OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at
DVR: 4011090

Geschäftszeichen:

LVwG-350315/14/Zo/TK

Datum:

Linz, 2. November 2017

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Zöbl über die Beschwerde der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse vom 16.1.2017, gegen den Bescheid des Bezirkshauptmannes des Bezirkes Gmunden vom 20.12.2016, Zl. Ge96-20-2016, betreffend den Einspruch der P Tu G GmbH, gegen den Rückstandsausweis der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse vom 17.8.2015

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben und der angefochtene Bescheid dahingehend abgeändert, dass der Einspruch der P T Gmunden GmbH, F x, x G gegen den Rückstandsausweis der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse vom 17.8.2015 abgewiesen wird.

II. Gegen dieses Erkenntnis ist keine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof zulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. 1. Die Bezirkshauptmannschaft Gmunden (im Folgenden: belangte Behörde) hat mit dem nunmehr angefochtenen Bescheid vom 20.12.2016, Ge96-20-2016, dem Einspruch der P T G GmbH, F x, x G, gegen den Rückstandsausweis der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse vom 17.8.2015 stattgegeben.

Mit diesem Rückstandsausweis hatte die Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse von der P T G GmbH einen Betrag von 3.571,07 Euro (samt 7 % Zinsen pro Jahr ab 15.7.2015) als rückständige und vollstreckbare Zuschläge zum Lohn geltend gemacht. In dem dagegen erhobenen Einspruch machte die Beschwerdeführerin geltend, dass Herr M O, für dessen angebliche Beschäftigung die Zuschläge gefordert wurden, nicht als Arbeitnehmer der P T G GmbH, sondern als selbständiger Subunternehmer tätig gewesen sei. Dieser habe als selbständiger Subunternehmer Trockenbauleistungen vom 19.11.2014 bis 26.3.2015 auf Werkvertragsbasis erbracht.

2. In der dagegen rechtzeitig eingebrachten Beschwerde führte die Beschwerdeführerin zusammengefasst aus, dass bei einer Baustellenkontrolle am 26.3.2015 Herr M O bei Spachtelarbeiten im Trockenbau angetroffen worden sei. Er habe im Rahmen der Baustellenkontrolle einen Fragebogen zur Unterscheidung Werkvertrag - arbeitnehmerähnliches Verhältnis ausgefüllt, aus welchen sich zusammengefasst ergebe, dass die Merkmale der unselbständigen Tätigkeit überwiegen würden, weshalb die nach den Bestimmungen des BUAG vorgesehenen Zuschläge vorgeschrieben wurden. Aus den von der B T G GmbH vorgelegten Unterlagen ergebe sich nicht, dass es sich um einen Werkvertrag handle. Dazu machte die Beschwerdeführerin umfangreiche Ausführungen zur Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, wonach Spachtelarbeiten im Trockenbau in der Regel im Rahmen von Arbeitsverhältnissen durchgeführt würden, sofern nicht atypische Umstände vorliegen würden. Insbesondere zu Trockenbauarbeiten habe der Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen, dass solche Arbeiten, die im unmittelbaren Arbeitsablauf im Zusammenwirken mit anderen Arbeitern erbracht werden müssen, kein selbständiges Werk darstellen können.

Herr M O habe an der Baustelle mit Arbeitnehmern der E x, einem Subunternehmen der P T G GmbH, zusammengearbeitet. Es liege kein individualisiertes, konkretisiertes und gewährleistungstaugliches Werk vor, in dem als Werkvertrag bezeichneten Vertrag gehe als Bauvorhaben bloß die Bezeichnung „S x“ hervor, als Art der Tätigkeit seien lediglich „Spachtelarbeiten“ mit dem Vermerk 3,30.-/m², Regie 28.-/h angeführt. Der Zeitraum für die Leistungserbringung lasse sich diesem Vertrag nicht entnehmen. Der Umstand, dass Herr O über eine Gewerbeberechtigung verfüge, schließe ein abhängiges

Beschäftigungsverhältnis nicht aus. Herr O habe bei der Befragung angegeben, ausschließlich für die P T G GmbH zu arbeiten. Dies ergebe sich auch aus den von ihm vorgelegten Rechnungen, auf welchen Arbeitsstunden verrechnet werden. Weiters habe Herr O bei den Erhebungen angegeben, dass die Einteilung, welche Tätigkeiten er auszuüben habe, durch den Bauleiter der P T G GmbH erfolge. Dieser erteile ihm Arbeitsanweisungen und kontrolliere seine Tätigkeit auf der Baustelle.

3. Die Bezirkshauptmannschaft Gmunden hat die Beschwerde samt bezughabendem Verwaltungsakt mit Schreiben vom 19.1.2017 dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vorgelegt. Damit ergibt sich die Zuständigkeit des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich, welches durch den nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichter entscheidet.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Akt der Verwaltungsbehörde, Anforderung der Aktenunterlagen der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 12.9.2017. An dieser haben ein Vertreter der P T G GmbH sowie der belangten Behörde teilgenommen, die Beschwerdeführerin ist ohne Angabe von Gründen nicht erschienen.

4.1. Daraus ergibt sich folgender für die Entscheidung wesentlicher Sachverhalt:

Die P T G GmbH war zumindest im Zeitraum von November 2014 bis März 2015 in Saalfelden bei einem Bauvorhaben als Generalunternehmer für die Trockenbauleistungen tätig. Teilweise hat sie diese Arbeiten mit eigenen Arbeitskräften durchgeführt, teilweise wurden einzelne Bauteile bzw. Stockwerke an verschiedene Subunternehmen vergeben. Eines dieser Subunternehmen war die E x, ein ungarisches Unternehmen, welches damit beauftragt war, die Unterkonstruktion herzustellen und Gipskartonplatten in einem Bauteil anzubringen. Herr M O hatte den Auftrag, im selben Bauteil die Gipskartonplatten zu verspachteln. Dazu hat er im Zeitraum vom 19.11.2014 bis 26.3.2015 Leistungen erbracht (mit Ausnahme einer ca. dreiwöchigen Pause rund um die Weihnachtsfeiertage).

Zur Frage, ob es sich bei diesen Leistungen um ein selbständiges Werk oder um Leistungen im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses gehandelt hat, liegen folgende Beweisergebnisse vor:
Die P T G GmbH schloss mit Herrn M O am 11.11.2014 einen als „Rahmenvertrag betreffend Werkverträge für Trockenbauleistungen“ bezeichneten Vertrag ab. Dieser Vertrag regelt die allgemeinen Bedingungen für zukünftige „projektbezogene Werkverträge für Trockenbauleistungen“. Die Erteilung von konkreten Aufträgen erfolgt hingegen durch jeweils „projektbezogene Werkverträge“. Auch die Ausführungsfristen sollen in den „projektbezogenen Werkverträgen“ vereinbart werden. In diesem Rahmenvertrag ist insbesondere

auch geregelt, dass der Auftragnehmer für die einwandfreie Beschaffenheit sowie für die Mängelfreiheit der ausgeführten Leistungen dem Auftragnehmer für die Dauer von 3,5 Jahren ab Übergabe des Gewerkes haftet. Der Auftraggeber ist berechtigt, einen Haftrücklass im Umfang von 5 % der Gesamtrechnungssumme zu diesem Zweck einzubehalten.

Entsprechend diesem „Rahmenvertrag“ erfolgte die konkrete Beauftragung des Herrn O durch die P T G GmbH mit dem „Werkvertrag für Trockenbauleistungen“ vom 18.11.2014. In diesem ist das Bauvorhaben mit „S x“ bezeichnet. Ein Leistungsverzeichnis, der Beginn und die Fertigstellungsfrist fehlen. Handschriftlich ist vermerkt, dass für „Spachtelarbeiten 3,30.--/m² und für Regie 28,--/h vereinbart werden. In diesem formularmäßig vorgefertigten „Werkvertrag für Trockenbauleistungen“ sind die Rubriken „Preisliste, Leistungsverzeichnis mit Vorbemerkungen, Ausführungspläne, Terminplan“ angeführt, keine dieser Rubriken ist jedoch markiert.

Auf Basis dieses Vertragsverhältnisses führte Herr M O Spachtelarbeiten, „Deckenschürtze“, „Vorsatzschalle“ sowie Regiearbeiten durch. Er legte dazu insgesamt 10 Teilrechnungen und eine Schlussrechnung im Wesentlichen in einem zweiwöchigen Rhythmus mit einem Gesamtbetrag von 21.233 Euro vor. An diesen Rechnungen ist auffällig, dass mit Ausnahme der ersten Teilrechnung vom 2.12.2014 bis zur Rechnung Nr. 5/15 ausschließlich konkrete Leistungen (Spachteln, „Deckenschürtze“ und Vorsatzschalle) abgerechnet wurden, während ab der Teilrechnung Nr. 6/15 ausschließlich Regiestunden verrechnet wurden. Für die „Deckenschürtze“ sowie die „Vorsatzschalle“ wurde im schriftlichen Vertrag kein Entgelt vereinbart. Auch in allen diesen Teilrechnungen ist das vereinbarte Werk lediglich als „BV.SKA-SZ S“ bezeichnet.

Die Spachtelmasse wurde von der P T G GmbH zur Verfügung gestellt, das für die Arbeitsausführung erforderliche Kleinwerkzeug (Leitern, Spachteln und Schleifmaschine) steuerte Herr O bei. Herr O arbeitete mit den Arbeitern der E x insoweit zusammen, als diese die Gipskartonwände aufstellten und er sie in weiterer Folge verspachtelte. Entsprechend dem bei der Kontrolle von Herrn O ausgefüllten Fragebogen erhielt Herr O die Arbeitsanweisungen vom Bauleiter der P T G GmbH. Dieser teilte die Tätigkeiten ein und kontrollierte seine Arbeit. Seine tägliche Arbeitszeit war von 7.00 bis 16.30 Uhr, wobei nicht festgestellt werden konnte, ob bzw. von wem diese vorgegeben wurde. Herr O beschäftigt selbst keine Arbeitnehmer und war in diesem Zeitraum ausschließlich für die P T G GmbH tätig.

5. Diesen Sachverhalt hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich rechtlich wie folgt beurteilt:

5.1. § 25 Abs. 1 1. Satz Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetz, BGBl. Nr. 414/1972 idF BGBl I Nr. 114/2017 (BUAG) lautet:

Die Urlaubs- und Abfertigungskasse schreibt dem Arbeitgeber aufgrund seiner Meldung oder aufgrund der Errechnung nach § 22 Abs. 5 den Betrag vor, der als Summe der Zuschläge für die in einem Zuschlagszeitraum beschäftigten Arbeitnehmer zu leisten ist.

Kommt der Arbeitgeber der Verpflichtung zur Zahlung des Betrages gemäß Abs. 1 nicht fristgerecht oder nicht in der vorgeschriebenen Höhe nach, so hat gemäß § 25 Abs. 2 BUAG die Urlaubs- und Abfertigungskasse den Arbeitgeber aufzufordern, den Rückstand binnen 2 Wochen zu bezahlen. Ab dem Zeitpunkt der Fälligkeit sind Verzugszinsen in Höhe von 7 % p.A. vorzuschreiben. Die Urlaubs- und Abfertigungskasse kann aus rücksichtswürdigen Gründen die Verzugszinsen herabsetzen oder erlassen.

Leistet der Arbeitgeber dieser Aufforderung nicht oder nur teilweise Folge, so hat gemäß § 25 Abs. 3 BUAG die Urlaubs- und Abfertigungskasse zur Eintreibung nicht rechtzeitig entrichteter Beträge einen Rückstandsausweis auszufertigen. Dieser Ausweis hat den Namen und die Anschrift des Schuldners, den rückständigen Betrag, die Art des Rückstandes samt Nebengebühren und Pauschalersatz, den Zuschlagszeitraum, auf den die rückständigen Zuschläge entfallen und allenfalls vorgeschriebene Verzugszinsen zu enthalten.

Gemäß § 25 Abs. 5 BUAG ist ein Einspruch gegen den Rückstandsausweis gemäß Abs. 3 vom Arbeitgeber bei der Bezirksverwaltungsbehörde einzubringen. Diese hat mit Bescheid über die Richtigkeit der Vorschreibung zu entscheiden.

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 beschäftigt werden. Für die Beurteilung, ob ein Arbeitsverhältnis im Sinne dieses Bundesgesetzes vorliegt, ist der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhalts maßgebend.

5.2. Entscheidend ist im gegenständlichen Fall, ob das Vertragsverhältnis zwischen der P T G GmbH und Herrn M O als Arbeitsverhältnis oder als Werkvertrag anzusehen ist. Dies ist gemäß § 1 Abs. 1 2. Satz BUAG nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt des Vertragsverhältnisses zu beurteilen. Die Bezeichnung als „Werkvertrag für Trockenbauleistungen“ ist daher nicht ausschlaggebend.

Die Beschwerdeführerin hat auf mehrere Entscheidungen des VwGH verwiesen, wonach Spachtelarbeiten im Trockenausbau in der Regel als Arbeitsverhältnis beurteilt wurden. Dabei handelt es sich um einfache manuelle Tätigkeiten, für welche auch kein umfangreiches Werkzeug erforderlich ist. Diese Tätigkeiten werden in der Regel im unmittelbaren Arbeitsablauf in Zusammenwirken mit

anderen Arbeitern erbracht. Es liegt in der Regel keine individualisierte, konkretisierte und gewährleistungstaugliche Leistung vor, die eine in sich geschlossene Einheit bildet.

Der Verwaltungsgerichtshof geht also in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass Spachtelarbeiten im Trockenbau in der Regel als Arbeitsverhältnis zu beurteilen sind, wobei diese Einstufung jedoch nicht absolut gelten kann. Selbstverständlich kann auch das Verspachteln einer bzw. mehrerer konkreten Rigipswände in einem klar definierten Bauvorhaben auf selbständiger Basis im Rahmen eines Werkvertrages durchgeführt werden. Gerade wegen der angeführten eindeutigen Rechtsprechung des VwGH sind dafür jedoch klare vertragliche Vereinbarungen darüber notwendig, in welchen Gebäuden bzw. Bauteilen welche konkreten Rigipswände innerhalb welcher Frist verspachtelt werden müssen. Alle diese konkreten Vereinbarungen fehlen jedoch im gegenständlichen als Werkvertrag bezeichneten Vertrag. Es fehlt ein Leistungsverzeichnis, sämtliche Ausführungspläne und Terminpläne. Vereinbart wurde lediglich ein Quadratmeterpreis für Spachtelarbeiten sowie ein Stundenentgelt für Regiearbeiten. Aus den Ausführungen des Vertreters der P T G GmbH ergibt sich, dass die Trockenbauarbeiten teilweise auch durch eigene Arbeitskräfte durchgeführt wurden, einzelne Bauteile bzw. Stockwerke jedoch an Subunternehmer vergeben worden seien. Gerade diese Vergabe einzelner Bauteile bzw. Stockwerke an „Subunternehmer“ hätte es aber erfordert, diese Bauteile konkret zu beschreiben. Die bloß mündliche Festlegung dieser für einen Werkvertrag wesentlichen Details durch den Bauleiter der P T G GmbH ist ein deutliches Indiz dafür, dass bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise gerade kein selbständiges gewährleistungstaugliches Werk vergeben wurde, sondern in Wahrheit Arbeitsleistungen zugekauft wurden. Dafür spricht auch die Abrechnung von „Deckenschürtze“ und „Vorsatzschalle“, also von Leistungen, die im schriftlichen Vertrag gar nicht erwähnt wurden sowie insbesondere der Umstand, dass Herr O ab 16.2.2015 – also ca. 1 Monat lang – ausschließlich Regiestunden verrechnet hat.

Weder in den Teilrechnungen noch in der Schlussrechnung hat Herr O ausgeführt, welches konkrete Werk er geleistet und abgerechnet haben will, er verweist diesbezüglich lediglich pauschal auf das Bauvorhaben „SKA – SZ S“. Anhand der schriftlichen Unterlagen ist daher in keiner Weise nachvollziehbar, welches Werk Herr O geleistet haben und für dieses haften soll. Gerade im Hinblick auf die von der Beschwerdeführerin zutreffend angeführte strenge Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu Spachtelarbeiten wäre eine solche konkrete Beschreibung des zu erbringenden bzw. erbrachten Werkes jedoch notwendig gewesen.

Auch die Angaben des Herrn O im Rahmen der Baustellenkontrolle hinsichtlich der Arbeitsanweisungen und der Kontrolle seiner Tätigkeiten sowie die Beistellung der

Spachtelmasse durch die P T G GmbH sprechen eher dafür, dass er in deren Organisation als Generalunternehmer für die Trockenbauleistungen dieser Baustelle eingebunden war und gegen seine Selbständigkeit. Bezüglich der Arbeitszeit konnte nicht festgestellt werden, ob er diese frei gewählt hat oder sie ihm vorgegeben wurde. Die Verwendung des eigenen Kleinwerkzeuges spricht hingegen eher für seine Selbständigkeit. Insgesamt überwiegen jedoch die Merkmale eines abhängigen Arbeitsverhältnisses deutlich.

Auch die Entscheidung des EuGH in der Rechtsachte „Martin Meat“ vom 18.6.2015 C-586/13 führt zu keiner anderen Beurteilung. Nach der Entscheidung des VwGH vom 22.8.2017, RA 2017/11/0068 ergibt sich aus diesem Urteil des EuGH, dass für die Beurteilung, ob ein Sachverhalt als grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung zu beurteilen ist, aus unionsrechtlicher Sicht „jeder Anhaltspunkt“ zu berücksichtigen und somit unter mehreren Gesichtspunkten (nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt) zu prüfen ist. Dabei sind insbesondere die Frage der Gewährleistung und die Frage, wer die Zahl der für die Herstellung des Werkes jeweils konkret eingesetzten Arbeitnehmer bestimmt und von wem die Arbeitnehmer die genauen und individuellen Weisungen für die Ausführung ihrer Tätigkeiten erhalten, von entscheidender Bedeutung.

Wie bereits oben ausgeführt, wurde ohnedies eine Gesamtabwägung aller Umstände vorgenommen. Die Frage der Gewährleistung ist zwar im „Rahmenvertrag“ so geregelt, dass von einem Werkvertrag auszugehen wäre, es wurde jedoch im „projektbezogenen Werkvertrag“ überhaupt kein gewährleistungstaugliches Werk näher konkretisiert. Dass für Spachtelarbeiten in ÖNORMEN Qualitätskriterien festgelegt sind, ändert daran nichts.

Zusammengefasst sprechen die überwiegenden Gründe dafür, dass bei Betrachtung des wahren wirtschaftlichen Gehaltes ein Arbeitsvertrag zwischen der P T G GmbH und Herrn M O vorlag, weshalb die Vorschreibung der Zuschläge durch die Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse zu Recht erfolgte.

Die Zuschläge wurden von der BUAK im Mai 2015 vorgeschrieben, wobei sich aus der beigelegten Berichtigungsanzeige ergibt, für welchen Arbeitnehmer und welchen Zeitraum diese Zuschläge vorgeschrieben wurden. Der Rückstandsausweis knüpft an diese Vorschreibung an, weshalb sich für die P T G GmbH aus der Bezeichnung des Zuschlagszeitraumes mit „Mai 2015“ klar ergibt, dass es sich um ausstehende Zuschläge für einen Arbeitnehmer für die Zeit von 11/14 bis 3/15 handelte.

II. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Unterscheidung von Werkverträgen und Arbeitsverhältnissen ab, noch fehlt es an einer solchen. Auch die aktuelle Rechtsprechung wurde berücksichtigt. Es liegen auch keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann.

H i n w e i s

Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision sind unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Zöbl