

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

26.01.2005

Geschäftszahl

2002/08/0213

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Bernard und die Hofräte Dr. Müller, Dr. Strohmayer, Dr. Köller und Dr. Moritz als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Müller, über die Beschwerde der Evelyn K in L, vertreten durch Saxinger Chalupsky Weber & Partner, Rechtsanwälte GmbH in 4020 Linz, Europaplatz 7, gegen den Bescheid des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit vom 9. Juli 2002, Zl. 451.005/17-X/2/2002, betreffend Haftung für Zuschläge gemäß § 25a Abs. 7 BUAG (mitbeteiligte Partei: Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse, 1050 Wien, Kliebergasse 1a), zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Bund (Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit) hat der Beschwerdeführerin Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.171,20 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Mit Rückstandsausweis vom 19. Oktober 1994 verpflichtete die mitbeteiligte Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse die Beschwerdeführerin als Geschäftsführerin der K. GmbH gemäß §§ 25 Abs. 3 und 25a Abs. 7 BUAG, ordnungsgemäß vorgeschriebene, rückständige und vollstreckbare Zuschläge zum Lohn iSd §§ 21 und 21a BUAG samt Nebengebühren in der Höhe von S 239.283,-- für den Zeitraum März 1993 bis August 1993 sowie samt 7 % gestaffelter Zinsen zu entrichten.

Gegen diesen Rückstandsausweis erhob die Beschwerdeführerin gemäß § 25 Abs. 3 und 5 BUAG am 29. November 1994 beim Magistrat der Stadt Linz Einspruch.

Nach einem Devolutionsantrag der mitbeteiligten Partei vom 1. Juli 1996 gab der Landeshauptmann von Oberösterreich mit Bescheid vom 11. Februar 1997 dem Einspruch der Beschwerdeführerin teilweise Folge und verpflichtete diese gemäß § 25a Abs. 7 BUAG, die auf die Monate März 1993 bis inklusive Mai 1993 entfallenden Zuschläge samt Nebengebühren im Gesamtbetrag von S 153.001,-- zu ersetzen. Eine Vorschreibung von Verzugszinsen (§ 25 Abs. 2 BUAG) unterblieb.

Die dagegen von der Beschwerdeführerin nach einem erfolgreichen Wiedereinsetzungsantrag erhobene Berufung hat die belangte Behörde mit dem angefochtenen Bescheid abgewiesen und den Bescheid des Landeshauptmannes von Oberösterreich durch den Ausspruch "bestätigt, dass (die Beschwerdeführerin) für die Zuschläge zum Lohn samt Nebengebühren für den Zeitraum März 1993 bis inklusive Mai 1993 in der Höhe von EUR 11.119,02 (ATS 153.001,- -) zuzüglich 7 % Zinsen haftet".

Begründend führte die belangte Behörde aus, der am 30. Juni 1993 eingebrachte Antrag auf Konkurseröffnung sei damit begründet worden, dass sich für das Jahr 1992 ein Jahresverlust von ca. S 1,7 Millionen ergeben hätte. Dieser Jahresverlust wäre auf die Rezession in der Baubranche, die schlechten Preise sowie auf Forderungsausfälle zurückzuführen gewesen. Im Zeitpunkt der Stellung des Antrages auf Eröffnung des Konkurses hätte sich die Überschuldung auf ca. S 2 Millionen belaufen. Da die Bank nicht mehr bereit wäre, Bevorschussungen zu leisten, wäre Zahlungsunfähigkeit eingetreten.

Am 19. August 1993 - so die belangte Behörde weiter - sei über das Vermögen der K. GmbH der Konkurs eröffnet worden. Aus den im Konkursverfahren angemeldeten Forderungen der Arbeitnehmer der K. GmbH ergebe sich, dass ab dem Antrag auf Konkurseröffnung (ab dem 1. Juli 1993) keine Lohnzahlungen mehr erfolgt seien. Einige Arbeitnehmer hätten allerdings auch (offen gebliebene) Forderungen für davor liegende Zeiträume geltend gemacht.

Anfang April 1993 habe die Beschwerdeführerin (richtig: die K. GmbH) Zuschläge in Höhe von S 60.000,-- an die mitbeteiligte Partei bezahlt. Diese Zuschläge seien (von der mitbeteiligten Partei) auf die "jedenfalls überfälligen Beitragsvorschreibungen für Oktober und November 1992 zur Anrechnung gebracht" worden.

Demgemäß sei der aus dem Beitragszeitraum November 1992 verbliebene Restbetrag von S 3.593,-- im Konkursverfahren über das Vermögen der K. GmbH angemeldet worden. Die Forderungen der Arbeitnehmer seien im Konkursverfahren ebenso wie die Forderungen der mitbeteiligten Partei für den Zeitraum November 1992 sowie von Jänner bis August 1993 in Höhe von S 310.275,-- anerkannt worden.

Die K. GmbH schulde der mitbeteiligten Partei für den Zeitraum ab März 1993 bis Mai 1993 Zuschläge zum Lohn iSd §§ 21 und 21a BUAG in Höhe von S 153.001,-- samt 7 % Zinsen. Dieser Betrag errechne sich aus der im Rückstandsausweis der mitbeteiligten Partei ausgewiesenen Summe von S 239.283,-- abzüglich der zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung am 19. August 1993 noch nicht fällig gewesen Zuschläge für den Zeitraum Juni 1993 bis August 1993.

Der von der K. GmbH am 17. Februar 1994 beantragte Zwangsausgleich sei mit Beschluss vom 26. April 1994 bestätigt worden. Dabei sei festgelegt worden, dass die Konkursgläubiger eine Quote von 22 % binnen 14 Tagen ab Annahme des Ausgleichsvorschlages erhalten würden. Die mitbeteiligte Partei habe an der Zwangsausgleichstagsatzung vom 18. April 1994 nicht teilgenommen und dem Zwangsausgleich daher auch nicht zugestimmt.

Am 27. Mai 1994 sei die Ausgleichsquote (an Zuschlägen) in Höhe von S 68.260,50 an die mitbeteiligte Partei bezahlt worden. Mit dieser Ausgleichsquote seien die Beitragsvorschreibungen für den Zeitraum November 1992 bis Februar 1993 abgedeckt worden.

Die von der Beschwerdeführerin im Verfahren beantragte Beiziehung eines Buchsachverständigen sei nicht vorgenommen worden, "da die entsprechenden Berechnungsgrößen vom Geschäftsführer darzustellen sind". Dies könne nur dadurch geschehen, dass die gesamten Verbindlichkeiten und Zahlungen der Gesellschaft den aushaftenden Beitragsverbindlichkeiten gegenübergestellt würden. Auch die Beischaffung des Aktes des Landeshauptmannes von Salzburg betreffend die Haftung der Beschwerdeführerin gemäß § 67 Abs. 10 ASVG sei nicht erforderlich gewesen, weil der Sachverhalt erschöpfend geklärt worden sei.

In rechtlicher Hinsicht führte die belangte Behörde aus, mit der Erfüllung des Zwangsausgleiches sei die Uneinbringlichkeit (der restlichen Zuschläge) anzunehmen. Die Vertretungsbefugnis der Beschwerdeführerin als Geschäftsführerin der K. GmbH habe mit Eröffnung des Konkurses durch den Beschluss des Landesgerichtes Linz vom 19. August 1993 geendet. Zu diesem Zeitpunkt seien erst die Zuschläge für den Zeitraum März, April und Mai 1993 zur Zahlung fällig gewesen (Fälligkeitsdatum für die genannten Monate seien der 24. Mai, 21. Juni und 26. Juli 1993). Somit könne die Beschwerdeführerin hinsichtlich der Zuschläge für den Zeitraum Juni bis August 1993 mangels Vertretungsbefugnis nicht zur Haftung gemäß § 25a Abs. 7 BUAG herangezogen werden. Ein Vertreter könne nur für jene Abgaben zur Haftung herangezogen werden, die die Gesellschaft bis zum Zeitpunkt seines Ausscheidens zu entrichten gehabt habe. Die Zwangsausgleichsquote in Höhe von S 68.260,50 sei auf die Beitragsvorschreibungen November 1992 bis Februar 1993 angerechnet worden, sodass die Zuschlagsvorschreibungen für diesen Zeitraum ebenfalls nicht zu berücksichtigen seien.

Die Beschwerdeführerin könne die schuldbefreiende Wirkung des Zwangsausgleiches nicht für sich in Anspruch nehmen, zumal die mitbeteiligte Partei dem Zwangsausgleich nicht zugestimmt habe.

Es sei Sache des haftungspflichtigen Geschäftsführers darzulegen, weshalb er nicht dafür Sorge tragen können, dass Beitrags(Zuschlags)schulden rechtzeitig entrichtet würden, und dafür entsprechende Beweisanbote zu erstatten. Außerdem müsse der Geschäftsführer "dartun, dass er die Beitragsforderungen bei der Verfügung über die vorhandenen Mittel nicht benachteiligt hat". Denn ungeachtet der grundsätzlich amtswegigen Ermittlungspflicht der Behörden treffe denjenigen, der eine ihm obliegende Pflicht nicht erfülle, über die ihn im Verwaltungsverfahren stets allgemein treffende Behauptungslast hinaus die besondere Verpflichtung darzutun, aus welchen Gründen ihm die Entrichtung der Zuschläge unmöglich war, widrigenfalls angenommen werden dürfe, dass er seiner Pflicht in schuldhafter Weise nicht nachgekommen sei.

Eine schuldhafte Pflichtverletzung im Sinne des § 25a Abs. 7 BUAG liege vor, wenn ein Geschäftsführer die Zuschlagsschulden schlechter behandelt habe als sonstige Gesellschaftsschulden. Werde ein infolge einer solchen schuldhaften Pflichtverletzung des Geschäftsführers nicht entrichteter Zuschlag in der Folge uneinbringlich, so spreche die Vermutung für die Verursachung seiner Uneinbringlichkeit durch die Pflichtverletzung und somit für den erforderlichen Rechtswidrigkeitszusammenhang. Es genüge leichte Fahrlässigkeit. Gegen die Verpflichtung zur Gleichbehandlung der Zuschlagsverbindlichkeiten mit anderen Schulden verstoße ein Geschäftsführer auch dann, wenn die Mittel, die ihm bei oder nach Fälligkeit der in Haftung gezogenen Zuschläge für die Entrichtung aller Verbindlichkeiten zur Verfügung stünden, hiezu nicht ausreichen würden, er aber zumindest fahrlässig diese Mittel auch nicht anteilig für die Behandlung aller Verbindlichkeiten verwendet und dadurch die Zuschlagsschulden im Verhältnis zu anderen Verbindlichkeiten schlechter behandelt habe.

Die Beschwerdeführerin habe den Nachweis der Gleichbehandlung der mitbeteiligten Partei mit anderen Gläubigern der K. GmbH im Haftungszeitraum nicht erbracht. Aus dem Konkursakt würden sich keine Anhaltspunkte dafür ergeben, dass sie ihrer Gleichbehandlungspflicht nachgekommen sei. Vielmehr ergebe sich

aus den Forderungsanmeldungen einiger Arbeitnehmer, dass bis Juli 1993 und daher im haftungsrelevanten Zeitraum Lohnzahlungen erfolgt seien. Aus den Unterlagen betreffend das Verfahren gemäß § 67 Abs. 10 ASVG ergebe sich, dass die Löhne, die Miete und "der Strom" in voller Höhe beglichen worden seien. Die Beschwerdeführerin habe eine Differenzierung der Gläubigerforderungen vorgenommen und damit gegen das Gleichbehandlungsgebot verstoßen.

Wenn die Beschwerdeführerin geltend mache, dass die mitbeteiligte Partei durch die Bezahlung eines Betrages in Höhe von S 60.000,-- (Anfang April 1993) einen höheren Prozentsatz an Zuschlägen erhalten habe, als wenn die vorhandenen Zahlungsmittel im Verhältnis zu den Gesamtverbindlichkeiten verwendet worden wären, sei dem entgegenzuhalten, dass dieser Betrag von der mitbeteiligten Partei auf die Zuschlagsvorschreibungen für Oktober und November 1992 angerechnet worden sei. Für die Beurteilung des Haftungszeitraumes März bis einschließlich Mai 1993 habe dieser Betrag daher außer Betracht zu bleiben. Der Zuschlag für November 1992 sei nur mit dem verbleibenden Restbetrag von S 3.593,-- im Konkursverfahren über das Vermögen der K. GmbH angemeldet worden. Die Beschwerdeführerin habe keine Behauptungen darüber aufgestellt, welcher konkrete Zuschlagsforderungszeitraum damit (mit der Bezahlung des Betrages von S 60.000,--) hätte abgedeckt werden sollen. Die (bloße) Behauptung der Zahlung des genannten Betrages genüge nicht. Es wäre an der Beschwerdeführerin gelegen, vorzubringen, "welche konkreten Beitragsschulden mit der Zahlung des Betrages abgedeckt werden solle". Dem Konkursakt sei nicht zu entnehmen, "welcher konkrete Vorschreibungszeitraum mit den von der (Beschwerdeführerin) geleisteten ATS 60.000,-- beglichen werden sollte." Es sei davon auszugehen, dass die Begleichung von Zuschlägen für den Zeitraum Oktober und November 1992 durch die mitbeteiligte Partei mit diesem Betrag zulässig gewesen sei.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende, Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend machende Beschwerde.

Die belangte Behörde hat die Verwaltungsakten vorgelegt und - ebenso wie die mitbeteiligte Partei - eine Gegenschrift erstattet, in der sie die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

1. Die Beschwerdeführerin wendet sich zunächst zu Unrecht gegen die Ansicht der belangten Behörde, dass sich aus § 25a Abs. 7 BUAG eine Verpflichtung der Vertretungsorgane juristischer Personen ableiten lasse, Lohnzuschläge zu entrichten. Dazu genügt es, auf die vom Verwaltungsgerichtshof mittlerweile in ständiger Rechtsprechung vertretene Ansicht zu verweisen, dass - im Unterschied zur Haftung nach § 67 Abs. 10 ASVG und wegen des nach dem BUAG weiter reichenden Ausmaßes der den Vertretern im Außenverhältnis auferlegten Pflichten - die Mithaftung des Vertreters für Zuschläge nach dem BUAG an die Verletzung einer ihn gegenüber der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse treffenden Pflicht, für die Entrichtung der Zuschläge zu sorgen, anknüpfen kann (vgl. etwa das hg. Erkenntnis 14. März 2001, Zl. 98/08/0332, mwN).

2. Die Beschwerdeführerin meint, auch ihr müssten "die schuldbefreienden Wirkungen des angenommenen, gerichtlich bestätigten und erfüllten Zwangsausgleiches zu Gute kommen". Zur Unrichtigkeit dieser Rechtsansicht wird auf das ebenfalls die Beschwerdeführerin betreffende hg. Erkenntnis vom 22. Dezember 1998, Zl. 94/08/0249, mwN, verwiesen, wonach den im § 67 Abs. 10 ASVG genannten haftenden Personen die Bereinigungswirkung des Zwangsausgleiches nicht zu Gute kommt, weil dies unter anderem einer betragsmäßigen Beschränkung der Beitragshaftung auf die Ausgleichsquote gleichkommen würde. Auf dieses Erkenntnis wird gemäß § 43 Abs. 2 VwGG verwiesen. Diese Überlegungen gelten in gleicher Weise für die gegenständliche Haftung der Beschwerdeführerin nach § 25a Abs. 7 BUAG.

3.1. Die Beschwerdeführerin bringt vor, sie habe im Verwaltungsverfahren ausführlich dargetan, dass sie kein Verschulden an der Nichtentrichtung der Zuschläge treffe, weil "für die Entrichtung dieser Beiträge keine bzw. nicht ausreichende Geldmittel vorhanden waren." Dies habe sie "durch die Behauptung untermauert, dass keine Benachteiligung gegenüber anderen Gläubigern erfolgt ist, sogar im Gegenteil eine Bevorteilung der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse vorlag." In der (weiter unten zitierten) Stellungnahme vom 25. April 1995 habe sie

"unter Verweis auf die Feststellung in einem Parallelverfahren der Salzburger Gebietskrankenkasse dargelegt, welche Geldmittel in den jeweiligen Zeiträumen vorhanden waren, die unbestritten zur Zahlung von Gläubigerforderungen verwendet wurden, wobei jedoch gleichzeitig darauf hingewiesen wurde, dass zumindest ein Betrag von ATS 60.000,-- im April 1994 (richtig: 1993) an die Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse bezahlt wurde, was prozentmäßig einen deutlich höheren Prozentsatz ergibt, als sich dieser errechnet, wenn die vorhandenen Zahlungsmittel im Verhältnis zu den Gesamtverbindlichkeiten anteilig verwendet worden wären."

Die belangte Behörde hätte der dargelegten Berechnung folgen müssen und wäre zu dem Ergebnis gelangt, dass trotz nachgewiesener Zahlungen an andere Gläubiger keine Benachteiligung der mitbeteiligten Partei gegeben gewesen sei. Auch der Umstand, dass die K. GmbH in der Zeit vor dem 1. Juli 1993 "einige Löhne an ihre Arbeitnehmer bezahlt habe", lasse nicht auf eine schuldhaft Pflichtenverletzung der Beschwerdeführerin schließen. Die Zahlung der Löhne "könnte nämlich zur Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebes bzw. zur Erfüllung konkreter Aufträge unbedingt nötig gewesen sein". Im Falle eines berechtigten vorzeitigen Austrittes

der Arbeitnehmer wäre ein faktischer Stillstand im Geschäftsbetrieb der K. GmbH eingetreten, "der ohne weiteres zu einer beträchtlichen Schlechterstellung aller Gläubiger führen hätte können". Die Beschwerdeführerin habe dargelegt, dass die Gesamtverbindlichkeiten der K. GmbH zum 30. Juni 1993 S 4,178.292,-

- ausgemacht hätten. Mit der Zahlung des Betrages von S 60.000,- sei die Befriedigung der mitbeteiligten Partei ohnehin über jener fiktiven Quote gelegen, die sich errechnen würde, wenn die vorhandenen Geldmittel auf sämtliche Gläubiger anteilig aufgeteilt worden wären. Durch die Zahlungen an die Gesamtgläubiger im Ausmaß von S 264.138,- seien lediglich 6,3 % der Verbindlichkeiten bezahlt worden. Es hätte sich daher bei ordnungsgemäßer Durchführung des Verwaltungsverfahrens eine deutlich unter dem Betrag von S 153.001,- liegende Benachteiligung der mitbeteiligten Partei herausgestellt. Die belangte Behörde hätte sich mit dem bereits im Verwaltungsverfahren (Stellungnahme vom 25. April 1995) erstatteten bzw. mit Zahlungsmaterial untermauerten Vorbringen der Beschwerdeführerin auseinander setzen müssen und wäre im Falle der beantragten Beischaffung der Buchhaltungsunterlagen der K. GmbH sowie der beantragten Einholung eines Buchsachverständigengutachtens zu dem Ergebnis gelangt, dass keine Benachteiligung der mitbeteiligten Partei vorgelegen sei.

Die genannte Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 25. April 1995 hat auszugsweise folgenden Wortlaut:

"Die Gesamtverbindlichkeiten haben zum 31.3.1993 S 3,021.223,-

-, zum 30.4.1993 S 3,962.937,-, zum 31.5.1993 S 4,122.791,- und zum 30.6.1993 S 4,178.298,- betragen. Im März standen an Zahlungsmittel S 650.660,-, im April S 1,057.369,-, im Mai S 909.538,- und im Juni S 264.138,- zur Verfügung. Im Juli und August standen wie gesamt (gemeint: 'wie gesagt') auf Grund der Konkursanmeldung überhaupt keine Zahlungsmittel mehr zur Verfügung. Prozentmäßig gerechnet bedeutet dies, daß im März 21,54 % der Verbindlichkeiten bezahlt wurden, im April 26,68 %, im Mai 22 % und im Juni ca 6,3 %.

Berücksichtigt man nunmehr, dass in diesem Zeitraum an die Bauarbeiter- Urlaubs- und Abfertigungskasse unter Berücksichtigung der Zahlung von S 60.000,- 40 % bzw. ausgehend vom Gesamtbetrag von S 240.000,- zumindest 25 % bezahlt wurden, so beweist dieser Prozentsatz bei Vergleich der Zahlungsmittel, die prozentmäßig im Vergleich zu den Gesamtverbindlichkeiten zur Verfügung standen, daß ohnehin die Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse keinesfalls benachteiligt wurde, sondern allenfalls gegenüber anderen Gläubigern bevorzugt wurde. Eine Benachteiligung der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse gegenüber anderen Gläubiger hat jedoch jedenfalls nicht stattgefunden.

Beweis: Beischaffung des Aktes ... der Salzburger Gebietskrankenkasse sowie Akt ... des Amtes der Salzburger Landesregierung, insbesondere die in diesen beiden Akten erliegenden Buchhaltungsunterlagen der K. GmbH, anhand derer die oben erwähnten Zahlen seitens der Gebietskrankenkasse berechnet wurden, in eventuelle Einholung eines Buchsachverständigengutachtens

Nicht zuletzt wurde bei der Berechnung der Höhe der Haftung die Zahlung Anfang April im Ausmaß von S 60.000,- sowie die zwischenzeitig erfolgte Zahlung der Zwangsausgleichsquote von 22 % unberücksichtigt gelassen.

Beweis: Einvernahme eines informierten Vertreters der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse, Beschaffung des Konkursaktes ... des LG Linz"

Ferner macht die Beschwerdeführerin geltend, dass die Zuschläge für den Monat Mai 1993 in Höhe von S 84.907,- frühestens am 26. Juli 1993 fällig geworden seien. Sie habe am 30. Juni 1993 einen Konkurseröffnungsantrag bei Gericht eingebracht und ab diesem Zeitpunkt keine Gläubiger mehr befriedigt. Es liege hinsichtlich des Lohnzuschlages für den Monat Mai 1993 keine Gläubigerbenachteiligung vor.

3.2. Die Haftung nach § 25a Abs. 7 BUAG setzt die Uneinbringlichkeit der Zuschläge, die Stellung des Haftenden als Vertreter, eine Pflichtverletzung des Vertreters, dessen Verschulden an der Pflichtverletzung, deren Ursächlichkeit für die Uneinbringlichkeit der Zuschläge und einen Rechtswidrigkeitszusammenhang voraus.

3.3. Die Vertretungsbefugnis der Beschwerdeführerin für die Beitragsschuldnerin, die auch im Zeitraum zwischen dem Konkursantrag und der Konkurseröffnung in keiner Weise beschränkt war (vgl. das hg. Erkenntnis vom 26. Mai 2004, Zl. 2001/08/0043), ist im vorliegenden Fall eben so wenig strittig wie die Uneinbringlichkeit der in Rede stehenden Zuschläge.

3.4. Zur Pflichtverletzung der Beschwerdeführerin:

3.4.1. Die Haftung des Geschäftsführers nach § 25a Abs. 7 BUAG ist ihrem Wesen nach eine dem Schadenersatzrecht nachgebildete Verschuldenshaftung, die den Geschäftsführer deshalb trifft, weil er seine gesetzliche Verpflichtung zur rechtzeitigen Entrichtung von Zuschlägen schuldhaft (leichte Fahrlässigkeit genügt) verletzt hat. Eine solche Pflichtverletzung kann darin liegen, dass der Geschäftsführer die fälligen Zuschläge (ohne rechtliche Grundlage) insoweit schlechter behandelt als sonstige Gesellschaftsschulden, als er diese bedient, jene aber unberichtigt lässt, bzw. - im Falle des Fehlens ausreichender Mittel - nicht für eine zumindest anteilige Befriedigung auch der Forderungen der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse Sorge trägt (vgl. das hg. Erkenntnis vom 22. Jänner 2003, Zl. 99/08/0151, mwN). Der Geschäftsführer wäre (im Sinne der für Haftungsfälle nach § 25a Abs. 7 BUAG nach wie vor heranzuziehenden früheren Rechtsprechung zu § 67 Abs. 10 ASVG) nur dann exkulpiert, wenn er entweder nachweist, im fraglichen Zeitraum, in dem die Zuschläge fällig geworden sind (Beurteilungszeitraum), insgesamt über keine Mittel verfügt und daher keine Zahlungen geleistet zu haben, oder zwar über Mittel verfügt zu haben, aber wegen der gebotenen Gleichbehandlung mit anderen Gläubigern die Zuschlagsschuldigkeiten - ebenso wie die Forderungen aller anderen Gläubiger - nicht oder nur zum Teil beglichen zu haben, die Zuschlagsschuldigkeiten also nicht in Benachteiligung der mitbeteiligten Partei in einem geringeren Ausmaß beglichen zu haben als die Forderungen anderer Gläubiger (vgl. das hg. Erkenntnis vom 26. Mai 2004, Zl. 2001/08/0043, mwN).

Fraglich ist, wie ein Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, dem - gemessen an der Gesamtsumme aller Forderungen - nur unzureichende Mittel zur Verfügung stehen, seiner Gleichbehandlungspflicht gegenüber der mitbeteiligten Partei konkret nachkommen muss, damit er seine Inanspruchnahme im Sinne des § 25a Abs. 7 BUAG vermeiden kann. Die dazu möglichen Auffassungen divergieren schon im Ansatz in der Frage, ob sich die - jeweils ohne weiteres angenommene - Gleichbehandlungspflicht des Geschäftsführers darauf bezieht, die Forderungen der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse gemessen an den zur Verfügung stehenden Mitteln (in der Folge kurz: "Mitteltheorie") oder gemessen an den auf andere Forderungen tatsächlich geleisteten Zahlungen (in der Folge kurz: "Zahlungstheorie") gleich zu behandeln (vgl. das hg. Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 12. Dezember 2000, VwSlg 15528/A, mwN).

Ob die "Mitteltheorie" oder die "Zahlungstheorie" zutrifft, in gewissem Grade aber auch, auf welche Weise die jeweiligen Verhältnisrechnungen (allgemeine Forderungen im Vergleich zu den Zuschlagsforderungen jeweils im Verhältnis zu den zur Verfügung stehenden Mitteln bzw. zu den darauf geleisteten Zahlungen) zur Ermittlung der Haftungssummen anzustellen und (je nach Berechnungsart) Vergrößerungen im Interesse einer von den Behörden handhabbaren Regelung hinzunehmen sind (tägliche, monatliche oder unter Zusammenfassung größerer Perioden erfolgende Verhältnisrechnungen), hängt zunächst davon ab, welche Handlungspflichten den Geschäftsführer im Einzelnen in diesem Zusammenhang gegenüber der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse tatsächlich treffen, weil nach dem klaren Wortlaut des § 25a Abs. 7 BUAG nur eine Verletzung seiner gegenüber der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse bestehenden Pflichten eine Haftung des Geschäftsführers zu begründen vermag (vgl. nochmals das hg. Erkenntnis VwSlg 15528/A).

Nach der "Mitteltheorie" ist der Vertreter verpflichtet, zur Verfügung stehende Mittel nicht zurückzuhalten, sondern sogleich entweder zur Gänze anteilig auf alle Gläubiger zu verteilen oder (zumindest) den auf die Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse entfallenden "Anteil" zu liquidieren (was tendenziell auf eine Begünstigung der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse gegenüber allen anderen Gläubigern hinausläufe). Nach der eine solche Ausschüttungspflicht verneinenden "Zahlungstheorie" ist der Vertreter dann exkulpiert, wenn er nachweist, im fraglichen Zeitraum, in dem die Zuschläge fällig geworden sind, entweder über keine Mittel verfügt und daher keine Zahlungen geleistet zu haben, oder zwar über Mittel verfügt zu haben, aber wegen der gebotenen Gleichbehandlung mit den anderen Gläubigern die Zuschlagsschuldigkeiten entweder gar nicht oder nur zum Teil und in nicht geringerem Ausmaß als die Forderungen anderer Gläubiger beglichen zu haben (vgl. nochmals das hg. Erkenntnis vom 26. Mai 2004, Zl. 2001/08/0043). Die "Zahlungstheorie" hat zur Konsequenz, dass bei einem Unterbleiben von Zahlungen aus vorhandenen Mitteln nachteilige Veränderungen des Verhältnisses der Forderungen der mitbeteiligten Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse zur Summe aller anderen Forderungen tendenziell zu Lasten der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse gehen bzw. von dieser ein Ersatz ihres sich aus der Erhöhung der Summe aller anderen Forderungen ergebenden Quotenschadens nur aus dem Rechtsgrund der Konkursverschleppung im Klagewege vor den ordentlichen Gerichten geltend gemacht werden könnte (vgl. nochmals das hg. Erkenntnis VwSlg 15528/A, mwN).

Der Verwaltungsgerichtshof hält die Beurteilung des Verhaltens des gesetzlichen Vertreters nach der "Zahlungstheorie" für die zutreffende: Der gesetzliche Vertreter steht in erster Linie in einem (auch gesetzlich geregelten) Verpflichtungsverhältnis zur Gesellschaft, mögen ihm in dieser Eigenschaft auch Verpflichtungen gegenüber Dritten (Gläubigern, Abgabenbehörden, Sozialversicherungsträgern, Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse) auferlegt sein. Kollisionen dieser Pflichten sind denkbar: Es kann das Wohl des Unternehmens, aber auch rechtlich gebotene Vorsicht im Falle unklarer finanzieller Verhältnisse (zB nach Forderungsausfällen) geboten erscheinen lassen, für einen bestimmten Zeitraum die Zahlungen trotz vorhandener Mittel vorübergehend (zB bis zur Klärung der Frage, ob ein Insolvenzverfahren angestrengt werden muss) zur Gänze einzustellen. Nur die Zahlungstheorie ermöglicht es, solche Situationen in der Weise zu bewältigen, dass der gesetzliche Vertreter nicht vor der ihm unzumutbaren Wahl steht, entweder die Verpflichtungen gegenüber der Gesellschaft oder jene gegenüber einem Gläubiger zu verletzen und damit auf

jeden Fall schadenersatzpflichtig zu werden. Auch kann nicht gesagt werden, dass das BUAG es gebietet, die Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse auch dann zu befriedigen (und damit in anfechtbarer Weise zu bevorzugen), wenn sonst ein Innehalten (aller) Zahlungen geboten erscheint.

3.4.2. Bei der Beantwortung der Frage, ob ein Vertreter seine Pflichten verletzt hat, ist nicht auf die im Zeitpunkt der Zahlungsunfähigkeit des Beitragsschuldners (vgl. das zu § 67 Abs. 10 ASVG ergangene hg. Erkenntnis vom 30. September 1997, Zl. 96/08/0296 mwN), sondern auf die im Zeitraum von der Fälligkeit der ältesten im Zeitpunkt des Wegfalls der Vertretungsbefugnis (ganz oder teilweise) offen gebliebenen Zuschlagsschuldigkeit bis zum Wegfall der Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers (der in der Regel mit der Konkurseröffnung erfolgt) gegebene Liquiditätslage und die vom Vertreter daraus gezogenen Konsequenzen abzustellen (vgl. die zu § 67 Abs. 10 ASVG ergangenen hg. Erkenntnisse vom 19. März 1991, Zl. 89/08/0331, und vom 19. Februar 1991, Zl. 90/08/0100, mwN).

Die Begleichung von Zuschlagsschuldigkeiten durch Zahlungen, die nach dem Wegfall der Vertretungsbefugnis erfolgen (hier: Zahlung der Zwangsausgleichsquote an die mitbeteiligte Partei), vermindert zwar den Umfang der Haftung, berührt aber nicht den Beurteilungszeitraum, für den das Verhalten des Vertreters zu prüfen ist.

Hat der Vertreter innerhalb des nach dem dargestellten Grundsatz zunächst angenommenen Beurteilungszeitraums Zuschläge beglichen, die bereits davor fällig gewesen sind (hier: Zahlung der Zuschläge für Oktober und teilweise November 1992 im April 1993 mit einem Betrag von S 60.000,--), und behauptet er - wie im vorliegenden Fall - einigermaßen konkret, (auch) durch diese Zahlungen eine Erfüllung seiner Gleichbehandlungspflicht nachweisen zu können, so sind die Fälligkeitszeitpunkte der von diesen ganz oder teilweise getilgten Zuschläge in den genannten Beurteilungszeitraum einzubeziehen und dieser in die Vergangenheit zu erstrecken. Dies hat zur Folge, dass alle in diesen Zeitraum fallenden Forderungen und Zahlungen zusätzlich in die genannte Verhältnisrechnung einzubeziehen sind. Fallen nun in den erstreckten Beurteilungszeitraum weitere Zuschlagszahlungen, so sind diese bei der Beurteilung des Verhaltens des Vertreters jedoch auszuklammern (und es kommt in Ermangelung der Berücksichtigung dadurch getilgter, noch früher fälliger Zuschlagsschuldigkeiten auch zu keiner weiteren Erstreckung des Beurteilungszeitraumes), wenn nicht der Vertreter einigermaßen konkret behauptet hat, auch durch diese Zahlungen eine Erfüllung seiner Gleichbehandlungspflicht nachweisen zu können.

Die im vorliegenden Fall im Zeitpunkt der Konkurseröffnung (Wegfall der Vertretungsbefugnis) älteste offen gebliebene Zuschlagsschuldigkeit war der Restbetrag von S 3.593,-- für den Zuschlagszeitraum November 1992, der acht Wochen nach dem 30. November 1992, somit am 25. Jänner 1993 fällig geworden ist (§ 25 Abs. 1 BUAG). Der zunächst in Betracht zu ziehende Beurteilungszeitraum reicht daher vom 25. Jänner 1993 bis zum 19. August 1993. In diesen Zeitraum fällt die Zahlung von S 60.000,--, auf die sich die Beschwerdeführerin in qualifizierter Weise berufen hat. Damit tilgte sie zwar die Zuschlagsforderungen Oktober und (teilweise) November 1992, deren Fälligkeiten aber nach dem zuvor Gesagten nun in den Beurteilungszeitraum einzubeziehen sind. Die (ältesten) Zuschläge für Oktober 1992 sind am 26. Dezember 1992 fällig geworden, ab welchem Zeitpunkt der erstreckte Beurteilungszeitraum zu laufen beginnt. Für diesen ist die Erfüllung der Gleichbehandlungspflicht durch die Beschwerdeführerin ausschließlich nach der "Zahlungstheorie" zu beurteilen.

3.5.1. Die Beschwerdeführerin wäre im Sinne der oben dargestellten "Zahlungstheorie" sohin dann exkulpiert, wenn sie entweder nachweist, im Beurteilungszeitraum insgesamt über keine Mittel verfügt und daher keine Zahlungen geleistet zu haben, oder zwar über Mittel verfügt zu haben, aber wegen der gebotenen Gleichbehandlung mit anderen Gläubigern die Zuschläge - ebenso wie die Forderungen aller anderen Gläubiger - nicht oder nur zum Teil entrichtet zu haben, die Zuschläge also nicht in Benachteiligung der mitbeteiligten Partei in einem geringeren Ausmaß entrichtet zu haben als die Forderungen anderer Gläubiger.

3.5.2. Standen der Beitragsschuldnerin im Beurteilungszeitraum zumindest anteilige Mittel zur Zuschlagsentrichtung zur Verfügung, hat sie aber zunächst - wie dies sogar in der Beschwerde anklingt - die nach Meinung der Beschwerdeführerin für die Aufrechterhaltung des Betriebes notwendigen (anderen) Zahlungen geleistet, so hätte die Beschwerdeführerin als gesetzliche Vertreterin der Beitragsschuldnerin damit bei der Verfügung über die vorhandenen Mittel andere Gläubiger gegenüber der mitbeteiligten Partei bevorzugt und gegen das Gleichbehandlungsgebot verstoßen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 17. August 1998, Zl. 97/17/0096). Auch der Umstand, dass die Löhne der vom Beitragsschuldner beschäftigten Dienstnehmer im Beurteilungszeitraum zur Gänze beglichen worden wären, während die gegenüber der mitbeteiligten Partei bestehenden Zuschlagsschuldigkeiten unberichtigt geblieben wären, würde jedenfalls die Annahme eines haftungsbegründenden Verschuldens bzw. die Annahme einer Pflichtverletzung des Vertreters rechtfertigen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 14. Mai 1991, Zl. 90/08/0202).

4.1. Ungeachtet der grundsätzlichen amtswegigen Ermittlungspflicht der Behörde trifft denjenigen, der eine ihm obliegende Pflicht nicht erfüllt, - über die ihn stets allgemein treffende Behauptungslast im Verwaltungsverfahren hinaus - die besondere Verpflichtung darzutun, aus welchen Gründen ihm deren Erfüllung unmöglich war, widrigenfalls angenommen werden darf, dass er seiner Pflicht schuldhaft nicht nachgekommen ist. Allerdings darf diese besondere Behauptungslast und Beweislast einerseits nicht überspannt, andererseits nicht so aufgefasst werden, dass die Behörde jeder Ermittlungspflicht entbunden wäre. Hat der Geschäftsführer

nicht nur ganz allgemeine, sondern einigermaßen konkrete, sachbezogene Behauptungen aufgestellt, die nicht schon von vornherein aus rechtlichen Gründen unmaßgeblich sind, so hat ihn die Behörde vorerst zu einer solchen Präzisierung und Konkretisierung seines Vorbringens und zu entsprechenden Beweisanboten aufzufordern, die ihr - nach allfälliger Durchführung eines danach erforderlichen Ermittlungsverfahrens - die Beurteilung ermöglichen, ob der Geschäftsführer gegen die ihm obliegende Gleichbehandlungspflicht verstoßen hat und ob und in welchem Ausmaß ihn deshalb eine Haftung trifft. Kommt der haftungspflichtige Geschäftsführer dieser Aufforderung nicht nach, so bleibt die Behörde zur eben angeführten Annahme berechtigt, dass er seiner Pflicht schuldhaft nicht nachgekommen ist. Konsequenterweise haftet der Geschäftsführer dann für die (von der Haftung betroffenen) Zuschlagsschuldigkeiten zur Gänze (vgl. das hg. Erkenntnis vom 4. Oktober 2001, Zl. 98/08/0368).

4.2. Die Beschwerdeführerin hat - wie oben dargestellt - ein ihr Verhalten im Beurteilungszeitraum betreffendes substantiiertes Vorbringen über die zu verschiedenen Zeitpunkten vorhandenen Gesamtverbindlichkeiten, Zuschlagsverbindlichkeiten und Zahlungen erstattet und daraus den Schluss abgeleitet, dass sie die mitbeteiligte Partei sogar zu einem höheren Prozentsatz befriedigt hätte als andere Gläubiger der Gesellschaft.

Dieses ausreichend konkrete Vorbringen hätte die belangte Behörde aber nach dem Gesagten dazu veranlassen müssen, eine Präzisierung des Vorbringens und ein entsprechendes Beweisanbot dahin zu verlangen, dass die Beschwerdeführerin die bisher fälligen sowie die in der betreffenden Periode fällig gewordenen offenen Gesamtverbindlichkeiten, die bisher fälligen bzw. fällig gewordenen offenen Zuschläge (mit Ausnahme der nach dem oben Gesagten nicht zu berücksichtigenden (vor dem Beurteilungszeitraum fällig gewordenen) letztlich bezahlten Zuschläge) sowie die gesamten im Beurteilungszeitraum einerseits auf die Zuschlagsschuldigkeiten und andererseits auf andere Verbindlichkeiten geleisteten Zahlungen (wiederum mit der genannten Ausnahme) darstellt und zueinander in ein Verhältnis bringt, sodass ersichtlich ist, ob die Beschwerdeführerin ihrer Gleichbehandlungspflicht nachgekommen ist.

Eine Gliederung in kleinere Perioden innerhalb des Beurteilungszeitraumes könnte sich aber dann als notwendig erweisen, wenn mit einer Zahlung von Verbindlichkeiten an sich gegen die Gleichbehandlungspflicht verstoßen worden ist, dies aber bei Betrachtung des gesamten Beurteilungszeitraumes nur deshalb nicht zum Ausdruck kommt, weil nach der pflichtwidrigen Zahlung die offenen und fälligen Gesamtverbindlichkeiten im Verhältnis zu den Zuschlägen in einem Ausmaß angewachsen sind, dass die Zahlungen diesem später erreichten Verhältnis der Gläubiger zueinander entsprochen haben. Dieser - allein auf die Periodenbildung zurückzuführende - Umstand könnte nämlich den zuvor erfolgten Verstoß gegen die Gleichbehandlungspflicht nicht sanieren.

4.3. Ergibt sich im weiteren Verfahren, dass die Beschwerdeführerin im Beurteilungszeitraum bei einer oder mehreren Zahlungen gegen die ihr obliegende Gleichbehandlungspflicht verstoßen hat, so sind bei der weiteren Beurteilung, in welchem Ausmaß sie deshalb eine Haftung trifft, die auf den Beurteilungszeitraum entfallenden Zuschlagszahlungen zu ermitteln, die unter Beachtung der Gleichbehandlungspflicht geleistet worden wären. Für die Differenz zu den für diesen Zeitraum tatsächlich geleisteten niedrigeren oder ganz unterbliebenen Zuschlagszahlungen haftet die Beschwerdeführerin bis zur Höhe der uneinbringlich gewordenen Zuschlagsschuldigkeiten.

Im vorliegenden Fall wurden nach dem Ende der Vertretungsbefugnis (nach der Konkurseröffnung) noch Zuschlagszahlungen in Form der Zwangsausgleichsquote in Höhe von

S 68.260,50 geleistet, um welchen Betrag sich die ursprünglich offen gebliebenen Zuschlagsschuldigkeiten aus dem Beurteilungszeitraum und damit der Haftungsrahmen der Beschwerdeführerin reduzieren. Eine Widmung der Zwangsausgleichsquote für bestimmte fällige Zuschlagsschuldigkeiten, wie sie die belangte Behörde für die Zuschläge November 1992 bis Februar 1993 angenommen hat, bleibt für die Beurteilung der Erfüllung der Gleichbehandlungspflicht bzw. der Haftung des Vertreters nach den dargestellten Grundsätzen außer Betracht.

5. Zu Recht wendet sich die Beschwerdeführerin schließlich unter Hinweis darauf, dass der erstinstanzliche Devolutionsbescheid des Landeshauptmannes von Oberösterreich keine Haftung für Verzugszinsen (gemäß § 25 Abs. 2 BUAG) ausgesprochen hatte, gegen den Ausspruch einer solchen Haftung durch die belangte Behörde. Die Verschreibung von Verzugszinsen war nicht Sache der Entscheidung des Landeshauptmannes, sodass die belangte Behörde gegen § 66 Abs. 4 AVG verstoßen und den angefochtenen Bescheid wegen Überschreitung ihrer funktionellen Zuständigkeit mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit belastet hat (vgl. das hg. Erkenntnis vom 18. Februar 2004, Zl. 2002/08/0025, mwN).

6. Der angefochtene Bescheid war wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG aufzuheben.

7. Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl. II Nr. 333/2003.

Wien, am 26. Jänner 2005

