1. Bauangestellte

1.1. Angestelltenbegriff

Zur Geschichte des „Angestellten"

Der Arbeitsvertrag im heutigen Sinne ist rechtshistorisch ein vergleichsweise junger Vertragstypus (siehe dazu auch in Kap 1.2.). Das gilt damit auch für den Begriff des Angestellten. Selbst wenn die Wurzeln für die besonderen rechtlichen Eigenschaften des Angestellten bereits im Mittelalter zu verorten sind, ist die Unterscheidung zwischen Angestellten und Arbeitern (siehe dazu auch in Kap 1.3.) – jedenfalls in jenem Sinne, der heute vorherrschend ist – im Wesentlichen im 19. Jahrhundert entstanden, Anfang des 20. Jahrhunderts teilkodifiziert, bis zu dessen Mitte fortgeführt und seither im Hinblick auf die Bedeutung der unterschiedlichen Rechtsfolgen (nicht auch unbedingt hinsichtlich des Regelungsorts) sukzessive verringert worden.[1] Gerade aber aufgrund des BUAG und des BSchEG spielt die Unterscheidung zwischen Arbeitern und Angestellten im geltenden Recht in keiner anderen Branche eine so große Rolle wie in der Bauwirtschaft, weil diese beiden Gesetze für Angestellte generell nicht zur Anwendung kommen (§ 1 Abs 2 lit a BUAG, § 2 lit a BSchEG).

Die Entstehung eines eigenen bundesweit geltenden KollV für Angestellte in der Bauwirtschaft im Jahr 1948 ist in einer Zeit zu verorten, in der zwischen diesen beiden Gruppen von Arbeitnehmern grundlegend unterschieden wurde – nicht nur im Arbeitsrecht, sondern auch im Sozialversicherungsrecht –, und das schon damals bereits seit Jahrzehnten. Auch außerhalb rein rechtlicher Kriterien spielte die Unterscheidung eine Rolle, was schon allein daran sichtbar wird, dass Arbeiter und Angestellte in verschiedenen Gewerkschaften (im Jahr 1948 Gewerkschaft der Privatangestellten einerseits und Gewerkschaft der Bau- und Holzarbeiter andererseits) organisiert waren.

Anwendbarkeit des Angestelltengesetzes

Das AngG kennt für den persönlichen Anwendungsbereich dem Grunde nach zwei Anknüpfungspunkte – die Beschäftigung *„im Geschäftsbetrieb eines Kaufmannes"* einerseits und die Art der erbrachten Tätigkeiten andererseits. Während das zweite Tatbestandsmerkmal (Tätigkeiten) durchaus Abgrenzungsfragen aufwerfen kann (siehe dazu näher in Kap 1.3.1.), ist das erste Tatbestandsmerkmal bei einer Beschäftigung in einem Bauunternehmen iaR erfüllt und folglich ist in der Praxis eine Überprüfung des Vorliegens dieses Tatbestandsmerkmals nicht erforderlich.

1 *Radner*, ZAS 1996/22, 196 (E-Anm zu OGH 14.9.1995, 8 ObA 293/95); *Drs* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm[3] (2018) § 1 AngG Rz 1–7; *Kozak* in *Reissner*, AngG[3] (2019) Art I Rz 1–7.

Der Begriff **Kaufmann** (in dessen Geschäftsbetrieb die Beschäftigung erfolgen muss) stammt ursprünglich aus dem Handelsrecht (heute: Unternehmensrecht) und wurde für dieses mit dem Handelsrechts-Änderungsgesetz (BGBl I 2005/120) durch den Begriff Unternehmer ersetzt, der sich auch inhaltlich vom Begriff des Kaufmanns unterscheidet.[2] Das AngG verwendet aber nach wie vor den Kaufmannbegriff und nach hM ist der Geltungsbereich dieses Gesetzes daher auch weiterhin an die Kaufmannseigenschaft (iSd früheren HGB) gebunden, wobei das AngG eine Liste zusätzlicher Arbeitgeber enthält, die dem AngG unterliegen, obwohl sie nicht unter den Kaufmannbegriff des HGB zu subsumieren waren.[3]

Aspekte des Kaufmannbegriffs

In § 1 HGB war der Ist-Kaufmann definiert; wer ein Handelsgewerbe betrieb, war demnach Kaufmann („Ist-Kaufmann"), wobei der Begriff des HGB nicht mit dem des Handelsgewerbes nach der GewO 1994 (bzw der entsprechenden Vorgängerbestimmungen) ident war, sondern weiter als dieser. Baumeister waren aber keine Kaufleute iSd § 1 HGB.

Ergänzend dazu bestimmte § 2 HGB, dass die Eintragung im Firmenbuch nach sich zog, dass der betreffende Unternehmer Kaufmann war; gleichzeitig sah das Gesetz auch eine Verpflichtung des Unternehmens zur Eintragung im Firmenbuch (damals „Handelsregister") vor („Soll-Kaufmann"). Die tatsächliche Eintragung im Firmenbuch führte nach § 5 HGB ohnehin dazu, dass das Unternehmen jedenfalls als Kaufmann zu werten war („Scheinkaufmann").

Im Ergebnis waren (dh für die Zwecke des AngG sind) jene Unternehmen, die dem KollV Angestellte Baugewerbe/Bauindustrie als Arbeitgeber unterliegen (siehe dazu in Kap 2.2.), Kaufleute und daher ist auch das AngG anzuwenden.

Grundzüge des aktuellen Angestelltenbegriffs

Wie bereits angedeutet unterscheidet das österreichische Arbeitsrecht nach wie vor zwischen Arbeitern und Angestellten. Auch die jahrzehntelang geltende Prämisse, die für den Arbeitnehmer günstigere Eigenschaft sei die eines Angestellten, lässt sich in der Bauwirtschaft aktuell nicht aufrechterhalten, denn zahlreiche Arbeiter wollen gar nicht Angestellte werden, obwohl sie es könnten. Das hat verschiedene Gründe, auf die noch einzugehen sein wird.

Wer Angestellter ist, wird in **§ 1 Abs 1 AngG**[4] normiert; das Gesetz spricht von der Leistung kaufmännischer Dienste oder höherer, nicht kaufmännischer Dienste sowie von Kanzleiarbeiten (siehe dazu näher in Kap 1.3.1.). Auch wenn die Abgrenzung der Angestellten von den Arbeitern nicht immer einfach sein mag, handelt es sich im Kern doch um eine gesetzliche Regelung, die als solche

2 ErlRV 1058 BlgNR 22. GP 4–5.

3 *Drs* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm[3], § 1 AngG Rz 34; *Kozak* in *Reissner*, AngG[3], § 1 Rz 11–15.

4 Neben dem AngG gibt es noch weitere Gesetze für Angestellte, etwa das GAngG; dieses gilt für Angestellte in der Land- und Forstwirtschaft, hat damit für die Bauwirtschaft keine Bedeutung und bleibt daher im Folgenden außer Betracht. Gleiches gilt für das HGHAngG, das JournG oder das TAG.

zwingendes Recht ist und ohnehin nicht der Parteiendisposition unterliegt. Zwar können Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Anwendung des AngG und/oder des KollV Angestellte Baugewerbe/Bauindustrie auf ein Arbeitsverhältnis vereinbaren, erbringt der Arbeitnehmer allerdings keine Angestelltentätigkeiten iSd § 1 Abs 1 AngG, unterliegt dieses Arbeitsverhältnis kraft Gesetzes dem **BUAG**,[5] dem **BSchEG** und auch dem KollV Bauindustrie/Baugewerbe[6] sowie kraft individueller Vereinbarung dem AngG und dem KollV Angestellte Baugewerbe/Bauindustrie, wobei den beiden Letzteren in diesem Fall kein zwingender Charakter zukommt und diese Rechtsnormen folglich von zwingendem „Arbeiterrecht" verdrängt werden.

1.2. Abgrenzung von Angestellten und Nichtarbeitnehmern

Charakteristik des Arbeitsvertrags

Die Frage, ob ein Arbeitnehmer Angestellter ist oder nicht, stellt sich nur, wenn das zugrunde liegende Vertragsverhältnis als Arbeitsvertrag iSd § 1151 ABGB zu qualifizieren ist. Das spielt auch für die Anwendbarkeit des KollV Angestellte Baugewerbe/Bauindustrie eine Rolle, weil Rechtsverhältnisse, die keine Arbeitsverhältnisse sind, überhaupt keinem KollV unterliegen.

Der Arbeitsvertrag wird in **§ 1151 ABGB** definiert, der mit der III. Teilnovelle in das ABGB eingefügt wurde und seither unverändert in Kraft ist. Die Bestimmung beschäftigt sich va mit der Abgrenzung zwischen Arbeitsvertrag (in der Diktion des ABGB noch „Dienstvertrag") und Werkvertrag.

Begriffe Arbeitsvertrag und Dienstvertrag

Das **ABGB** verwendet den Begriff **Dienstvertrag**. Dieser wurde im Jahr 1916 mit der III. Teilnovelle (RGBl 1916/69) im ABGB eingeführt und ersetzte den zuvor verwendeten Begriff des Lohnvertrags, der – nach heutiger Begrifflichkeit – auch den Werkvertrag umfasste.[7] Der Begriff Dienstvertrag blieb bis in die 1960er-Jahre gebräuchlich (kommt daher auch im AngG selbst vor) und wird beispielsweise noch im 1969 erlassenen DHG (dort sogar im Titel) verwendet.

Ab den 1970er-Jahren setzte sich im **Arbeitsrecht** der Begriff **Arbeitsvertrag** durch und dieser wird in arbeitsrechtlichen Gesetzen verwendet, die danach neu entstanden sind (etwa im 1974 erlassenen ArbVG). Ein inhaltlicher Unterschied besteht zwischen den Begriffen Arbeitsvertrag und Dienstvertrag nicht, jedenfalls nicht in zivilrechtlicher Hinsicht (wohl aber zwischen Arbeitsvertrag und freiem Dienstvertrag). In den „älteren" Gesetzen, die nach wie vor den Begriff Dienstvertrag verwenden, wurde er aber in danach erfolgten Novellen weiterverwendet (auch noch im 21. Jahrhundert).

5 OGH 29.11.1966, 4 Ob 61/66 SZ 39/202; VwGH 8.9.1998, 95/08/0296.

6 Obwohl der KollV Bauindustrie/Baugewerbe in seiner Bezeichnung nicht auf den Geltungsbereich „nur" für Arbeiter hinweist, ergibt sich dies eindeutig aus den Bestimmungen des Geltungsbereichs im KollV, konkret aus § 1 lit b KollV Bauindustrie/Baugewerbe.

7 *Krejci* in *Rummel*, ABGB³ (2000) § 1151 Rz 1; *Schrammel* in *Klang*, ABGB³ (2012) § 1151 Rz 6.

Das 1955 erlassene ASVG enthält ebenso wie das ABGB den Begriff **Dienstnehmer**; diese Bezeichnung wird aber nach wie vor nicht nur im Gesetz selbst, sondern ist weiterhin in der Literatur zum **Sozialversicherungsrecht** gebräuchlich. Da der arbeitsrechtliche Arbeitnehmerbegriff und der sozialversicherungsrechtliche Dienstnehmerbegriff nicht ident (wenn auch ähnlich) sind, wird in der Literatur im Hinblick auf das Arbeitsrecht der Begriff Arbeitsverhältnis, im Hinblick auf das Sozialversicherungsrecht der Begriff Dienstverhältnis verwendet. Insoweit besteht zwischen den beiden Begriffen ein Unterschied.

Die Mat nennen folgende Merkmale als solche, die **für** den **Arbeitsvertrag charakteristisch** sind:

a) dauerndes Verpflichtungsverhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber;
b) Arbeit unter der Leitung und Verfügung und
c) mit den Arbeitsmitteln des Arbeitgebers,
d) persönliche Arbeitspflicht und persönlicher Anspruch auf die Arbeit,
e) Haftung für Diligenz, im Übrigen aber
f) Erfolg wie Misserfolg der Arbeit auf Rechnung des Arbeitgebers, somit
g) persönliche und wirtschaftliche Unterordnung des Arbeitnehmers in den Organismus des Unternehmens des Arbeitgebers bei der einen Form.[8]

Rsp und Literatur bezeichnen diese Merkmale mit dem Oberbegriff der **persönlichen Abhängigkeit**, die für den Arbeitsvertrag charakteristisch ist.[9]

Abgrenzung zum Werkvertrag

Wie bereits erwähnt, beschäftigt sich § 1151 ABGB va mit der Abgrenzung zwischen Arbeitsvertrag und Werkvertrag. Daneben hat die Rsp aber auch einen weiteren Vertragstyp entwickelt – den freien Dienstvertrag, auf den noch im Folgenden gesondert einzugehen ist. Das wesentliche Merkmal des Werkvertrags ist, dass der Werkunternehmer die Herstellung eines Werks und damit einen Erfolg schuldet. Der Arbeitnehmer und der freie Dienstnehmer haben hingegen gattungsmäßig umschriebene Tätigkeiten zu erbringen. Die **Art der Tätigkeit** ist für die Frage der rechtlichen Qualifikation nicht per se aussagekräftig.

Beispiel

Eine Person zeichnet einen Einreichplan:

- Sofern Vertragsinhalt das Herstellen eines Einreichplans für das BVH Hauptplatz 5 in Hintertupfing ist, liegt ein Werkvertrag vor.
- Ist Vertragsinhalt hingegen das laufende Erbringen von Planungstätigkeiten und konkretisiert der Arbeitgeber die Leistung des Arbeitnehmers, indem er ihm eine Weisung erteilt, einen Plan für das BVH Hauptplatz 5 in Hintertupfing zu zeichnen, liegt ein Arbeitsvertrag (allenfalls auch ein freier Dienstvertrag) vor.

8 78 BlgHH, 21. Sess 206.

9 *Krejci* in *Rummel*, ABGB³, § 1151 Rz 36; *Schrammel* in *Klang*, ABGB³, § 1151 ABGB Rz 24; *Rebhahn* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³, § 1151 ABGB Rz 80; *Kozak* in *Reissner*, AngG³, § 1 Rz 18.

Die Frage, ob der Empfänger der Arbeitsleistung Endkunde ist oder nicht, spielt dabei ebenfalls keine Rolle. Ein Werkunternehmer kann nämlich zur Erbringung der von ihm zivilrechtlich geschuldeten Leistung Arbeitnehmer oder andere Werkunternehmer (Subunternehmer) einsetzen. Entscheidend ist hier der entsprechende Vertragsinhalt.

Unerheblich ist außerdem die **Art der Entgeltbemessung**. Zum einen kann auch beim Werkvertrag eine Abrechnung nach Zeitaufwand erfolgen, zum anderen ist bei einer leistungsbezogenen Entlohnung auch dann eine Deckungsprüfung nach dem Zeitaufwand vorzunehmen, wenn das Rechtsverhältnis doch als Arbeitsvertrag zu qualifizieren ist.

Der Arbeitsvertrag ist ein **Dauerschuldverhältnis**, der Werkvertrag ein **Zielschuldverhältnis**. Das hilft bei Vertragsverhältnissen von vergleichsweise kurzer Dauer allerdings nicht weiter. Das entscheidende Abgrenzungsmerkmal ist dann die Frage, welche rechtliche Einflussmöglichkeit jene Vertragspartei, deren Leistung die Geldleistung ist, auf den Inhalt der Gegenleistung hat. Der Arbeitgeber kann sein Weisungsrecht jederzeit ausüben; der Werkbesteller kann nur das Werk als solches bestellen und wieder abbestellen.[10] Wie es dann hergestellt wird, obliegt dem Werkunternehmer allein.[11]

Wenn in der Rsp und Literatur die Ansicht vertreten wird, die **Parteienvereinbarung** spiele für die Qualifikation keine Rolle, dann ist dies im Ergebnis zu verkürzend und damit unzutreffend. Richtig ist, dass die bloße Bezeichnung des Vertrags durch die Parteien nicht die entscheidende Rolle für die rechtsdogmatische Beurteilung spielt; ein mit dem Titel „Werkvertrag" überschriebener Vertrag, der nach seinen Wesensmerkmalen ein Arbeitsvertrag ist, ist rechtlich ein Arbeitsvertrag und kein Werkvertrag. Insoweit ist die Aussage, die Parteienvereinbarung spiele keine Rolle, richtig. Der Parteiwille ist aber entscheidend für die Frage, zu welchen Leistungen sich die Vertragsparteien jeweils verpflichten. Dabei kommt es auf die wahre Absicht an und nicht auf das, was allenfalls in einer Vertragsurkunde bloß zum Schein vorgegeben wird[12] (wobei zu beachten ist, dass es keine Vermutung gibt, dass in Vertragsurkunden hauptsächlich die Unwahrheit steht).

Gewerberecht

Erfüllt ein Werkunternehmer die **Merkmale der Gewerbsmäßigkeit** iSd § 1 GewO 1994 (Selbständigkeit, Regelmäßigkeit, Ertragsabsicht), benötigt er eine Gewerbeberechtigung. Bei Tätigkeiten, die Angestellte, die dem KollV Angestellte Baugewerbe/Bauindustrie unterliegen, üblicherweise erbringen, ist dies das Baumeistergewerbe (§ 94 Z 5 GewO 1994). Soweit es sich um Planung, Berechnung, Leitung oder Tätigkeiten der ÖBA handelt, kann das Baumeistergewerbe nicht mit einem individuellen Befähigungsnachweis (frühere Bezeichnung: „Nachsicht") erbracht werden (§ 99 Abs 3 GewO 1994), was faktisch gleichbedeutend mit der Notwendigkeit der Ablegung der Baumeisterprüfung ist.

10 *Schopper* in *Klang*, ABGB³ (2020) § 1165 ABGB Rz 104.
11 *Schrammel* in *Klang*, ABGB³, § 1151 ABGB Rz 55.
12 *Schrammel* in *Klang*, ABGB³, § 1151 ABGB Rz 57–59.

> Das freie Gewerbe als **Zeichenbüro** (meist unter dem Wortlaut „Erstellung von Reinzeichnungen aufgrund von Planungen Befugter [Zeichenbüro]“ angemeldet) berechtigt nicht zu Planungstätigkeiten. Diese dürfen nur Reinzeichnungen aufgrund von vorangegangenen Planungen und Berechnungen Befugter (Baumeister, Ziviltechniker) vornehmen.[13]

Aus der Existenz einer **Gewerbeberechtigung** kann aber nicht geschlossen werden, dass derjenige, der Gewerbetreibender ist, nicht auch gleichzeitig Arbeitnehmer sein könne. Eine Gewerbeberechtigung steht also der zivilrechtlichen Wertung eines Vertragsverhältnisses als Arbeitsverhältnis nicht entgegen.[14]

Abgrenzung zum freien Dienstvertrag

Das ABGB verwendet den Begriff des „freien“ Dienstvertrags nicht; trotzdem ist seine Existenz unbestritten. Wie der Arbeitnehmer erbringt der freie Dienstnehmer gattungsmäßig umschriebene Tätigkeiten; im Unterschied zum Arbeitnehmer aber nicht in persönlicher Abhängigkeit.[15] Das kann im Prinzip auf zwei Arten erfolgen.

Die erste Gruppe bilden jene Fälle, in denen der freie Dienstnehmer **keinem Weisungsrecht** eines anderen unterworfen ist. Das ist jedenfalls bei einem **Vorstandsmitglied** einer Aktiengesellschaft der Fall, weil hier ein Weisungsrecht gesetzlich ausgeschlossen ist.[16] Es kommt aber nicht auf die rechtliche Absicherung der Weisungsfreiheit an, sondern auf die tatsächlichen Umstände, unter denen der Arbeitnehmer (freie Dienstnehmer) die Arbeitsleistung erbringt. Daher kann auch der unternehmensrechtliche **Geschäftsführer** einer GmbH freier Dienstnehmer sein, muss dies aber nicht (zB in einem Konzern). Für die Frage der Anwendbarkeit des KollV Angestellte Baugewerbe/Bauindustrie spielt das aber keine Rolle, weil Geschäftsführer aus dem Geltungsbereich des KollV ausdrücklich ausgeschlossen sind (§ 2 lit a KollV Angestellte Baugewerbe/Bauindustrie); zu Prokuristen siehe näher in Kap 2.2.3.

Der andere in der Praxis vorkommende Fall sind die **atypischen Selbständigen** („freie Mitarbeiter“) Das sind Personen, die nicht permanent am Markt auftreten und oftmals nur für einen oder wenige Dienstgeber tätig sind. Da die Eingliederung in die Betriebsorganisation Wesensmerkmal des Arbeitsvertrags ist,[17] folgt daraus im Umkehrschluss, dass ein freier Dienstvertrag nur dann vorliegen kann, wenn der freie Dienstnehmer nicht in die Betriebshierarchie eingebunden ist. Ein wichtiges Abgrenzungsmerkmal ist auch die Möglichkeit, konkrete Arbeiten abzulehnen; das bezieht sich nicht nur generell auf eine bestimmte Art der Arbeits-

13 *Mandl* in *Katalan/Mandl/Wiesinger*, Baumeister und Baugewerbetreibender im Gewerberecht (2022) 104.
14 *Rebhahn* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³, § 1151 ABGB Rz 10.
15 *Rebhahn* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³, § 1151 ABGB Rz 127.
16 *Schrammel* in *Klang*, ABGB³, § 1151 ABGB Rz 63; *Rebhahn* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³, § 1151 ABGB Rz 144/2.
17 *Rebhahn* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³, § 1151 ABGB Rz 107.

leistung, sondern auch auf konkrete Wünsche des Dienstgebers. Entscheidend ist aber nicht bloß, dass der Vertrag eine entsprechende Bestimmung enthält, sondern, dass sie als solche gelebt wird.[18]

In dieser zweiten Konstellation kann der Fall vorliegen, dass ein freier Dienstnehmer als arbeitnehmerähnliche Person zu qualifizieren ist. Es handelt sich dabei aber um keinen eigenen Vertragstypus, sondern führt nur dazu, dass bestimmte arbeitsrechtliche Bestimmungen auch für diese freien Dienstnehmer anzuwenden sind.[19] Der KollV zählt aber nicht zu diesen; er ist somit nicht für arbeitnehmerähnliche Personen anwendbar.

Sozialversicherungsrecht

Der arbeitsrechtliche Arbeitnehmerbegriff (§ 1151 ABGB) und der sozialversicherungsrechtliche Dienstgeberbegriff (§ 4 ASVG) sind – wie bereits erwähnt – zwar sehr ähnlich, aber ***nicht* ident**. Aus der Angestellteneigenschaft (§ 1 AngG iVm § 1151 ABGB) resultiert die sozialversicherungsrechtliche Dienstnehmereigenschaft (§ 4 Abs 1 Z 1 iVm Abs 2 ASVG).

Vorstände einer AG sind nach § 4 Abs 1 Z 6 ASVG wie Dienstnehmer sozialversichert, werden dadurch aber nicht zu Arbeitnehmern im arbeitsrechtlichen Sinn und unterliegen daher auch keinem KollV. Unternehmensrechtliche **Geschäftsführer** einer GmbH sind, wenn sie zu weniger als 25 % an der GmbH beteiligt sind, nach dem ASVG, ansonsten nach dem GSVG sozialversichert. Auch hier spielt die sozialversicherungsrechtliche Behandlung keine Rolle für die zivilrechtliche Einordnung ihres Beschäftigungsverhältnisses.

Bei den atypischen Selbständigen sind die arbeits- und die sozialversicherungsrechtliche Behandlung nach unterschiedlichen – wenngleich ähnlichen – Kriterien zu beurteilen. Allerdings unterscheidet das Sozialversicherungsrecht zwischen **dienstnehmerähnlichen Dienstnehmern** (§ 4 Abs 4 ASVG) und **neuen Selbständigen** (§ 2 Abs 4 GSVG). Beide Gruppen unterliegen nicht dem KollV.

Zuletzt ist noch die **geringfügige Beschäftigung** zu erwähnen; sie ist ein rein sozialversicherungsrechtliches Phänomen. Sie führt dazu, dass Personen, die an sich nach dem ASVG pflichtversichert wären, nur unfallversichert sind, nicht aber in den anderen Zweigen versichert sind. Aus arbeitsrechtlicher Sicht sind geringfügig Beschäftigte Teilzeitbeschäftigte (weil bei Vollzeitbeschäftigten das niedrigste Mindestgehalt die Geringfügigkeitsgrenze übersteigt), die dem KollV unterliegen.

1.3. Angestellte und Arbeiter

1.3.1. Abgrenzung von Angestellten und Arbeitern

Abgrenzung

Wie bereits erwähnt, sind jene Tätigkeiten, die zur Qualifikation eines Arbeitsverhältnisses als Angestelltenverhältnis führen, in § 1 Abs 1 AngG normiert:

18 *Rebhahn* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm[3], § 1151 ABGB Rz 93.
19 *Rebhahn* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm[3], § 1151 ABGB Rz 123 und 124.

- Leistung kaufmännischer Dienste;
- Leistung höherer, nicht kaufmännischer Dienste;
- Kanzleiarbeiten.

Eine **Definition für Arbeiter** gibt es im eigentlichen Sinn nicht, sondern nur im **Umkehrschluss**. Ein Arbeitnehmer, der nicht Angestellter (und auch nicht Lehrling) ist, ist Arbeiter.[20]

Gewerbliches Personal

Der Begriff des gewerblichen Personals (kurz „Gewerbliche") ist in der Literatur nicht zu finden, kommt aber in der Praxis vor; gemeint sind damit Arbeiter. Der Begriff kommt daher, dass diese den arbeitsrechtlichen Bestimmungen der GewO 1859 unterliegen. Angestellte werden nach dieser Diktion oft als kaufmännisches Personal bezeichnet.

Kaufmännische Dienste spielen in der Bauwirtschaft keine große praktische Rolle,[21] die beiden anderen Tatbestandsmerkmale hingegen schon. Bei den **höheren, nicht kaufmännischen Diensten** wirft die Abgrenzung zwischen Polieren, die Angestellte sind, und Vizepolieren, die Arbeiter sind, die meisten Fragen auf, weil hier die Grenze verläuft. Dass Bautechniker und Bauleiter Angestellte sind, ist unbestritten.

Während § 9 KollV Angestellte Baugewerbe/Bauindustrie eine umfangreiche Umschreibung der Aufgaben des **Poliers** enthält, ist der Lohntafel zum KollV Bauindustrie/Baugewerbe gar nichts bezüglich der Aufgaben eines **Vizepoliers** (früher „Hilfspolier") zu entnehmen. Immerhin gibt es zu dieser Frage Rsp (auch wenn sie ihrerseits mehrere Jahrzehnte alt ist). Die Bezeichnung eines Arbeitnehmers als „Polier" bietet hingegen keinen Mehrwert für die Lösung der Abgrenzungsfrage, weil in der Praxis auch Vizepoliere oftmals als „Poliere" bezeichnet werden.

Judikatur zur Abgrenzung des Poliers als Arbeiter oder Angestellter

- Kann eine Tätigkeit auch von jedem geübten Vorarbeiter übernommen werden, so ist der entsprechende Polier kein Angestellter.[22]
- Ein Partieführer, der 20 Arbeiter beaufsichtigt, für die Einhaltung der Arbeitnehmerschutzvorschriften verantwortlich ist, aber seinerseits von einem Bauleiter überwacht wird, ist kein Angestellter.[23]
- Ein Polier, der selbständig Arbeiten überwacht, das Bautagebuch und Lohnlisten führt, ist Angestellter. Erbringt er diese Tätigkeit unter Aufsicht, ist er es nicht.[24]

20 OGH 14.9.1995, 8 ObA 293/95 ZAS 1996/22, 196 (*Radner*) = Arb 11.447 = DRdA 1996, 161 = RdW 1996, 331 = wbl 1996, 163.

21 So auch *Warter/Mosler*, Arbeitnehmerbegriff und Angestelltentätigkeit am Bau, in *Mosler*, FS 75 Jahre Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse (2021) 61 (85).

22 GewG Graz 25.9.1928, 2 Cr 915/28 Arb 3859.

23 OGH 10.2.1959, 4 Ob 2/59 Arb 6982.

24 OGH 21.1.1964, 4 Ob 2/64 Arb 7862.

- Ein Partieführer, der 20 Arbeiter beaufsichtigt, selbst keine manuelle Tätigkeit leistet, Einteilungen von Arbeitern und Maschinen vornimmt, Aufzeichnungen führt und Einstellungen und Entlassungen vornimmt, ist Angestellter.[25]
- Angestellter ist auch ein Tiefbaupolier, der meist acht Arbeiter (nicht aber mehr als zehn) beaufsichtigt und zu Arbeiten einteilt darüber hinaus aber auch für die Bestellung des Bitumenmischguts für den Folgetag verantwortlich ist und Vermessungsarbeiten vornimmt.[26]
- Hingegen ist ein Drittelführer im Tunnelbau Arbeiter; er überwacht zwar auch andere Arbeitnehmer (rund vier bis fünf), ist aber zur manuellen Mitarbeit verpflichtet.[27]

Unter **Kanzleiarbeiten** sind Schreibarbeiten zu verstehen, die über das reine Abschreiben hinausgehen. Entscheidend ist die Art der Tätigkeit, nicht der Ort. So sind Arbeitnehmer, die direkt auf einer Baustelle in Baucontainern derartige Arbeiten erbringen, Angestellte.[28]

Rechtsfolgen der Unterscheidung

Das Recht der Arbeiter ist auf gesetzlicher Ebene mittlerweile in weiten Teilen mit jenem der Angestellten harmonisiert. Das ist aber wegen des BUAG und des BSchEG, die nur für Bauarbeiter gelten, innerhalb der Bauwirtschaft etwas abgeschwächt. Ein für die Praxis wesentlicher Unterschied in Gewerbe und Industrie ist, dass für Arbeiter und Angestellte **unterschiedliche KollV** gelten, was sich aber nicht zwingend aus dem Gesetz ergibt, sondern aus dem organisatorischen Aufbau des ÖGB als KollV-Partei auf Arbeitnehmerseite.

Auch im Betriebsverfassungsrecht wird zwischen Arbeitern und Angestellten unterschieden; so sind **getrennte Betriebsräte** zu errichten, vorausgesetzt, dass im Betrieb sowohl zumindest jeweils fünf Arbeiter als auch fünf Angestellte dauerhaft beschäftigt sind und diese keine Zusammenlegung der Gruppenbelegschaften beschlossen haben.

Folgende weitere wesentliche Unterschiede sind zu nennen:

	Bauangestellte	**Bauarbeiter**
Gehalt/Lohn	Gehalt ist im KollV als Monatsgehalt festgelegt.	Gehalt ist im KollV als Stundenlohn festgelegt, ein echter Monatslohn kann vereinbart werden.

25 OGH 18.3.1969, 4 Ob 11/69 Arb 8601.
26 OGH 12.9.1989, 10 ObS 188/89 ÖJZ 1989/264 (NRsp) = SSV-NF 3/99 = SVSlg 35.625.
27 OGH 15.9.1992, 10 ObS 212/92 SSV-NF 6/95; OGH 8.3.2003, 10 ObS 72/03s.
28 *Warter/Mosler*, Arbeitnehmerbegriff und Angestelltentätigkeit am Bau, in *Mosler*, FS 75 Jahre Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse, 61 (87–88).

	Bauangestellte	Bauarbeiter
Fälligkeit des Gehalts (Lohnes)	Je zur Hälfte am 15. und Monatsletzten, wobei der Monatsletzte vereinbart werden kann (§ 15 AngG)	15. des Folgemonats (§ 8 Z 4 KollV Bauindustrie/ Baugewerbe)
Weihnachtsgeld (13. Gehalt)	Anspruch ist in § 12 KollV Angestellte Baugewerbe/Bauindustrie geregelt und setzt keine Mindestbeschäftigungsdauer voraus.	Anspruch ist in § 12 KollV Bauindustrie/Baugewerbe geregelt und setzt eine Mindestbeschäftigungsdauer von einem Monat voraus.
Urlaubszuschuss (14. Gehalt)	Anspruch ist in § 12 KollV Angestellte Baugewerbe/Bauindustrie geregelt und besteht ggü dem Arbeitgeber.	Anspruch ist in § 8 BUAG geregelt und besteht ggü der BUAK.
Überstunden	Überstundenzuschlag wird vom Ist-Gehalt bemessen (Teiler 146).	Überstundenzuschlag wird vom um 20 % erhöhten kollv-lichen Stundenlohn bemessen.
Überstundenpauschale	zulässig (§ 15 KollV Angestellte Baugewerbe/ Bauindustrie)	nicht zulässig (§ 5 Z 13 KollV Bauindustrie/Baugewerbe)
Zulagenpauschale	zulässig (§ 15 KollV Angestellte Baugewerbe/ Bauindustrie)	zulässig im Rahmen des § 6 Abschn III KollV Angestellte Baugewerbe/Bauindustrie (dh teilweise pauschalierbar)
Urlaub	Urlaubsanspruch besteht ggü dem Arbeitgeber und richtet sich nach dem Ausfallsprinzip (UrlG).	Urlaubsanspruch besteht ggü der BUAK und wird nach einer gesetzlich festgelegten Formel ermittelt (BUAG).
Anspruch auf eine sechste Urlaubswoche	Anspruch besteht nach 25 Jahren, Vordienstzeiten und Zeiten einer Ausbildung werden tw angerechnet.	Anspruch besteht nach 1.040 Wochen (ca 20 Jahren), Zeiten nach dem BUAG werden zur Gänze berücksichtigt, andere überhaupt nicht.

	Bauangestellte	Bauarbeiter
Abfertigung alt	Anspruch besteht ggü dem Arbeitgeber und betrifft Arbeitsverhältnisse, die vor dem 1.1.2003 begründet wurden.	Anspruch besteht ggü der BUAK und betrifft Arbeitsverhältnisse von Arbeitnehmern, die seit 1.1.2003 (nicht zwingend durchgehend) im System des BUAG sind (§ 33a BUAG).
Abfertigung neu	BV-Beitrag wird vom Ist-Gehalt bemessen; BVK kann vereinbart werden.	BV-Beitrag wird vom um 20 % erhöhten KollV-Lohn bemessen; BUAK-BVK zwingend zuständig.
Winterfeiertagsvergütung	–	pauschalierte Rückerstattung der Entgeltfortzahlungskosten an den Arbeitgeber (dafür auch Zuschlagspflicht)
Überbrückungsgeld	–	Überbrückungsgeldbezug bei Erfüllung der Voraussetzungen möglich.
Schlechtwetter	BSchEG nicht anwendbar (keine Beitragspflicht)	Regelung im BSchEG (60 % Lohnfortzahlungsanspruch, dafür Beitragspflicht)
Kündigungsfristen	Regelung des § 20 AngG zwingend	abweichende Regelung in § 15 KollV Bauindustrie/ Baugewerbe (zulässig, da Saisonbranche)
Kündigungstermin	Quartalsende (15. und Monatsletzter kann vereinbart werden)[29]	Ende der Arbeitswoche (bis 5 Jahre auch bei Einstellung der Arbeiten auf der Baustelle)
Taggeld	3 Anknüpfungspunkte (Baustelle, Wohnort, ständiger Arbeitsplatz) und 2 Taggeldsätze	2 Anknüpfungspunkte (Baustelle, Wohnort) und 3 Taggeldsätze
Nächtigungskosten	Ersatz belegmäßig nachgewiesener Kosten; keine Pauschalierung	Ersatz belegmäßig nachgewiesener Kosten, Pauschalierung ist aber möglich

Tab 1: Wichtige Unterschiede zwischen Bauangestellten und Bauarbeitern

29 Sofern diese beiden Termine nicht individualarbeitsvertraglich vereinbart wurden, kommen sie nach § 23a KollV Bauindustrie/Baugewerbe zur Anwendung, wenn der Angestellte bereits so lange im Krankenstand ist, dass er keinen Entgeltfortzahlungsanspruch mehr hat.