

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)¹ Anwendung.² 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

¹ BGBl Nr. 414/1972 idF BGBl Nr. 35/2001.

² 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. 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.

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 wird. Für das Kriterium des Überwiegens ist dabei auf das Arbeitsverhältnis des jeweiligen Arbeitnehmers als Ganzes und nicht auf die einzelne Überlassung abzustellen, wobei die BUAK empfiehlt, ungefähr den Zeitraum von einem Jahr heranzuziehen.

2. Meldepflicht

Arbeitskräfteüberlasser, die Arbeitnehmer für Baufachtätigkeiten 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 einem 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.

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 und der gleichen) verlangen, wobei auch ein Abgleich mit dem an die BUAK erstatteten Meldungen vorgenommen wird. Diese Prüfungen dienen vor allem dazu, festzustellen, ob die Beurteilung der verrechneten Anwartschaftswochen korrekt erfolgt ist, aber auch die Urlaubshaltung und korrekte Abrechnung desurlaubes samt Urlaubsentgelt wird kontrolliert.

3. Zuschlagsleistungen

Bei den Zuschlagsleistungen handelt es sich nicht um Selbstbemessungsabgaben, sondern von der BUAK vorzuschreibende Lohnzuschläge. Da die BUAK im Nachhinein vorschreibt, sind bei ordnungsgemäßer Meldung kaum Korrekturen nötig. Die Meldung erfolgt erst am Ende des jeweiligen Zuschlagszeitraumes, was dazu führt, dass unter Beachtung der von der Kasse benötigten Verarbeitungszeit die Vorschreibungen ungefähr vier Wochen danach erstellt werden können.

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.

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). Mit der Zuschlagsvorschreibung wird die Zuschlagsverrechnungsliste versandt, die sich in die einzelnen Abschnitte pro Arbeitnehmer gliedert, aus denen ersichtlich ist, für welchen Arbeitnehmer in welcher Kalenderwoche, welcher Zuschlag je nach Sachbereich (Urlaub, Abfertigung und Winterfeiertag) vorgeschrieben wurde. Der sich ergebende Gesamtbetrag ist acht Wochen nach Ende des Zuschlagszeitraumes 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 b Abs. 1 gerichtlich strafbares betrügerisches Vorenthalten der Zuschläge vor, welches mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren bedroht ist.

b) Verjährung

Das Recht auf Feststellung der Verpflichtung zur Entrichtung der Zuschläge (faktisch das Erstellen einer Zuschlagsvorschreibung) verjährt binnen drei Jahren, gerechnet vom Ende des Zuschlagszeitraumes. Hingegen verjährt das Recht auf Einforderung festgestellter und vom Arbeitgeber nicht entrichteter Zuschläge binnen zwei Jahren, gerechnet vom Zeitpunkt der Vorschreibung. Mangels Meldung der für die Berechnung der Zuschläge maßgebenden Lohnangaben, verjährt das Recht der BUAK binnen sieben Jahren, gerechnet vom Ende des Zuschlagszeitraumes.

4. Urlaub

a) Anspruch und Anwartschaft

Nach Beschäftigungszeiten von jeweils 47 Anwartschaftswochen erwirbt der Arbeitnehmer Anspruch auf Urlaub im vollen Ausmaß von 30 Werktagen (25 Arbeitstagen), davor (ab 26 Wochen) aliquot. Als Anwartschaftswoche gilt eine Kalenderwoche, in der an fünf Arbeitstagen⁶ Beschäftigungszeiten⁷ anfallen.

⁶ 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.

⁷ Beschäftigungszeiten nach § 5 BUAG sind neben Arbeitszeiten, ua Zeiten des Urlaubs, der Krankheit, der sonstigen Arbeitsverhinderung, des Arbeitsausfalls wegen Schlechtwetters.

Für jede Anwartschaftswoche wird ein Zuschlag durch den Arbeitgeber an die BUAK bezahlt. In bestimmten Fällen wird dieser Zuschlag von der BUAK selbst getragen z.B. während der Urlaubshaltung des Arbeitnehmers.⁸

b) Urlaubsentgelt

Der Urlaub kann nur während aufrechten Arbeitsverhältnisses verbraucht werden und zwar im Einvernehmen mit dem Arbeitgeber. Dem Arbeitnehmer gebührt bei Antritt desurlaubes 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.

Wenn der Arbeitgeber die ihn treffenden Auszahlungspflichten vernachlässigt oder bei der BUAK Rückstände aufweist, kann die BUAK gemäß § 8 Abs. 8 BUAG den Arbeitnehmern das Urlaubsentgelt direkt auszahlen.

Das dem Arbeitgeber von der BUAK überwiesene Urlaubsentgelt ist der Exekution entzogen, soweit diese nicht den Rückzahlungsanspruch⁹ der BUAK auf dieses Urlaubsentgelt betrifft. Eine dennoch vorgenommene Pfändung muss der Arbeitgeber unverzüglich, spätestens aber binnen 3 Tagen der BUAK melden.

c) Nebenleistungen

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 17 % 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.

⁸ In den Wochen, in denen der Arbeitnehmer Urlaub hat, zahlt die BUAK anstatt des Arbeitgebers die Zuschläge in die Urlaubskasse ein.

⁹ Urlaubsentgelt im Ausmaß des nicht verbrauchten Urlaubes ist binnen 2 Wochen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses an die BUAK zurückzuzahlen.

5. Abfertigung

Für den Bereich der Abfertigung gibt es eine zweigeteilte Regelung: Stichtag für die Geltungsbereichsabgrenzung ist der 1.1.2003. Neu eintretende Arbeitnehmer, deren Beschäftigungsverhältnis nach dem 1.1.2003 begonnen hat, werden in die Mitarbeitervorsorgekasse (MVK) der BUAK einbezogen. Auf diese finden die Bestimmungen des Betrieblichen Mitarbeitervorsorgegesetzes (BMVG)¹⁰ Anwendung (Abschnitt VIa BUAG). Die Abgrenzung zum alten Abfertigungssystem erfolgt nach Maßgabe von bereits bis zum 31.12.2002 erworbenen Beschäftigungszeiten. Liegen solche vor, verbleibt der Arbeitnehmer im System alt, bis die erworbenen Anwartschaften im Zuge einer Abfertigungsverrechnung abgegolten wurden oder sonst untergegangen sind. Auf das System Abfertigung alt finden die Bestimmungen des Abschnitts III des BUAG Anwendung.

Der Anspruch des Arbeitnehmers auf Auszahlung der Abfertigung besteht gegenüber der BUAK (Abfertigung alt) bzw. gegenüber der MVK (Abfertigung neu), aber nur dann, wenn der Arbeitnehmer 3 Einzahlungsjahre aufweist. Im System Abfertigung alt musste der Arbeitnehmer bei ein und demselben Arbeitgeber beschäftigt sein. Im System neu ist es gleichgültig, ob die Beschäftigungszeiten bei einem oder mehreren Arbeitgebern erfolgten. Eine Auszahlung während aufrechten Arbeitsverhältnisses ist nicht möglich.

Die Regelung des § 13c Abs. 4 BUAG, wonach die einvernehmliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses einen anspruchsvernichtenden Lösungsgrund darstellt, gilt für Arbeitnehmer die dem BMVG unterliegen gemäß dessen § 14 nicht.

Die Zuschlagsvorschreibung durch die BUAK wurde durch das System neu nicht geändert. Der Arbeitgeber bezahlt weiterhin den Zuschlag für den Sachbereich der Abfertigungsregelung an die BUAK, wobei die BUAK den sich aus dem BMVG ergebenden Beitragsatz an die MVK weiterleitet. Bauarbeiter unterliegen zwingend der MVK der BUAK. Ein Wahlrecht des Arbeitgebers hinsichtlich der MVK von Bauarbeitern besteht nicht.

6. Winterfeiertagsvergütung

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 aber nur jene Feiertage und arbeitsfreien Tage, die auf einen Tag von Montag bis Freitag fallen. Die Höhe der Vergütung richtet sich nach dem geltenden kollektivvertraglichen Stundenlohn zuzüglich eines Zuschlags von 20 %. Jeder

¹⁰ BGBl. Nr. 100/2002 idgF.

Winterfeiertag ist mit einem Fünftel der kollektivvertraglichen wöchentlichen Normalarbeitszeit zu bemessen.

Voraussetzung für die Refundierung ist zum einen, dass die Arbeitnehmer bei der BUAK während der Kalenderwochen, in die die Feiertage fallen, gemeldet sind, und dass der Arbeitgeber diese Entgelte auch tatsächlich an die Arbeitnehmer zur Auszahlung gebracht hat. Im Rahmen der turnusmäßigen Kontrollen gemäß § 23 BUAG wird von den Kontrolloren der BUAK auch die Auszahlung der Winterfeiertagsentgelte überprüft.

7. Schlechtwetter

Das Bauarbeiter-Schlechtwetter-Entschädigungsgesetz 1957 (BSchEG)¹¹ enthält eine Entschädigungsregelung für Verdienstentgang, der bei Arbeitsausfällen infolge Schlechtwetters eintritt. Die Verwaltung der Rückerstattung von Schlechtwetterentschädigungsbeträgen an die Arbeitgeber fällt in den Aufgabenbereich der BUAK. 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. Die Kosten für die 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.

Arbeitgeber haben den Arbeitnehmern die wegen Schlechtwetters einen Arbeitsausfall erleiden, der mit einem Lohnausfall verbunden ist, eine Schlechtwetterentschädigung im Ausmaß von 60 % vom Ist-Lohn zu gewähren. Allerdings ist der Arbeitnehmer verpflichtet, in der Zeit, in der Schlechtwetter vorliegt eine andere zumutbare Arbeit im Betrieb zu verrichten, widrigenfalls er den Anspruch auf Schlechtwetterentschädigung verliert.

Über die Frage, ob die Arbeit mit Rücksicht auf die Witterung an einzelnen Tagen einzustellen, fortzuführen oder wieder aufzunehmen ist, entscheidet der Arbeitgeber nach Anhörung des Betriebsrates.

Der Arbeitgeber hat die Möglichkeit, die Rückerstattung ausbezahlter Schlechtwetterentschädigung bei der BUAK geltend zu machen. Der Antrag auf Rückerstattung kann bis zum Ablauf des auf den Abrechnungszeitraum folgenden Monats gestellt werden. Der Antrag muss neben Hinweisen auf das Vorliegen des Schlechtwetters alle Angaben enthalten, die für die Überprüfung der Richtigkeit der ausbezahlten Beträge erforderlich sind. Bezweifelt die BUAK die Richtigkeit von Angaben im Antrag, erteilt sie einen Korrekturauftrag. Mangels Klarstellung durch den Arbeitgeber hat die BUAK die Rückerstattung zu verweigern.

Der Arbeitgeber erhält den Refundierungsbetrag plus einen Pauschbetrag in der Höhe von 30 % (als Abgeltung für die in der Zeit des Arbeitsausfalles geleisteten Sozialabgaben).

¹¹ BGBl. Nr. 129/1957.

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

BRUCKMÜLLER • ZEITLER
RECHTSANWÄLTE

Verfasser: **Rechtsanwalt Dr. Georg Bruckmüller**

Vertrauensanwalt der OÖ Arbeitskräfteüberlasser

im Namen der Bruckmüller Zeitler Rechtsanwälte GmbH

Kontakt: www.bzp.at

Stand: September 2007

Trotz sorgfältigster Bearbeitung wird für die Ausführungen keine Gewähr übernommen. Nachdruck, Vervielfältigung und Verbreitung jeglicher Art nur mit ausdrücklicher Zustimmung der Allgemeinen Fachgruppe OÖ des Gewerbes, Berufsgruppe Arbeitskräfteüberlasser, zulässig.