

Aufsatz

**„Die Vorabausschüttung
im Rahmen der Gesamtvollstreckungsordnung“**

Verfasser:
Siegfried Baron von Hohenhau/Claudia Högenauer
(Rechtsanwälte in München)

I. VERPFLICHTUNG ZUR VORABAUSCHÜTTUNG ?

Nachstehend wird folgenden Fragen nachgegangen:

- ist der Verwalter u.U. berechtigt oder gar verpflichtet eine Vorabausschüttung vorzunehmen und wenn ja:
- sind vorrangige Gläubiger dabei (vorab) voll zu befriedigen?
- inwieweit sind Gericht, Gläubigerausschuß und Gläubigerversammlung zu beteiligen?

Es besteht Anlaß zur Überprüfung dieser Fragen, da vorrangige Großgläubiger gelegentlich versuchen, den Verwalter zur Vorabausschüttung zu zwingen um vorzeitige und vorrangige Vollbefriedigung zu erlangen. Verweigert dies der Verwalter, wird ihm die Verletzung von Verwalterpflichten vorgeworfen: Er sei verpflichtet bei hinreichendem Massebestand jeweils Vorabausschüttungen vorzunehmen.

Die gestellten Fragen werden unter folgenden Vorgaben geprüft:

1. die Forderung wurde rechtzeitig angemeldet und in die Liste der zu prüfenden Gläubigerforderungen aufgenommen
2. die Forderung wurde vom Verwalter anerkannt
3. die Forderung wurde in einem gerichtlichen Prüfungstermin oder Nachprüfungstermin geprüft und „festgestellt“
4. die vorrangigen Forderungen können sicher zu 100 % aus der vorhandenen Masse befriedigt werden
5. auf nachrangige Gläubiger entfällt eine Quote
6. es ist ein Gläubigerausschuß bestellt

II. AUSGANGSSITUATION

Im Gegensatz zur Konkursordnung (§§ 149, 170 KO) sieht die Gesamtvollstreckungsordnung (GesO) Abschlagszahlungen und Vorauszahlungen hinsichtlich anerkannter und gerichtlich festgestellter Tabellenforderungen nicht vor.

Die direkte Heranziehung der Vorschriften der KO bzw. die Heranziehung der diesen Regelungen zugrunde liegenden Gedanken ist nicht unproblematisch.

1. Anwendung der Konkursordnung?

Die rechtspolitische Zielsetzung der GesO ist im Einigungsvertrag niedergelegt. Hiernach wird die in den alten Bundesländern geltende KO nicht im Beitrittsgebiet in Kraft gesetzt. In Anlage I Kap. III A Abschnitt III Nr. 28 Maßgabe a des Einigungsvertrages sind explizit die Vorschriften der KO genannt, die die GesO ergänzen.

Nach h. M. (vgl. hierzu Haarmeyer/Wutzke/Förster, Kommentar zur GesO, 4. Aufl., Einl. Rd-Nr. 108 ff.) dürfen im Übrigen die Regelungen der KO zur Lückenfüllung nicht herangezogen werden: hierzu hätte es einer ausdrücklichen gesetzgeberischen Regelung bedurft, die nicht getroffen wurde. Der Gesetzgeber habe sich nicht für eine Generalverweisung auf die Regelungen der KO als Art Auffangtatbestand bei Lücken der GesO entschieden. Deshalb sei die Heranziehung der Vorschriften der KO nur unter Berücksichtigung der Grundsätze der gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung zulässig.

Die Regelungen der KO könnten danach nur dann unmittelbar ergänzend herangezogen werden, wenn es sich um eindeutige Lücken oder redaktionelle Versehen des Gesetzgebers handle und die aufgetretene Lücke nicht auf andere Weise zu schließen sei (Haarmeyer a.a.O.).

Neben Pape (OV Spezial 1/1998 vom 02.01.1998 S. 7, 8) vertreten Hess/Binz/Wienberg (GesO, 4. Aufl., § 18 Rd-Nr 43 ff.) und Kilger/Karsten Schmidt (KO, 17. Aufl., § 17 GesO Anm. 3b) die Auffassung, daß das Fehlen einer § 149 KO entsprechenden Regelung in der GesO nicht als bewußte gesetzgeberische Auslassung gesehen werden könne und deshalb Abschlagsverteilungen zulässig sind – wobei dies in keinem Fall näher begründet wurde. Es wird lediglich unterstellt, es liege eine unabsichtliche Regelungslücke vor, aus der auf eine entsprechende Anwendung der KO und gegebenenfalls auch der InsO zu schließen sei. Ferner ergebe sich schon aus § 12 Abs. 3 GesO die Zulässigkeit der Abschlagsverteilung, denn andernfalls würde eine Nachtragsverteilung nicht stattfinden können.

Dies überzeugt nicht, da die Nachtragsverteilung nach § 12 III GesO mit einer Vorabausschüttung vergleichbar ist: Die Nachtragsverteilung setzt die Verwertung des Vermögens, Schlußtermin, Teilungsvorschlag, Verteilung und Einstellung des Verfahrens voraus. All diese Kriterien liegen bei einer Vorabausschüttung nicht vor. Aus der ausdrücklichen Regelung in § 12 III GesO zur Nachtragsverteilung und dem Fehlen einer entsprechenden Regelung zu Abschlagsverteilung könnte im Gegenteil allenfalls geschlossen werden, daß der Gesetzgeber eine Abschlagsverteilung nicht zulassen wollte.

Nach bislang von Haarmeyer vertretenen Auffassung (Haarmeyer/Wutzke/Förster, Kommentar zur GesO, 3. Auflage, § 18 Rd-Nr. 36) verbietet sich eine analoge Anwendung von § 149 KO mangels eines Verweises auf die KO, aus dem Willen des Gesetzgebers zu einem eigenständigen Regelungswerk und aus der Tendenz der Rechtsprechung, die GesO eher im Vorgriff auf die InsO als im Rückgriff auf die KO auszulegen. Vielmehr sei eine Abschlagsverteilung vor Verfahrensende in die (alleinige) Entscheidungsmacht des Verwalters und der Gläubiger gestellt, wobei die Vorschriften der KO lediglich als Anhaltspunkte dienen könnten.

Nunmehr vertritt Haarmeyer die Auffassung, für eine Abschlagsverteilung sei zwar eine positive gesetzliche Grundlage nicht gegeben, außerdem spreche der Regelungs- und Verteilungsmechanismus der GesO eher dagegen, dennoch sei nicht jede Form der Abschlagsverteilung unzulässig (Haarmeyer/Wutzke/Förster, aaO, 4. Auflage, § 18 Rd-Nr. 36 ff.). Vielmehr könne der Verwalter Abschlagsverteilung durchführen, müsse dies jedoch in keinem Falle. Jedenfalls setze eine Abschlagsverteilung eine Rechtsgrundlage in Form einer Beschlußfassung der „Gläubigerversammlung“ voraus und erfolge ansonsten ohne jegliche rechtliche Legitimation. Selbst nach positivem Beschluß der Gläubigerversammlung bleibe es originäre Ermessensentscheidung des Verwalters ob die Vorabverteilung vorgenommen werde oder nicht (Haarmeyer, aaO).

Demgegenüber vertritt Hess (Hess/Binz/Wienberg, aaO, § 18 Rd-Nr. 43 ff.) die Meinung, die Gläubiger hätten hinsichtlich einer Abschlagsverteilung keine Entscheidungsbefugnisse und seien insoweit nicht berechtigt über die Zweckmäßigkeit des Verwalterhandelns zu entscheiden. Allerdings hält es Hess dennoch für zulässig (ohne nähere Begründung), daß das Gericht im Aufsichtswege den Verwalter zur Abschlagsverteilung anhalten kann, bzw. diese selbst anordnen kann, wenn der Verwalter diese willkürlich nicht vornimmt. In der Ausgestaltung der Abschlagsverteilung könne dem Verwalter weder das Gericht noch die Gläubigerversammlung Weisungen erteilen (Hess, aaO, § 18 Rd-Nr. 56).

2. Anwendung der Insolvenzordnung

Betrachtet man die Angelegenheit im Licht der Insolvenzordnung, so stellt man fest, daß nach § 187 Abs. 2 InsO

„Verteilungen an die Insolvenzgläubiger stattfinden können sooft hinreichende Barmittel in der Insolvenzmasse vorhanden sind. Nachrangige Insolvenzgläubiger sollen bei der Abschlagsverteilung nicht berücksichtigt werden.“

Die InsO definiert jedoch den Gläubigerbegriff vollkommen neu (vgl. § 38, § 39, §§ 53-55 InsO), wobei die Vorrechte (§ 61 KO) ersatzlos abgeschafft wurden (nur die Forderungen der Arbeitnehmer auf Insolvenzausfallgeld und ihre Sozialplanansprüche sind gem. § 123 Abs. 2 InsO wesentlich verstärkt worden).

Künftig werden alle Forderungen in das Verfahren einbezogen. Damit nehmen auch Forderungen, wie z. B. die seit der Eröffnung des Verfahrens laufenden Zinsen, Geldstrafen, Ordnungsgelder und Zwangsgelder sowie Forderungen auf Rückgewähr eines kapitalersetzenden Darlehens, grundsätzlich am Verfahren teil.

Diese Forderungen werden jedoch – nur – im Rang nach den übrigen Forderungen der Insolvenzgläubiger in der Reihenfolge des § 39 InsO bedient. Als nachrangige Gläubiger wird man künftig nur noch die Forderungen zu verstehen haben, die vom Geltungsbereich des § 39 InsO erfaßt werden.

Inhaltlich unterscheidet sich der Begriff der nachrangigen Gläubiger im Sinne der KO bzw. GesO somit grundlegend von § 39 InsO.

Wenn somit ein bevorrechtigter „GesO-Gläubiger“ versucht, seiner Forderung auf Befriedigung im Wege der Vorabausschüttung mit dem Argument Nachdruck zu verleihen, aus § 187 Abs. 2 S. 2 InsO ergebe sich, daß die bevorrechtigten Insolvenzgläubiger aus der Masse der übrigen Gläubiger herausgehoben werden, ist dies auf-

grund des völlig verschiedenen Gläubigersystems (vgl. oben) unzutreffend.

Da es in der InsO den vorrangigen Gläubiger im Sinne der GesO nicht mehr gibt, stützt auch § 187 II InsO nicht das vermeintliche Recht des GesO-Vorrang-Gläubigers vorab voll befriedigt zu werden.

III. Wirtschaftliche Voraussetzungen und Auswirkungen einer Vorabausschüttung?

Sofern – wie oben dargelegt – in der Literatur die Auffassung vertreten wird, daß Abschlagsverteilungen zwar zulässig sind, aber in die alleinige Entscheidungsmacht des Verwalters und der Gläubiger gestellt sind, werden die sich aus einer Vorabausschüttung ergebenden Folgeprobleme bislang – soweit ersichtlich – nicht behandelt.

Vielmehr beschränken sich auch die Befürworter der Vorabausschüttung darauf, zu untersuchen, welche Zustimmungserfordernisse für die Durchführung einer Vorabausschüttung gegeben sein müssen.

Dies erscheint nicht ausreichend:

Unterstellt man, daß der Verwalter im Rahmen der GesO grundsätzlich berechtigt ist (ohne hierzu verpflichtet zu sein), eine Vorabausschüttung vorzunehmen, ist damit noch nichts über deren Zulässigkeit im Einzelfall gesagt:

Vielmehr ist zwingend zu fordern, daß der Verwalter zunächst die wirtschaftlichen Folgen der konkret geplanten Vorabausschüttung überprüft und erst danach eine abschließende Entscheidung trifft:

1. Zinsnachteile im Falle einer Vorabausschüttung

Grundsätzlich gilt folgendes:

- Je höher (relativ) der Betrag auszahlender vorrangiger Forderungen, umso größer sind die Zinsnachteile für nachrangige Gläubiger im Falle einer Vorabausschüttung.
- Je geringer (relativ) der Betrag auszahlender vorrangiger Forderungen, umso geringer sind die Zins-Nachteile für nachrangige Gläubiger bei einer Vorabausschüttung.

Es unterliegt keinerlei Zweifel, daß eine Vorabausschüttung (= Verteilung vor Abschluß der Verwertung, § 17 II GesO), bei der vorrangige Gläubiger vor Verfahrensbeendigung zu 100 % befriedigt werden, die nachrangigen Gläubiger schädigt:

Der Masse entgehen Zinsmehreinnahmen und dies führt zwangsläufig zu einer Quotenverringerung für nachrangige Gläubiger. Naturgemäß ergibt sich hieraus nur ein Problem, wenn es im Nachrang überhaupt etwas zu verteilen gibt.

Der Begriff der „Schädigung“ wird hier deshalb in erster Linie unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten untersucht, denn vollständige Gläubiger werden Handlungen des Verwalters richtigerweise nicht anhand abstrakter Rechtsverletzungen messen, sondern an den wirtschaftlichen Auswirkungen auf ihre Quote.

2. Beispiel

Worum es geht, möge an einem vereinfachten Beispiel (ohne Berücksichtigung von Verfahrenskosten) erläutert werden.

a) Voraussetzungen

- Masse: DM 10.000.000
- Vorrangforderungen: DM 6.000.000
- Nachrangige Forderungen: DM 30.000.000
- zu verteilen auf Nachrang: DM 4.000.000
- Quote Nachrang voraussichtlich 13,33 % (ohne Zinsen)
- Zinssatz für Festgeld 3 %
- Verfahrensabschluß: 2 Jahr nach Vorabverteilung

b) Zinsnachteile

Alternative 1: Es wird nicht (vorab) ausgeschüttet:

3 % Zinsen aus 10.000.000 für 2 Jahre = DM 600.000.
Bei Verfahrensende ergibt sich aus Zinseinnahmen eine Quotenerhöhung um 2 % (auf dann 15,33 %) für nachrangige Gläubiger (Ergebnis: keine Zinsnachteile).

Alternative 2: An Vorrang wird voll, an Nachrang vorab nur 10 % DM 6.000.000 + 3.000.000 = DM 9.000.000) ausgeschüttet:

3 % Zinsen aus 1.000.000 für 2 Jahre = DM 60.000
Bei Verfahrensende ergibt sich aus Zinsen eine Quotenerhöhung um 0,2 % (auf dann 13,53 %) für nachrangige Gläubiger.

Alternative 3: An Vorrang und Nachrang wird vorab nur 10 % (DM 600.000 + 3.000.000 = DM 3.600.000) ausgeschüttet:

3 % Zinsen aus 6.400.000 für 2 Jahre = DM 384.000
Bei Verfahrensbeendigung ergibt sich aus Zinseinnahmen eine Quotenerhöhung um **1,28 %** (auf dann 14,61 %) für nachrangige Gläubiger.

c) Zinsvorteile

Allerdings ist auch im Falle der Vorabauszahlung nach Alternativen 2 und 3 für nachrangige Gläubiger ein weiteres Zinsvorteil (Anlagezins) zu berücksichtigen. Dieser beträgt bei einer um zwei Jahre vorgezogenen (Teil-)Auszahlung DM 180.000 ($3.000.000 \times 3 \% \times 2 \text{ Jahre}$).

Damit reduziert sich die rechnerische Differenz der Quote zwischen Alt. 1 und Alt. 2 auf **1,2 %**, während sie zwischen Alt. 1 und Alt. 3 lediglich noch **0,12 %** beträgt.

d) Ergebnisse der Beispielsrechnung

Bei Alternative 2 führt die Vollbefriedigung vorrangiger Gläubiger zu einem 10-fach höheren Zinsverlust für nachrangige Gläubiger.

Aus dem Blickwinkel eines nachrangigen Gläubigers mit einer Forderung von DM 100.000 ergibt sich unter Berücksichtigung der oben genannten Zinsvorteile (0,6 %) folgendes Ergebnis:

	Auszahlung	Quote	Zinsschaden
Alternative 1:	DM 15.330	(15,33 %)	DM 0
Alternative 2:	DM 14.130	(14,13 %)	DM 1.200
Alternative 3:	DM 15.210	(15,21 %)	DM 120

3. Vorteile einer Vorabausschüttung für nachrangige Gläubiger

Danach könnte man daran denken, daß Vorabausschüttungen grundsätzlich zu unterbleiben haben. Hierbei wird jedoch das generelle Interesse des Gläubigers an einer Vorabausschüttung verkannt, denn diese bietet dem Gläubiger eindeutig Vorteile:

- sie verbessert unmittelbar seine Liquidität
- er kann mit dem Geld sofort wirtschaften
- er erspart sich evtl. die Aufnahme von Krediten zu deutlich über dem Festgeldzins liegenden Zinsen
- er kann evtl. höherverzinsliche Schulden zurückführen
- er kann (unbeschränkt) alternative Anlageformen wählen

Ein nachrangiger Gläubiger, der über eine 10 %-ige Vorabausschüttung gemäß Alternative 3 zunächst DM 10.000 erhält, und dabei (lediglich bei einer Gesamtbetrachtung) DM 120 verliert, wird aus obigen Gründen diesen wirtschaftlichen Nachteil regelmäßig zugunsten einer Sofortzahlung von DM 10.000 hinnehmen.

Wahrscheinlich würde der nachrangige Gläubiger um obige Vorteile zu realisieren auch einen größeren Nachteil, wie beispielsweise bei Alternative 2, in Kauf nehmen. Bei der im Rahmen einer geplanten Vorabausschüttung gebotenen Interessenabwägung erscheint jedoch ein für nachrangige Gläubiger vermeidbarer Schaden in dieser Größenordnung als unzumutbar und unvertretbar.

4. Bedeutung des § 17 GesO für Vorabausschüttungen

Der achte Senat des BAG hat am 25.09.1997 entschieden, daß § 17 III GesO eine abschließende Regelung enthält und die Ansprüche nach § 17 III GesO keine vorab zu begleichenden Ansprüche nach § 13 I Nr. 1 GesO darstellen. Klarstellend führt das Gericht aus, daß alle Ansprüche nach § 17 GesO nicht vorab vom Verwalter beglichen werden können (gemeint ist wohl: nicht beglichen werden dürfen):

*„Nach Verwertung des Schuldnervermögens wird der Erlös gemäß §§ 17, 18 GesO verteilt. Die Klage des Insolvenzgläubigers gegen den Verwalter auf unmittelbare vorweggenommene Leistung umgeht dieses Verteilungsverfahren und ist unzulässig“ **(8 AZR 710/96)**.*

Dem ist im Grundsatz zuzustimmen, denn, wie bereits ausgeführt, läßt der Wortlaut von § 17 GesO an sich eine Vorabausschüttung nicht zu, da die „Erfüllung“ nach § 17 III GesO an folgende Voraussetzungen geknüpft ist:

- Abschluß der Verwertung
- Alle Forderungen müssen abschließend in einem gerichtlichen Prüfungstermin geprüft und festgestellt sein
- ein (vorläufiger) Verteilungsplan kann aufgestellt werden

Dies sind typischerweise Bedingungen, die zum Zeitpunkt einer denkbaren Vorabausschüttung gerade noch nicht, jedenfalls nicht vollständig vorliegen werden. Damit lassen sich letztlich aus

§ 17 GesO keinerlei Aussagen über die Zulässigkeit oder Nichtzulässigkeit einer Vorabauschüttung entnehmen.

Daß allerdings eine mögliche Vorabauschüttung, die keine nennenswerten Gläubigerinteressen gefährdet oder schädigt nur deshalb zu unterbleiben hat, weil sie nach dem Wortlaut der GesO nicht vorgesehen ist und sich auch nicht aus KO und InsO herleiten läßt, erscheint nicht sachgerecht. Beachtet eine Abschlagsverteilung – bei wirtschaftlicher Betrachtung und im Ergebnis – die Inhalte des § 17 GesO, dürfte einer Vorabauschüttung auch die oben zitierte Entscheidung des BAG nicht generell entgegenstehen.

Es kann sich als wirtschaftlich vertretbar und sinnvoll im wohlverstandenen Interesse der Gläubiger erweisen, wenn ein Verwalter angesichts eines hinreichenden Massebestandes dem Wunsch der Gläubiger auf Vorabauschüttung nachkommt. Zwangsläufig kann eine solche Entscheidung nur auf wirtschaftlichen Überlegungen basieren, wenn das Gesetz – die GesO – hierzu klare Regelungen vermissen läßt. Eines rechtlich konstruierten Begründungs-Rückgriffs auf die KO oder die InsO bedarf es dazu nicht.

Die wirtschaftliche Lösung, die den Interessen aller Gläubiger am nächsten kommt ohne einzelne Gläubigerinteressen eindeutig zu schädigen und die im Hinblick auf die spätere Schlußverteilung die Rangfolge des § 17 III GesO nicht im Vorgriff verletzt, ist die richtige Lösung im Sinne der GesO und der Gläubiger.

Konsequenterweise muß dann zur Ermöglichung der Vorabauschüttung § 17 II GesO – zunächst – außer Betracht bleiben, da ansonsten jede Lösung versagt wäre.

Gleiches gilt für § 17 III GesO. Dieser spricht von „Erfüllung“. Begrifflich kann hierunter nur „Vollerfüllung“ und nicht „Teilerfüllung“ im Sinne einer Vorabauschüttung verstanden werden. Deshalb ist § 17 III GesO bei einer Teilerfüllung – zunächst – nicht unmittelbar anzuwenden.

Zu beachten ist bei einer „Teilerfüllung“ hingegen, daß diese die spätere „Vollerfüllung“ nach der Rangfolge des § 17 III GesO – im Ergebnis – nicht gefährdet.

Daß hingegen – wie gelegentlich von vorrangigen Gläubigern vorgetragen wird – bei einer Vorabauschüttung der Vorrang des § 17 GesO im Sinne einer Vorab-Voll-Befriedigung vorrangiger Gläubiger gelten soll, ist dem Gesetz sowenig zu entnehmen, wie überhaupt eine Verpflichtung des Verwalters zur Vorabauschüttung. **Er kann sie vornehmen, muß dies aber nicht!**

Neben der oben aufgeführten Benachteiligung nachrangiger Gläubiger, würde eine Vorab-Voll-Befriedigung vorrangiger Gläubiger im Zuge einer Vorabauschüttung außerdem eine **doppelte Bevorzugung** vorrangiger Gläubiger bedeuten, da diese – anders als die nachrangigen Gläubiger – weit vor Verfahrensabschluß voll befriedigt würden und damit vom Gesetz nicht vorgesehene Zinsvorteile zu Lasten der nachrangigen Gläubiger erzielen könnten. **Eine derartige Bevorzugung entspricht nicht der Systematik der Gesamtvollstreckungsordnung.**

Vielmehr folgt aus der Konzeption des Gesetzes, daß während des Verfahrens erwirtschaftete Zinsvorteile ausschließlich den nachrangigen Gläubigern und nicht den ohnehin massiv bevorzugten Vorranggläubigern zugute kommen sollen.

Nur die quotal gleichmäßige Vorabbefriedigung aller Gläubiger in allen Rängen gemäß Alternative 3 reduziert denkbare Schädigungen nachrangiger Gläubiger auf einen zulässigen Umfang ohne die vorrangigen Gläubiger unangemessen zu bevorteilen oder zu benachteiligen. Die auch bei Alternative 3 den nachrangigen Gläubigern entstehenden Nachteile sind geringer Art und müssen im Interesse der grundsätzlich zu befürwortenden Vorabausschüttung billigend in Kauf genommen werden. Zudem ist generell davon auszugehen, daß diese Nachteile durch die geschilderten Vorteile einer Vorabausschüttung kompensiert werden.

Dabei muß jedoch durch Anpassung des Ausschüttungsbetrages gesichert sein, daß die vorrangigen Gläubiger bei der Schlußverteilung jedenfalls 100 % Quote erhalten.

Durch solches Vorgehen wird im wirtschaftlichen Ergebnis den Rangvorschriften des § 17 III GesO Genüge getan und nur hierauf kommt es an.

Will dennoch ein vorrangiger Gläubiger vor Verfahrensbeendigung „Vollbefriedigung“ erlangen, kommt allenfalls eine abgezinste Auszahlung in Frage. Hierdurch werden die Interessen der nachrangigen Gläubiger gewahrt, da der Abzinsungsbetrag in der Masse verbleibt und dort „zusätzlich“ als „Zins-Schadensausgleich“ verteilt werden kann. Die Abzinsung führt mithin zur Neutralisierung von Vor- und Nachteilen für vor- und nachrangige Gläubiger. Hält man eine Vorabausschüttung für zulässig, spricht nichts dagegen, auch eine abgezinste Vorabbefriedigung im Einzelfall zuzulassen. Die Masse wird hierdurch nicht geschädigt.

Hingegen dürfte eine unabgezinste Vorab-Voll-Befriedigung vorrangiger Gläubiger oder Gläubigergruppen eine Verletzung von Verwalterpflichten auslösen, während gleichzeitig das Gericht Aufsichtspflichten verletzt, wenn es eine solche unabgezinste Vorab-Voll-Befriedigung nicht unterbindet.

IV. Beteiligungserfordernisse einer Vorabausschüttung

Zur Erinnerung sei hervorgehoben, daß der Verwalter – nicht das Gericht oder der Gläubigerausschuß – vorrangig für Fehler der Verwaltung haftet. Durch gerichtliche Anweisung der Vorabausschüttung würde das Gericht die Verwalterstellung mit allen Verpflichtungen übernehmen, was vom Begriff der Aufsicht in § 8 GesO nicht gedeckt wird.

Damit steht es im freien – und nicht gerichtlich kontrollierbaren – Ermessen des Verwalters, ob er im Rahmen der GesO einer Vorabausschüttung näher tritt oder nicht.

Hält der Verwalter die wirtschaftlichen Voraussetzungen für eine Vorabausschüttung für gegeben und möchte er eine Vorabausschüttung durchführen, stellt sich die Frage, wer dabei zu beteiligen ist. Es kommen in Frage:

- das Gericht
- die Gläubigerversammlung
- der Gläubigerausschuß

1. Das Gericht

In der GesO ist der Gedanke der Gläubigerautonomie stark ausgeprägt. Das kommt in den Organen der Gläubigerschaft, nämlich der Gläubigerversammlung und dem Gläubigerausschuß, zum Ausdruck. Das Gericht ist im Wesentlichen auf die Rolle der Verfahrensleitung und der Aufsicht beschränkt.

Ist kein Gläubigerausschuß bestimmt, folgt daraus naturgemäß das Recht und die Pflicht des Gerichtes zur Ausübung umfassender Aufsichts- und Kontrollpflichten über das gesamte Verwalterhandeln.

Denn zweifelsfrei unterliegt eine Vorabausschüttung als Akt der Vermögensverwaltung der Aufsicht des Gerichtes, § 8 GesO. Diese ist, wie oben ausgeführt, auf die formale Aufsicht über die richtige Durchführung der Vorabausschüttung beschränkt, bezieht sich aber nicht auf das inhaltliche Ob, Wann und Wie(viel) der Vorabausschüttung, wenn, wie oben ausgeführt, die 100 %-ige Befriedigung der Vorranggläubiger auch nach der erfolgten Vorabausschüttung gewährleistet ist.

Sofern dies vom Verwalter nachgewiesen wird, erscheint eine Zustimmung des Gerichtes zur Vorabausschüttung nicht erforderlich, allenfalls empfehlenswert. Zur Ermöglichung der formalen Aufsicht ist jedoch das Gericht vor jeder geplanten Vorabausschüttung durch den Verwalter umfassend zu informieren.

Im Übrigen kann (bzw. sollte) das Gericht weder eingreifen um eine Vorabausschüttung zu erzwingen noch um sie zu verhindern, denn es ist ureigene Verwalteraufgabe den richtigen Zeitpunkt für eine Vorabausschüttung festzulegen und mit dem Gläubigerausschuß abzustimmen. Nur so kann das Prinzip der Gläubigerselbstverwaltung verwirklicht werden.

2. Die Gläubigerversammlung

Eine Mindermeinung fordert (neben der Zustimmung des Gläubigerausschusses) die Zustimmung der Gläubigerversammlung mit dem Argument, eine Abschlagsverteilung sei als vorgezogene Schlußverteilung anzusehen, zu der die Gläubigerversammlung ihre Zustimmung erteilen müsse (Der Gläubiger in der Gesamtvollstreckung, Happ/Huntemann Kap. 4 V RdNr. 69 ff.).

Tatsächlich hat die Gläubigerversammlung nach § 18 I GesO den Verteilungsvorschlag im Schlußtermin zu erörtern und ggf. darüber abzustimmen.

Daß dies auch für eine Vorabausschüttung gelten soll, vermag nicht zu überzeugen: Eine Vorabausschüttung ist keine (vorgezogene) Schlußverteilung und die Gläubigerversammlung ist laut Gesetz erst (wieder) im Schlußtermin zu beteiligen. Bis dahin handelt für die Gläubiger bei grundsätzlichen Fragen nur der Gläubigerausschuß, § 15 VI Satz 4 GesO.

§ 15 VI Satz 4 GesO sieht nicht die Einberufung der Gläubigerversammlung vor, weist vielmehr die (Mit-)Entscheidungskompetenz für „bedeutsame Rechtshandlungen“ des Verwalters während der laufenden Verwaltung die „erhebliche Auswirkungen auf den Bestand des verwalteten Vermögens haben“ eindeutig dem Gläubigerausschuß zu, der solchen „bedeutsamen Rechtshandlungen“ zustimmen muß.

Außerdem ist für eine Vorabverteilung kein Gerichtstermin erforderlich und es fallen keine endgültigen Entscheidungen im Sinne einer Schlußverteilung. Diese unterliegt anderen Voraussetzungen und kann beispielsweise einen erweiterten Gläubigerkreis umfassen.

3. Der Gläubigerausschuß

Die wohl überwiegende Auffassung erachtet nur die Genehmigung des Gläubigerausschusses als erforderlich. Dem ist zuzustimmen.

Wenn zu entscheiden steht, ob, in welcher Höhe und auf welche Ränge durch den Verwalter Abschlagszahlungen vorgenommen werden, so tangiert dies die ureigensten Interessen der Gläubigergemeinschaft bei Kontrolle und Mitbestimmung der Verwaltung des an sie zu verteilenden Restvermögens. Dies entspricht in seinen praktischen Auswirkungen dem Ziel der Gläubigerautonomie, denn andernfalls wäre jeglicher Gläubigerausschuß überflüssig und man könnte es bei den Aufsichtsrechten des Gerichtes bewenden lassen.

Existiert ein Gläubigerausschuß, ist der Plan des Verwalters über eine Vorabausschüttung zunächst dem Gläubigerausschuß vorzutragen. Dieser hat den Vorschlag zu prüfen, ggf. Änderungen bzw. Ergänzungen vorzuschlagen, mit dem Verwalter hierüber zu beraten und schließlich einen Beschluß zu fassen (so wohl im Ergebnis auch Haarmayer/Wutzke/Förster, a.a.O. § 18 Rd-Nr. 36). Dieser Beschluß kann nur zum Ergebnis haben, daß der Vorabausschüttung nicht zugestimmt bzw. daß der (mit dem Verwalter abgestimmten) Vorabausschüttung zugestimmt wird, § 15 Abs. 6 Satz 4 GesO.

Bei einem befürwortenden Beschluß kann der Verwalter die Vorabausschüttung vornehmen. Der Zustimmung des Gerichtes oder der Gläubigerversammlung bedarf es dann nicht mehr.

Dieses Ergebnis entspricht den Bestimmungen der Konkursordnung und der Insolvenzordnung, die in §§ 149, 150 KO, §§ 187, 195 InsO regeln, daß der Verwalter entweder alleine oder zusammen mit dem Gläubigerausschuß – sofern bestellt – über die Durchführung einer Abschlagsverteilung und deren Höhe nach freiem Ermessen entscheidet. Lediglich zur Schlußverteilung ist außer der Genehmigung des Gläubigerausschusses auch diejenige des Konkurs-/Insolvenzgerichtes einzuholen, § 161 Satz 2 KO, § 196 II InsO (s.a. Kuhn-Uhlenbruck, KO, 11. Aufl. § 150; Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 1997, Seite 611, Rd-Nr. 62).

Untersagt das Gesamtvollstreckungsgericht im Rahmen seiner Aufsicht nach § 8 GesO die geplante Vorabausschüttung, ist hiergegen das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde gegeben, § 20 GesO. Bis zur Entscheidung über die Beschwerde muß der Verwalter – zur Meidung seiner Abberufung nach § 8 III GesO – die Durchführung der Vorabausschüttung zumindest aussetzen.

V. Zusammenfassung und Ergebnis:

1. Im Rahmen der GesO ist der Verwalter nicht verpflichtet eine Vorabausschüttung vorzunehmen
2. Liegen die wirtschaftlichen Voraussetzungen für eine Vorabausschüttung vor, kann er diese unter folgenden Bedingungen durchführen:
 - a) Zahlungen im Rahmen einer Vorabausschüttung dürfen in allen Rängen nur in gleicher Quote erfolgen
 - b) Zur 100 %-igen Absicherung von Vorrangforderungen sind entsprechende Beträge zurückzuhalten
 - c) Das Gericht ist umfassend über die geplante Maßnahme zu informieren
 - d) Der Gläubigerausschuß muß der detailliert festgelegten Vorabausschüttung vor deren Durchführung - formell durch Beschluß - zustimmen.