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-350445/6/Kl

Datum:
Linz, 12. März 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Klempt über die Beschwerde von F S S e.U., vertreten durch den Insolvenzverwalter Dr. B M B, vertreten durch Dr. B RA Kommanditpartnerschaft, B S, J, nunmehr vertreten durch Rechtsanwalt Dr. B B , S, M, vom 4. Dezember 2017, gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Perg vom 27. Oktober 2017, GZ: BHPESBBG-2017-274473/12-EK, betreffend Abweisung des Einspruchs gegen den Rückstandsausweis der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse vom 23. Mai 2017

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

II. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Perg (in der Folge: belangte Behörde) vom 27. Oktober 2017, GZ: BHPESBBG-2017-274473/12-EK, wurde der Einspruch der F S S e.U. (in der Folge: Beschwerdeführerin) mit Sitz in M, M, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. B B, S, M, gegen den Rückstandsausweis der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse vom 23.05.2017, Zahl: x, in Höhe von 2.801,80 Euro, eingebracht am 14.06.2017, als unzulässig abgewiesen.

Begründet wurde nach Einvernahme aller betroffenen Dienstnehmer und des Unternehmensinhabers diese Entscheidung im Wesentlichen damit, dass eine persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit der gegenständlichen Dienstnehmer zur F S S e.U. vorliege, weil der Arbeitgeber zur Gänze alleine das Unternehmerrisiko trage, Arbeitsaufzeichnungen geführt würden, der Arbeitgeber das Arbeitsmaterial (Werkzeug) und gegebenenfalls Arbeitskleidung zur Verfügung stelle und vor jedem Arbeitsauftrag eine Unterweisung seitens des Arbeitgebers erfolge.

I.2. Gegen diesen Bescheid richtet sich die Beschwerde vom 4. Dezember 2017, mit welcher der Bescheid vom 27. Oktober 2017, GZ: BHPESBBG-2017-274473/12-EK, zur Gänze angefochten wird.

Die Beschwerdeführerin wendet ein, dass es sich nicht um Arbeitsverträge, die dem BUAG unterliegen, handle. Die freien Dienstnehmer der Beschwerdeführerin seien nicht zur persönlichen Abhängigkeit verpflichtet. Sie seien an keinerlei Weisung gebunden. Sie dürften ohne Konsequenzen Arbeit ablehnen und teilweise sogar den Arbeitsort selbst bestimmen. Es bestehe keine disziplinäre Verantwortung gegenüber der Beschwerdeführerin. Es sei richtig, dass die freien Dienstnehmer mit einem Bus zur Baustelle gefahren werden und dort mit zur Verfügung gestelltem Werkzeug und Material arbeiten würden. Arbeitskleidung sei aus Gründen der Zeitersparnis nur einmal eingekauft worden, grundsätzlich werde Arbeitskleidung nicht zur Verfügung gestellt. Fristen seien einzuhalten, aber es gäbe ausschließlich Rahmenanweisungen. Arbeitszeit und -gestaltung sowie Urlaubszeiten würden völlig frei bestimmt. Es bestehe keine Berichtspflicht und keine Kontrolle des Arbeitgebers. Freie Dienstnehmer würden kein unternehmerisches Risiko tragen, sondern bloß eine Sorgfaltsverpflichtung und keine Erfolgsverbindlichkeit. Die wesentlichen Betriebsmittel würden vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellt. Die Bezahlung erfolge nach Arbeitsdauer und nicht nach dem erstellten Werk und die Erbringung der Dienstleistung erfolge persönlich. Ein freier Dienstvertrag sei gekennzeichnet durch ein Dauerschuldverhältnis mit fehlender bzw. geringer persönlicher Abhängigkeit sowie Weisungsfreiheit.

I.3. Die belangte Behörde hat dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich die Beschwerde samt Verfahrensakt mit E-Mail vom 21. Dezember 2017 vorgelegt.

I.4. In weiteren gleichgelagerten Beschwerdeverfahren der Beschwerdeführerin hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich am 22. Jänner 2018 eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt. Es waren alle Parteien bis auf die belangte Behörde, die sich entschuldigt hat, anwesend.
Die Vertreter der Beschwerdeführerin verzichteten auf eine neuerliche Einvernahme der bereits im behördlichen Verfahren befragten Zeugen.
Das Verhandlungsprotokoll vom 22. Jänner 2018 wurde im gegenständlichen Verfahren den Parteien unter Wahrung des Parteiengehörs zur Kenntnis gebracht und wurde von den Parteien einer Einbeziehung des Inhaltes zugestimmt und auf eine weitere Verhandlung verzichtet. Gleichzeitig wurde die rechtskräftige Beendigung des Sanierungsverfahrens der F S S e.U. Inhaber J bekannt gegeben.
Die BUAK hat eine ausführliche Stellungnahme zur Beschwerde unter Einbeziehung der bisherigen Verfahrensergebnisse abgegeben.

Im Wesentlichen wurde vom Unternehmensinhaber und seiner Ehegattin Folgendes vorgebracht:

- Es handle sich bei den durchgeführten Arbeiten vorwiegend um Montage- und nicht um Steinmetzarbeiten. Es würden lediglich Anpassungen wie z.B. das Zuschneiden von Platten oder das Bohren von Löchern gemacht.
- Für diese Montagearbeiten sei eine Gewerbeberechtigung für Steinmetzarbeiten erforderlich und vorhanden.
- Die Dienstnehmer seien aus Polen und der Ukraine und würden mehr Urlaub bzw. Freizeit benötigen, durchschnittlich etwa drei Monate pro Jahr.
- Es habe Schwierigkeiten gegeben, weil die Dienstnehmer immer wieder unvorhergesehen bzw. ohne Ankündigung (länger) abwesend waren und der Lohn trotzdem zu zahlen war und auch noch andere Kosten anfallen würden. Man habe dagegen keine Vorkehrungen treffen oder Entlassungen aussprechen können, weil man mangels geeigneter anderer Fachkräfte auf die Dienstnehmer angewiesen sei.
- Über Krankenstände seien sie nicht informiert worden. Erst im Nachhinein hätten sie davon erfahren.
- Diese Schwierigkeiten habe es seit Bestehen der F S S e.U., das seien nun 12 Jahre, gegeben. Hinzu komme auch, dass es sich um eine saisonale Arbeit handelt.
- Von der Arbeiter- und der Wirtschaftskammer sei die Auskunft erteilt worden, dass auch Bauarbeiter freie Dienstnehmer sein könnten. Dies habe gut auf die gegebenen Umstände gepasst. Es habe dazu geführt, dass wesentlich mehr und effizienter gearbeitet wurde, weil nur für die geleistete Arbeit bezahlt worden sei.
- Die freien Dienstnehmer hätten die geleisteten Arbeitsstunden selbst aufgezeichnet. Es habe mehrere Baustellen gleichzeitig gegeben. Die

Dienstnehmer hätten sich die Aufträge und auch die jeweiligen Arbeiten (Bodenverlegung, Fassadenmontage, etc.) aussuchen können. Konkret sei ein Auftrag noch nie zur Gänze abgelehnt worden.

- Falls ein Dienstnehmer unvorhergesehen ausgefallen ist, habe auch der Unternehmensinhaber Arbeiten auf der Baustelle übernommen. Ansonsten sei die Arbeit unter den anderen Dienstnehmern aufgeteilt worden oder man habe andere Arbeiten vorgezogen. Aufgrund der kurzen Dauer der freien Dienstnehmerschaft sei es nie dazu gekommen, dass die Dienstnehmer andere Arbeiter an ihrer Stelle eingesetzt hätten.
- Die Dienstnehmer seien direkt zu den Baustellen gefahren und äußerst selten ins Büro gekommen.
- Insgesamt 30 % der Auftragssumme sei den freien Dienstnehmern ausbezahlt worden. Diese 30 % seien unter den Dienstnehmern je nach Qualifikation und geleisteten Stunden aufgeteilt worden.
- Von den restlichen 70 % habe die F S S e.U. die Bürotätigkeiten, Betriebsmittel, Firmenautos inkl. Betankung, Mieten für Räumlichkeiten, Unterkunft der Dienstnehmer, etc. bezahlt. Es seien aber damit auch die Beiträge an die Gebietskrankenkasse, Pensions- und Unfallversicherung bezahlt worden.
- Lohnsteuer sei nicht angefallen. Der Einkommenssteuerpflicht habe jeder Dienstnehmer eigenständig nachkommen müssen.
- Den Dienstnehmern seien die Dienstautos ohne Gegenleistung zur Verfügung gestanden.
- Der Unternehmensinhaber habe die Aufträge akquiriert. Vor Ort auf den Baustellen habe er nur Sicherheitsunterweisungen vorgenommen. Als Chef sei er deshalb bezeichnet worden, weil er zuvor ja wirklich ihr Chef gewesen sei. Auf den Baustellen habe er keine Personenkontrollen durchgeführt. Die durchgeführten Arbeiten habe er aber schon kontrolliert.
- Gegenüber dem Auftraggeber seien Teilrechnungen gestellt worden. Das sei die Grundlage für die Berechnung der an die Arbeiter ausbezahlten 30 % der Auftragssumme gewesen. Es seien aber alle Aufträge monatlich zusammengerechnet worden. Dies habe die Flexibilität gewährleistet, dass jeder Dienstnehmer auf jeder Baustelle eingesetzt werden könne.
- Die Haftung sei bei der F S S e.U. gelegen. Die Dienstnehmer hätten aber die Reparaturen selbst durchführen müssen. Es habe bis jetzt keine Gewährleistungsfälle gegeben.
- Die F S S e.U. leiste gegenüber den Auftraggebern einen Haftrücklass von 5 %. Diese 5 % Haftrücklass würden durch Bankgarantien gesichert werden. Die Kosten für die Bankgarantien zahle die F S S e.U., damit würden die Dienstnehmer nicht belastet. Sollte aber dieser Haftrücklass teilweise oder zur Gänze wegen Mängeln einbehalten werden, so würden die Dienstnehmer die 30 % dieser 5 % nicht erhalten.
- Das mehrmalige An- und Abmelden in einem Jahr sei nicht gewünscht gewesen, da es Kosten verursache und die Dienstnehmer kein Arbeitslosengeld erhalten

würden sowie die Pensionsansprüche gemindert würden. Bei freien Dienstnehmern würden die Abwesenheiten nur als Unterbrechung gewertet.

· Aktuell seien wieder ganz normale Dienstverträge abgeschlossen worden.

Die BUAK beantragte die Abweisung der Beschwerde. Die Beschwerdeführerin beantragte die Aufhebung des angefochtenen Bescheids.

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verfahrensakt, das Beschwerdevorbringen, das Protokoll der öffentlichen mündlichen Verhandlung am 22. Jänner 2018 und die eingebrachten Stellungnahmen.

II.2. Folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt gilt als erwiesen:

Der gegenständliche Zeitraum umfasst den Zuschlagszeitraum 02/2017.

Mit den Beschäftigten, die aus Polen und der Ukraine kommen, hatte die Beschwerdeführerin bis zum 30. April 2016 einen Arbeitsvertrag geschlossen, wonach die Arbeiter unselbständig beschäftigt waren.
Seit 1. Mai 2016 waren die gegenständlichen fünf Beschäftigten nicht mehr als „echte Dienstnehmer“ der Beschwerdeführerin gemeldet.
Der mit den Beschäftigten abgeschlossene Dienstvertrag lautete auszugsweise wie folgt (Hervorhebungen nicht übernommen):

„Freier Dienstvertrag
abgeschlossen zwischen

Herrn [...]
im Folgenden als freier Dienstnehmer (kurz DN) genannt
Wohnhaft: [...]
SV-Nummer: [...]

und der

Firma F S S e. U.,
[...]
Im Folgenden als Dienstgeber (kurz DG) genannt:

1. DAUER

Das gegenständliche Vertragsverhältnis beginnt am 01.05.2016
und gilt auf unbestimmte Zeit abgeschlossen.

2. ART DER TÄTIGKEIT

Der freie Dienstnehmer wird mit folgenden Tätigkeiten betraut: Montagearbeiten

3. ENTGELT

Es wird eine Mitarbeiterbeteiligung an Einnahmen der Fa. F S e.U. vereinbart. Die Entlohnung der freien Mitarbeiter richtet sich nach tatsächlichen Einnahmen der Fa. F S e.U., unter Berücksichtigung der Ab- und Anwesenheitszeiten.
30 % aller Einnahmen aus Leistung vom Vormonat werden an die freien Mitarbeiter anteilig als Entlohnung ausbezahlt.
Herr [...] erhält 22 % des Mitarbeiteranteils der Einnahmen.
Ein detaillierter Buchauszug wird dem Mitarbeiter ausgehändigt.

Beispiel:
Gesamteinnahmen der Fa. F S e. U. im Monat April betragen 26,000€.
30% davon =7.800,00 €. Es werden 7.800,00 € an die freien Mitarbeitern als Entlohnung/Honorar ausbezahlt. Herr [...] erhält 22% davon, also 1.716,00 €.

Die Abrechnung erfolgt jeweils im Nachhinein bis zum 10. des Folgemonats.
Alle Angaben sind Netto, ohne 20% USt.

4. WEISUNGSFREIHEIT

Der freie Dienstnehmer unterliegt bei der Durchführung der von ihm übernommenen Tätigkeit hinsichtlich Arbeitszeit und Gestaltung des Tätigkeitsablaufes sowie Verhalten bei der Arbeit keinerlei persönlichen Weisungen des Dienstgebers. Er bestimmt den Zeitablauf seiner Tätigkeit selbst. Er unterliegt keiner ständigen Kontrolle durch den Dienstgeber.

5. BETRIEBSMITTEL

Die zur Ausübung der vereinbarten Tätigkeit benötigten Betriebsmittel werden dem Dienstnehmer vom Dienstgeber zur Verfügung gestellt.

VERTRETUNGSBEFUGNIS - ABLEHNUNGSRECHT

Die o.g. Dienstleistung wird im Wesentlichen durch den DN persönlich erbracht. Der Dienstnehmer ist jedoch berechtigt, sich jederzeit und ohne bestimmten Grund geeigneter Vertreter seiner Wahl zu bedienen. Der Dienstnehmer hat dem Dienstgeber die Tatsache der Vertretung und die Person des Vertreters mitzuteilen. Im Vertretungsfalle hat der DN die Entlohnung der dritten Personen zu übernehmen. Der freie DN hat generell das Recht, jederzeit und ohne Begründung Arbeiten abzulehnen.

6. SOZIALVERSICHERUNG

Der freie DN ist nach ASVG pflichtversichert und unterliegt nicht nur der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung, sondern auch der Arbeitslosenversicherung. Der freie Dienstnehmer ist auch in das Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz eingebunden. Der freie DN ist auch Mitglied der Kammer für Arbeiter und Angestellte.

8. SONSTIGES

Der guten Ordnung halber wird festgehalten, dass arbeitsrechtliche Bestimmungen auf das vorliegende Vertragsverhältnis keine Anwendung finden. Der DN hat keine Ansprüche auf Urlaub, auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall. Es kommt kein Kollektivvertrag zur Anwendung.
Da es sich bei gegenständlicher Vereinbarung um einen freien Dienstvertrag handelt, wird der Auftragnehmer das Entgelt in seiner Einkommensteuererklärung berücksichtigen.
Der Auftragnehmer bestätigt, alle Angaben gewissenhaft und wahrheitsgetreu gemacht zu haben und verpflichtet sich, allfällige Änderungen dem Auftraggeber umgehend zu melden.

Änderungen dieses freien Dienstvertrages bedürfen der Schriftform.

Beide Vertragspartner können diesen freien Dienstvertrag unter Einhaltung einer vierzehntägigen Kündigungsfrist auflösen. Aus besonders wichtigen Gründen aber kann der freie DN den Vertrag jederzeit und ohne Einhaltung einer Frist auflösen.

[...]“

Von den fünf Beschäftigten war bei zwei die Tätigkeit „Hilfsarbeiter bei Montagearbeiten“ mit einem Mitarbeiteranteil von 16 % und 18 % der Einnahmen festgelegt.

Diese fünf Beschäftigten erhielten ihre Aufträge ausschließlich vom Unternehmensinhaber der F S S e.U. Weitere vertragliche Vereinbarungen mit anderen Auftraggebern hatten sie nicht abgeschlossen.

Der Unternehmensinhaber der F S S e.U. akquirierte Montage- und Verlegeaufträge von Steinplatten und -fliesen.
Die Aufträge wurden vom Unternehmensinhaber den Beschäftigten am ersten Tag direkt vor Ort vorgestellt. Er erklärte das Projekt und die Pläne. Anwesend war auch der Baupolier vom Hauptauftraggeber. Die Dienstnehmer, die in unterschiedlichen „Partien“ zusammenarbeiteten, entschieden sich immer dazu, den Auftrag zu übernehmen. Es wurde kein Auftrag von den Dienstnehmern zur Gänze abgelehnt.

Die Urlaubszeiten wurden von den Beschäftigten ohne Einbindung des Unternehmensinhabers gewählt und wurden nur teilweise angekündigt.
Die Beschäftigten waren selten am Standort der Beschwerdeführerin. Es wurde alles telefonisch geregelt.

Der Unternehmensinhaber machte auf den Baustellen keine Personenkontrollen, sondern kontrollierte die Ausführung der Arbeiten. Teilweise erteilte er vor Beginn der Arbeiten allgemeine Sicherheitsanweisungen. Nach Annahme des Auftrages gab es keine Anweisungen vom Unternehmensinhaber.

Das Material wie Steine, Fliesen usw. kam vom Hauptauftraggeber. Das Werkzeug, wie z.B. Bohr-, Schneidemaschinen, Wasserwaage, Hammer, usw., stellte die Beschwerdeführerin zur Verfügung. Die Beschäftigten trugen eigene Arbeitskleidung ohne Logo der Beschwerdeführerin, wobei Arbeitskleidung manchmal auch vom Unternehmensinhaber gekauft wurde.

Die Beschäftigten waren in einer vom Unternehmensinhaber zur Verfügung gestellten Wohnung kostenfrei untergebracht. Die Anfahrt zu den Baustellen erfolgte mit den von der Beschwerdeführerin kostenlos zur Verfügung gestellten Firmenautos mit Logo. Auch die Kosten der Betankung wurden von der Beschwerdeführerin übernommen.

Es wurden keine fixen Dienststunden bzw. Arbeitszeiten vorgegeben. Die Beschäftigten führten eigenständig Arbeitsaufzeichnungen (z.B. Dienststunden), die der Beschwerdeführerin nicht vorgelegt werden mussten. Für die Bezahlung wurde die Anzahl der geleisteten Stunden der Beschwerdeführerin bekanntgeben. Die Entlohnung erfolgte monatlich nach geleisteten Stunden und der jeweiligen Qualifikation der Dienstnehmer (z.B. Hilfsarbeiter, Montage).

Die Beschäftigten erhielten gemeinsam 30 % des tatsächlichen Umsatzes bzw. des tatsächlichen Ertrages eines Kalendermonates, unabhängig davon, welchen Auftrag sie tatsächlich übernommen hatten. Die restlichen 70 % verblieben bei der Beschwerdeführerin. Davon wurden die Kosten für Bürotätigkeiten, Betriebsmittel, Firmenautos inkl. Betankung, Mieten für Räumlichkeiten, Unterkunft der Dienstnehmer, etc. bezahlt. Es wurden damit auch die Beiträge an die Gebietskrankenkasse, Pensions- und Unfallversicherung für die Beschäftigten bezahlt.
Lohnsteuer fiel nicht an. Der Einkommenssteuerpflicht musste jeder Beschäftigte eigenständig nachkommen.

Falls ein Beschäftigter unvorhergesehen ausfiel, übernahm der Unternehmensinhaber in wenigen Fällen die Arbeiten auf der Baustelle. Ansonsten wurde in solchen Fällen aber die Arbeit unter den anderen Beschäftigten aufgeteilt oder, wenn möglich, andere Arbeiten vorgezogen. Die Beschäftigten haben sich nie durch andere Arbeiter vertreten lassen.

Die fünf Beschäftigten waren in „Partien“ aufgeteilt. Die Zusammensetzung der „Partie“ war vom Auftrag abhängig (alle Beschäftigten auf größeren oder zwei bis drei auf kleineren Baustellen). Fixe „Partien“ gab es nicht.

Der Unternehmensinhaber wurde nur kontaktiert, wenn Material wie z.B. Kleister ausgegangen oder eine Maschine defekt war.

Die Beschäftigten übernahmen auf den Baustellen keine Verantwortung bzw. Haftung. Die Haftungsverpflichtung lag bei der Beschwerdeführerin.

Trat ein Fehler auf, so wurde der Hauptauftraggeber informiert und die Ursache festgestellt. Lag der Fehler an falschen Angaben im Bauplan, war der Hauptauftraggeber dafür verantwortlich. Wurde aber etwas falsch von den Beschäftigten ausgeführt, so mussten diese den Fehler selbst beheben.
Es gab keine Gewährleistungsfälle.

Die Beschwerdeführerin leistete gegenüber den Auftraggebern einen Haftungsrücklass von 5 % der Auftragssumme. Diese 5 % Haftungsrücklass wurden durch Bankgarantien gesichert. Die Kosten für die Bankgarantien trug die Beschwerdeführerin. Wurde dieser Haftungsrücklass teilweise oder zur Gänze wegen Mängeln einbehalten, erhielten die Beschäftigten die 30 % vom tatsächlich noch zur Verfügung stehenden Haftungsrücklass.

Das Einkommen der Beschäftigten und auch des Unternehmensinhabers war vom Ausmaß der übernommenen Aufträge abhängig. Die F S e.U. hatte darüber hinaus keine weiteren Beschäftigten. Die Ehegattin des Unternehmensinhabers ist Angestellte bei der Beschwerdeführerin.
Der Unternehmensinhaber wurde von den Beschäftigten „Chef“ genannt.

II.3. Die Aussagen der einvernommenen Zeugen und des Unternehmensinhabers sowie seiner Ehegattin decken sich in den wesentlichen Punkten.
Der entscheidungsrelevante Sachverhalt blieb von den Parteien unbestritten.

III. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

III.1. Anzuwendende Rechtslage:

Die maßgeblichen Bestimmungen des Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetzes – BUAG, BGBl. Nr. 414/1972 in der im gegenständlichen Zeitraum geltenden Fassung lauten:

„Geltungsbereich

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

§ 2. (1) Für die Sachbereiche Urlaub und Überbrückungsgeld sind Betriebe (Unternehmungen) im Sinne des § 1:
a) […]
b) Steinmetzbetriebe, Betriebe der Inhaber von Konzessionen des Steinmetzgewerbes nach § 6 des Baugewerbegesetzes, Kunststeinerzeugerbetriebe, Terrazzomacherbetriebe;

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

(2) Für die Sachbereiche der Abfertigungsregelung sind Betriebe (Unternehmungen) im Sinne des § 1:
a) […]
b) Steinmetzbetriebe, Betriebe der Inhaber von Konzessionen des Steinmetzgewerbes nach § 6 des Baugewerbegesetzes, Kunststeinerzeugerbetriebe, Terrazzomacherbetriebe;
[…]
d) Hafnerbetriebe (ausgenommen die reinen Erzeugungsbetriebe), Platten- und Fliesenlegerbetriebe;
[…]

Entrichtung der Zuschlagsleistung

§ 25. (1) Die Urlaubs- und Abfertigungskasse schreibt dem Arbeitgeber auf Grund seiner Meldung oder auf Grund der Errechnung nach § 22 Abs. 5 den Betrag vor, der als Summe der Zuschläge für die in einem Zuschlagszeitraum beschäftigten Arbeitnehmer zu leisten ist. Dieser Betrag ist am 15. des auf den Zuschlagszeitraum zweitfolgenden Monats fällig. Erfolgt die Vorschreibung aus Gründen, die nicht beim Arbeitgeber liegen, später als einen Monat nach Ende des Zuschlagszeitraumes, so wird der auf diesen Zeitraum entfallende Betrag der Zuschläge erst zwei Wochen nach dieser Vorschreibung fällig. Erfolgt die Vorschreibung auf Grund einer Verletzung der Meldepflicht des Arbeitgebers später als einen Monat nach Ende des Zuschlagszeitraumes, so wird der auf diesen Zeitraum entfallende Betrag der Zuschläge sofort fällig.
(1a) Verletzt der Arbeitgeber seine Meldepflicht, so ist zur Abgeltung des aus der Verletzung der Meldepflicht durch den Arbeitgeber resultierenden Verwaltungsaufwandes ein Pauschalersatz vorzuschreiben. Der Pauschalersatz beträgt 800 Euro für jeden Prüfeinsatz sowie 500 Euro für jeden von der Verletzung der Meldepflicht betroffenen Arbeitnehmer. Die Urlaubs- und Abfertigungskasse kann aus rücksichtswürdigen Gründen den Pauschalersatz herabsetzen oder erlassen.
(1b) Wendet der Arbeitgeber binnen 14 Tagen nach Vorschreibung deren Unrichtigkeit ein, so hat die Urlaubs- und Abfertigungskasse diese Einwendungen zu prüfen und die Vorschreibung zu berichtigen, wenn sie die Richtigkeit der Einwendungen festgestellt hat und die zu berichtigende Zuschlagsleistung noch keiner Berechnung des Urlaubsentgeltes, der Abfindung, der Urlaubsersatzleistung, des Überbrückungsgeldes bzw. der Überbrückungsabgeltung oder der Abfertigung zugrunde gelegt wurde.
(2) Kommt der Arbeitgeber der Verpflichtung zur Zahlung des Betrages gemäß Abs. 1, Abs. 1a oder Abs. 1b nicht fristgerecht oder nicht in der vorgeschriebenen Höhe nach, so hat die Urlaubs- und Abfertigungskasse den Arbeitgeber aufzufordern, den Rückstand binnen zwei 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.
(3) Leistet der Arbeitgeber dieser Aufforderung nicht oder nur teilweise Folge, so hat 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. Ist der Arbeitgeber zum Zeitpunkt der Ausfertigung des Rückstandsausweises seiner Verpflichtung zur Entrichtung von Zinsen gemäß § 8 Abs. 6 nicht nachgekommen, so können auch diese in den Rückstandsausweis aufgenommen werden. Die Urlaubs- und Abfertigungskasse hat auf dem Ausweis zu vermerken, dass der Rückstandsausweis einem die Vollstreckbarkeit hemmenden Rechtszug nicht unterliegt. Der Rückstandsausweis ist Exekutionstitel im Sinne des § 1 der Exekutionsordnung.
(4) Als Nebengebühr kann die Urlaubs- und Abfertigungskasse in den Rückstandsausweis einen pauschalierten Kostenersatz für die durch die Einleitung und Durchführung der zwangsweisen Eintreibung bedingten Verwaltungsauslagen mit Ausnahme der im Verwaltungsweg oder im gerichtlichen Weg zuzusprechenden Kosten aufnehmen. Der Anspruch auf die im Verwaltungsweg oder im gerichtlichen Weg zuzusprechenden Kosten wird hierdurch nicht berührt. Der pauschalierte Kostenersatz beträgt 0,5 vH des einzutreibenden Betrages, mindestens jedoch 1,50 Euro. Der Ersatz kann für dieselbe Schuldigkeit nur einmal vorgeschrieben werden. Allfällige Anwaltskosten des Verfahrens zur Eintreibung der Zuschläge dürfen nur insoweit beansprucht werden, als sie im Verfahren über Rechtsmittel auflaufen.
(5) Ein Einspruch gegen den Rückstandsausweis gemäß Abs. 3 ist vom Arbeitgeber bei der Bezirksverwaltungsbehörde einzubringen. Diese hat mit Bescheid über die Richtigkeit der Vorschreibung zu entscheiden.
(6) Bestreitet der Arbeitgeber die Vorschreibung gemäß Abs. 1 mit der Begründung, nicht in den Geltungsbereich dieses Bundesgesetzes zu fallen, oder, dass für das in Betracht kommende Arbeitsverhältnis dieses Bundesgesetz Anwendung findet, so hat die Bezirksverwaltungsbehörde auf Antrag der Urlaubs- und Abfertigungskasse ehestens, spätestens aber einen Monat nach Einlangen des Antrages mit Bescheid festzustellen, ob der Arbeitgeber den Vorschriften dieses Bundesgesetzes unterliegt, oder ob für das in Betracht kommende Arbeitsverhältnis dieses Bundesgesetz Anwendung findet.
(7) Entscheidet das Landesverwaltungsgericht über eine Beschwerde gegen einen Bescheid nach Abs. 6, hat es dem Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz eine schriftliche Ausfertigung des Erkenntnisses oder Beschlusses zuzustellen. Der Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz ist berechtigt, gegen Erkenntnisse und Beschlüsse der Verwaltungsgerichte Revision beim Verwaltungsgerichtshof zu erheben.
(8) Der Urlaubs- und Abfertigungskasse ist zur Eintreibung nicht rechtzeitig entrichteter Zuschläge die Einbringung im Verwaltungswege gewährt (§ 3 Abs. 3 des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes 1991, BGBl. Nr. 53).“

III.2. Bei der Umschreibung seines Anwendungsbereiches stellt das BUAG auf Tätigkeiten in einem Betrieb (einer Unternehmung) iSd § 2 BUAG ab.
Die Beschwerdeführerin übt das Gewerbe eines Steinmetzbetriebes aus. Es handelt sich dabei um einen in § 2 Abs. 1 lit. b bzw. § 2 Abs. 2 lit. b BUAG aufgezählten Sachbereich. Die Beschwerdeführerin ist daher ein Betrieb (eine Unternehmung) iSv § 2 BUAG.

III.3. Weitere Voraussetzung für die Anwendbarkeit des BUAG ist, dass es sich um Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis auf einem privatrechtlichen Vertrag beruht, handelt. Um die Frage der Arbeitnehmereigenschaft zu klären, ist jedoch der wahre

wirtschaftliche Gehalt hinter der gewählten privatrechtlichen Vereinbarung zu prüfen, weshalb für die Beantwortung der Frage, ob ein auf einem Vertrag beruhendes Beschäftigungsverhältnis in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit besteht, die "wahren Verhältnisse" maßgeblich sind, dh ob bei der tatsächlichen und nicht bloß vereinbarten Art der Beschäftigung die Kriterien persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit überwiegen.

III.3.1. Ein sogenannter freier Dienstvertrag unterscheidet sich von einem "echten" Dienstvertrag dadurch, dass der zur Dienstleistung Verpflichtete diese Dienstleistung in persönlicher Selbstständigkeit und Unabhängigkeit zu erbringen hat; es fehlen insbesondere eine dem Dienstvertrag vergleichbare Weisungsgebundenheit und die Bindung an bestimmte Arbeitszeiten, und es besteht für den freien Dienstnehmer die Möglichkeit, den Ablauf der Arbeit selbst zu regeln und jederzeit zu ändern. Der freie Dienstvertrag ist kein solcher im Sinne der §§ 1151 ff ABGB, diese Bestimmungen sind nicht unmittelbar anzuwenden; er begründet kein Arbeits- bzw. Beschäftigungsverhältnis. Wer somit den Ablauf der Arbeit selbstständig regeln und jederzeit ändern kann, wer durch Vertretungsmöglichkeiten selbst über Prioritäten im Einsatz seiner Arbeitskraft entscheiden kann, ist nicht Arbeitnehmer (eines "echten" Dienstvertrages) sondern freier Dienstnehmer (VwGH vom 24.3.2011, Zl. 2010/09/0219).

III.3.2. Dem Arbeitsvertrag immanent ist die persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers, welche sich unter anderem durch Einbindung in das Ordnungsgefüge des Unternehmens, insbesondere hinsichtlich Arbeitszeit, Arbeitsort und Kontrolle, sowie durch die persönliche Arbeitspflicht des Arbeitnehmers äußert. Der freie Dienstvertrag hingegen verpflichtet zur Arbeit ohne persönliche Abhängigkeit, der freie Dienstnehmer ist weitgehend weisungsfrei.
Zur Abgrenzung bedarf es nicht der Erfüllung aller Kriterien, vielmehr ist ein Überwiegen der genannten Merkmale im Sinne eines beweglichen Systems ausreichend. Ausschlaggebend ist auch nicht die Vertragsbezeichnung, sondern vielmehr die Handhabung des Vertragsverhältnisses. So schließt z.B. die Vereinbarung einer generellen Vertretungsbefugnis die persönliche Abhängigkeit nicht per se aus. In Grenzfällen ist zu Gunsten des abhängigen Arbeitsverhältnisses zu entscheiden (vgl. Arbeits- und Sozialgericht Wien vom 9.9.2004, Zl. Cga203/03f, OGH vom 13.11.2003, Zl. 8 ObA 86/03k).

III.3.3. Die persönliche Unabhängigkeit kennzeichnen im Wesentlichen folgende Merkmale, die jedoch nicht kumulativ vorliegen müssen:

- Recht, im Einzelfall Aufträge ablehnen zu können
- keine Verpflichtung zur persönlichen Erbringung der Dienstleistung – generelles Vertretungsrecht
- Recht, Hilfspersonen beiziehen zu können

- mangelnde Integration in die betriebliche Struktur des Dienstgebers
- keine Weisungsbindung
- keine Kontrollunterworfenheit
- freie Zeiteinteilung
- freie Wahl des Arbeitsortes

III.3.3.1. Konkret waren die gegenständlichen Beschäftigten vor dem 1. Mai 2016 „echte Arbeitnehmer“ der Beschwerdeführerin. Nach Abschluss der freien Dienstverträge arbeiteten die Beschäftigten weiterhin ausschließlich für den Unternehmensinhaber und die Beschwerdeführerin beschäftigte auch keine zusätzlichen Arbeitnehmer oder freie Dienstnehmer. Grund für die vertragliche Änderung von „echtem Dienstvertrag“ zu „freiem Dienstvertrag“ waren die häufigen Abwesenheiten der Beschäftigten und die fehlende Verfügbarkeit von anderen Fachkräften. Eine Entlassung der Beschäftigten wurde trotz deren pflichtwidrigem Verhalten – wie der Unternehmensinhaber und seine Ehegattin schlüssig schilderten – mangels fachlich geeignetem Ersatzpersonal nicht in Erwägung gezogen. Dies zeigt klar, dass weder für die Beschäftigten ein anderer Dienstgeber noch für die Beschwerdeführerin andere Beschäftigte in Frage kamen. Diese Ausschließlichkeit bewirkte eine wirtschaftliche Abhängigkeit zwischen den Beschäftigten und der Beschwerdeführerin.
Die Beschäftigten hatten insbesondere das wirtschaftliche Interesse an einem möglichst regelmäßigen Einkommen durch wiederkehrende Tätigkeiten. Sie bestritten daraus ihren gesamten Lebensunterhalt.
Das ständige Kontakthalten zur Beschwerdeführerin bzw. zum Unternehmensinhaber war daher unbedingt notwendig, da sie ja sonst zu keinen Arbeitsaufträgen gekommen wären.
Umgekehrt war auch die Beschwerdeführerin von den Beschäftigten abhängig, da nur diese die von ihr übernommenen Aufträge erfüllen konnten.

III.3.3.2. Die Möglichkeit der Beschäftigten, Aufträge abzulehnen, war zwar vertraglich vorgesehen, wurde aber tatsächlich nie gelebt. Objektiv betrachtet war es auch nicht zu erwarten, dass von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht wird, weil sie in jenen Zeiten, in denen die Beschäftigten auch tatsächlich arbeiten wollten, möglichst viel verdienen wollten und deshalb de facto nie ein Auftrag abgelehnt worden war.

Die Beschäftigten arbeiteten in „Partien“, die jedoch von Auftrag zu Auftrag unterschiedlich zusammengesetzt waren. Es gab keine fixen Teams unter den Beschäftigten. Bei kleinen Aufträgen kam es auch vor, dass dieser nur von einem Beschäftigten erledigt wurde. Zur Einteilung, wer konkret welchen Auftrag übernimmt, gab es zwischen dem Unternehmensinhaber und den Beschäftigten konkrete Abstimmungsgespräche. Die Aufträge wurden vom Unternehmensinhaber vorgestellt und dann wurde entschieden, welcher Auftrag von wem – je nach Qualifikationen und Fähigkeiten – übernommen wird. Die Beschwerdeführerin

konnte darauf bauen, dass die Beschäftigten an dem vereinbarten Ort unter Einhaltung der vereinbarten Fristen die Arbeitsleistungen erbringen würden.

Daraus ist abzuleiten, dass das vom Vertreter der Bf ins Treffen geführte Ablehnungsrecht bei Auftragsübernahme nicht in Anspruch genommen wurde und dass es nach seinem wahren Gehalt nur theoretisch bestanden hat.

III.3.3.3. Ähnlich ist auch das vertraglich vereinbarte Vertretungsrecht zu beurteilen. Es wurde tatsächlich auch nicht gelebt und bei objektiver Betrachtung war nicht zu erwarten, dass es genutzt wird, weil – wie vom Unternehmensinhaber plausibel geschildert – im Falle einer unvorhergesehenen Abwesenheit eines Beschäftigten die Arbeiten aller Aufträge so umgeschichtet bzw. unter den Beschäftigten mit der Hilfe des Unternehmensinhabers so organisiert wurden, dass eine Vertretung nicht erforderlich war, welche auch von den Beschäftigten nicht gewollt war, weil dadurch ihr Einkommen geschmälert worden wäre.

III.3.3.4. Zwei der fünf Beschäftigten verrichteten – wie vertraglich vereinbart – Hilfsarbeiten. Bei der Verrichtung von Hilfsarbeiten im Zusammenhang mit Montage- und Verlegearbeiten von Steinplatten und Fliesen ist man aber sehr wohl von konkreten Arbeitsanweisungen sowie Vorgaben über Arbeitszeit und Arbeitsort abhängig. Eine persönliche Unabhängigkeit ist diesbezüglich nicht gegeben.

III.3.3.5. Festzuhalten ist auch, dass der Arbeitsort von den Montagearbeitern nicht frei gewählt werden konnte, da die Verlegung von Steinplatten, Fliesen oder die Montage von Fassaden eben genau an einem bestimmten Ort durchgeführt werden mussten. Es konnten auch keine Vorbereitungsarbeiten oder dgl. an einem frei wählbaren Ort erledigt werden. Die Anwesenheit auf einer bestimmten Baustelle war während der gesamten Arbeitszeit unbedingt erforderlich.

III.3.3.6. Die Einteilung der Arbeitszeit erfolgte bei den drei Montagearbeitern selbständig, wobei vom Hauptauftraggeber vorgegebene Fristen einzuhalten waren.

III.3.3.7. Die fünf Beschäftigten und der Unternehmensinhaber waren ein eingespieltes Team sowohl hinsichtlich der Abläufe als auch der Arbeitsausführungen, weshalb es keiner persönlicher und fachlicher Weisungen oder einer besonderen Kontrolle bedurfte. Jeder wusste, was zu tun war. Es galt, die Arbeiten in der vorgegebenen Frist ordnungsgemäß bzw. auftragsgemäß zu verrichten, was auch geschah. Dies zeigt aber, dass die Beschwerdeführerin betriebliche Strukturen geschaffen hatte, in denen die Beschäftigten je nach betrieblichem Bedarf ihre Arbeiten verrichtet hatten, gemeinsam zusammengearbeitet hatten und damit in die betrieblichen Strukturen, die von der Bf geschaffen wurden, eingebunden waren.

III.4. Unter Berücksichtigung aller oben angeführten Punkte ergibt sich bei der Betrachtung der wahren Verhältnisse, dass die Merkmale der persönlichen Unabhängigkeit, insbesondere die freie Gestaltung des Arbeitsablaufs auf Grund des Fehlens einer Einbindung in die betrieblichen Strukturen der Beschwerdeführerin bei allen fünf Beschäftigten nicht überwiegen. Es ist faktisch somit eine persönliche und auch wirtschaftliche Abhängigkeit der Beschäftigten zur Beschwerdeführerin gegeben, weshalb diese zum gegenständlichen Zeitpunkt Arbeitnehmer iSd § 1 BUAG waren.

III.5. Nachdem die Arbeitnehmereigenschaft hier zu bejahen war und die Beschäftigung in einem Betrieb gemäß § 2 BUAG erfolgte, war die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

IV. 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. Insbesondere weicht die gegenständliche Entscheidung von der als einheitlich zu beurteilenden Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht ab.

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 Eingabegebühr 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

Dr. Klempt