

TE Lvwg Erkenntnis 2022/1/31 LVwG-AV-1562/001-2021

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 31.01.2022

Entscheidungsdatum

31.01.2022

Norm

BUAG §21

BUAG §25

BUAG §33d

BUAG §33h

AVG 1991 §3

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich erkennt durch die Richterin Hofrat Dr. Trixner über die Beschwerde der A Kft., in ***, Ungarn, vertreten durch B, C, D, Rechtsanwälte in ***, gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Neunkirchen vom 29. Juli 2021, Zl. ***, betreffend Zurückweisung eines Antrages auf Feststellung der Nichtanwendbarkeit des Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetz (BUAG), zu Recht:

1. Die Beschwerde wird gemäß § 28 Abs. 1 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG) als unbegründet abgewiesen.
2. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 (VwGG) eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 Bundes Verfassungsgesetz (B-VG) nicht zulässig.

Entscheidungsgründe:

1. Sachverhalt:

1.1. Grundsätzliche Feststellungen:

Die A Kft (im Folgenden: Beschwerdeführerin) ist als eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung im Handelsregister des Landgerichtes *** eingetragen und hat ihren Sitz in ***, Ungarn, wo sie das Gewerbe der Metallbe- und -verarbeitung ausübt, insbesondere auch den Handel, die Konfektionierung und Herstellung von Baustahlprodukten.

In Österreich besteht u.a ein längerfristiger Liefervertrag mit der Firma E GmbH hinsichtlich deren Fertigteilwerk in ***, ***. Dieser Vertrag beinhaltet die Herstellung und Lieferung einer großen Anzahl hochwertiger Bewehrungskörbe, die der Kunde in dessen Fertigteilwerk zur industriellen Herstellung von Beton-Fertigteilen, nämlich sogenannten „Tübbing“ verwendet.

Für diese Tätigkeit der Entsendung von Arbeitnehmern nach Österreich hat die Bauarbeiter-Urlaubs- und

Abfertigungskasse (BUAK) der Beschwerdeführerin als Arbeitgeberin zumindest für die Monate Juli 2020 und März 2021 Zuschläge gemäß §§ 21 ff BUAG vorgeschrieben.

1.2. Zum verwaltungsbehördlichen Verfahren:

Am 07.06.2021 stellte die nunmehrige Beschwerdeführerin bei der Bezirkshauptmannschaft Neunkirchen (im Folgenden: belangte Behörde) einen Antrag auf Feststellung der Nichtanwendbarkeit der Vorschriften des Bundesgesetzes betreffend den Urlaub und die Abfertigung für Arbeitnehmer in der Bauwirtschaft (Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetz – BUAG) auf ihre – im Antrag detailliert beschriebene – Tätigkeit, die sie im Fertigteilwerk in ***, ***, verrichten würden, da ihr die BUAK trotz anwaltlichen Schreibens vom 19.10.2020 weiterhin Zuschläge im Sinn der §§ 21 ff BUAG verrechnen würde.

Mit Bescheid vom 29.07.2021, Zl. ***, wies die belangte Behörde den Feststellungsantrag der Beschwerdeführerin vom 07.06.2021 als unzulässig zurück, wobei sie ihre Entscheidung auf § 25 Abs. 6, § 33d Abs. 1 und 2 sowie § 33h Abs. 1, 2 und 3 BUAG stützte und begründend ausführte, dass vor inhaltlicher Prüfung der Ansprüche bzw. vor Prüfung der Anwendbarkeitsvoraussetzungen der Zuschlagsregelungen des BUAG die Zulässigkeit der Antragsstellung sowie die behördliche Zuständigkeit zur Entscheidung über den Feststellungsantrag zu beurteilen gewesen sei.

Nach § 25 Abs. 3 BUAG habe die Urlaubs- und Abfertigungskasse zur Eintreibung der nicht rechtzeitig entrichteten Beträge grundsätzlich einen Rückstandsausweis auszufertigen, welcher als Exekutionstitel im Sinne des § 1 EO diene. Nach § 25 Abs. 5 BUAG sei ein Einspruch gegen den Rückstandsausweis vom Arbeitgeber bei der Bezirksverwaltungsbehörde einzubringen. Diese entscheide mit Bescheid über die Richtigkeit der Vorschreibung. Nach Abs. 6 leg cit stelle die Bezirksverwaltungsbehörde auf Antrag der Urlaubs- und Abfertigungskasse mit Bescheid fest, ob der Arbeitgeber den Vorschriften des BUAG unterliege oder ob für das in Betracht kommende Arbeitsverhältnis das BUAG Anwendung finde; dies sofern der Arbeitgeber die Vorschreibung mit der Begründung bestreite, nicht in den Geltungsbereich des BUAG zu fallen oder dass das BUAG auf das in Betracht kommende Arbeitsverhältnis keine Anwendung finde.

Sofern die Anwendbarkeit des BUAG bestritten werde, habe die Bezirksverwaltungsbehörde nach ständiger Rechtsprechung des VwGH über einen Einspruch gegen den Rückstandsausweis in der Begründung der bescheidmäßigen Entscheidung über die Vorfrage zu entscheiden, ob das BUAG zur Anwendung komme. Auf Antrag der Urlaubs- und Abfertigungskasse könne dies in einem eigens eingeleiteten Verfahren auch als Hauptfrage beantwortet werden (vgl. VwGH Ra 2019/08/0124, Ra 2018/08/0234). Eine Feststellung der Bezirksverwaltungsbehörde darüber, ob der Arbeitgeber den Vorschriften des BUAG unterliege oder ob für das in Betracht kommende Arbeitsverhältnis das BUAG Anwendung finde, setze danach - neben einer Bestreitung durch den Arbeitgeber - einen Antrag der BUAK voraus (vgl. VwGH Ra 2018/08/0234). Ein durch den Arbeitgeber selbständig eingebrachter Antrag auf Feststellung der Nichtanwendbarkeit des BUAG sei in solchen Fällen unzulässig.

Allgemein sei auszuführen, dass - mangels Sonderbestimmung im BUAG - grundsätzlich die örtlichen Zuständigkeitsregelungen des § 3 AVG zur Anwendung kommen würden. In Sachen, die sich auf den Betrieb eines Unternehmens oder einer sonstigen dauernden Tätigkeit beziehen würden, ergebe sich die Zuständigkeit daher primär aus dem Ort, an dem das Unternehmen betrieben oder die Tätigkeit ausgeübt werde. Ein Unternehmen werde am Ort seiner Niederlassung betrieben (vgl. VwGH 2000/04/0202), fallbezogen somit in Ungarn.

Im gegenständlichen Verfahren seien allerdings die Sonderbestimmungen für Entsendungen und für die Beschäftigung zu einem Arbeitgeber ohne Sitz in Österreich nach § 33h BUAG einschlägig. Demnach habe die Urlaubs- und Abfertigungskasse gemäß Abs. 2 leg cit offene Zuschläge im Gerichtsweg einzuklagen, sofern der Arbeitgeber der Verpflichtung zur Zuschlagsentrichtung nicht nachkomme. Das zuständige Gericht sei nach Abs. 3 leg cit das Arbeits- und Sozialgericht ***.

Gemäß dem System des BUAG würde den Zuschlägen, die der Arbeitgeber zu erbringen habe, grundsätzlich öffentlich-rechtlicher Charakter zukommen. Komme der Arbeitgeber seiner Verpflichtung zur Zahlung der Zuschläge nicht nach, so sei die BUAK berechtigt einen Rückstandsausweis auszustellen, der einen Exekutionstitel im Sinne der Exekutionsordnung darstelle. Die Vollstreckung eines derartigen Rückstandsausweises als verwaltungsbehördliche Sanktion sei mangels entsprechender Verwaltungsvollstreckungsabkommen im Ausland - von wenigen Ausnahmen abgesehen - jedoch nicht durchsetzbar. Aus diesem Grund sehe § 33h Abs. 2 BUAG vor, dass ausstehende Zuschläge von Arbeitgebern mit Sitz im Ausland von der Urlaubs- und Abfertigungskasse auf dem Gerichtsweg einzuklagen seien,

d.h. dass sie als zivilrechtliche Ansprüche konstruiert seien. Die Dienstleistungsfreiheit von Dienstleistungserbringern aus anderen Mitgliedstaaten des EWR werde durch diese Regelung nicht beeinträchtigt, da die Einbringung der Zuschläge im Gerichtsweg für den Arbeitgeber keine zusätzliche Erschwernis bedeute (ErlRV 972 BlgNR XXII. GP).

Verwaltungsbehörden seien grundsätzlich befugt, im Rahmen ihrer örtlichen und sachlichen Zuständigkeit auch Feststellungsbescheide zu erlassen, sofern hierfür entweder eine ausdrückliche gesetzliche Anordnung vorliege oder ein im öffentlichen Interesse begründeter Anlass dazu gegeben oder aber die Feststellung im rechtlichen Interesse einer Partei erforderlich sei und die Verwaltungsvorschriften nichts Anderes bestimmen würden. Ein Feststellungsbescheid sei jedenfalls dann nicht zulässig, wenn die für die Feststellung maßgebende Rechtsfrage im Rahmen eines anderen, gesetzlich vorgesehenen Verwaltungsverfahrens zu entscheiden sei (vgl. VwGH Ra 2015/05/0028). Dies müsse auch für Rechtsfragen gelten, welche in einem Gerichtsverfahren zu entscheiden seien.

In Zusammenschau dieser Punkte ergebe sich, dass aufgrund der Zuständigkeit des Arbeits- und Sozialgerichtes *** für Entscheidungen über eingeklagte, zivilrechtlich konstruierte Zuschläge eine Zuständigkeit der Verwaltungsbehörde zur Erlassung eines Feststellungsbescheides nicht gegeben sei. Darüber hinaus würde eine Antragslegitimation des ausländischen Arbeitgebers eine Ungleichheit, in concreto eine Schlechterstellung, des inländischen Arbeitgebers bedeuten. Inländischen Arbeitgebern stehe nämlich, wie oben ausgeführt, die Möglichkeit der eigenständigen Beantragung eines Feststellungsbescheides nicht zu. Vielmehr könne erst gegen Rückstandsausweise Einspruch erhoben und im folgenden Verwaltungsverfahren die Nichtanwendbarkeit des BUAG dargelegt werden. Ausländische Arbeitgeber hätten in gleichem Maße die Möglichkeit – nach Klage der Urlaubs- und Abfertigungskasse – Einwendungen gegen die Anwendbarkeit des BUAG im gerichtlichen Verfahren vor dem Arbeits- und Sozialgericht *** zu erheben. Als weiteres Indiz für diese Ansicht diene die ansonsten entstehende (örtliche) Zuständigkeitsproblematik, welche aufgrund der Niederlassung des Unternehmens in Ungarn bestünde.

Der Antrag auf bescheidmäßige Feststellung der Nichtanwendbarkeit des BUAG sei daher inhaltlich nicht zu behandeln, sondern schon mangels Zulässigkeit zurückzuweisen gewesen.

1.3. Zum Beschwerdevorbringen:

In ihrer fristgerecht erhobenen Beschwerde vom 31.08.2021 beantragte die rechtsfreundlich vertretene Beschwerdeführerin eine mündliche Verhandlung, die Abänderung des angefochtenen Bescheides dahingehend, dass festgestellt werde, dass die Tätigkeit der Beschwerdeführerin, die sie im Fertigteilwerk der Firma E GmbH in ***, ausübe, nämlich das Verschweißen von halbfertigen Bewehrungskörben, nicht dem Geltungsbereich des BUAG unterliege; in eventu die Behebung und Zurückverweisung des angefochtenen Bescheides an die belangte Behörde und regte an, das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich möge

1. beim Verfassungsgerichtshof die Aufhebung des § 33h Abs. 2 S 1 sowie § 33h Abs. 3 des BUAG vom 23.11.1972, kundgemacht in BGBl. Nr. 414/1972 idF BGBl. I Nr. 157/2021 wegen Verfassungswidrigkeit beantragen;

2. einen Antrag auf Vorabentscheidung gemäß Art 267 AEUV an den Gerichtshof der Europäischen Union stellen, nämlich zu den Fragen

a.) ob Art 1 der VO Nr. 1215/2012 dahingehend auszulegen sei, dass Verfahren, die die Geltendmachung von Ansprüchen der BUAK auf Zuschläge gegen Arbeitgeber unabhängig von ihrer Form der Geltendmachung, nämlich entweder in Form des Verwaltungsverfahrens oder des Zivilverfahrens, zum Gegenstand haben, "Zivil- und Handelssachen" seien, in denen die genannte VO anzuwenden sei, sowie

b.) ob Art 36 der VO Nr. 1215/2012 dahingehend auszulegen sei, dass der Begriff „Entscheidungen“ auch Rückstandsausweise iSd. § 25 Abs. 3 BUAG erfasse, sowie

c.) ob die Dienstleistungsfreiheit gemäß Art 56 AEUV und der unionsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz bzw. das Verbot der Diskriminierung sowie die einschlägigen Normen der GRC der Anwendung der § 33h Abs. 2 S 1 sowie § 33h Abs. 3 BUAG entgegenstünden.

Begründend wurde dazu zusammengefasst ausgeführt, die BUAK behaupte, dass es sich bei der von der Beschwerdeführerin in Österreich verrichteten Tätigkeit um eine solche handle, die ein Baueisenbieger- und -verlegerbetrieb im Sinn des § 2 Abs. 1 lit. a BUAG ausführe, weshalb sie laufend Zuschläge im Sinn der §§ 21 ff BUAG verrechnen würde. Die Beschwerdeführerin habe die BUAK bereits mit anwaltlichem Schreiben vom 19.10.2020 darauf

hingewiesen, dass sie in Österreich ausschließlich das Handwerk der Metalltechnik für Metall- und Maschinenbau ausüben würde und die von ihr in Österreich geleistete hochwertige Schweißstätigkeit von einem Baueisenbieger- oder -verlegerbetrieb aus fachlichen Gründen gar nicht verrichtet werden könne und auch nicht verrichtet werden dürfe; überdies werde die Tätigkeit ausschließlich als Massenfertigung von Bewehrungskomponenten in einem auf Dauer betriebenen Fertigteilwerk ausgeführt, auf das keines der Merkmale einer Baustelle zutreffe. Sie führe weder in Ungarn noch in Österreich Eisenbieger- oder -verlegertätigkeiten aus, sondern reine Baustoff-Produktionstätigkeiten. In Österreich würden sich diese ausschließlich auf qualifizierte Schweißarbeiten beschränken, die von keinem österreichischen Baueisenbieger- und -verlegerunternehmen ausgeführt werden könnten und dürften.

Nach den der Beschwerdeführerin vorliegenden Informationen würden von der BUAK die Unternehmungen, die im gegenständlichen Fertigteilwerk in die Tübbingproduktion eingebunden seien, unterschiedlich behandelt, indem sie einzelne Betriebe der Baustofferzeugung zurechne und von der Zuschlagsverrechnung ausnehme. Sie seien durch die Vorgangsweise der BUAK jedenfalls veranlasst gewesen, durch Herbeiführung einer behördlichen Entscheidung für Klärung einer allfälligen Zuschlagspflicht zu sorgen, wobei der entsprechende Feststellungsantrag mit Bescheid vom 29.07.2021 als unzulässig zurückgewiesen worden sei.

Durch diesen Bescheid würde die Beschwerdeführerin in ihren Rechten verletzt werden, insbesondere in jenem, nicht durch Vorschreibungen von Zuschlägen durch die mitbeteiligte Partei in ihrem Vermögen und Eigentum beeinträchtigt zu werden, sowie in ihrem Recht auf ein faires Verfahren und der Einhaltung des Gleichheitssatzes.

Für die Beschäftigung von Arbeitnehmern ohne gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich im Rahmen einer Entsendung seien die Normen des Abschnitts VIb des BUAG anzuwenden. Gemäß § 33d iVm § 33h Abs 2 und 3 sei ein allfälliger Rückstand statt durch Rückstandsausweis (§ 25) im Gerichtsweg einzuklagen. Der Grund für diese unterschiedliche Regelung sei nach den Materialien (972 RV XXII. GP 8) darin gelegen, dass die Vollstreckung von Rückstandsausweisen mangels entsprechender Verwaltungsvollstreckungsabkommen im Ausland – von wenigen Ausnahmen abgesehen – nicht durchsetzbar sei. Ausschließlich deshalb sehe § 33h Abs. 2 BUAG vor, dass ausstehende Zuschläge von Arbeitgebern mit Sitz im Ausland von der BUAK auf dem Gerichtsweg einzuklagen seien, d.h. dass sie als zivilrechtliche Ansprüche konstruiert seien (also in diesem Fall gerade nicht öffentlich-rechtlichen Charakter hätten). Für Arbeitgeber mit Sitz in Österreich bliebe es hingegen beim bisher geltenden Recht (vgl. § 33d BUAG). Die Dienstleistungsfreiheit von Dienstleistungserbringern aus anderen Mitgliedstaaten des EWR werde durch diese Regelung nicht beeinträchtigt, da die Einbringung der Zuschläge im Gerichtsweg für den Arbeitgeber keine zusätzliche Erschwernis bedeute.

Diese Regelung stelle im Licht von Lehre und Rsp sowie nach dem aktuellen Normenbestand jedoch sehr wohl eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung von In- und Ausländern, insbesondere im Raum der Europäischen Union, dar. Der in den Materialien zur Regierungsvorlage angeführte Grund, die Exekution eines Rückstandsausweises im Ausland sei nicht durchsetzbar, entspreche nicht mehr den rechtlichen Gegebenheiten.

Zunächst sei auf die Rechtsnatur der Urlaubszuschläge zu verweisen. Der OGH habe bereits in ständiger Rsp (4 Ob 158/82 Arb 10.292; OGH 4 Ob 43/85 Arb 10.435; OGH 9 ObA 26/90 Arb 10.853 = SZ 63/17) die Urlaubszuschläge nach dem BUAG als Teil des Entgelts gewertet und somit als Ansprüche privatrechtlicher Natur. Bei Entsendungen sei die Rechtslage bis zur Rechtsprechung des EuGHs in C-579/17 strittig gewesen.

Diese Entscheidung des EuGHs habe die bereits in der Literatur zuvor vertretene Ansicht bestätigt, dass die Tatsache entscheidend sei, dass der Anspruch auf das Urlaubsentgelt privatrechtlicher Natur sei. Dass daneben auch Steuern, Sozialversicherungsbeiträge und Verwaltungskosten vom Zuschlag bedeckt werden würden, schade nach Rechtsprechung des EuGHs nicht (EuGH C-579/17 DRdA 2019, 507 [512] [Wiesinger]). Die Pflicht des Arbeitgebers zur Entrichtung der Zuschläge (bei Entsendungen) sei untrennbar mit den zivilrechtlichen Ansprüchen der Arbeitnehmer auf Urlaubsentgelt verknüpft. Eine Prüfung der Grundlage der Klage stehe dem Schluss nicht entgegen, dass die Forderung der BUAK und somit eine Klage auf ihre Begleichung ebenfalls dieselbe zivilrechtliche Natur aufweisen würden (DRdA 2019, 507 [Wiesinger]).

Ergänzend wurde angemerkt, dass Steuern im Rahmen der "Nebenleistungen" nach § 26 BUAG nicht bedeckt werden würden, sondern lediglich Sozialversicherungsbeiträge, was aber am Ergebnis nichts ändere.

Ein anderes Ergebnis würde auch mit der bisherigen Rechtsprechung zur Zulässigkeit der Einbeziehung eines entsandten Arbeitnehmers in eine Sozialkasse (EuGH Rs Finalarte) in Widerspruch stehen. Wenn die Einhebung von

Zuschlägen durch Sozialkassen nach der Entsende-RL zulässig sei, wäre es sinnwidrig, die konkreten Zuschläge dann nicht betreiben zu können. Würde man eine solche Lösung vertreten, wäre die Entsende-RL partiell eine *lex imperfecta*, weil sie wohl einen Anspruch schaffen würde, dieser aber nicht (oder nur sehr umständlich im Wege des Schadenersatzes) durchsetzbar wäre (EuGH C-579/17 DRdA 2019, 507 [512] [Wiesinger]).

Die Einordnung der Zuschläge nach dem BUAG in das Privatrecht habe letztendlich zur Folge, dass die Ansprüche der BUAK sowohl im Verwaltungs- als auch im Zivilrechtsweg nach der EuGVVO 2012 exekutierbar seien. Es sei letzten Endes unerheblich, ob dies in Form eines Rückstandsausweises oder in Form eines Zivilurteils erfolge, da schon die Verfahrensart für die Qualifikation als Zivil- oder Handelssache nach Art 1 EuGVVO 2012 unbeachtlich sei.

So gelte die EuGVVO etwa auch für das Verfahren vor Verwaltungs- oder Verfassungsgerichten, sofern über eine zivilrechtliche Streitigkeit entschieden werde (Kodek in Fasching, Zivilprozessgesetze V/12 [2008] Art 1 EuGVVO Rz 40).

Gemäß Art. 36 EuGVVO 2012 würden die in einem Mitgliedstaat ergangenen Entscheidungen ohne besonderes Verfahren anerkannt. Zum Vergleich zur Durchsetzbarkeit von Rückstandsausweisen bzw. deren Qualifikation als Entscheidung sei auf die VO (EG) Nr. 987/2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit zu verweisen. So würden nach diesen Verordnungen vollstreckbare Entscheidungen über die Einziehung von Beiträgen in den anderen Mitgliedsstaaten anerkannt (Art 84 Abs 2 VO (EG) 883/2004, Art 79 VO (EG) 987/2009).

In Österreich bilde der Rückstandsausweis als Titel die Grundlage für die Exekution. Es handle sich dabei um einen Auszug aus den Rechnungsbehelfen, mit dem eine Behörde oder sonstige zur Ausstellung berechtigte Stelle eine Zahlungsverbindlichkeit bekannt gebe, die sich unmittelbar aus dem Gesetz (zB. § 64 Abs. 2 und 3 iVm § 58 Abs. 1 ASVG; vgl insbesondere für den gegenständlichen Fall § 25 BUAG; Wiesinger, BUAG [2017] § 25 Rz 18) oder aus einem bereits früher erlassenen Bescheid ergebe. Der Rückstandsausweis basiere auf Dateneingaben, wobei sich nach automationsunterstützter Bearbeitung ein rechnerisches Ergebnis, nämlich der Saldo am Beitragskonto, ergebe. Streng genommen werde dabei nichts entschieden, sondern nur berechnet und bekanntgegeben. Es würde sich dennoch um eine Entscheidung iSv Art 84 Abs. 2 VO (EG) 883/2004 handeln, weil nicht nur diese Bestimmung, sondern auch Art 78 Abs. 1 und Art 79 Abs. 1 VO (EG) 987/2009 auf die Vollstreckbarkeit hinweisen bzw. einen Vollstreckungstitel verlangen würden. Genau um einen solchen handle es sich beim Rückstandsausweis (iSd ASVG) gemäß ausdrücklicher Bezeichnung in § 64 Abs. 2 ASVG und § 1 Z 13 EO (Derntl, Ausländische Unternehmen im Beitragsrecht der ÖGK, wbl 2020, 671 [675]). Nichts Anderes könne dabei aber für die Rückstandsausweise der BUAK gelten.

Auch nach Art 39 EuGVVO 2012 sei eine in einem Mitgliedstaat ergangene Entscheidung, die in diesem Mitgliedstaat vollstreckbar sei, in den anderen Mitgliedstaaten vollstreckbar, ohne dass es einer Vollstreckbarerklärung bedarf (vgl nochmals § 1 Z 13 EO). Um dem EU-rechtlichen Zustellungsgebot zu entsprechen, biete sich in den staatenübergreifenden Fällen eine Zustellung des Rückstandsausweises nach Ablauf der Mahnfrist an (Derntl, Ausländische Unternehmen im Beitragsrecht der ÖGK, wbl 2020, 671 [675]). Wie aufgezeigt worden sei, handle es sich bei einem Rückstandsausweis der BUAK um eine vollstreckbare Entscheidung iSd. EuGVVO 2012. Dieses Ergebnis stehe durchaus mit der Rechtsprechung des OGH als auch des EuGHs im Einklang. Damit wäre bereits durch die Möglichkeit der Vollstreckung der Rückstandsausweise der BUAK nach der EuGVVO 2012 der in den Materialien angegebenen Begründung für die Ungleichbehandlung von in- und ausländischen Unternehmen die Grundlage entzogen.

Darüber hinaus sei mit 1. Jänner 2014 die Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 in Kraft getreten, mit welcher der administrative Instanzenzug weitgehend beseitigt und ein Bundesverwaltungsgericht, ein Bundesfinanzgericht sowie neun Landesverwaltungsgerichte geschaffen worden seien. Erkenntnisse der Verwaltungsgerichte würden ebenso Exekutionstitel iSd Exekutionsordnung (§ 1 Z 12 EO) bilden. Wie bereits angeführt worden sei, gelte die EuGVVO auch für das Verfahren vor Verwaltungs- oder Verfassungsgerichten, sofern über eine zivilrechtliche Streitigkeit entschieden werde (Kodek in Fasching, Zivilprozessgesetze V/12 [2008] Art 1 EuGVVO Rz 40). Der BUAK stehe im Verwaltungsweg auch die Möglichkeit offen, sich um ein Erkenntnis eines Verwaltungsgerichtes zu bemühen, welches – ebenso wie der Rückstandsausweis – als anerkannte Entscheidung nach der EuGVVO 2012 vollstreckt werden könne.

In Anbetracht des bisher Angeführten falle der einzige angegebene Grund der für ausländische Unternehmen geltenden Sonderregelung somit weg, weshalb in weiterer Folge noch auf Grund- und Unionsrechtswidrigkeiten einzugehen sei.

Nach ständiger Judikatur des EuGHs gehöre der „Allgemeine Gleichheitssatz“ zu den Grundprinzipien des Unionsrechts und zielen auf die Herstellung einer inhaltlichen und nicht einer formellen Gleichheit ab. Wie der VfGH zu Art 7 B-VG judiziere auch der EuGH, dass vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich behandelt werden dürfen, es sei denn, die Differenzierung sei durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt (Körber-Risak in Gruber-Risak/Mazal, Arbeitsrecht: System- und Praxiskommentar [37. Lfg, 2021] Rz 4-6). Der Gleichheitssatz binde auch den Gesetzgeber; nur sachlich gerechtfertigte Differenzierung sei gestattet (Mayer/Muzak, B-VG5 [2015] Art 2 StGG III.1).

Gegenständlich handle es sich um exakt denselben Sachverhalt, nämlich die Geltendmachung von Rückständen bei Zuschlägen durch die BUAK. Während gegenüber inländischen Unternehmen ein Rückstandsausweis erstellt werde, gegen welchen die inländischen Unternehmen Einspruch bei der Bezirksverwaltungsbehörde erheben könnten (§ 25 Abs. 5 BUAG), seien die ausländischen Unternehmen bei Entsendungen sofort mit einer Klage konfrontiert. Die Unterscheidung stütze sich bloß auf das Merkmal der nationalen Herkunft bzw. des nationalen Sitzes des betreffenden Unternehmens. Um diese Ungleichbehandlung zu rechtfertigen, würde es einen triftigen Grund benötigen. Der einzige in den Materialien angegebene Grund sei jedoch weggefallen. Der zwingende Verweis der ausländischen Unternehmen auf den Zivilrechtsweg widerspreche schon mangels Vorliegens eines sachlichen Grundes dem Gleichheitssatz und stelle eine Diskriminierung dar. Als Unternehmen mit dem Sitz in Ungarn stütze sich das Gleichbehandlungsgebot bzw. Verbot der Diskriminierung insbesondere auf Art 20, 21 GRC und Art 18 AEUV. Als juristische Person sei die Beschwerdeführerin vom Anwendungsbereich des Art 21 GRC erfasst, was auch insbesondere für das Merkmal des Vermögens zu bejahen sei (Blanc-Putz in Holoubek/Lienbacher, GRC [2014] Art 21 Rz 69). Die AEUV finde im konkreten Fall jedenfalls Anwendung (OGH 8 ObA 2/11v ARD 6227/1/2012).

Die Benachteiligung von ausländischen Unternehmen finde im gegenständlichen Fall auf mehreren Ebenen statt. So seien ausländische Unternehmen mit einem erheblichen Prozesskostenrisiko konfrontiert (vgl § 33h Abs 2a S 2 BUAG), welches eine Benachteiligung hinsichtlich Unternehmensvermögen darstelle (Art 1 1. ZPEMRK). Die Herbeiführung eines Vermögensschadens in der Form einer Verursachung von Verfahrenskosten und damit verbundener materieller Schäden stelle jedenfalls eine Beeinträchtigung vermögenswerter Privatrechte und daher einen Eingriff in das Eigentum des Betroffenen, somit in ein von Art 1 1. ZPEMRK und auch Art 5 StGG geschütztes Recht, dar (vgl VfGH G405/2016 ua). Die Beschreitung des Verwaltungsweges sei in aller Regel wesentlich günstiger, als sich im Falle der Bestreitung vor das Arbeits- und Sozialgericht zu begeben. Die aktuelle Rechtslage stelle insofern nur eine besondere (Kosten-)Belastung für ausländische Unternehmen, nicht hingegen inländische Unternehmen dar. Diese Norm beeinträchtige ohne Grund ungerechtfertigt das Vermögen der Beschwerdeführerin. Der Bescheid verletze durch die Anwendung einer gleichheitswidrigen Norm den Gleichheitsgrundsatz.

Bereits der Umstand, dass sich Unternehmen im Bestreitungsfall der Zuschläge bzw. überhaupt der Anwendung des BUAG nach der derzeitigen Regelung vor verschiedenen Rechtsschutzeinrichtungen bzw. Behörden verantworten müssten, stelle für sich genommen schon eine unzulässige Ungleichbehandlung dar. So könne nicht gewährleistet werden, dass die Behörden und Gerichte eine einheitliche Rechtsprechungslinie zu sensiblen Rechtsfragen einhalten würden. Es bestehe die Gefahr von Einzelfallentscheidungen, welche nicht nur den Gleichheitsgrundsatz sondern darüber hinaus auch das Grundrecht auf ein faires Verfahren iSd Art 6 EMRK beeinträchtigen würden. Das Verfahren vor der Verwaltungsbehörde unterliege schließlich auch anderen Kriterien und Verfahrensvorschriften als Zivilprozesse, etwa hinsichtlich Beweisverfahren, Instanzenzug, etc.

Des Weiteren sei der Äquivalenzgrundsatz des Art 47 GRC zu beachten, welcher vorschreibe, beim Vollzug von Unionsrecht grundsätzlich gleichwertigen Rechtsschutz zu gewähren, wie das nationale Recht für vergleichbare Sachverhalte vorsehe, die nicht vom Anwendungsbereich des Unionsrechts umfasst seien (vgl N. Raschauer/Sander/Schlögl in Holoubek/Lienbacher, GRC [2014] Art 47 Rz 37). Neben dem Verfahren nach § 25 Abs. 5 BUAG ermögliche § 25 Abs. 6 leg.cit. der BUAK ein Verfahren über die Feststellung der Anwendbarkeit des BUAG bei der Verwaltungsbehörde einzuleiten. Bringe der Arbeitgeber vor, dem BUAG gar nicht zu unterliegen, könne die BUAK ohne weiteres Mahnverfahren von sich aus bei der Bezirksverwaltungsbehörde die Erlassung eines Feststellungsbescheids beantragen (Wiesinger, BUAG [2017] § 25 Rz 29). § 25 Abs. 6 BUAG komme de facto allerdings nur bei Inlandssachverhalten zur Anwendung (9 ObA 120/14h DRdA 2015, 285 [Wiesinger]). Letztendlich würden dadurch inländischen Unternehmen zwei verschiedene Verfahren zur Verfügung, nämlich nach § 25 Abs. 5 sowie § 25 Abs. 6 BUAG (zur Unterschiedlichkeit der Verfahren vgl nochmals Wiesinger, BUAG [2017] § 25 Rz 29), dem ausländischen Unternehmen stehe jedoch nur eine einzige Art von Verfahren vor dem ASG *** zur Verfügung (welches

dem § 25 Abs. 5 BUAG ähnele). Somit werde dem ausländischen Unternehmen die Möglichkeit zur Feststellung der Nichtanwendbarkeit des BUAG genommen. Dies verletze den Äquivalenzgrundsatz nach Art 47 GRC und darüber hinaus das Recht auf ein faires Verfahren nach Art 6 EMRK.

Auch die Dienstleistungsfreiheit werde durch diese Ungleichbehandlung eingeschränkt. Während inländische Unternehmen bei einer dem BUAG unterliegenden Tätigkeit bei allfälligen Rückständen lediglich auf einen Rückstandsausweis warten müssten, seien ausländische Unternehmen der latenten Gefahr einer zivilrechtlichen Klage ausgesetzt, bei deren Bestreitung der wesentlich kostspieligere Weg des Zivilprozesses beschritten werden muss, der zu fatalen Kostenfolgen führe.

Dieser Nachteil wirke sich gerade auf solche Fälle – wie hier – aus, wenn die Zugehörigkeit des Unternehmens zum Anwendungsbereich des BUAG höchst strittig und fragwürdig sei. In solchen Fällen setze dann die BUAK als Körperschaft öffentlichen Rechts ihre wirtschaftliche Überlegenheit auch zur Ausübung eines Prozesskostendrucks ein, um den Anwendungsbereich des BUAG zu ihrem Vorteil auszuweiten. Inländische Unternehmungen könnten hingegen von vornherein keinem derartigen Druck ausgesetzt werden, weil eine rechtliche Klärung der Sach- und Rechtslage den Verfahrensparteien kaum Kosten verursache, insbesondere das Damoklesschwert des Prozesskostenersatzes im Verwaltungsverfahren nicht zur Anwendung komme.

In dieser Rechtslage müsse eine Erschwerung der Dienstleistungsausübung ausländischer Unternehmen erblickt werden, weil die Gefahr, sich einer zivilrechtlichen Klage durch die BUAK auszusetzen nicht nur eine erhebliche (Kosten-)Belastung sei, sondern auch den Wirtschaftsstandort Österreich wesentlich unattraktiver mache. Erschwerungen von Dienstleistungen seien aber grundsätzlich nur im Rahmen der Art 56 ff AEUV zulässig (vgl. Fischer/Köck, Europarecht³ [1997] 535 f. [noch zur EGV]).

Die Zulässigkeit einer Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit sei in jedem Fall auch an Art 18 AEUV (ex-Art 12 EG) zu messen, der als allgemeines Prinzip der europäischen Integration – unbeschadet besonderer Bestimmungen der Verträge in ihrem Anwendungsbereich – jede Form der willkürlichen Ungleichbehandlung von Bürgern oder Unternehmen aus Gründen der Staatsangehörigkeit verbiete (vgl. 8 ObA 2/11v ARD 6227/1/2012). Regelungen, die geeignet seien, die Dienstleistungsfreiheit zu beschränken, seien nach der Rechtsprechung des EuGHs nur dann gerechtfertigt, wenn sie in nicht diskriminierender Weise angewendet werden würden, aus zwingenden – nicht nur wirtschaftlichen – Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt, zur Verwirklichung des Ziels geeignet und unter Bedachtnahme auf die Rechtsvorschriften, denen der Erbringer im Herkunftsstaat unterliege, nicht überschießend seien. Gegenständlich liege jedoch überhaupt kein Grund vor, ausländische Unternehmen auf den prozesskostenintensiven Weg der Zivilgerichtsbarkeit zu verweisen, während inländische Unternehmen den Verwaltungsweg bestreiten könnten. Das Allgemeininteresse der Vollstreckbarkeit der Ansprüche der BUAK sei – wie bereits aufgezeigt – nicht gegeben. Auch etwaige andere Interessen zur Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit, wie Arbeitnehmerschutz oder allgemeine Anliegen der Sozialpolitik, würden gerade nicht vorliegen. In der unterschiedlichen Behandlung von in- und ausländischen Unternehmen liege daher eine unzulässige Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit.

Aus den vorangeführten Grund- und Unionsrechtswidrigkeiten ergebe sich somit die sachliche Zuständigkeit der belangten Behörde.

Nach den Ausführungen der belangten Behörde sei ein selbstständig eingebrachter Antrag auf Feststellung der Nichtanwendbarkeit des BUAG unzulässig; Voraussetzung sei ein entsprechender Antrag der BUAK. Da die Beschwerdeführerin allerdings als ausländisches Unternehmen nach § 33h BUAG auf den Zivilrechtsweg verwiesen sei, brauche (bzw. könne) die BUAK keinen Rückstandsausweis ausstellen und in der Folge auch keinen Antrag iSd § 25 Abs 6 BUAG zur Klärung der Zugehörigkeit des Unternehmens zum Regime des BUAG stellen. Als ausländischem Unternehmen werde ihnen dadurch die Möglichkeit genommen, gegenüber der zuständigen Behörde die Nichtanwendbarkeit des BUAG geltend zu machen. Eine „Besserstellung“ ausländischer Unternehmen gegenüber inländischen Unternehmen – wie sie die belangte Behörde in den Raum stellt – sei aber deshalb gerade nicht gegeben. Vielmehr biete die ausschließlich inländischen Unternehmungen vorbehaltene Möglichkeit, die Frage der Anwendbarkeit des BUAG in einem Verwaltungsverfahren klären zu lassen, die aufgezeigten wirtschaftlich höchst relevanten, aber sachlich nicht gerechtfertigten Vorteile.

Wie die belangte Behörde selbst ausführe, seien Verwaltungsbehörden grundsätzlich befugt, im Rahmen ihrer

örtlichen und sachlichen Zuständigkeit auch Feststellungsbescheide zu erlassen, sofern hierfür entweder eine ausdrückliche gesetzliche Anordnung vorliege oder ein im öffentlichen Interesse begründeter Anlass dazu gegeben oder im rechtlichen Interesse einer Partei erforderlich sei und die Verwaltungsvorschriften nichts Anderes bestimmen würden. Aufgrund der aufgezeigten Grund- und Unionsrechtswidrigkeit dürften die Bestimmungen in § 33d iVm § 33h BUAG jedoch nicht angewendet werden.

Durch die Nichtanwendung dieser Bestimmungen bleibe es bei der allgemeinen Regelung des § 25 BUAG, wonach die belangte Behörde sachlich zuständig sei. Das Verfahren nach § 25 Abs 6 BUAG sei zwar grundsätzlich nur aufgrund eines Antrags der BUAK einzuleiten; aufgrund der Tatsache, dass die BUAK bei ausländischen Unternehmen einen solchen Antrag jedoch nicht erheben werde, hätte die Behörde schon aufgrund des rechtlichen Interesses der Beschwerdeführerin über den Antrag (mangels jeglicher anderer Möglichkeit) zu entscheiden gehabt.

Die von der belangten Behörde angesprochene „örtliche Zuständigkeitsproblematik“ stelle sich hier tatsächlich nicht. Die örtliche Zuständigkeit nach § 25 Abs 5 und 6 BUAG richte sich nach den allgemeinen Regeln des AVG, in diesem Fall § 3 Z 2 AVG (Wiesinger, BUAG [2017] § 25 Rz 30). Dabei sei nicht nur der Unternehmenssitz ausschlaggebend, sondern auch der Ort, an dem die Tätigkeit ausgeübt werden soll. Da die gegenständliche Tätigkeit im Fertigteilwerk der Firma E GmbH in ***, ***, ausgeübt werde, ist die Bezirksverwaltungsbehörde Neunkirchen auch örtlich zuständig.

2. Zum durchgeführten Ermittlungsverfahren:

Mit Schreiben vom 06.09.2021 legte die belangte Behörde dem Landesverwaltungsgericht Niederösterreich die Beschwerde samt bezug habenden Verwaltungsakt vor; dies mit der Mitteilung, dass von der Möglichkeit einer Beschwerdeentscheidung kein Gebrauch gemacht und auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verzichtet werde.

Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich hat Beweis aufgenommen durch Einsichtnahme in diesen Akt der belangten Behörde.

3. Beweiswürdigung:

Der unstrittige Sachverhalt ergibt sich aus dem unbedenklichen vorgelegten Verwaltungsakt der belangten Behörde, insbesondere dem Antrag der beschwerdeführenden Partei vom 07.06.2021, dem Bescheid der belangten Behörde vom 29.07.2021 und dem Beschwerdevorbringen.

4. Rechtslage:

4.1. Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG):

§ 17 - Anzuwendendes Recht

Soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, sind auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 B-VG die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles, die Bestimmungen der Bundesabgabenordnung – BAO, BGBl. Nr. 194/1961, des Agrarverfahrensgesetzes – AgrVG, BGBl. Nr. 173/1950, und des Dienstrechtsverfahrensgesetzes 1984 – DVG, BGBl. Nr. 29/1984, und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte.

§ 24 - Verhandlung

(1) Das Verwaltungsgericht hat auf Antrag oder, wenn es dies für erforderlich hält, von Amts wegen eine öffentliche mündliche Verhandlung durchzuführen.

(2) Die Verhandlung kann entfallen, wenn

1. der das vorangegangene Verwaltungsverfahren einleitende Antrag der Partei oder die Beschwerde zurückzuweisen ist oder bereits auf Grund der Aktenlage feststeht, dass der mit Beschwerde angefochtene Bescheid aufzuheben oder die angefochtene Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt für rechtswidrig zu erklären ist oder

[...]

(4) Soweit durch Bundes- oder Landesgesetz nicht anderes bestimmt ist, kann das Verwaltungsgericht ungeachtet eines Parteiantrags von einer Verhandlung absehen, wenn die Akten erkennen lassen, dass die mündliche Erörterung

eine weitere Klärung der Rechtssache nicht erwarten lässt, und einem Entfall der Verhandlung weder Art. 6 Abs. 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten noch Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union entgegenstehen.

(5) [...]

§ 28 - Erkenntnisse

(1) Sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen.

(2) Über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG hat das Verwaltungsgericht dann in der Sache selbst zu entscheiden, wenn

1. der maßgebliche Sachverhalt feststeht oder

2. die Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts durch das Verwaltungsgericht selbst im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist. [...]

4.2. Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 (VwGG)

§ 25a - Revision

(1) Das Verwaltungsgericht hat im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

(2) [...]

4.3. Bundesgesetzes betreffend den Urlaub und die Abfertigung für Arbeitnehmer in der Bauwirtschaft (Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetz – BUAG):

§ 25 - Entrichtung der Zuschlagsleistung

(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.

[...]

(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.

[...]

Abschnitt VIb

Sonderbestimmungen für Entsendungen und für die Beschäftigung zu einem Arbeitgeber ohne Sitz in Österreich

Geltungsbereich

(Anm.: § 33d.) (1) Die Bestimmungen dieses Abschnittes gelten für die Beschäftigung von Arbeitnehmern im Sinne des Abschnittes I ohne gewöhnlichen Arbeitsort in Österreich, die von einem Arbeitgeber

1. zur Arbeitsleistung oder

2. im Rahmen einer Arbeitskräfteüberlassung

nach Österreich entsandt werden. Ein Beschäftigter mit Sitz außerhalb Österreichs gilt hinsichtlich der an ihn überlassenen Arbeitskräfte, die zu einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandt werden, als Arbeitgeber in Bezug auf die §§ 23, 23a und 33g.

(2) Die Bestimmungen dieses Abschnittes gelten auch für die Beschäftigung von Arbeitnehmern im Sinne des Abschnittes I mit gewöhnlichem Arbeitsort in Österreich, wenn die Beschäftigung im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses zu einem Arbeitgeber mit Sitz außerhalb Österreichs erfolgt.

§ 33h - Entrichtung der Urlaubszuschläge

(1) Für die Entrichtung der Zuschläge gelten die §§ 21a, 22 Abs. 2a, 4 bis 6, 23, 23a, § 23b Abs. 2 bis 4, 25 Abs. 1 und 2 mit der Maßgabe, dass als gesetzliche Normalarbeitszeit oder durch Normen der kollektiven Rechtsgestaltung festgelegte kürzere Normalarbeitszeit im Sinne des § 21a Abs. 4 die nach dem Arbeitsvertragsstatut auf das jeweilige Arbeitsverhältnis anzuwendende Normalarbeitszeit gilt. Des Weiteren gelten die §§ 23c und 23d.

(2) Kommt der Arbeitgeber der Verpflichtung zur Zuschlagsentrichtung nicht nach, so hat die Urlaubs- und Abfertigungskasse die offenen Zuschläge im Gerichtsweg einzuklagen. Die Urlaubs- und Abfertigungskasse ist berufen, alle zur Einbringung der Zuschlagsleistungen erforderlichen und zweckmäßigen Maßnahmen zu treffen.

[...]

(3) Zuständiges Gericht ist das Arbeits- und Sozialgericht Wien.

5. Erwägungen:

Gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 Bundes-Verfassungsgesetz erkennt das Verwaltungsgericht über Beschwerden gegen den Bescheid einer Verwaltungsbehörde wegen Rechtswidrigkeit.

Gemäß § 28 Abs. 1 VwGVG hat das Verwaltungsgericht - sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist - über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG in der Sache selbst zu entscheiden. Das Verwaltungsgericht hat dann in der Sache selbst zu entscheiden, wenn der maßgebliche Sachverhalt feststeht oder die Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts durch das Verwaltungsgericht selbst im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist.

Soweit das Verwaltungsgericht nicht Rechtswidrigkeit wegen Unzuständigkeit der Behörde gegeben findet, hat es den angefochtenen Bescheid auf Grund der Beschwerde (§ 9 Abs. 1 Z 3 und 4) oder auf Grund der Erklärung über den Umfang der Anfechtung (§ 9 Abs. 3) zu überprüfen und nach § 28 Abs. 2 VwGVG grundsätzlich in der Sache zu entscheiden (§ 27 VwGVG). Relevant ist dabei im Bescheidbeschwerdeverfahren - nach h. M. (in diesem Sinn auch VwGH Ro 2014/03/0076) - regelmäßig die in seinem Entscheidungszeitpunkt geltende Sach- und Rechtslage, sodass diesbezügliche Änderungen - zum Vor- und Nachteil des Beschwerdeführers (VwGH 2007/18/0059) zu berücksichtigen sind. In seinem Verfahren hat das Verwaltungsgericht - soweit sich nicht aus dem VwGVG anderes ergibt - die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der §§ 1-5 sowie des IV. Teiles, und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem, dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte (§ 17 VwGVG).

5.1. Sache des Verfahrens:

„Sache“ des Beschwerdeverfahrens vor dem Verwaltungsgericht ist – ungeachtet des durch § 27 VwGVG vorgegebenen Prüfungsumfangs – nur jene Angelegenheit, die den Inhalt des Spruchs der vor dem Verwaltungsgericht belangten Verwaltungsbehörde gebildet hat (vgl. VwGH Ra 2014/03/0049). Der äußerste Rahmen für die Prüfbefugnis ist die "Sache" des bekämpften Bescheides (vgl. VwSlg 19424 A/2016).

Nachdem mit dem angefochtenen Bescheid der Antrag der Beschwerdeführerin als unzulässig zurückgewiesen worden ist, ist Gegenstand des verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahrens die Prüfung, ob die von der belangten Behörde vorgenommene Zurückweisung rechtmäßig war.

Hierzu ist anzumerken, dass nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes im Falle der Zurückweisung eines Antrages durch die Behörde erster Instanz das Verwaltungsgericht lediglich befugt ist, darüber zu entscheiden, ob die von der Behörde ausgesprochene Zurückweisung als rechtmäßig anzusehen ist. Dies allein bildet den

Gegenstand des Beschwerdeverfahrens (VwGH Ra 2015/22/0040, mwH). Eine erstmalige inhaltliche Entscheidung des Verwaltungsgerichtes über die zugrundeliegenden Anträge überschreitet den Gegenstand des Beschwerdeverfahrens (VwGH Ro 2016/12/0009).

Diese Rechtsprechung steht mit den Grundsätzen des Art. 47 GRC nicht im Widerspruch. Der Beschränkung der Prüfungsbefugnis des Verwaltungsgerichtes auf eine angefochtene Zurückweisungsentscheidung der Behörde liegen vielmehr Rechtsschutzerwägungen zugrunde, würde doch - wenn es dem Verwaltungsgericht möglich wäre, eine sofortige Entscheidung in der Sache unter Umgehung der zuständigen Behörde zu treffen - der Prüfung eines gestellten Antrags in der Sache selbst und damit den Parteien eine Instanz genommen werden (VwGH Ra 2016/22/0059).

Dem Landesverwaltungsgericht Niederösterreich ist es daher verwehrt, in der Sache selbst zu entscheiden. Zu prüfen ist im gegenständlichen Beschwerdeverfahren sohin – wie bereits festgehalten – ausschließlich, ob die Zurückweisung des Antrages der Beschwerdeführerin zu Recht erfolgt ist.

Das Begehren der Beschwerdeführerin, den angefochtenen Bescheid dahingehend abzuändern, dass festgestellt werde, dass die Tätigkeit der Beschwerdeführerin nicht dem Geltungsbereich des BUAG unterliege und sämtliche dahingehende Ausführungen in der Beschwerde gehen somit ins Leere.

5.2. Zur Zurückweisung des Feststellungsantrages vom 07.06.2021:

Gegenständlich hat die Beschwerdeführerin einen Antrag auf Feststellung, dass die von ihr ausgeübte Tätigkeit im Fertigteilwerk der Firma E GmbH in *** nicht dem Geltungsbereich des BUAG unterliegt, gestellt.

Wie die Beschwerdeführerin selbst zutreffend ausführt, kommt mangels einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage für die begehrte Feststellung nur die Erlassung eines auf allgemeinen Verfahrensgrundsätzen beruhenden Feststellungsbescheides in Betracht. Derartige Feststellungsbescheide können nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes von Verwaltungsbehörden nur im Rahmen ihrer örtlichen und sachlichen Zuständigkeit und nur dann erlassen werden, wenn die Feststellung entweder im öffentlichen Interesse oder im rechtlichen Interesse einer Partei liegt und die Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmen (vgl. z.B. VwGH 90/04/0001).

Ein öffentliches Interesse berechtigt lediglich die Behörden, von Amts wegen einen Feststellungsbescheid zu erlassen; ein Antrag einer Partei kann hingegen nur auf ein rechtliches Interesse dieser Partei an einer solchen Feststellung gegründet werden (vgl. Hengstschläger/Leeb, AVG § 56 Rz 74 f; vgl. auch Walter/Thienel, Verwaltungsverfahrensgesetze I2 § 56 AVG E 211).

Ein öffentliches Interesse an der verfahrensgegenständlichen Feststellung besteht nicht. Weder hat die belangte Behörde ein solches angenommen, noch hat die Beschwerdeführerin ein solches behauptet und vermag auch das erkennende Gericht ein solches – insbesondere einen der öffentlichen Hand oder der Allgemeinheit ansonsten drohenden nennenswerten Nachteil – nicht zu erkennen.

Vielmehr gibt die Beschwerdeführerin selbst an, dass ihr verfahrensgegenständliches Begehren insofern in ihrem Interesse liegt, als dieses für sie ein notwendiges Mittel zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung darstellen soll.

Gegenstand eines Feststellungsbescheides kann nur die Feststellung eines Rechtes oder Rechtsverhältnisses sein; darüber hinaus kann die Behörde weder über die Anwendbarkeit von gesetzlichen Vorschriften noch über ihre Auslegung und über das Vorliegen von Anspruchsvoraussetzungen spruchmäßig entscheiden (vgl. z.B. VwGH 2000/12/0316 mwN; 92/10/0457 mwN; 89/10/0117 mwN.). Auch die rechtliche Qualifikation eines Sachverhaltes kann nicht Gegenstand eines Feststellungsbescheides sein (vgl. z.B. VwGH 92/01/0043).

Es kann dahingestellt bleiben, ob das verfahrensgegenständliche Antragsbegehren auf Feststellung der Anwendbarkeit der Vorschriften des BUAG auf die Tätigkeit der Beschwerdeführerin letztendlich überhaupt ein zulässiger Gegenstand eines Feststellungsverfahrens sein kann, da darüber hinaus ein Feststellungsbescheid, der nicht ausdrücklich im Gesetz vorgesehen ist, lediglich einen subsidiären Rechtsbehelf darstellt, der nur in Betracht kommt, wenn andere Möglichkeiten, die maßgebende Rechtsfrage zu klären, nicht vorhanden oder zumutbar sind (vgl. z.B. VwGH Ro 2017/03/0023). Es muss sich um ein für die Partei notwendiges Mittel zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung oder ein geeignetes Mittel zur Beseitigung aktueller oder zukünftiger Rechtsgefährdung handeln (vgl. z.B. VwGH Ra 2017/05/0215).

Wie die belangte Behörde zutreffend ausführt, ist die Erlassung eines Feststellungsbescheides infolge des Grundsatzes der Subsidiarität von Feststellungsbegehren und Feststellungsbescheiden unzulässig, wenn die strittige Rechtsfrage im Rahmen eines anderen gesetzlich vorgezeichneten Verwaltungsverfahrens oder eines gerichtlichen Verfahrens entschieden werden kann. Ein Feststellungsbescheid ist demnach nur dann zulässig, wenn andere Möglichkeiten, die maßgebende Rechtsfrage zu klären, nicht vorhanden oder nicht zumutbar sind (vgl. VwGH 2013/11/0103, Ro 2015/15/0023, Ra 2019/03/0038 je mwN).

Selbst wenn also ein anderer Rechtsweg offensteht, ist zu prüfen, ob dem Antragsteller die Beschreitung dieses Rechtsweges auch zumutbar ist. Als dem Rechtsunterworfenen nicht zumutbar gilt insbesondere, im Falle des Bestehens unterschiedlicher Rechtsauffassungen auf Seiten der Behörde und des Rechtsunterworfenen über die Rechtmäßigkeit einer Handlung oder Unterlassung, die betreffende Handlung zu setzen bzw. zu unterlassen und sodann im Rahmen eines allfälligen Verwaltungsstrafverfahrens die Frage der Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit dieses Verhaltens klären zu lassen (vgl. VwGH 2004/10/0010, 2006/07/0113 mwN, Ro 2014/12/0018).

§ 33h Abs. 2 BUAG sieht vor, dass ausstehende Zuschläge von Arbeitgebern mit Sitz im Ausland, welche als zivilrechtliche Ansprüche konstruiert sind, von der BUAK auf dem Gerichtsweg einzuklagen sind (ErlRV 972 BlgNR XXII.GP; S. 8). Als Gerichtsstand wurde vom Gesetzgeber das Arbeits- und Sozialgericht gemäß § 33h Abs. 3 BUAG festgelegt. Der Beschwerdeführerin kommt demgemäß die Möglichkeit zu, ihre Einwendungen hinsichtlich der Anwendbarkeit des BUAG im gerichtlichen Verfahren vor dem Arbeits- und Sozialgericht *** zu erheben, da die Frage, ob das BUAG überhaupt zur Anwendung kommt, eine Rechtsfrage ist, die der gerichtlichen Überprüfung im Rahmen eines Verfahrens nach § 33h Abs. 2 BUAG unterliegt (vgl. EuGH C-579/17 DRdA 2019, 507 [513] [Wiesinger]).

Darüber hinaus steht es der Beschwerdeführerin grundsätzlich ebenso offen, eine Feststellungsklage nach § 228 ZPO hinsichtlich der fraglichen Verpflichtung zur Entrichtung der Zuschläge im Zivilrechtsweg zu erheben.

Angesichts der höchstgerichtlichen Judikatur, wonach die Zumutbarkeit, einen gesetzlich vorgezeichneten Weg zu beschreiten, keinesfalls schon deshalb verneint werden kann, weil dem Antragsteller in diesem Fall wirtschaftliche Nachteile drohen (VwGH 94/05/0054; VfSlg 8047/1977; idS auch VfSlg 13.732 A/1992 verst Sen zur Einleitung eines zivilgerichtlichen Verfahrens), erachtet es das erkennende Gericht im Gegensatz zur Beschwerdeführerin sehr wohl als zumutbar, diesen Rechtsweg zu bestreiten, da das Ergebnis eines solchen Verfahrens das rechtliche Interesse des Antragstellers abdeckt (VwSlg 12.856 A/1989; VwGH 97/12/0295; 2000/12/0272).

Die Beschwerdeführerin ist aufgrund der ungeklärten Rechtslage auch keiner Gefahr von Rechtsnachteilen (VfSlg 8047/1977 mwN), insbesondere der Gefahr einer Bestrafung, ausgesetzt (VwSlg 14.483 A/1996).

Selbst wenn man der Argumentation der Beschwerdeführerin, wonach die Bestimmungen des § 33d iVm § 33h BUAG aufgrund von Grund- und Unionsrechtswidrigkeit nicht angewendet werden dürften und es somit bei der allgemeinen Regelung des § 25 BUAG (welche derzeit nur für Inlandssachverhalte gilt) bleibe, folgen würde, würde sich daraus kein zulässiger Feststellungsantrag ergeben.

In diesem Fall sieht § 25 BUAG folgende Vorgangsweise vor:

- a) Vorschreibung der Zuschlagsleistung für den betreffenden Zuschlagszeitraum durch die BUAK, wogegen der Arbeitgeber Einwendungen wegen Unrichtigkeit erheben kann. Die BUAK kann nach Prüfung der Einwendungen die Vorschreibung berichtigen.
- b) Zahlungsaufforderung bei nicht fristgerechter Bezahlung.
- c) Ausfertigung eines Rückstandsausweises, wenn der Aufforderung nicht oder nur teilweise Folge geleistet wird, wobei der Rückstandsausweis einen Exekutionstitel darstellt.
- d) Gegen den Rückstandsausweis steht dem Arbeitgeber ein Einspruch bei der Bezirksverwaltungsbehörde offen, die mit Bescheid über die Richtigkeit der Vorschreibung zu entscheiden hat.

Weitere Rechtsmittel stehen dem Arbeitgeber aufgrund des § 25 BUAG nicht zur Verfügung.

Insbesondere steht dem Arbeitgeber ein Antrag auf Feststellung, dass er nicht in den Geltungsbereich des BUAG fällt, oder dass für das in Betracht kommende Arbeitsverhältnis das BUAG keine Anwendung findet, nicht offen. Vielmehr sieht bei einem diesbezüglichen Vorbringen des Arbeitgebers (an die BUAK) § 25 Abs. 6 BUAG einen Antrag der BUAK

an die Bezirksverwaltungsbehörde vor, eine entsprechende Feststellung durchzuführen, wobei die Bezirksverwaltungsbehörde dann mit Bescheid festzustellen hat, ob der Arbeitgeber den Vorschriften des BUAG unterliegt oder ob für das in Betracht kommende Arbeitsverhältnis das BUAG Anwendung findet.

Das Instrumentarium der bescheidmäßigen Feststellung steht daher nur der BUAK zur Verfügung, um so eine behördliche Klarstellung über die Anwendbarkeit der Bestimmungen des BUAG zu schaffen. Eine Pflicht zur Antragstellung durch die BUAK ist dem § 25 Abs. 6 BUAG nicht zu entnehmen. Allerdings steht dem Arbeitgeber der Einspruch gegen den Rückstandsausweis zur Verfügung, mit welchem dann ebenfalls die Überprüfung der Richtigkeit der Vorschreibung durch die Bezirksverwaltungsbehörde, und sohin indirekt die Anwendbarkeit des BUAG, erreicht werden kann.

Auch im Fall der Anwendbarkeit des § 25 BUAG kann die strittige Rechtsfrage folglich in einem anderen gesetzlich vorgesehen Verfahren entschieden werden, weshalb das private Feststellungsinteresse diesfalls ebenso zu verneinen ist (vgl. zB. VwGH 89/08/0287).

Somit ergibt sich, dass die belangte Behörde das Feststellungsbegehren der Beschwerdeführerin zu Recht zurückgewiesen hat; dadurch, dass sie hierfür eine nicht zur Gänze zutreffende Begründung gewählt hat, wurde die Beschwerdeführerin jedoch in keinem Recht verletzt (vgl. VwGH 93/02/0212).

Nachdem eine inhaltliche Prüfung der Anwendbarkeit des BUAG auf die Tätigkeit der Beschwerdeführerin nicht Verfahrensgegenstand ist und das erkennende Gericht folglich auch die Bestimmungen des § 33h BUAG inhaltlich nicht anzuwenden hat, fehlt es hinsichtlich des Begehrens, das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich möge beim Verfassungsgerichtshof ein Normprüfungsverfahren in Bezug auf § 33h Abs. 2 S 1 sowie § 33h Abs. 3 BUAG beantragen, bereits an der Voraussetzung der Präjudizialität der Normen (vgl. Öhlinger/ Eberhard, Verfassungsrecht¹², Rz 1013).

Die Beantwortung der von der Beschwerdeführerin formulierten Vorlagefragen an den Gerichtshof der Europäischen Union in Zusammenhang mit den Bestimmungen des BUAG sind für das erkennende Gericht mangels Anwendbarkeit der konkreten Normen im gegenständlichen Verfahren ebenso nicht entscheidungserheblich (vgl. Leidenmühler, Europarecht⁴, 120), weshalb die Anregung ein Vorabentscheidungsverfahren gemäß Art 267 AUEV einzuleiten, nicht aufgegriffen wird.

Insgesamt erweist sich die Beschwerde somit als unbegründet und war diese spruchgemäß abzuweisen.

6. Zur Nichtdurchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung:

Diese Entscheidung konnte gemäß § 24 Abs. 2 Z. 1 VwGVG unter Entfall der Durchführung der – von der Beschwerdeführerin beantragten – öffentlichen mündlichen Verhandlung getroffen werden. Darüber hinaus waren im vorliegenden Beschwerdeverfahren im Ergebnis ausschließlich Rechtsfragen zu beurteilen, zu deren Lösung im Sinne der Judikatur des EGMR eine mündliche Verhandlung nicht geboten ist (vgl. VwGH vom 17. April 2012, 2012/05/0029; VwGH vom 21. Dezember 2012, 2012/03/0038). Der dieser Entscheidung zugrundeliegende Sachverhalt war auch unbestritten, so dass seitens des erkennenden Gerichts keine Ermittlungen durchgeführt werden mussten und eine mündliche Erörterung keine weitere K

Quelle: Landesverwaltungsgericht Niederösterreich LVwg Niederösterreich, <http://www.lvwg.noel.gv.at>