

Stellungnahme II/2012

Arbeitskräfteüberlassung und BUAG

1. Anwendungsbereich BUAG:

Auf Dienstverhältnisse der bei einem Arbeitskräfteüberlasser beschäftigten Arbeitnehmer, die in die Baubranche überlassen werden, finden nicht nur die Bestimmungen des AÜG sondern auch die des Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetzes (BUAG) Anwendung. Für die Anwendbarkeit der Bestimmungen des BUAG ist gemäß dessen § 2 Abs. 1 lit h entscheidend, für welche Tätigkeiten der Arbeiter aufgenommen oder tatsächlich überwiegend überlassen wird.

Im ersten Fall ist die Abgrenzung noch verhältnismäßig einfach. Hier ist der vertraglich umrissene Inhalt der geschuldeten Tätigkeiten entscheidend, egal, ob diese dann in weiterer Folge auch tatsächlich verrichtet werden. Wenn also die Fachkraft für Tätigkeiten am Bau aufgenommen wurde, infolge überwiegend an nicht dem BUAG unterliegende Beschäftigter überlassen wird, ändert dies nichts an der einmal eingetretenen Zugehörigkeit.

Umgekehrt bereitet die Abgrenzung anhand der tatsächlich überwiegenden Tätigkeit insoweit Schwierigkeiten, als hier die Zuordnung erst anhand einer Betrachtung im nachhinein (ex-post) genau vorgenommen werden kann, der Arbeitgeber aber anhand der ihn treffenden Meldepflichten vorweg zu entscheiden hat, welche Dienstnehmer nun bei der BUAK zu melden sind. Somit trifft ihn aber

auch das Risiko einer Fehleinschätzung, die zu einer oftmals komplizierten Rückabwicklung führt. Eine Entscheidungshilfe kann dazu immer nur die Abwägung bieten, für welche Geschäftspartner Arbeitskräfte benötigt werden. Sind dies Firmen iSd § 2 BUAG ist im Zweifel von einer Zuschlagspflicht auszugehen. Die Abgrenzung der überwiegenden Tätigkeit hat immer unter Bezugnahme auf jeden einzelnen Arbeitnehmer zu erfolgen. Nicht entscheidend ist ob die überwiegende Zahl der Arbeitnehmer eines Arbeitskräfteüberlassers in die Baubranche überlassen werden. Für das Kriterium des Überwiegens ist dabei auf das Arbeitsverhältnis des jeweiligen Arbeitnehmers als Ganzes und nicht auf die einzelne Überlassung abzustellen.

Seit 1.9.2005 unterliegen auch Entsendungen von Arbeitnehmern nach Österreich hinsichtlich der Urlaubsregelung dem BUAG, wenn diese von einem Arbeitgeber ohne Sitz in Österreich vorgenommen werden.¹ Anzumerken ist, dass der OGH² ausgesprochen hat, dass eine Doppelbelastung des Arbeitgebers für idente Beschäftigungszeiträume aufgrund zwingender urlaubsrechtlicher Normen des Entsendestaates (bspw. Deutschland) vermieden werden muss. Das BUAG regelt die möglichen Fälle einer Kollision von Ansprüchen nach dem Arbeitsvertragsstatut (bspw. Deutschland) nicht. Nach dem OGH ist von einer planwidrigen Gesetzeslücke auszugehen. Wie diese Lücke geschlossen werden soll, lässt der OGH noch offen.

2. Meldepflicht

a) Allgemeines

¹ Die BUAK hat ua mit der deutschen Soka-Bau und der Nationalen Französischen Ausgleichskasse der Bauwirtschaft Freistellungsvereinbarungen geschlossen, sodass keine Einbeziehung des Arbeitgebers und dessen Arbeitnehmer in das Urlaubskassensystem der BUAK erfolgt. Die Erstmeldung nach Arbeitsaufnahme bleibt trotzdem erforderlich. Weitergehende Ausführungen unterbleiben an dieser Stelle, da dies den Rahmen dieser Stellungnahme sprengen würde.

² OGH 25.10.2011, 8 Ob A 2/11v.

Arbeitskräfteüberlasser, die Arbeitnehmer für Baufach Tätigkeiten aufgenommen haben oder tatsächlich überwiegend überlassen, haben dies der BUAK binnen zwei Wochen ab Aufnahme der Tätigkeit³ unter Bekanntgabe aller für die Berechnung der Zuschläge maßgebenden Lohnangaben zu melden. Dies erfolgt mittels einer sogenannten Eintrittsliste⁴.

In der Folge hat der Arbeitskräfteüberlasser für jeden Zuschlagszeitraum, welcher einen Kalendermonat entspricht, von jedem beschäftigten Arbeitnehmer alle für die Berechnung der Zuschläge maßgebenden Lohnangaben und deren Veränderungen einschließlich des allfälligen Beginns und Ende des Arbeitsverhältnisses der Urlaubs- und Abfertigungskasse zwischen dem 1. und 15. des dem Zuschlagszeitraum folgenden Monats mittels der ihm von der BUAK übermittelten Vordrucke (Meldelisten)⁵ zu melden. Der Arbeitskräfteüberlasser hat neben allfälligen Neueintritten auf diesen Vordrucken nur die jeweilige Änderung im Beschäftigungsverlauf anzugeben.

b) Elektronische Meldung

Die BUAK bietet bereits jetzt die Möglichkeit an, sich zur Erfüllung der Meldeverpflichtungen einer Webanwendung zu bedienen.⁶ Ab 1.1.2014 ist der Arbeitgeber verpflichtet, die Webanwendung der BUAK zu benutzen. Die Verpflichtung gilt jedoch nicht für Meldungen betreffend die Baubeginnsanzeige (§ 97 Abs 1 ASchG) oder die Vorankündigung (§ 6 Abs 2 BauKG), soweit diese

³ Nicht bereits bei Abschluss des Arbeitsvertrages.

⁴ Formular ist abrufbar unter www.buak.at, e-service/Download, Formulare.

⁵ Nach der Meldung des Eintritts verschickt die BUAK zugleich mit der Zuschlagsvorschreibung die Meldeliste.

⁶ Die Webanwendung steht unter www.buak.at, e-service/Download, zur Verfügung. Um die Webanwendung nutzen zu können, muss ein Endnutzer-Nutzungsvertrag mit der BUAK abgeschlossen werden. Dieser ist unter www.buak.at, e-Service Downloads/Formulare zu finden.

Meldepflichten gegenüber dem Arbeitsinspektorat bestehen. Hier steht es dem Meldeverpflichteten frei, ob er sich der Webanwendung bedient oder nicht.

c) Überprüfung / Einsichtsrecht

Zur Überprüfung, ob die Meldungen an die BUAK korrekt erfolgt sind, können eigene Kontrollorgane der BUAK (Kontrollore) Einsicht in die für die Berechnung der Zuschlagsleistung maßgebenden Lohnaufzeichnungen (Lohnkontoblätter, Lohnlisten, Lohnsteuerkarten, An- und Abmeldungen zur Krankenversicherung, Urlaubs- und Abfertigungskarten, Melde- und Zuschlagsverrechnungslisten, Lohnunterlagen nach § 7d AVRAG⁷ und der gleichen) verlangen, wobei auch ein Abgleich mit dem an die BUAK erstatteten Meldungen vorgenommen wird.

d) Auskunftspflicht des Beschäftigers

Nach dem neu eingeführten § 23b Abs 3 BUAG ist der Beschäftiger bei Arbeitskräfteüberlassung verpflichtet, der BUAK Auskunft über das Überlassungsunternehmen, über die überlassenen Arbeitnehmer und über die ausgeübte Tätigkeit zu geben. Diese Regelung soll die Feststellung ermöglichen, ob eine überlassene Arbeitskraft dem BUAG unterliegt, wer Zuschlagspflichtiger ist und wie hoch der Zuschlag ist.

Im Falle der Verletzung der Auskunftspflichten unterliegen nunmehr auch Beschäftiger den Strafbestimmungen des § 32 BUAG.

⁷ Nach § 7d AVRAG sind die Lohnunterlagen von nach Österreich entsandten oder überlassenen Arbeitnehmern in deutscher Sprache am Arbeits(Einsatz-)ort bereitzuhalten.

3. Zuschlagsleistungen

a) Entrichtung der Zuschlagsleistung

Die BUAK schreibt dem Arbeitgeber aufgrund seiner Meldung oder mangels dieser aufgrund ihrer Schätzungen den Gesamtbetrag der Zuschläge vor, der für die in einem Zuschlagszeitraum beschäftigten Arbeitnehmer zu leisten ist (Zuschlagsvorschreibung). Der Betrag ist mit 15. des auf den Zuschlagszeitraum zweitfolgenden Monats fällig.

Verstöße gegen die rechtzeitige oder ordnungsgemäße Abgabe der Meldungen an die BUAK als auch die Nichtentrichtung der Lohnzuschläge ist gemäß § 32 BUAG verwaltungsrechtlich strafbar. Erfolgt allerdings die Anmeldung bei der BUAK schon mit dem Vorsatz, keine Zuschläge zu leisten, dann liegt ein nach § 153 d StGB gerichtlich strafbares betrügerisches Vorenthalten der Zuschläge vor, welches mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren bedroht ist.

b) Abfuhr von BUAK-Zuschlägen durch den Beschäftiger

Mit der seit 1.1.2012 in Kraft stehenden Bestimmung des § 21a Abs 9 BUAG haben Beschäftigerbetriebe die Möglichkeit, die BUAK Zuschläge für überlassene Arbeitskräfte (die eigentlich der Überlasser zu entrichten hätte) direkt an die BUAK zu bezahlen.

Macht der Beschäftiger von dieser Möglichkeit Gebrauch, entstehen folgende Rechtsfolgen:

- Die Zahlung hat für den Beschäftiger gegenüber dem Überlasser schuldbefreiende Wirkung und mindert im Ausmaß der geleisteten Zuschläge das dem Überlasser zu leistende Überlassungsentgelt.
- Die Zahlung hat für den Beschäftiger haftungsbefreiende Wirkung. Das heißt, dass die Haftung nach § 14 AÜG im Ausmaß der geleisteten Zahlung an die BUAK entfällt.
- Die Zahlung durch den Beschäftiger erfolgt zugunsten des Überlassers. Die Zahlungsverpflichtung des Überlassers gegenüber der BUAK wird im Ausmaß der geleisteten Zahlung gemindert.

Die genannten Begünstigungen des Beschäftigers stehen jedoch unter dem Vorbehalt, dass der Beschäftiger gegenüber der BUAK bekannt gibt, für welchen Überlasser, für welche Arbeitnehmer, für welche Zeiträume und auf Basis welchen kollektivvertraglichen Stundenlohnes⁸ er die Zuschläge zahlt. Fehlerhafte und unvollständige Angaben des Beschäftigers können nach den Materialien⁹ nicht zum Eintritt der genannten Rechtsfolgen führen.

Wenn der Beschäftiger beabsichtigt, die Lohnzuschläge für überlassene Arbeitnehmer zu entrichten, hat er den Überlasser darüber zu informieren.

Der Überlasser erhält die Information über den zu seinen Gunsten erfolgten Zahlungseingang auch bei der BUAK.

Die BUAK stellt auf ihrer Homepage eine Anwendung zur Verfügung, mit deren Hilfe Beschäftiger sowohl die überlassenen Arbeitskräfte melden, als auch für den

⁸ Auf Basis der auf Grund der ausgeübten Tätigkeit der überlassenen Arbeitskraft im Beschäftigerbetrieb vorzunehmenden Einstufung.

⁹ EBRV 1221 BlgNr XXIV. GP, 6.

Überlassungszeitraum die Zuschlagsforderung der BUAK errechnen lassen können. Diese Anwendung ist allgemein zugänglich. Aus datenschutzrechtlichen Gründen ist es der BUAK nicht möglich, betriebs- oder arbeitnehmerbezogene Daten aus der Datenbank auszulesen. Der Beschäftigte muss daher selbst alle erforderlichen Daten (Daten zum Beschäftigter- und Überlasserbetrieb, Name der Arbeitskraft, Sozialversicherungsnummer, Geburtsdatum, Dauer der Beschäftigung, Tätigkeit, KV-Lohn) eingeben.¹⁰

Unklar ist unseres Erachtens, wie die eine Umsetzung dieser Bestimmung in der Praxis ablaufen wird/soll. Wichtig wird sein, dass sich Beschäftigte und Überlasser hinsichtlich der Zuschlagsentrichtung abstimmen und allenfalls auch vertraglich festhalten, von wem die Zuschläge entrichtet werden sollen.

4. Urlaub

a) Anspruch und Anwartschaft

Für Beschäftigungszeiten von 52 Anwartschaftswochen in einem Kalenderjahr gebührt dem Arbeitnehmer ein Urlaub in Ausmaß von 30 Werktagen (25 Arbeitstagen). Der Urlaubsanspruch erhöht sich auf 36 Werktage, wenn Beschäftigungszeiten von mindestens 1.150 Anwartschaftswochen erreicht wurden. Als Anwartschaftswoche gilt eine Kalenderwoche, in der an fünf Arbeitstagen¹¹ Beschäftigungszeiten¹² anfallen.

¹⁰ Eine genaue Anleitung zur Eingabe findet sich auf der Homepage der BUAK unter http://www.buak.at/servlet/ContentServer?pagename=BUAK/Page/Index&n=BUAK_0.a&cid=1160802620122, Zuschlagsentrichtung für Beschäftigte.

¹¹ Unter Arbeitstag ist ein Tag zu verstehen, an dem gewöhnlich eine Arbeitspflicht besteht. Wird an diesem Tag die Arbeit angetreten, werden Beschäftigungszeiten erworben, weswegen dieser Tag unabhängig von einem gewissen Schwellenwert zählt. Auch vor Erreichen der täglichen Normalarbeitszeit, hat der Arbeitgeber dafür den anteiligen Wochenzuschlag (also für den ganzen Tag) zu zahlen, selbst wenn in der Lohnverrechnung nur die geleisteten Stunden maßgeblich sind.

¹² Beschäftigungszeiten nach § 5 BUAG sind neben Arbeitszeiten, ua Zeiten des Urlaubs, der Krankheit, der sonstigen Arbeitsverhinderung, des Arbeitsausfalls wegen Schlechtwetters.

Der Anspruch auf Urlaub entsteht im Verhältnis zu den im Urlaubsjahr zurückgelegten Beschäftigungswochen bzw. Teile von Beschäftigungswochen. Das am Ende des Urlaubsjahrs bestehende Urlaubsausmaß ist auf ganze Tage kaufmännisch zu runden.

Der Arbeitgeber zahlt für jeden Tag, an dem ein Arbeitnehmer beschäftigt wird, einen Zuschlag an die BUAK. In bestimmten Fällen wird dieser Zuschlag von der BUAK selbst getragen z.B. während der Urlaubshaltung des Arbeitnehmers.¹³

b) Urlaubsentgelt

Der Urlaub kann nur während aufrechten Arbeitsverhältnisses verbraucht werden und zwar im Einvernehmen mit dem Arbeitgeber. Dem Arbeitnehmer gebührt bei Antritt des Urlaubes ein Urlaubsentgelt (Urlaubsgeld zuzüglich Urlaubszuschuss), wobei sich der Anspruch direkt gegen die BUAK richtet. Der Arbeitgeber hat bei der zuständigen Landesstelle (Regionalzentrum) der BUAK frühestens 1 Monat vor Urlaubsantritt den Antrag um Überweisung des entsprechenden Urlaubsentgeltes einzureichen. Die BUAK überweist aufgrund der Einreichung des Arbeitgebers das Bruttourlaubsentgelt auf das Treuhandkonto des Betriebes. Am letzten Arbeitstag vor Urlaubsantritt hat der Arbeitgeber die Auszahlung des Urlaubsentgeltes vorzunehmen.

c) Nebenleistungen

¹³ Wenn der Arbeitnehmer Urlaub hat, zahlt die BUAK anstatt des Arbeitgebers die Zuschläge in die Urlaubskasse ein.

Auch wenn das Urlaubsentgelt von der BUAK zur Anweisung gebracht wird, ist der Arbeitgeber verpflichtet, die darauf entfallenden Abgaben (Sozialversicherungsbeiträge und Lohnsteuer) zu berechnen und zu entrichten, da das Urlaubsentgelt in die laufende Lohnverrechnung einzubeziehen ist. Als Ausgleich dafür erhält der Arbeitgeber gemäß § 26 BUAG eine Vergütung für die im Zusammenhang mit der Urlaubsgewährung anfallenden Sozialversicherungsbeiträge und Abgaben im Ausmaß von 30,1 %¹⁴ des überwiesenen Urlaubsentgeltes. Allerdings hat die Auszahlung dieses Pauschbetrages, der bei gleichzeitiger Überweisung mit dem Urlaubsentgelt getrennt auszuweisen ist zur Voraussetzung, dass der Arbeitgeber alle fälligen Zuschläge entrichtet hat. Wenn ein Urlaub nicht angetreten und das Urlaubsentgelt vom Arbeitgeber rückgezahlt wird, sind die Nebenleistungen ebenfalls rückzuerstatten.

5. Abfertigung

Für den Bereich der Abfertigung gibt es eine zweigeteilte Regelung: Stichtag für die Geltungsbereichsabgrenzung ist der 1.1.2003.¹⁵ Arbeitnehmer die der Abfertigung neu unterliegen, werden in die Mitarbeitervorsorgekasse (MVK) der BUAK einbezogen. Auf diese finden die Bestimmungen des Betrieblichen Mitarbeitervorsorgegesetzes (BMVG)¹⁶ Anwendung (Abschnitt VIa BUAG). Auf das System Abfertigung alt finden die Bestimmungen des Abschnitts III des BUAG Anwendung.

6. Winterfeiertagsvergütung

¹⁴ Gemäß BUAG-Zuschlagsverordnung, für Urlaubstage, die nach dem 31.12.2010 liegen.

¹⁵ Details zu den beiden Abfertigungsmodellen und die genaue Abgrenzung unterbleiben an dieser Stelle, da sie den Umfang der Stellungnahme sprengen würden.

¹⁶ BGBl. Nr. 100/2002 idgF.

Der Arbeitgeber hat für jeden Arbeitnehmer in den Zuschlagszeiträumen von April bis November einen Zuschlag für den Sachbereich der Winterfeiertagsregelung zu entrichten. Im Gegenzug hat der Arbeitgeber gegenüber der BUAK Anspruch auf pauschalierte Refundierung (Winterfeiertagsvergütung) der von ihm an seine Arbeitnehmer für die gesetzlichen Feiertage am 25. und 26. Dezember sowie 1. und 6. Jänner und der für die kollektivvertraglich geregelten arbeitsfreien Tage im Dezember (24. und 31.) geleisteten Entgelte. Als Winterfeiertage gelten dabei nur jene Feiertage und arbeitsfreien Tage, die auf einen Tag von Montag bis Freitag fallen.¹⁷

7. Schlechtwetter

Das Bauarbeiter-Schlechtwetter-Entschädigungsgesetz 1957 (BSchEG)¹⁸ enthält eine Entschädigungsregelung für Verdienstentgang, der bei Arbeitsausfällen infolge Schlechtwetters eintritt. Arbeitskräfteüberlassungsbetriebe fallen bezüglich jener Arbeitnehmer, die gemäß § 2 Abs. 1 lit. h des BUAG in den Sachbereich der Urlaubsregelung einbezogen sind, in den Geltungsbereich des BSchEG (§ 1 Abs 5 BSchEG). Die Kosten für den Schlechtwetterentschädigung werden durch Beiträge der Arbeitgeber (0,7 %) und Arbeitnehmer (0,7%) an die Gebietskrankenkassen gedeckt, wobei die GKK diese Beträge an die BUAK weiterleitet.¹⁹

8. Abschließendes:

Um die Erfüllung der Meldepflichten für die Arbeitgeber der Bauwirtschaft zu erleichtern, bietet die BUAK einen Direktdatenaustausch an. Dieser beinhaltet die monatliche Zuschlagsmeldung, die Einreichung um Urlaubsentgelte, die

¹⁷ Aufgrund des Umfangs der Stellungnahme, haben nähere Ausführungen an dieser Stelle zu unterbleiben.

¹⁸ BGBl. Nr. 129/1957.

¹⁹ Aufgrund des geplanten Umfangs der Stellungnahme unterbleiben hier nähere Ausführungen.

Rückerstattung von Schlechtwetterentschädigungen und die Beantragung der ersatzweisen Ansprüche aus dem Sachbereich Winterfeiertagsregelung. Näheres dazu unter www.buak.at, eService/Downloads.

Weiters schafft § 31a BUAG die rechtliche Grundlage für die BUAK, eine Baustellendatenbank einzurichten. Sinn dieser Datenbank ist, einen Überblick über neu beginnende Baustellen zu erlangen, um so eine gezielte und geplante Kontrolle zu ermöglichen. Diese Datenbank soll auch anderen Behörden, die Baustellen kontrollieren, zugänglich sein. Zur Erleichterung der Erfüllung der Meldeverpflichtung soll die BUAK eine Webanwendung zur Verfügung stellen. Es wird sich dabei um eine gemeinsame Webanwendung der BUAK und der Arbeitsinspektionen/des Verkehrs-Arbeitsinspektorates handeln. Folgende Meldungen können damit vorgenommen werden:

- Vorankündigung gem. § 6 Bauarbeitenkoordinationsgesetz
- Meldungen gemäß § 97 Abs 1 und 3 ArbeitnehmerInnenschutzgesetz (ASchG) und § 3 Abs 1 Bauarbeiterschutverordnung (BauV)
- Meldungen bei Arbeiten mit besonderen Gefahren nach § 97 Abs 6 ASchG und § 3 Abs 5 BauV
- Meldung von Asbestarbeiten gemäß § 97 Abs 7 ASchG und § 22 Abs 1 Grenzwertverordnung.

Mit der elektronischen Meldung wird gleichzeitig die Verpflichtung gegenüber Arbeitsinspektion/Verkehrs-Arbeitsinspektorat und BUAK erfüllt.

Die Bestimmung tritt mit jenem Zeitpunkt in Kraft, den der Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz durch Verordnung festsetzt. Derzeit ist davon auszugehen, dass alle technischen Voraussetzungen bis März 2012 geschaffen sind und ein Inkrafttreten mit 1.4.2012 möglich ist.