 15. April 2010 beantragte der Mitbeteiligte die Berichtigung dieser Vorschriftung gemäß § 27 Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetz (BUAG) dahin, dass die vorgeschriebenen Beiträge ersatzlos gestrichen würden. Strittig sei die "BUAG-Pflicht" von drei Dienstnehmern. Diese Dienstnehmer übten ausschließlich die Tätigkeit des "Verspachtelns" aus; diese Tätigkeit falle in den Berechtigungsumfang des Maler- und Anstreicherhandwerks und sei demnach nicht "BUAG-pflichtig".

Die beschwerdeführende Kasse lehnte diesen Antrag mit Schreiben vom 26. April 2010 ab.

Mit Eingabe vom 5. Mai 2010 beantragte der Mitbeteiligte die bescheidmäßige Erledigung gemäß § 27 Abs. 3 BUAG. Der Rechtsstreit bestehe darüber, ob Mitarbeiter, die ausschließlich Verspachtelungsarbeiten ausführen, der Beitragspflicht nach dem BUAG unterlägen.

Die Bezirkshauptmannschaft S gab diesem Antrag mit Bescheid vom 25. Mai 2010 Folge und stornierte die Berichtigungsanzeigen der beschwerdeführenden Kasse (Belege Nr. 5, 6, 7 und 8 vom 7. April 2010).

Begründend führte die Bezirkshauptmannschaft aus, es gebe daran keine Zweifel, dass das Recht zur Durchführung von Verspachtelungen sowohl den Malern und Anstreichern als auch den Stuckateuren und Trockenausbauern zustehe. Aus diesen beiden Gewerben habe sich in den letzten Jahren eine eigene Sparte herauskristallisiert, welche sich ausschließlich auf Verspachtelungen spezialisiert habe. Bei dieser Tätigkeit handle es sich um ein freies Gewerbe gemäß § 5 Abs. 2 GewO 1994, für welches kein Befähigungsnachweis zu erbringen sei. Der Mitbeteiligte besitze Gewerbeberechtigungen für die Gewerbe "Stuckateure und Trockenausbauer, eingeschränkt auf die Montage von Mineralfaser- und Gipskartondecken sowie von nichttragenden Gipskartonständern" sowie "Verspachteln von Decken und Wänden". Bei seinem Unternehmen handle es sich um einen Mischbetrieb, in dem keine organisatorische Trennung in Betriebsabteilungen bestehe. In diesem Betrieb gebe es aber Arbeitnehmer, welche überwiegend Montagetätigkeiten im Trockenausbauergewerbe ausübten, und andere, welche ausschließlich Verspachtelungsarbeiten ausführen. Während die erstgenannten Arbeitnehmer auch den Bestimmungen des BUAG unterlägen, seien die anderen nur nach dem ASVG versichert. Diese unterschiedliche Einreihung sei zu Recht erfolgt, weil das Gewerbe "Verspachtelung" in die Landesinnung der Maler und Tapezierer Oberösterreich eingegliedert worden sei,

nachdem es zuvor bei der Landesinnung der Bauhilfsgewerbe angesiedelt gewesen sei. Auf Maler und Anstreicher finde das BUAG keine Anwendung, sofern die Arbeitnehmer nicht überwiegend Beschichtungen von Fassaden zum Zwecke der Wärmeisolierung anbrächten. Verspachtelungsunternehmen seien demnach auch keine Spezialbetriebe, die Tätigkeiten verrichteten, die ihrer Art nach in den Tätigkeitsbereich der Betriebe nach § 2 Abs. 1 lit. a bis f BUAG fallen würden. Die gesetzlichen Voraussetzungen für die beanstandeten Berichtigungsanzeigen lägen sohin nicht vor.

Die beschwerdeführende Kasse erhob gegen diesen Bescheid Berufung.

Mit dem angefochtenen Bescheid gab die belangte Behörde der Berufung keine Folge.

Begründend führte sie aus, das Recht zur Durchführung von Verspachtelungen stehe grundsätzlich sowohl den Malern und Anstreichern als auch den Stuckateuren und Trockenausbauern zu. Der Mitbeteiligte habe Gewerbeberechtigungen für die Gewerbe "Stuckateure und Trockenausbauer, eingeschränkt auf die Montage von Mineralfaser- und Gipskartondecken sowie von nichttragenden Gipskartonständern" sowie "Verspachteln von Decken und Wänden". Betriebe mit entsprechenden Gewerbeberechtigungen für Verspachtelungen seien organisatorisch der Landesinnung der Maler und Tapezierer Oberösterreich zugeordnet. Unstrittig sei, dass die drei verfahrensrelevanten Arbeitnehmer ausschließlich die Tätigkeit des Verspachtelns ausübten und nur in diesem Gewerbe tätig seien. Das Verspachtelungsgewerbe sei nicht als Spezialbereich des Stuckateur- und Trockenausbauergewerbes zu sehen. Vielmehr sei davon auszugehen, dass es sich um einen Spezialbereich handle, der in erster Linie dem Malergewerbe zuzuordnen sei. Der Mitbeteiligte besitze keine Gewerbeberechtigung für das reglementierte Gewerbe "Maler und Anstreicher" und übe somit kein klassisches Malergewerbe aus. Das in Rede stehende Verspachtelungsgewerbe sei als ein freies Gewerbe als Teilbereich des Malergewerbes zu sehen, das nicht zur Ausübung des gesamten Malergewerbes berechtigte. Das Verspachteln von Fugen und Plattenstößen könnte der Mitbeteiligte auch im Rahmen seines eingeschränkten Gewerbes Stuckateure und Trockenausbauer durchführen. Es sei daher davon auszugehen, dass er durch die Anmeldung des Verspachtelungsgewerbes im Wesentlichen Tätigkeiten ausüben wolle, die gerade nicht dem eingeschränkten Gewerbe der Stuckateure und Trockenausbauer zuzuordnen seien (allenfalls auch Arbeiten auf anderen Untergrundböden als Gipskartonwänden). Es gehe dabei um die Herstellung des für die Beschichtung durch den Maler geeigneten Untergrundes. Hinsichtlich dieses Gewerbes unterlägen der Betrieb des Mitbeteiligten und damit die drei verfahrensrelevanten Arbeitnehmer nicht dem BUAG.

Gegen diesen Bescheid wendet sich die vorliegende Beschwerde mit dem Antrag, ihn wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes und wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften kostenpflichtig aufzuheben.

Die belangte Behörde hat eine Gegenschrift erstattet, die Akten des Verwaltungsverfahrens vorgelegt und beantragt, die Beschwerde kostenpflichtig abzuweisen.

Der Mitbeteiligte hat eine Gegenschrift erstattet und beantragt, die Beschwerde wegen Unzuständigkeit als nicht zulässig zurückzuweisen oder die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

1. Die belangte Behörde verwies in ihrer Rechtsmittelbelehrung darauf, dass das Recht bestehe, gegen den angefochtenen Bescheid das Rechtsmittel der Berufung innerhalb von zwei Wochen zu ergreifen.

Die beschwerdeführende Kasse führt zur Zulässigkeit der Beschwerde aus, die Rechtsmittelbelehrung im angefochtenen Bescheid sei unrichtig. § 27 Abs. 3 letzter Satz BUAG verweise auf die sinngemäße Anwendung der Bestimmung des § 25 Abs. 7 BUAG. Demnach sei gegen die Entscheidung des Landeshauptmannes ein weiteres Rechtsmittel unzulässig, sofern nicht die Frage, ob ein bestimmtes Arbeitsverhältnis den Bestimmungen des BUAG unterliege, den Gegenstand des Verfahrens bilde (Hinweis auf das hg. Erkenntnis vom 23. September 1993, Zl. 93/09/0149). Da dieses Verfahren ausschließlich die Feststellung betreffe, ob der Betrieb des Mitbeteiligten den Bestimmungen des BUAG unterliege, sei lediglich ein zweigliedriger Instanzenzug gegeben.

Ergänzend ist darauf zu verweisen, dass die beschwerdeführende Kasse gegen den angefochtenen Bescheid auch - entsprechend der Rechtsmittelbelehrung im angefochtenen Bescheid -

Berufung gegen diesen Bescheid erhoben hat; darin verwies die beschwerdeführende Kasse insbesondere auch auf die Unzulässigkeit der Berufung. Mit Bescheid des Bundesministers für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz vom 27. November 2010 wurde diese Berufung wegen Unzuständigkeit zurückgewiesen.

Die Beschwerde ist zulässig.

Gemäß § 22 Abs. 5 BUAG (idF BGBl. I Nr. 104/2005) hat die Urlaubs- und Abfertigungskasse für den Zuschlagszeitraum die Zuschlagsleistungen auf Grund der Meldung des Arbeitgebers zu errechnen. Bei Nichteinhaltung der Meldepflicht kann die Urlaubs- und Abfertigungskasse die Zuschlagsleistungen des Arbeitgebers unter Zugrundelegung der letzten erstatteten Meldung oder auf Grund eigener Ermittlungen errechnen.

Beruhet die Vorschreibung der Zuschlagsleistung auf einer fehlerhaften Meldung des Arbeitgebers oder erfolgte die Vorschreibung gemäß § 22 Abs. 5 BUAG, so kann gemäß § 27 Abs. 1 BUAG (in der Fassung vor BGBl. I Nr. 51/2011) der Arbeitgeber bei der Urlaubs- und Abfertigungskasse die Berichtigung der Vorschreibung zu seinen Gunsten beantragen. Diese Berichtigung ist von der Urlaubs- und Abfertigungskasse nur unter der Voraussetzung vorzunehmen, dass sie die Richtigkeit der Einwendungen festgestellt hat und die zu berichtigende Zuschlagsleistung vor Einlangen des Antrages bei der Urlaubs- und Abfertigungskasse noch nicht einer Berechnung des Urlaubsentgeltes, der Abfindung oder der Abfertigung zugrunde gelegt wurde. Nach § 27 Abs. 3 BUAG kann der Arbeitgeber, wenn die Urlaubs- und Abfertigungskasse den Antrag ablehnt (oder sie den Antrag nicht binnen sechs Wochen erledigt), binnen zwei Wochen bei der zuständigen Bezirksverwaltungsbehörde die bescheidmäßige Erledigung seines Antrages binnen Monatsfrist begehren. Im Übrigen ist § 25 Abs. 7 BUAG sinngemäß anzuwenden.

§ 25 Abs. 7 BUAG (idF BGBl. I Nr. 70/2009) lautet:

"Über Berufungen gegen einen Bescheid nach Abs. 5 oder 6 entscheidet der Landeshauptmann. Gegen die Entscheidung des Landeshauptmannes ist eine weitere Berufung unzulässig. Bildet Gegenstand des Verfahrens die Frage, ob für das in Betracht kommende Arbeitsverhältnis dieses Bundesgesetz Anwendung findet, so endet der Rechtsmittelzug beim Bundesminister für Arbeit und Soziales; dieser hat, wenn gleichzeitig die Höhe des Rückstandes bestritten wird, auch darüber zu entscheiden."

Demnach endet der Rechtsmittelzug grundsätzlich beim Landeshauptmann. Nur in den Fällen, in denen die Frage, ob für das in Betracht kommende Arbeitsverhältnis das BUAG Anwendung findet, den Gegenstand des Verfahrens bildet, endet der Rechtsmittelzug beim Bundesminister.

Gegenstand des Verfahrens ist die (Verwaltungs-)Sache (vgl. *Hengstschläger/Leeb*, AVG, § 37 Rz 2), also die von der Behörde durch den Spruch des Bescheides zu regelnde Angelegenheit (*Hengstschläger/Leeb*, aaO § 8 Rz 9).

Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist - mangels eines Antrages auf Feststellung - ausschließlich die Frage der Richtigkeit der Vorschreibung der Zuschlagsleistung (vgl. hingegen die Spruchpunkte der angefochtenen Bescheide zu den hg. Erkenntnissen vom 23. September 1993, Zl. 93/09/0149, vom 26. Mai 2010, Zl. 2010/08/0030, vom 30. Juni 2010, Zlen. 2010/08/0057, 2008/08/0104 und 2008/08/0140, sowie vom 12. September 2012, Zl. 2012/08/0178). Die Frage, ob der Arbeitgeber den Vorschriften des BUAG unterliegt oder das BUAG auf bestimmte Arbeitsverhältnisse Anwendung findet, ist für diesen Verfahrensgegenstand lediglich Vorfrage (vgl. - zu § 415 ASVG - das hg. Erkenntnis vom 22. Juni 1993, Zl. 92/08/0256; anders als nach § 415 ASVG hätte allerdings im Falle eines Rechtsmittelzuges an den Bundesminister dieser nach § 25 Abs. 7 BUAG auch über die Höhe des Rückstandes zu entscheiden, falls diese - neben der für den Rechtsmittelzug notwendigen Feststellung - bestritten wäre).

Damit endet der Rechtsmittelzug im vorliegenden Fall jedenfalls beim Landeshauptmann, ohne dass näher zu prüfen ist, ob die Vorfrage das Thema betrifft, dass der Arbeitgeber dem BUAG unterliege, oder das Thema, dass das BUAG auf bestimmte Arbeitsverhältnisse Anwendung finde. Es erübrigt sich damit auch eine Auseinandersetzung mit der im hg. Erkenntnis vom 23. September 1993, Zl. 93/09/0149, vertretenen Rechtsansicht (vgl. nunmehr § 25 Abs. 6 BUAG idF BGBl. I Nr. 51/2011 und hiezu die Erläuterungen 1221 BlgNR 24. GP, 7).

2. Gemäß § 1 Abs. 1 BUAG gelten die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes, soweit im Folgenden nichts anderes bestimmt ist, für Arbeitnehmer (Lehrlinge), deren Arbeitsverhältnisse auf einem privatrechtlichen Vertrag beruhen und die in Betrieben (Unternehmungen) gemäß § 2 leg.cit. beschäftigt werden.

Gemäß § 2 Abs. 1 BUAG (idF BGBl. I Nr. 44/2000) sind für den Sachbereich der Urlaubsregelung (u.a.) Betriebe (Unternehmungen) im Sinne des § 1 leg.cit.:

"e) (...) Stuckateur- und Trockenausbauerbetriebe, (...)

g) Spezialbetriebe, die Tätigkeiten verrichten, die ihrer Art nach in den Tätigkeitsbereich der Betriebe nach lit. a bis f fallen, (...)"

Die Bestimmung des § 2 Abs. 1 lit. g wurde eingefügt mit BGBl. Nr. 393/1976. In den Erläuterungen (182 BlgNR 14. GP, 4) wurde hiezu ausgeführt:

"Durch die hier vorgenommenen Änderungen des Geltungsbereiches soll vor allem klargestellt werden, daß dem Bauarbeiter-Urlaubsgesetz auch Betriebe unterliegen, die sich nur auf einzelne Tätigkeiten, die sonst im Rahmen von im § 2 genannten Betrieben ausgeübt werden, spezialisiert haben."

Gemäß § 3 Abs. 1 BUAG unterliegen 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, als Mischbetriebe nach Maßgabe der Abs. 2 bis 5 leg.cit. den Bestimmungen des BUAG.

Nach § 3 Abs. 2 BUAG unterliegen in Mischbetrieben, in denen entsprechend den unterschiedlichen Tätigkeiten nach Abs. 1 leg.cit. eine organisatorische Trennung in Betriebsabteilungen besteht, 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 BUAG fallen.

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

Dass Arbeitnehmer im Sinne des § 3 Abs. 4 BUAG für die Beschäftigung in einer bestimmten Betriebsabteilung oder auch für eine bestimmte, dem BUAG unterliegende Tätigkeit aufgenommen worden seien, wurde weder festgestellt noch in der Beschwerde behauptet.

3. Die beschwerdeführende Kasse rügt, die belangte Behörde habe es unterlassen, den Sachverhalt ordnungsgemäß zu erheben; es wäre zu prüfen gewesen, ob ein einheitlicher Betrieb oder zwei getrennte Betriebe vorliegen.

Ob hier ein oder mehrere Betriebe oder ein Mischbetrieb mit oder ohne organisatorische Trennung vorliegt, ist aber für die Beurteilung dieses Falles nicht entscheidend.

Unstrittig sind im Unternehmen des Mitbeteiligten mehrere Dienstnehmer mit Trockenbauarbeiten beschäftigt, für die vom Mitbeteiligten auch Zuschläge nach dem BUAG entrichtet werden. Die Dienstnehmer, um deren Zuschläge es im vorliegenden Verfahren geht, sind wiederum ausschließlich damit befasst, Wände und Decken zu verspachteln. Unabhängig davon, ob insoweit eine organisatorische Trennung vorliegt oder nicht, unterliegen diese Arbeitnehmer dem BUAG dann, wenn die Tätigkeit des Verspachtelns ihrer Art nach in den Tätigkeitsbereich der Betriebe nach § 2 BUAG fällt.

Im Verfahren ist unstrittig, dass die Befugnis, Verspachtelungen durchzuführen, sowohl den Malern und Anstreichern (§ 94 Z 47 GewO 1994) als auch den Stuckateuren und Trockenausbauern (§ 94 Z 67 GewO 1994) zukommt. Nach den Ausbildungsvorschriften für den Lehrberuf Maler und Anstreicher (Verordnung BGBl. Nr. 190/1971 idF BGBl. Nr. 291/1979) umfasste (vgl. nunmehr die Verordnung BGBl. II Nr. 181/2012) das Berufsbild dieses Lehrberufes u.a. das "Verputzen, Spachteln, Glätten". Nach der Verordnung über die Berufsausbildung im Lehrberuf Stuckateur und Trockenausbauer (BGBl. Nr. 1096/1994) umfasst das Berufsbild dieses Lehrberufes u.a. die Kenntnis von Spachtelmassen (§ 4 Z 2), das Spachteln (§ 4 Z 8), die Oberflächengestaltung mittels Spachteln (§ 4 Z 15) sowie das Versetzen, Montieren, Dämmen und Verspachteln von "Montagegewänden", Vorsatzschalen, Montagedecken und Schrägenverkleidungen (§ 4 Z 18).

Verspachtelungsarbeiten sind somit Arbeiten, die sowohl von Malern und Anstreichern wie auch von Stuckateuren und Trockenausbauern, darüber hinaus aber auch - wie sich aus dem Sachverhalt ergibt: Gewerbebefugnis "Verspachteln von Decken und Wänden" - von ausschließlich auf Verspachtelungsarbeiten spezialisierten Unternehmen ausgeübt werden können. Verspachtelungsarbeiten sind sohin Tätigkeiten, die - jedenfalls auch - in den Tätigkeitsbereich der Betriebe nach § 2 Abs. 1 lit. a bis f BUAG (hier: Stuckateure und Trockenausbauer) fallen.

Wie der Verwaltungsgerichtshof bereits im - ebenfalls Stuckateure und Trockenausbauer betreffenden - Erkenntnis vom 20. September 2000, Zl. 97/08/0461, angemerkt hat, werden auch solche Betriebe als Spezialbetriebe im Sinne des § 2 Abs. 1 lit. g BUAG erfasst, in denen im Rahmen (dort:) eines Tischler- oder Schlossergewerbes der Trockenausbau ausgeübt wird. Es kommt also nicht darauf an, ob die in den Tätigkeitsbereich der Betriebe nach § 2 Abs. 1 lit. a bis f BUAG fallenden Tätigkeiten - wie im vorliegenden Fall gegeben - auch in den Tätigkeitsbereich von anderen Betrieben (hier: Maler und Anstreicher) fallen (vgl. nunmehr § 2 Abs. 1 lit. g BUAG idF BGBl. I Nr. 51/2011 und hiezu die Erläuterungen 1221 BlgNR 24. GP, 4 f; ob insoweit - entsprechend den Ausführungen in den Erläuterungen - Verspachtelungsarbeiten in Zusammenhang mit Malerarbeiten nicht zur Anwendbarkeit des BUAG führen würden, kann hier offen bleiben; anzumerken ist aber, dass es für einen Mischbetrieb - anders als nach der Rechtslage vor der Novelle BGBl. Nr. 393/1976; vgl. hiezu das hg. Erkenntnis vom 22. Oktober 1996, Zl. 94/08/0167, mwN - nicht darauf ankommt, welche Tätigkeit im Betrieb "primär" ausgeübt wird).

4. Der angefochtene Bescheid war demnach gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben.

Der Ausspruch über den Aufwandsatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl. II Nr. 455/2008.

Wien, am 15. Mai 2013