

ZInsO-Aufsätze

Die Zugangsvoraussetzungen zum Eigenverwaltungsverfahren en detail – ein Leitfaden für Rechtsanwender

von Insolvenzverwalter/Rechtsanwalt Henning Sämisch, Kanzlei SHNF Hamburg*

Mit Inkrafttreten des Gesetzes zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts (SanInsFoG) hat der Gesetzgeber nicht nur einen vorinsolvenzlichen Restrukturierungsrahmen geschaffen, sondern gleichzeitig auch eine umfassende Reform des Eigenverwaltungsrechts auf den Weg gebracht. Das Regelungsregime wurde nicht nur weiter strukturiert und ergänzt, sondern vor allem auch präzisiert. Dies wird insbesondere an den neu definierten Eingangsvoraussetzungen in den §§ 270a, 270b InsO erkennbar. Während nach § 270 Abs. 2 InsO a.F. das Eigenverwaltungsverfahren lediglich an einen (nicht näher konkretisierten) Eigenverwaltungsantrag des Schuldners und die (auslegungsbedürftige) Voraussetzung, dass die Eigenverwaltung nicht zu erwartbaren Nachteilen für die Gläubiger führt, geknüpft wurde, wurden die Eingangsvoraussetzungen nunmehr in den §§ 270a, 270b InsO dezidiert niedergeschrieben. Durch Schaffung dieser Vorschriften wurden dem Schuldner und dessen Insolvenzberatern einerseits wie auch den Insolvenzgerichten andererseits ein konkreter Katalog zur Antragstellung bzw. Prüfung des Eigenverwaltungsantrags vorgegeben. Da die Vorgaben zwingend zu beachten sind, stellt sich für alle Rechtsanwender die Frage, welche Neuerungen geschaffen wurden, wie diese auszulegen sind und auf welche Aspekte besonderer Wert gelegt werden sollte.

I. Historische Entwicklung

Das Eigenverwaltungsverfahren existiert seit Inkrafttreten der InsO.¹ Dort war das Eigenverwaltungsverfahren (nach zuvor gegenteiligen Tendenzen im Gesetzgebungsverfahren)² an eher strenge Zugangsvoraussetzungen geknüpft.³

Lockerungen wurden indes im Zuge des Gesetzes zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) v. 7.12.2011 vorgenommen.⁴ So wurde die Zweifelsregel des § 270 Abs. 2 Nr. 3 InsO a.F. dahin gehend geändert, dass das Gericht durch die Eigenverwaltung für die Gläubiger entstehende Nachteile nicht mehr positiv ausschließen musste, sondern stattdessen die Eigenverwaltung nur versagen durfte, wenn sich nach Feststellung konkreter Verdachtsmomente tatsächlich Anhaltspunkte für solche Nachteile fanden (vgl. § 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO a.F.).⁵ Wurde der Eigenverwaltungsantrag vom Gläubigerausschuss einstimmig unterstützt, wurde zudem unwiderleglich vermutet, dass die Eigenverwaltung für die Gläubiger nicht nachteilig ist (s. § 270 Abs. 3 Satz 2 InsO a.F.).⁶ Für das Gericht wurde im Fall einer Ablehnung des Antrags in § 270 Abs. 4 InsO a.F. zudem eine Begründungspflicht normiert.

Eine Trendwende fand nun wiederum zum 1.1.2021 durch das SanInsFoG statt, welches auch die Ergebnisse der ESUG-Evaluation⁷ umsetzen sollte.⁸ Durch das SanInsFoG wurden die Eingangsvoraussetzungen wieder verschärft. So wurden erstmals in § 270a InsO dezidierte Anforderungen für den Zugang zur Eigenverwaltung geschaffen. Diese zeigen dem Schuldner nunmehr auf rechts- und planungssichere Weise den Weg in eine mögliche Eigenverwaltung.⁹ Die Normierung solcher Zugangsvoraussetzungen war auch bereits explizit in der ESUG-Evaluation vorgeschlagen worden.¹⁰ Die nun in § 270a InsO geregelten Zugangsvoraussetzungen entsprechen nahezu exakt den Vorschlägen der ESUG-Evaluation.¹¹

II. Vorgespräche nach § 10a InsO

Gem. § 10a Abs. 1 Satz 1 InsO hat der Schuldner vor einer Insolvenzantragstellung einen Anspruch auf ein Vorgespräch mit

einem Richter, wenn mindestens zwei der Voraussetzungen aus § 22a Abs. 1 InsO zur Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses erfüllt sind. Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, ist dennoch ein Vorgespräch möglich, dies steht jedoch im Ermessen des Gerichts, § 10a Abs. 1 Satz 2 InsO. Der Schuldner hat im Fall eines Anspruchs das Vorliegen der Voraussetzungen nach § 22a Abs. 1 InsO sowie die örtliche Zuständigkeit des Insolvenzgerichts nach § 3 InsO nachzuweisen.¹² Im Fall eines bloßen Anspruchs auf ermessensfehlerfreie Entscheidung muss der Schuldner neben der örtlichen Zuständigkeit des Gerichts auch die Sinnhaftigkeit eines Vorgesprächs darlegen.

Inhalt des Vorgesprächs können sämtliche „für das Verfahren relevante [...] Gegenstände“ sein, wobei das Gesetz beispielhaft¹³ vor allem die Eigenverwaltung betreffende Belange aufzählt. Dem Schuldner wird durch das Vorgespräch – insbesondere bei größeren Sanierungen – eine gewisse Planungssicherheit verschafft, während das Gericht bereits von

* Besonderer Dank gilt meinen beiden wissenschaftlichen Mitarbeitern cand. iur. Dominik Noffz und cand. iur. Theresa Haug.

1 S. Begr. zu §§ 331 ff. RegEInsO, BT-Drucks. 12/2443, S. 222 ff.

2 Vgl. Begr. zu §§ 347 ff. RegEInsO, BT-Drucks. 12/2443, S. 227 ff., so sollte z.B. in Kleinverfahren von der Bestellung eines Sachwalters abgesehen werden können.

3 Begr. zu § 331 Abs. 2 RegEInsO, BT-Drucks. 12/7302, S. 185.

4 Allgemeiner Teil der Begr. zum RegEInsO, BT-Drucks. 17/5712, S. 19.

5 MünchKomm-InsO/Kern, 4. Aufl. 2020, § 270 Rn. 91 ff.

6 Vgl. MünchKomm-InsO/Kern (Fn. 5), § 270 Rn. 14.

7 *Jacoby/Madaus/Sack/Schmidt/Thole*, Evaluierung – Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) v. 7.12.2011, abrufbar unter: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/Artikel/101018_Gesamterbericht_Evaluierung_ESUG.pdf;jsessionid=3C79E95D1CCD8515D026B362C41DF102.1_cid324?__blob=publicationFile&v=2 (zuletzt abgerufen am 21.1.2022).

8 Allgemeiner Teil der Begr. zum RegEInsO, BT-Drucks. 19/24181, S. 84.

9 Begr. zu Art. 5 Nr. 36 SanInsFoG-RegE, BT-Drucks. 19/21181, S. 202.

10 *Jacoby/Madaus/Sack/Schmidt/Thole*, ESUG-Evaluation (Fn. 7), S. 78 f.

11 *Jacoby/Madaus/Sack/Schmidt/Thole*, ESUG-Evaluation (Fn. 7), S. 80.

12 Begr. zu Art. 5 Nr. 6 SanInsFoG-RegE, BT-Drucks. 19/24181, S. 192.

13 Begr. zu Art. 5 Nr. 6 SanInsFoG-RegE, BT-Drucks. 19/21181, S. 192 f.

einer frühzeitigen Informationserlangung profitieren kann.¹⁴ Der Schuldner kann seinen Antrag daher gezielt optimieren¹⁵ und insbesondere im Hinblick auf die Eigenverwaltung ggf. weitere Vorkehrungen treffen. Eventuelle Mängel insbesondere bzgl. einer in Aussicht gestellten Sanierung im Wege einer Eigenverwaltung können hierdurch frühzeitig verhindert werden. Dies vermag zu einer höheren Erfolgsquote von Sanierungen in Eigenverwaltung führen und ist insoweit zu begrüßen.

Kritisch zu sehen sind hingegen Gespräche über die zukünftige Person des vorläufigen Insolvenzverwalters bzw. Sachwalters. Die Person des Sach- oder Insolvenzverwalters ist gerade von Neutralität geprägt (§ 270 Abs. 1 Satz 2 InsO i.V.m. § 56 InsO). Finden nun bereits vor Antragstellung Gespräche über die Person des Verwalters statt, kann dies den Verdacht der Parteilichkeit des Sachwalters begründen und ist somit geeignet, die Integrität des Verfahrens zu beeinträchtigen. Auch erscheint ein frühzeitiges Gespräch über die Person des Ver- bzw. Sachwalters nicht unabdinglich für eine erfolgreiche Sanierung, da zu diesem Zeitpunkt der Verwalter noch nicht in das (bevorstehende) Verfahren eingebunden ist und seine Expertise damit in Bezug auf die in Aussicht genommene Sanierung noch nicht zum Einsatz kommt. Das Gespräch über die Person des Ver- bzw. Sachwalters dient somit wohl vor allem einem persönlichen Gefühl der Sicherheit des Schuldners in Bezug auf dessen, was ihn im Insolvenzverfahren bzw. Eigenverwaltungsverfahren erwartet. Dies ist jedoch kein den Wert einer möglichst neutralen Stellung des Verwalters überwiegendes Interesse. Diesbezüglich ist eine gesetzgeberische Korrektur notwendig. Dass hierüber ein nicht unerhebliches Missbrauchspotenzial entsteht, lässt sich bereits am Beispiel des „Bremer Modells“¹⁶ festmachen. Das Gespräch über den künftigen Ver- bzw. Sachwalter eröffnet signifikante Einwirkungsmöglichkeiten seitens des Schuldners, um einen für ihn günstigen Ver- bzw. Sachwalter einsetzen zu lassen. Um einem solchen Missbrauch vorzubeugen, sollte das Gericht Wert darauf legen, die Unabhängigkeit des Ver- bzw. Sachwalters sorgfältig zu durchleuchten. Die Unabhängigkeit des Sachwalters ist Tatbestandsmerkmal und daher im Rahmen des Amtsermittlungsgrundsatzes zwingend festzustellen.¹⁷ Als Organ der Rechtspflege obliegt dem Sachwalter die pflichtgemäße Anwendung der Gesetze, weshalb sich die Indisponibilität der unabhängigen Amtsführung bereits aus dem Rechtsstaatsprinzip ergibt.¹⁸ Sofern im Rahmen des Vorgesprächs bereits ein konkreter Sach- bzw. Verwalter in Rede steht, ist hier mindestens der Fragebogen des Verbands Insolvenzverwalter und Sachwalter Deutschlands e.V. (VID e.V.)¹⁹ bzw. BAKInso e.V.²⁰ vorzulegen, damit das Gericht sicherstellen kann, dass der mitgebrachte oder vorgeschlagene Sachwalter in seiner Tätigkeit nicht voreingenommen ist.

Am Gespräch teilnehmen können – mit Einverständnis des Schuldners – auch Gläubiger, § 10a Abs. 2 InsO. Diese können nach dem Gesetzeswortlaut insbesondere zu ihrer Bereitschaft zur Mitwirkung im vorläufigen Gläubigerausschuss angehört werden. Nach dem Wortlaut der Norm („insbesondere“) sind jedoch auch Gespräche zu anderen Themen möglich.²¹

Hiervon sollte insbesondere bei Eigenverwaltungen Gebrauch gemacht werden, um die Gläubiger möglichst frühzeitig „ins Boot zu holen“ und so die Erfolgsaussichten der Eigenverwaltung zu erhöhen.

Die im Vorgespräch besprochenen Inhalte sind unverbindlich,²² was in Anbetracht dessen, dass kein Insolvenzantrag vorliegt und damit kein Insolvenzverfahren begonnen hat, auch stringent erscheint. Eine Rechtsverbindlichkeit in Bezug auf das Vorgespräch ergibt sich höchstens insoweit, als aufgrund des Rechtsstaatsprinzips davon ausgegangen werden kann, dass willkürliche Abweichungen vom Besprochenen unzulässig sind.²³ Tatsächliche Probleme in dieser Hinsicht dürften im Regelfall jedoch nicht zu erwarten sein.

III. Eigenverwaltungsplanung

Im Folgenden sollen nun die einzelnen Zugangsvoraussetzungen nach § 270a InsO näher beleuchtet werden.

1. Finanzplan, § 270a Abs. 1 Nr. 1 InsO

Gem. § 270a Abs. 1 Nr. 1 InsO hat der Schuldner seinem Eigenverwaltungsantrag einen Finanzplan beizufügen, „der den Zeitraum von sechs Monaten abdeckt und eine fundierte Darstellung der Finanzierungsquellen enthält, durch welche die Fortführung des gewöhnlichen Geschäftsbetriebes und die Deckung der Kosten des Verfahrens in diesem Zeitraum sichergestellt werden soll“. Dies bedeutet konkret, dass der Schuldner für einen Zeitraum von 6 Monaten voraussichtlich anfallende Kosten und die zu deren Deckung zur Verfügung stehenden liquiden Mittel darzulegen hat.²⁴

a) Kosten

Unter die anzugebenden Kosten fallen zunächst solche, die für die Weiterführung des „gewöhnlichen Geschäftsbetriebs“ notwendig sind.²⁵ Hierzu zählen wiederkehrende Verpflichtungen

14 BeckOK-InsO/Madaus, 25. Edition 2021, § 10a Rn. 1.

15 BeckOK-InsO/Madaus (Fn. 14), § 10a Rn. 1.

16 Näher hierzu Sämisch/Noff/Haug, ZR1 2021, 741, 754; und insbesondere: Smid, ZInsO 2021, 981.

17 Vgl. § 5 Abs. 1 Satz 1 InsO; Braun/Blümle, InsO, 8. Aufl. 2020, § 56a Rn. 31; MünchKomm-InsO/Graeber (Fn. 5), § 56 Rn. 25.

18 Vgl. Prütting, ZIP 2002, 1965, 1966; kritisch hingegen Spiekermann, NZI 2020, 977, 979.

19 Abrufbar unter https://www.vid.de/wp-content/uploads/2018/02/fragebogen-unabh%C3%A4ngigkeit-d-Verwalters_28022018.pdf (zuletzt abgerufen am 28.1.2022).

20 Abrufbar unter <https://www.bak-inso.de/app/download/11676093898/bakinsO%20fragebogen%20unabh%C3%A4ngigkeit%20stand%205112012.pdf?t=1563790430> (zuletzt abgerufen am 28.1.2022).

21 Vgl. BeckOK-InsO/Madaus (Fn. 14), § 10a Rn. 6.

22 BeckOK-InsO/Madaus (Fn. 14), § 10a Rn. 7; vgl. auch Begr. zu Art. 5 Nr. 6 SanInsFoG, BT-Drucks. 19/21181, S. 193.

23 BeckOK-InsO/Madaus (Fn. 14), § 10a Rn. 7.

24 Begr. zu § 270a RegEInsO, BT-Drucks. 19/24181, S. 204; Blankenburg, ZInsO 2021, 753, 755.

25 Blankenburg, ZInsO 2021, 753, 755.

wie bspw. Löhne oder die Miete für ein Ladenlokal.²⁶ Ebenso müssen unregelmäßig anfallende Kosten angegeben werden, soweit ihr Anfallen im Planungszeitraum überwiegend wahrscheinlich ist.²⁷ Zu den anzugebenden Kosten zählen weiter Verfahrenskosten jeglicher Art. So sind nicht nur die Kosten der Eigenverwaltung selbst, sondern auch z.B. Beratungskosten im Finanzplan zu berücksichtigen.²⁸

Nach dem Gesetzeswortlaut sind indes nur die Verfahrenskosten innerhalb des Planungszeitraums anzugeben, sodass sich im Finanzplan ggf. nur ein Bruchteil der schlussendlich für das gesamte Eigenverwaltungsverfahren anfallenden Kosten widerspiegelt. Dies kritisiert *Blankenburg*,²⁹ da nur bei Deckung der vollen Verfahrenskosten der Erfolg der Eigenverwaltung angenommen werden könne. Dem ist zuzustimmen. Werden die Verfahrenskosten nicht vollständig abgebildet, würden erhebliche Missbrauchsmöglichkeiten bestehen. So könnten bspw. Beraterkosten erst nach Ende des Planungszeitraums gezahlt werden, sodass letztendlich wieder eine enge Liquiditätslage bestünde. Auch widerspricht eine derartige Planung dem Transparenzgebot. Wenn der Schuldner eine nachhaltige Sanierung anstrebt, so ist ihm auch zuzumuten, dass er angibt, wie er die gesamten Verfahrenskosten finanzieren möchte. Die vollständige Deckung der Verfahrenskosten ist die wesentlichste Voraussetzung für eine erfolgreiche Sanierung. Daher kann den Gläubigern kein Verfahren aufgebürdet werden, in dem die Begleichung der Verfahrenskosten über den Zeitraum von 6 Monaten hinaus völlig im Unklaren bleibt. Auch der Schuldner würde sich letzten Endes einen Bären dienst erweisen, da bei einer nur unvollständigen Deckung der Verfahrenskosten eine nachhaltige wirtschaftliche Erneuerung unwahrscheinlich ist.

Problematisch an einer solchen Vorgehensweise ist jedoch, dass sie zu einer Verzerrung des Finanzplans führt, da nur die Verfahrenskosten für einen längeren Zeitraum als 6 Monate angegeben werden müssen. Daher wird teilweise angeregt, dass der Planungszeitraum des Finanzplans an den des Durchführungskonzepts nach § 270a Abs. 1 Nr. 2 InsO geknüpft wird, das die voraussichtliche Dauer des Insolvenzverfahrens darlegt.³⁰ Hierfür spricht, dass auf diese Weise die kompletten Verfahrenskosten miteinbezogen werden können und somit die Erfolgsaussichten des gesamten Verfahrens umfassend beurteilt werden können und gleichzeitig dem Schuldner eine entsprechende Darlegung der Finanzierung aufgetragen wird. Dies ermöglicht gut organisierten Schuldner einerseits, eine langfristige Tragfähigkeit des Unternehmens aufzuzeigen, und andererseits kann es dazu dienen, Finanzierungsquellen, die für den nachhaltigen Erfolg der Eigenverwaltung essenziell sind, aber erst nach mehr als 6 Monaten hinzutreten, mit in den Finanzplan einzubeziehen. So kann letztlich auch den weiteren Verfahrensbeteiligten ein besserer Blick in die künftige wirtschaftliche Entwicklung des Unternehmens verschafft werden, sodass alle Verfahrensbeteiligten hiervon profitieren. Eine Erstreckung des Finanzplans über den gesamten voraussichtlichen Zeitraum des Insolvenzverfahrens erscheint daher die zielführendste Lösung. Eine entsprechende Nachbesserung durch den Gesetzgeber erscheint erstrebenswert.

b) Finanzierungsmittel

Zu den anzugebenden Finanzierungsmitteln gehören selbstverständlich zunächst die beim Schuldner bereits vorhandenen liquiden Mittel.³¹ Da den Großteil der Finanzierungsmittel jedoch erst zukünftig ggf. zur Verfügung stehende Mittel ausmachen werden, sind auch solche Mittel anzugeben, wenn ihre zukünftige Verfügbarkeit zumindest überwiegend wahrscheinlich ist.³² So sind z.B. auch unechte Massekredite, die noch von der Eröffnung des Eigenverwaltungsverfahrens und der Ermächtigung zur Begründung von Masseverbindlichkeiten abhängen, im Finanzplan anzugeben.³³ Anderenfalls wäre eine seriöse Finanzplanung kaum möglich. Zu den erst zukünftig entstehenden Massezuflüssen gehören auch vom Schuldner zukünftig erwirtschaftete Umsätze.³⁴ Der Schuldner muss bei jeglichen Finanzierungsmitteln jedoch seine Finanzierungsquelle nennen, damit betriebswirtschaftlich ggf. unsinnige Maßnahmen erkannt und entsprechend bewertet werden können.³⁵ Berücksichtigt werden kann zudem eine etwaige Liquiditätsentlastung durch die Zahlung von Insolvenzzgeld.³⁶ Ebenfalls zu berücksichtigen sind Sonderbeiträge, z.B. in Form von Gesellschafterdarlehen oder echten Rangrücktrittserklärungen einzelner Gläubiger.

c) Planungsgrundsätze und gerichtliche Überprüfung

Anders als im Schutzschirmverfahren (§ 270d Abs. 1 InsO) sieht das neue Recht keine Bestätigung des Finanzplans durch einen unabhängigen Sachkundigen vor. Hieraus folgt eine gesteigerte Bedeutung der gerichtlichen Überprüfung, wobei der Amtsermittlungsgrundsatz zu beachten ist. Dem Schuldner steht es frei, seinen Finanzplan auch ohne entsprechende Verpflichtung von einem Dritten überprüfen zu lassen und dem Gericht dessen Einschätzung ergänzend zum Finanzplan vorzulegen. Weder sollte hieraus ein herabgesetzter Prüfungsmaßstab gefolgert werden, noch sollten zwangsweise positive Folgen hieran geknüpft werden. Sicherlich erhöht, eine unabhängige Prüfung und Bestätigung des Finanzplans die Erfolgsaussichten des Eigenverwaltungsantrags.³⁷ Dieser Ausgangspunkt sollte unter keinen Umständen zu einem Automatismus verkommen. Das Gesetz erhebt bewusst das Gericht zur Kontrollinstanz. Das Gericht ist insbesondere im Hinblick auf den Amtsermittlungsgrundsatz gehalten, diese

26 BeckOK-InsO/Kreutz/Ellers (Fn. 14), § 270a Rn. 12c.

27 BeckOK-InsO/Kreutz/Ellers (Fn. 14), § 270a Rn. 12, 12c.

28 Begr. zu § 270a RegEInsO, BT-Drucks. 19/24181, S. 204.

29 *Blankenburg*, ZInsO 2021, 753, 756.

30 *Ballmann/Hilbrück*, DB 2021, 1450, 1451.

31 BeckOK-InsO/Kreutz/Ellers (Fn. 14), § 270a Rn. 12b.

32 Begr. zu § 270a RegEInsO, BT-Drucks. 19/24181, S. 204.

33 Begr. zu § 270a RegEInsO, BT-Drucks. 19/24181, S. 204.

34 BeckOK-InsO/Kreutz/Ellers (Fn. 14), § 270a Rn. 12.

35 Entwurf einer Neufassung des IDW-Standards: Bescheinigungen nach § 270d und § 270a InsO (im Folgenden: IDW ES 9 n.F.), Stand: 12.1.2021, Rn. 39.

36 Vgl. IDW ES 9 n.F., Stand 12.1.2021, Rn. 38.

37 *Ballmann/Hilbrück*, DB 2021, 1450, 1452; *HambKomm-InsO/Fiebig*, 9. Aufl. 2022, § 270a Rn. 7.

Aufgabe ernst zu nehmen und den vorgelegten Finanzplan genau in den Blick zu nehmen.

Um den Erfolg der Eigenverwaltung zu gewährleisten und dem Gericht eine fundierte Prüfungsgrundlage zu verschaffen, ist der Schuldner gehalten, möglichst engmaschig, mindestens jedoch auf monatlicher Basis zu planen.³⁸ Aus Schuldnersicht empfiehlt es sich zudem, in Bezug auf die Finanzierungsmittel sich um möglichst viele verschiedene Finanzierungsquellen zu bemühen und dem Finanzplan ggf. Alternativszenarien beizufügen, um den Wegfall ursprünglich eingeplanter Geschäfte zu kompensieren.³⁹ Das Gericht ist auf der anderen Seite gehalten, den Plan, auch vor dem Hintergrund möglicherweise eintretender Alternativszenarien, während des Eigenverwaltungsverfahrens engmaschig zu prüfen.⁴⁰ Es empfiehlt sich hier ein Gleichlauf mit den Planungsintervallen des Finanzplans, sodass mindestens eine monatliche Überprüfung der Realisierbarkeit des Plans erfolgen kann. Das Gericht sollte einen strengen Prüfungsmaßstab anlegen, da die Eigenverwaltung nur Erfolg haben kann, wenn eine ausreichende Finanzierung (jedenfalls im Planungszeitraum) gewährleistet ist.

Um eine Realisierbarkeit des Finanzplans zu gewährleisten, ist als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal zudem davon auszugehen, dass der Schuldner zwar drohend, aber nicht bereits tatsächlich zahlungsunfähig sein darf. Um dies festzustellen, ist ggf. ein Liquiditätsstatus zu erstellen. Ist eine tatsächliche Zahlungsunfähigkeit bereits eingetreten, dürfte eine seriöse Sanierung im Eigenverwaltungsverfahren auf Grundlage eines Finanzplans kaum noch möglich sein. Für Fälle der bereits eingetretenen Zahlungsunfähigkeit ist nach der gesetzlichen Konzeption gerade das Regelinsolvenzverfahren mit Insolvenzverwalter vorgesehen. Der Schuldner wird hierdurch auch nicht über Gebühr belastet, da auch im Regelinsolvenzverfahren gute Sanierungsinstrumente zur Verfügung stehen. Wenn bereits Zahlungsunfähigkeit eingetreten ist, erhöht sich zudem die Gefahr der Anfechtbarkeit von Zahlungen, was wiederum den Finanzplan zu gefährden droht. Weiterhin ist die Frage nach der Haftung gem. § 15a InsO zu klären, was deutliche Interessenkonflikte birgt. Noch immer ungeklärt ist in diesem Zusammenhang die Frage, ob solchen Schuldnern, die eine eingetretene Zahlungsunfähigkeit durch nachträglich vereinbarte Stundungen oder erhebliche Liquiditätsmittel wieder beseitigt haben, sodass nur noch drohende Zahlungsunfähigkeit vorliegt, Zugang zum Eigenverwaltungsverfahren gewährt werden sollte. Hierfür spricht, dass solange der Schuldner nur drohend zahlungsunfähig ist, eine Sanierung im Eigenverwaltungsverfahren nicht per se aussichtslos erscheint. War der Schuldner bereits zahlungsunfähig und hat es aus eigener Kraft wieder in die nur drohende Zahlungsunfähigkeit geschafft, kann dies auch dafür sprechen, dass derartige Anstrengungen zugunsten der Gläubiger auch in einem Eigenverwaltungsverfahren unternommen werden. Andererseits kann es auch gerade gegen die Erfolgsaussichten einer Sanierung im Eigenverwaltungsverfahren sprechen, wenn sich der Schuldner – ggf. auch bereits mehrfach – nur knapp von der Zahlungsunfähigkeit in die nur drohende Zahlungsunfähigkeit „gerettet“ hat. Hier ist eine baldige Klärung durch die Gerichtsbarkeit wünschenswert.

2. Durchführungskonzept, § 270a Abs. 1 Nr. 2 InsO

Weiterhin hat der Schuldner ein Durchführungskonzept für die Eigenverwaltung vorzulegen. In Abgrenzung zum Finanzplan hat der Schuldner hier nicht zu erwartende Massezu- und -abflüsse gegenüberzustellen, sondern allgemeiner – unter Darstellung von Art, Ausmaß und Ursachen der wirtschaftlichen Krise – das mit der Eigenverwaltung verfolgte Ziel und die zur Erreichung dieses Ziels angedachten Maßnahmen darzulegen. Übergeordnetes Ziel (auch) des Eigenverwaltungsverfahrens ist gem. § 1 InsO die bestmögliche gemeinschaftliche Gläubigerbefriedigung. Das angestrebte Ziel i.S.d. § 270a Abs. 1 Nr. 2 InsO ist indes genauer zu fassen, nämlich auf welchem Wege das übergeordnete Ziel der Gläubigerbefriedigung am besten erreicht wird. Hierbei stehen dem Schuldner mehrere Optionen offen. Regelmäßig dürfte die Fortführung des Unternehmens Ziel der Eigenverwaltung sein. Daneben kommen aber auch eine übertragende Sanierung oder die Vorlage eines Insolvenzplans in Betracht.⁴¹ Ob im Ausnahmefall auch die Liquidation als Eigenverwaltungsziel in Betracht kommt, erscheint zweifelhaft.⁴² Der Wortlaut enthält keine Begrenzung auf bestimmte Ziele. Ebenso geht auch der Gesetzgeber davon aus, dass die Liquidation ausnahmsweise zulässiges Ziel der Eigenverwaltung sein kann.⁴³ Dies ist aufgrund der gesetzlichen Systematik indes abzulehnen. § 270a Abs. 1 Nr. 1 InsO geht erkennbar davon aus, dass mit der Eigenverwaltung eine Sanierung angestrebt wird. Anderenfalls wäre das Erfordernis einer Durchfinanzierung des Unternehmens zu Fortführungszwecken sinnlos. Ebenso erscheint im Fall einer Liquidation eine Verhandlungsführung wie sie in § 270a Abs. 1 Nr. 3 angedacht wird, wenig zielführend. Zudem soll der Schuldner – wie die erhöhten Zugangsvoraussetzungen des § 270a InsO zeigen – nur dann Zugang zum Eigenverwaltungsverfahren erhalten, wenn er „eigenverwaltungswürdig“⁴⁴ ist. Fälle, in denen nur noch eine Liquidation infrage kommt, dürften jedoch im Regelfall auf eine erhebliche Misswirtschaft in der Vergangenheit hindeuten, sodass die „Eigenverwaltungswürdigkeit“⁴⁵ regelhaft nicht gegeben sein dürfte. Etwas anderes dürfte nur dann gelten, wenn nachgewiesen werden kann, dass eigenverwaltend unter Aufsicht eines Sachwalters die Liquidation im Verhältnis zur Insolvenzverwaltung eine bessere Befriedigung der Gläubiger ermöglicht. Das wird indessen nur in eng begrenzten Ausnahmefällen möglich sein.

Als Bewertungsmaßstab für das Eigenverwaltungskonzept bieten sich vor diesem Hintergrund – wie vom Institut der Wirtschaftsprüfer e.V. (IDW e.V.) selbst vorgeschlagen⁴⁶ die

38 Vgl. BeckOK-InsO/Kreuz/Ehlers (Fn. 14), § 270a Rn. 12a.

39 Vgl. auch BeckOK-InsO/Kreuz/Ehlers (Fn. 14), § 270a Rn. 12, die die Darstellung von „restrukturierungsbedingte[n] Unsicherheiten“ fordern.

40 Sämisch/Noffz/Haug, ZfR 2021, 741, 743.

41 Balbmann/Albrück, DB 2021, 1450, 1452.

42 Bejahend Balbmann/Albrück, DB 2021, 1450, 1452.

43 Begr. zu § 270a RegEInsO, BT-Drucks. 19/24181, S. 204.

44 Jacobs/Madaus/Sack/Schmidt/Thole, ESUG-Evaluation (Fn. 7), S. 71 f.

45 Jacobs/Madaus/Sack/Schmidt/Thole, ESUG-Evaluation (Fn. 7), S. 71 f.

46 IDW ES 9 n.F., Rn. 41.

Anforderungen an das Grobkonzept im Schutzschirmverfahren⁴⁷ an. Es ist somit darzustellen, welche der zuvor genannten Optionen Ziel des Eigenverwaltungsverfahrens ist, welche Maßnahmen zur Erreichung dieses Ziels ergriffen werden und welche Hindernisse auf dem Weg zu diesem Ziel bereits abschbar sind.⁴⁸ Der Schuldner hat dabei zu erläutern, wie wahrscheinlich die Realisierung der angedachten Maßnahmen ist.⁴⁹ Hierfür bietet sich die Erstellung eines Zeitplans an, in dem auch die wesentlichen Zwischenschritte festgehalten werden.⁵⁰ Hierdurch kann insbesondere dem Gericht auch eine laufende Überwachung des Durchführungskonzepts erleichtert werden. Zudem sind die Krisenursachen und die gegenwärtige wirtschaftliche Situation des Unternehmens zu analysieren und Pläne für die Zukunft zu skizzieren.⁵¹ Daneben hat der Schuldner zu begründen, welche Vorteile die Eigenverwaltung in ihrer von ihm angedachten konkreten Gestalt für die Gläubiger bietet, insbesondere Vorteile gegenüber dem Regelinsolvenzverfahren.⁵²

3. Darstellung des Verhandlungsstandes, § 270a Abs. 1 Nr. 3 InsO

Gem. § 270a Abs. 1 Nr. 3 InsO hat der Schuldner außerdem den Verhandlungsstand mit den Gläubigern, den am Schuldner beteiligten Personen und ggf. Dritten zu den in Aussicht genommenen Maßnahmen darzustellen. Der Gesetzgeber verlangt hier nur eine kursorische Übersicht über den Verhandlungsstand; explizit nicht gefordert sind nach der Gesetzesbegründung detaillierte Angaben zu einzelnen Sanierungsbeiträgen, da dies weitere Verhandlungen erschweren könne.⁵³ Dies ist indes kritisch zu beurteilen. Es erscheint höchst zweifelhaft, inwieweit Angaben zum Verhandlungsstand mit Stakeholdern einen tatsächlichen Mehrwert bei der Beurteilung der Erfolgsaussichten der Eigenverwaltung haben, wenn zugesagte oder in Aussicht gestellte Sanierungsbeiträge nicht beziffert werden müssen. Dem Geheimhaltungsinteresse von Schuldner und Gläubigern kann auch durch Anlage eines Sonderbandes, welcher sodann von der Akteneinsicht ausgenommen wird, gebührend Rechnung getragen werden.⁵⁴ Problematisch könnte allenfalls sein, wenn der Schuldner mit möglichen Finanzierungsgebern Vertraulichkeitsvereinbarungen geschlossen hat.⁵⁵ Würde man in diesem Fall die Angabe der Informationen verlangen, verleitete man den Schuldner zu Vertragsbruch. Andererseits drohte die Vorschrift leerzulaufen, würden derartige Vertraulichkeitsvereinbarungen uneingeschränkt anerkannt, da davon auszugehen ist, dass in diesem Fall ein Großteil der Finanzierungsgeber derartige Vereinbarungen in ihre Verträge aufnehmen würde. Der Schuldner hat daher grds. auf eine Aufhebung der Vertraulichkeitsvereinbarung hinzuwirken.⁵⁶ Gelingt dies nicht, muss der betreffende Finanzierungsgeber bei der Beurteilung der Erfolgsaussichten der Eigenverwaltung unberücksichtigt bleiben, da dieser für das Gericht letztendlich eine nicht seriös zu beurteilende Unbekannte darstellt.

Haben bislang keinerlei Verhandlungen stattgefunden, muss der Schuldner dies ebenfalls angeben.⁵⁷ Auch bei fehlenden Verhandlungen mit den genannten Stakeholdern verbietet

sich indes ein Automatismus zugunsten des Schuldners. In der Praxis ist eine Unternehmenskrise häufig Folge von mangelnder oder gescheiterter Kommunikation des Schuldners mit den Stakeholdern.⁵⁸ Es darf zudem nicht außer Acht gelassen werden, dass der bisherige Verhandlungsstand i.d.R. keine Aussage darüber gibt, wie sich die Verhandlungspartner im Kontext der bevorstehenden Insolvenz verhalten; häufig können so doch noch konstruktive Lösungen erarbeitet werden.⁵⁹

4. Vorkehrungen zur Sicherstellung der Erfüllung insolvenzrechtlicher Pflichten, § 270a Abs. 1 Nr. 4 InsO

Zudem muss der Schuldner darlegen, welche Vorkehrungen er getroffen hat, um seine insolvenzrechtlichen Pflichten sicherzustellen, § 270a Abs. 1 Nr. 4 InsO. Nach Vorstellung des Gesetzgebers kann der Schuldner, sollten er oder seine Organmitglieder über entsprechende Expertise verfügen, persönlich für die Sicherstellung der insolvenzrechtlichen Pflichten sorgen.⁶⁰ Hier wird in der Eigenverwaltungsplanung zu fordern sein, dass der Schuldner die eigene entsprechende Expertise begründet darlegt.⁶¹ Sollte der Schuldner selbst nicht über die nötige Expertise verfügen, muss er für externe Unterstützung Sorge tragen. Der Gesetzgeber nennt hier beispielhaft die Einsetzung eines Generalbevollmächtigten oder eines Beraters.⁶² Sollte sich nicht bereits aus der Berufsbezeichnung der eingesetzten Person (z.B. Fachanwalt für Insolvenz- und Sanierungsrecht, Wirtschaftsprüfer) die notwendige Expertise ergeben, ist diese ebenfalls begründet darzulegen. Der Schuldner kann auch entsprechend qualifizierte Personen für die Durchführung der Eigenverwaltung vorübergehend in die Geschäftsführung – z.B. als Chief Restructuring Officer (CRO) – aufnehmen.⁶³ Änderungen bzgl. der an diese Person zu stellenden Anforderungen ergeben sich hierdurch freilich nicht. Entscheidend ist letztendlich, dass der Schuldner Vorkehrungen zur Erfüllung seiner insolvenzrechtlichen Pflichten getroffen hat, und nicht, in welcher konkreten Form er dies tut.

47 S. IDW ES 9 n.F., Rn. 30 ff.

48 IDW ES 9 n.F., Rn. 31.

49 IDW ES 9 n.F., Rn. 32.

50 *Balldmann/Hilbrück*, DB 2021, 1450, 1452.

51 IDW ES 9 n.F., Rn. 32.

52 *Balldmann/Hilbrück*, DB 2021, 1450, 1452.

53 Begr. zu § 270a RegEInsO, BT-Drucks. 19/24181, S. 204 f.

54 BeckOK-InsO/*Kreutz/Ellers* (Fn. 14), § 270a Rn. 16.

55 S. dazu BeckOK-InsO/*Kreutz/Ellers* (Fn. 14), § 270a Rn. 16.

56 Konstruktiv so auch BeckOK-InsO/*Kreutz/Ellers* (Fn. 14), § 270a Rn. 16.

57 Begr. zu § 270a RegEInsO, BT-Drucks. 19/24181, S. 205.

58 *Balldmann/Hilbrück*, DB 2021, 1450, 1452; s. zu den verschiedenen Krisenstadien bei Unternehmen auch *Sämisch*, ZInsO FOKUS 2021, 169, 170.

59 *Balldmann/Hilbrück*, DB 2021, 1450, 1452.

60 Begr. zu § 270a RegEInsO, BT-Drucks. 19/24181, S. 205.

61 Vgl. *HambKomm-InsO/Fiebig* (Fn. 37), § 270a Rn. 11.

62 Begr. zu § 270a RegEInsO, BT-Drucks. 19/24181, S. 205.

63 BeckOK-InsO/*Kreutz/Ellers* (Fn. 14), § 270a Rn. 18.

5. Vergleichsrechnung, § 270a Abs. 1 Nr. 5 InsO

Der Schuldner hat gem. § 270a Abs. 1 Nr. 5 InsO eine Vergleichsrechnung vorzulegen, in der die Kosten und voraussichtlich zu generierende Insolvenzmasse in der Eigenverwaltung mit dem Regelinsolvenzverfahren verglichen werden. Zu berücksichtigende Kosten stellen nach gesetzgeberischer Intention insbesondere Beraterkosten dar, und zwar auch, wenn diese im sechsmonatigen Finanzplan i.S.d. § 270a Abs. 1 Nr. 1 InsO aufgrund der erst späteren Fälligkeit nicht aufgeführt werden.⁶⁴ Zudem können eventuelle „werterhaltende Effekte“ der Eigenverwaltung dargestellt werden, dies soll nach der Gesetzesbegründung jedoch nur auf freiwilliger Basis erfolgen.⁶⁵ In Anbetracht des Zwecks der Vergleichsrechnung, das im konkreten Fall ökonomisch sinnvollste Verfahren zu bestimmen, wäre es allerdings zweckmäßiger, die Darstellung sämtlicher bekannter bzw. voraussehbarer Effekte auf die Gesamtkosten beider Verfahrensarten verpflichtend zu verlangen. Allerdings wird der Schuldner i.d.R. ohnehin für ihn günstige Faktoren in der Vergleichsrechnung angeben, sodass sich hieraus keine praktischen Probleme ergeben dürften. Problematischer könnte dagegen sein, dass der Schuldner versuchen könnte, sich die Eigenverwaltung vergleichsweise „günstig“ bzw. das Regelinsolvenzverfahren „teuer zu rechnen“, um die Anordnung der Eigenverwaltung sicherzustellen.⁶⁶ *Blankenburg*⁶⁷ schlägt hierzu vor, dass für gleiche Tätigkeiten in beiden Verfahrensarten gleiche Zuschläge berücksichtigt werden müssen, um Verzerrungen der Vergleichsrechnung zu vermeiden. Dieser Ansatz erscheint geeignet, dem Missbrauchspotenzial zumindest in Teilen zu begegnen.

Zu Problemen praktischer Art kann es zudem dadurch kommen, dass die Vergleichsrechnung eine Prognose darstellt, welche noch dadurch erschwert wird, dass die Kosten in einem nur hypothetisch durchzuführenden Regelinsolvenzverfahren berechnet werden müssen.⁶⁸ Eine gangbare Möglichkeit zur Lösung dieses Problems kann sein, in der Vergleichsrechnung die Angabe von Ober- und Untergrenzen zu akzeptieren.⁶⁹

6. Erklärungen des Schuldners nach § 270a Abs. 2 InsO

Der Schuldner hat über die nach § 270a Abs. 1 InsO einzureichenden Unterlagen hinaus mit seinem Antrag auf Eigenverwaltung noch verschiedene Erklärungen nach § 270a Abs. 2 InsO abzugeben.

Zunächst hat sich der Schuldner über das Bestehen, den Umfang und die Gläubiger von Forderungen aus Arbeitsverhältnissen, Pensionszusagen, Steuerschuldverhältnissen, gegenüber Sozialversicherungsträgern und Lieferanten, bei denen er sich im Verzug befindet, zu erklären. Sind hier erhebliche Rückstände festzustellen, erscheint es zumindest zweifelhaft, inwieweit der Schuldner bereit und in der Lage ist, die Interessen der Gläubiger bei seiner Geschäftsführung angemessen zu berücksichtigen.⁷⁰ Aufgrund der hohen sozialen Relevanz sind hierbei Rückstände gegenüber Arbeitnehmern und So-

zialversicherungsträgern besonders kritisch zu sehen.⁷¹ Zudem ist zu berücksichtigen, dass je tiefer die Insolvenz ist, eine erfolgreiche Sanierung umso schwieriger wird.⁷² Im Regelfall wird hierbei davon auszugehen sein, dass eine Sanierung noch dann möglich ist, wenn sich ergibt, dass der Schuldner zwar drohend, aber noch nicht tatsächlich zahlungsunfähig ist.

Fraglich erscheint indes der Umfang der unter dem Begriff der „Lieferanten“ anzugebenden Forderungen. Der Wortlaut allein suggeriert, dass hiermit nur Warenlieferanten im engeren Sinne gemeint sind.⁷³ Hiergegen spricht jedoch der Sinn und Zweck der Erklärung, eine Bewertungsgrundlage dafür zu schaffen, inwieweit der Schuldner bereit und in der Lage ist, im Interesse der Gläubiger zu handeln. Um eine solche Beurteilung vornehmen zu können, erscheint die Darlegung von Verbindlichkeiten gegenüber Lieferanten im weiteren Sinne (z.B. Dienstleister und Vermieter)⁷⁴ nicht weniger relevant als die Darlegung von Verbindlichkeiten gegenüber Warenlieferanten. Der Begriff der „Lieferanten“ ist daher weit auszulegen. Eine hier in der Praxis wohl zielführende Lösung schlagen *Kreutz/Ellers* vor, indem sie auf den Umfang der bilanziellen Darstellung nach § 266 Abs. 3 C Nr. 4 HGB verweisen.⁷⁵

Weiter muss der Schuldner Auskunft zu in den letzten 3 Jahren zu seinen Gunsten angeordneten Vollstreckungs- und Wertungssperren nach der InsO oder dem Gesetz über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen für Unternehmen (StaRUG) erteilen, da die wiederholte Inanspruchnahme dieser Instrumente ein Indiz dafür sein kann, dass eine nachhaltige Sanierung in den letzten Jahren vor der Antragstellung missglückt ist.⁷⁶ Der Schuldner hat dabei das früher zuständige Gericht sowie das dortige Aktenzeichen anzugeben,⁷⁷ um ggf. Einsichtnahme in die früheren Verfahrensakten zu ermöglichen. Wurden wiederholt Sanierungshilfen in Anspruch genommen, werden an die übrigen einzureichenden Unterlagen umso höhere Anforderungen zu stellen sein, um die von der Inanspruchnahme ausgehende Indizwirkung zu entkräften.

Zuletzt muss der Schuldner darlegen, inwieweit er in den letzten 3 Jahren seinen handelsrechtlichen Offenlegungspflichten nachgekommen ist. Sollten hier Mängel zu beklagen sein,

64 Begr. zu § 270a RegEInsO, BT-Drucks. 19/24181, S. 205.

65 Begr. zu § 270a RegEInsO, BT-Drucks. 19/24181, S. 205.

66 BeckOK-InsO/*Kreutz/Ellers* (Fn. 14), § 270a Rn. 20; *Blankenburg*, ZInsO 2021, 753, 757; vgl. z.B. AG Aachen, ZInsO 2018, 272.

67 *Blankenburg*, ZInsO 2021, 753, 757.

68 *Thole*, NZI-Beil. 2021, 90, 92.

69 *Steffan/Oberg/Poppe*, ZInsO 2021, 1116, 1124; gegen eine derart abstrahierte Darstellung *HambKomm-InsO/Fiebig* (Fn. 37), § 270a Rn. 12.

70 Begr. zu § 270a RegEInsO, BT-Drucks. 19/24181, S. 204.

71 Näher *Sämisch/Noff/Huang*, ZRI 2021, 741, 744.

72 Begr. zu § 270a RegEInsO, BT-Drucks. 19/24181, S. 204.

73 *Blankenburg*, ZInsO 2021, 753, 761.

74 BeckOK-InsO/*Kreutz/Ellers* (Fn. 14), § 270a Rn. 22a.

75 BeckOK-InsO/*Kreutz/Ellers* (Fn. 14), § 270a Rn. 22a.

76 Begr. zu § 270a RegEInsO, BT-Drucks. 19/24181, S. 204.

77 *Blankenburg*, ZInsO 2021, 753, 757; dem folgend BeckOK-InsO/*Kreutz/Ellers* (Fn. 14), § 270a Rn. 23.

spricht dies prima facie wiederum für einen nachlässigen Umgang mit Gläubigerinteressen.⁷⁸

In all diesen Fällen soll nach gesetzgeberischer Intention eine Eigenverwaltung nur dann in Betracht kommen, wenn dennoch davon auszugehen ist, dass der Schuldner während dieser bereit und in der Lage dazu ist, seine Geschäftsführung an den Interessen der Gläubiger auszurichten.⁷⁹ Hierfür ist eine Gesamtwürdigung aller Umstände vorzunehmen.⁸⁰ Insgesamt wird davon auszugehen sein, dass je schwerer durch die Erklärungen festgestellte Mängel aufgrund ihrer Quantität oder Qualität wiegen, die den hierdurch prima facie entstehenden Eindruck entkräftenden Umstände umso gewichtiger und zahlreicher sein müssen.

IV. Anordnung der vorläufigen Eigenverwaltung

Hat der Schuldner die nach § 270a InsO erforderlichen Unterlagen eingereicht und dort geforderten Erklärungen abgegeben, muss das Gericht auf dieser Grundlage bewerten, ob die Anordnung der Eigenverwaltung in Betracht kommt.

1. Mangelfreie Eigenverwaltungsplanung, § 270b Abs. 1 InsO

Absatz 1 betrifft zunächst den Fall, dass die Eigenverwaltungsplanung i.S.d. § 270a Abs. 1 InsO vollständig und schlüssig ist. Ist dies der Fall und liegt kein Fall des Absatzes 2⁸¹ vor, hat das Gericht die Eigenverwaltung anzuordnen, ohne dass ihm hierbei ein Ermessensspielraum zustünde.⁸² Der Gesetzgeber geht dabei davon aus, dass der Anspruch auf Anordnung der Eigenverwaltung bereits dann besteht, wenn die Eigenverwaltungsplanung nicht offensichtlich unvollständig oder unschlüssig ist oder auf falschen Tatsachen beruht.⁸³ Eine Nachforschungspflicht soll das Gericht nicht treffen.⁸⁴ Eine dezidierte Prüfung der Planung soll dem Sachwalter vorbehalten bleiben.⁸⁵ Dies birgt jedoch wiederum die Gefahr, ungeeignete Fälle in das Eigenverwaltungsverfahren zu führen, was dem Ziel⁸⁶ der Verschärfung der Zugangsvoraussetzungen, eine höhere Erfolgsquote der Verfahren zu bewirken, nicht gerecht würde. Der Wortlaut der Norm ist daher dahin gehend zu verstehen, dass auch bereits das Gericht, die Schlüssigkeit der Eigenverwaltungsplanung eingehend zu prüfen hat.

Die Eigenverwaltungsplanung muss entsprechend vollständig und schlüssig sein. Eine vollständige Eigenverwaltungsplanung liegt vor, wenn alle nach § 270a Abs. 1 erforderlichen Unterlagen mit dem Antrag auf Eigenverwaltung eingereicht wurden und diese jeweils den oben formulierten Anforderungen genügen.⁸⁷ Die Anforderung der Vollständigkeit dient hierbei einerseits der Sicherung der Prüfungsfähigkeit des Gerichts. Fehlen Unterlagen oder entsprechen diese nicht den Mindestanforderungen, kann eine nähere Prüfung der Schlüssigkeit der Eigenverwaltungsplanung mangels ausreichender Prüfungsgrundlage regelmäßig nicht erfolgen. Auf der anderen Seite ist die Vollständigkeit der Unterlagen ein Indiz für die Eignung des Schuldners für die Eigenverwaltung.⁸⁸ Ist der Schuldner bereits nicht in der Lage einen vollständigen Eigen-

verwaltungsantrag vorzulegen, ist er regelmäßig auch nicht geeignet, die Eigenverwaltung ordnungsgemäß und gewissenhaft durchzuführen.⁸⁹ Diesen Regelungszwecken folgend sind keine zu niedrigen Anforderungen an die Vollständigkeit zu stellen.⁹⁰ Jede Abweichung von den oben konkretisierten, gesetzlichen Anforderungen muss daher dazu führen, dass der Eigenverwaltungsantrag des Schuldners als unvollständig eingestuft wird. Dies hat wiederum zur Folge, dass eine Anordnung der vorläufigen Eigenverwaltung unterbleibt. Dies bedeutet indes nicht, dass dem Schuldner der Zugang zum Eigenverwaltungsverfahren gänzlich verwehrt bleibt. Das Gericht hat die Möglichkeit, soweit es dies für zweckdienlich hält, dem Schuldner eine Nachbesserungsfrist von maximal 20 Tagen zu setzen, § 270b Abs. 1 Satz 2 InsO. Von dieser Möglichkeit sollte jedoch nur dann Gebrauch gemacht werden, wenn die bereits eingereichten Unterlagen die Zuverlässigkeit des Schuldners und dessen grundsätzliche Eignung und Willen zur sorgfältigen Wahrnehmung seiner Aufgaben in der Eigenverwaltung erkennen lassen. Der entscheidende Richter sollte dabei im Blick haben, dass die Neufassung der Regelungen auf der ESUG-Evaluation (Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen – ESUG) beruht. Die Eingangsvoraussetzungen sind in diesem Zuge gerade verschärft worden, sodass weiterer Schaden von der Akzeptanz des Eigenverwaltungsverfahrens abgewendet wird. Daher ist im Zweifel nach Ablauf der Nachbesserungsfrist die Einleitung eines Regelinsolvenzverfahrens die richtige Entscheidung.

Die Schlüssigkeitsprüfung nach § 270b Abs. 1 Nr. 1 InsO entspricht methodisch der Schlüssigkeitsprüfung im Zivilprozess, d.h. bei der Prüfung der Schlüssigkeit sind die vom Schuldner unterstellten Tatsachen als gegeben hinzunehmen.⁹¹ Dies begegnet mit Blick auf § 270b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 InsO insoweit keinen Bedenken, als unzutreffende Tatsachenangaben aufgrund dieser Regelung schon die Anordnung der vorläufigen Eigenverwaltung ausschließen. Bei der Schlüssigkeitsprüfung ist einerseits darauf zu achten, dass die Eigenverwaltungsplanung entsprechend den anerkannten Grundsätzen und Maßstäben erstellt wurde sowie keine inneren Widersprüche aufweist. Umstritten ist indes der hierüber hinausgehende Maßstab, der an die Schlüssigkeitsprüfung zu stellen ist. In der Literatur wird vermehrt angenommen, dass

78 Begr. zu § 270a RegEInsO, BT-Drucks. 19/24181, S. 204.

79 Begr. zu § 270a RegEInsO, BT-Drucks. 19/24181, S. 204.

80 Begr. zu § 270a RegEInsO, BT-Drucks. 19/24181, S. 204.

81 Hierzu sogleich unter V. 2.

82 HambKomm-InsO/Fiebig (Fn. 37), § 270b Rn. 1; Thole, NZI-Beil. 2021, 90, 93.

83 Vgl. § 270b Abs. 1 Nr. 1, 2 InsO.

84 Begr. zu § 270b RegEInsO, BT-Drucks. 19/24181, S. 205.

85 Begr. zu § 270b RegEInsO, BT-Drucks. 19/24181, S. 205.

86 Allgemeiner Teil der Begr. zum RegEInsO, BT-Drucks. 19/24181, S. 84.

87 BeckOK-InsO/Ellers (Fn. 14), § 270b Rn. 7.

88 BeckOK-InsO/Ellers (Fn. 14), § 270b Rn. 7.

89 BeckOK-InsO/Ellers (Fn. 14), § 270b Rn. 7.

90 BeckOK-InsO/Ellers (Fn. 14), § 270b Rn. 7.

91 BeckOK-InsO/Ellers (Fn. 14), § 270b Rn. 8.

die Regelung des § 51 Abs. 1 Satz 2 StaRUG analog anzuwenden sei.⁹² Dies hätte zur Folge, dass Schlüssigkeit bereits dann vorläge, wenn die Erreichung des Eigenverwaltungsziels aufgrund der Eigenverwaltungsplanung nicht von vornherein ausgeschlossen wäre.⁹³ Dem ist jedoch entgegenzutreten. Würde es bereits genügen, dass die grundsätzliche Eignung der in der Planung vorgesehenen Mittel zur Erreichung des Eigenverwaltungsziels feststeht, würden stets auch solche Fälle der Eigenverwaltung zugeführt werden, in denen die Zielerreichung nicht überwiegend wahrscheinlich, u.U. sogar unwahrscheinlich ist. Hierdurch drohten erneut viele Eigenverwaltungen zu scheitern und der Insolvenz einen negativen Anstrich zu verpassen. Um dies zu verhindern, sollte Schlüssigkeit erst dann angenommen werden, wenn die erstellte Eigenverwaltungsplanung die Erreichung des Eigenverwaltungsziels zumindest hoch wahrscheinlich erscheinen lässt. Hierbei ist eine umfassende Bewertung aller Umstände des Einzelfalls vorzunehmen. Nur eine solche positive Gesamtprognose ist geeignet, entsprechend dem Ziel der Neuregelung⁹⁴ höhere Erfolgsquoten im Eigenverwaltungsverfahren zu erreichen.

Die Anordnung der vorläufigen Eigenverwaltung ist gem. § 270b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 zudem dann ausgeschlossen, wenn die Eigenverwaltungsplanung auf unzutreffenden Tatsachen beruht. Wie sich bereits aus dem Wortlaut der Regelung („keine Umstände bekannt sind“) ergibt, sind hierbei jegliche Nachforschungen des Gerichts unzulässig,⁹⁵ da jene Tatsachen noch nicht bekannt sind, sondern erst bekannt werden. Gestützt wird dies insbesondere auch auf die Gesetzesbegründung,⁹⁶ laut der dem Schuldner der Zugang zur vorläufigen Eigenverwaltung nicht aus Gründen der Sachverhaltsaufklärung verwehrt werden darf und die Sachverhaltsaufklärung primär als Aufgabe des Sachwalters qualifiziert wird, weshalb die Sachverhaltsaufklärung durch das Gericht unzulässig sei.⁹⁷ Das Eigenverwaltungsverfahren steht zwar gem. § 270 Abs. 1 Satz 2 InsO grds. im Kontext der allgemeinen Grundsätze der §§ 1 – 10a InsO, sodass auch der Amtsermittlungsgrundsatz aus § 5 Abs. 1 InsO das Eigenverwaltungsverfahren in allen Bereichen bestimmt. Dies gilt indes gerade dann nicht, wenn der Gesetzeswortlaut dem entgegensteht, was wiederum durch Auslegung zu ermitteln ist.⁹⁸ Aus dem Wortlaut ergibt sich vorliegend eindeutig eine solche Beschränkung des Amtsermittlungsgrundsatzes.⁹⁹ Hierdurch schafft der Gesetzgeber mehr Schaden als Nutzen. Der Schuldner ist gerade dann nicht schutzwürdig, wenn er vorsätzlich oder fahrlässig falsche Tatsachen zur Grundlage seiner Eigenverwaltungsplanung macht. Wird hiergegen vorgebracht, dass die Ermittlung von Amts wegen die Entscheidung über den Eigenverwaltungsantrag unzumutbar verzögert,¹⁰⁰ so wäre eine minimale Verzögerung im Interesse der Integrität des Eigenverwaltungsverfahrens grds. hinzunehmen. Nur so kann einem entsprechenden Missbrauch wirksam vorgebeugt werden. Wird bei der Vorbeugung von Missbrauchsgefahren auf den (vorläufigen) Sachwalter verwiesen,¹⁰¹ so lässt dies die Begründung vermissen, weshalb zunächst eine vorläufige Verwaltung angeordnet und ein vorläufiger Sachwalter bestellt werden sollte, obwohl eine Sachverhaltsaufklärung durch das Gericht grds. möglich und zudem weniger zeit- und kostenintensiv wäre. Die Entscheidung des Gesetzgebers, hier den Amtsermittlungsgrundsatz gänzlich

zurücktreten zu lassen, ist daher bedauerlich. Aus dem Verzicht des Gesetzgebers auf die Sachverhaltsermittlung durch das Gericht ergibt sich indes, dass die Anforderungen an den Eigenverwaltungsantrag des Schuldners sehr hoch anzusetzen sind, da es dem Gericht ansonsten an einer hinreichenden Entscheidungsgrundlage fehlen würde. Es ist somit eine umfassende Preisgabe sämtlicher für die Entscheidung über die Anordnung der Eigenverwaltung relevanten Informationen zu fordern. Diesen Erwägungen folgend darf das Gericht über Unzulänglichkeiten des Antrags des Schuldners unter keinen Umständen einfach hinwegsehen.

Sodann folgt die Entscheidung des Gerichts über die vorläufige Anordnung der Eigenverwaltung. Diese muss unterbleiben, sofern die Eigenverwaltungsplanung auf unzutreffenden Tatsachen beruht. Auch hier bietet sich indes die Möglichkeit der Nachbesserung nach § 270b Abs. 1 Satz 2 mit der Aufforderung der Anpassung der Eigenverwaltungsplanung. Hierbei ist dem Gericht insoweit zur Vorsicht zu raten, als bei § 270b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 grds. der Missbrauchsvorwurf im Raum steht.

2. Ermessensentscheidung nach § 270b Abs. 2 InsO

Liegen die Voraussetzungen des § 270 Abs. 1 InsO nicht vor, kann die Eigenverwaltung unter den Voraussetzungen des § 270 Abs. 2 InsO dennoch im Wege einer Ermessensentscheidung erfolgen. Eine solche kann nur bei den in § 270 Abs. 2 InsO enumerativ aufgezählten Mängeln erfolgen. Eine Ermessensentscheidung zugunsten einer Eigenverwaltung kann somit zunächst ergehen, wenn die Kosten der Eigenverwaltung und der Geschäftsfortführung nach dem Finanzplan nicht gedeckt sind. Weiter betrifft § 270b Abs. 2 InsO den Fall, dass die Kosten der Eigenverwaltung die Kosten eines Regelinsolvenzverfahrens „wesentlich“ übersteigen, wobei das Gesetz selbst jedoch keine Legaldefinition der „Wesentlichkeit“ enthält. In der Literatur vorgeschlagen wird als Schwellenwert eine Kostenüberschreitung i.H.v. 10 %, der jedoch ggf. auch einzelfallabhängig angepasst werden kann.¹⁰² Dem ist zuzustimmen. Der Gesetzeswortlaut geht klar davon aus, dass eine geringfügige Überschreitung der Kosten für ein Regelinsol-

92 Blankenburg, ZInsO 2021, 753, 759; Steffan/Oberg/Poppe, ZInsO 2021, 1116, 1118.

93 Vgl. BeckOK-InsO/Ellers (Fn. 14), § 270b Rn. 9.

94 Allgemeiner Teil der Begr. zum RegEInsO, BT-Drucks. 19/24181, S. 84.

95 HambKomm-InsO/Fiebig (Fn. 37), § 270b Rn. 3; BeckOK-InsO/Ellers (Fn. 14), § 270b Rn. 13 f.; Ballmann/Hilbrück, DB 2021, 1450, 1453; vgl. auch Hölze/Curtze, ZIP 2021, 1293, 1298; Frind, ZIP 2021, 171, 172.

96 Begr. zu § 270b RegEInsO, BT-Drucks. 19/24181, S. 205.

97 BeckOK-InsO/Ellers (Fn. 14), § 270b Rn. 14; Ballmann/Hilbrück, DB 2021, 1450, 1453.

98 BeckOK-InsO/Ellers (Fn. 14), § 270 Rn. 34.

99 So aber BeckOK-InsO/Ellers (Fn. 14), § 270b Rn. 13 f.; Ballmann/Hilbrück, DB 2021, 1450, 1453.

100 So wohl BeckOK-InsO/Ellers (Fn. 14), § 270b Rn. 13.

101 BeckOK-InsO/Ellers (Fn. 14), § 270b Rn. 15; so wohl auch HambKomm-InsO/Fiebig (Fn. 38), § 270b Rn. 3.

102 BeckOK-InsO/Ellers (Fn. 14), § 270b Rn. 22.

venzverfahren der Eigenverwaltung nicht zwingend im Wege stehen soll. Andererseits ist das nach § 1 InsO übergeordnete Ziel der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung zu beachten, sodass auch keine allzu große Überschreitung der Kosten für das Regelinsolvenzverfahren zuzulassen ist. Ein grundsätzlicher Schwellenwert i.H.v. 10 % erscheint daher als Kompromiss angemessen.

Ein weiterer in § 270b Abs. 2 InsO genannter Mangel sind Zahlungsrückstände gegenüber Arbeitnehmern oder gegenüber anderen in § 270a Abs. 2 Nr. 1 InsO genannten Gläubigern. Hierbei ist besonders die Unterscheidung zwischen den Arbeitnehmern und den anderen Gläubigern zu beachten. Während bei Arbeitnehmern jegliche Zahlungsrückstände schädlich sind, müssen bei den anderen Gläubigern die Zahlungsrückstände bereits erheblich sein. Der strengere Maßstab bzgl. der Arbeitnehmer ist mit der hohen Sozialrelevanz von Löhnen zu erklären und vor diesem Hintergrund ausdrücklich zu begrüßen. Wann Zahlungsrückstände gegenüber den anderen Gläubigern „erheblich“ sind, gibt das Gesetz wiederum nicht vor. Aufgrund des vergleichbaren Wortsinns von „wesentlich“ und „erheblich“ sowie des normsystematischen Zusammenhangs, erscheint es sinnvoll, hier ebenso wie bzgl. der Kosten für das Eigenverwaltungsverfahren regelmäßig von einer Erheblichkeitsschwelle von 10 % auszugehen. Eine „Erheblichkeit“ kann sich darüber hinaus auch in zeitlicher Hinsicht ergeben,¹⁰³ wobei die zeitliche Komponente jedoch immer im Kontext mit der Höhe der rückständigen Forderungen zu sehen ist. Je näher die rückständigen Forderungen an die 10 %-Marke heranreichen, desto kürzer dürfte die zeitlich zu verlangende Dauer des Rückstands sein.

Als weitere Defizite, die nicht zwingend die Versagung der Eigenverwaltung zur Folge haben müssen, nennt § 270b Abs. 2 InsO außerdem noch die Anordnung von Vollstreckungs- oder Verwertungssperren in den letzten 3 Jahren vor Antragstellung und die Verletzung von Offenlegungspflichten.

Liegt mindestens einer dieser Mängel vor, kann die Eigenverwaltung nach dem Wortlaut des § 270b Abs. 2 InsO jedoch nur dann angeordnet werden, wenn trotz des betreffenden Mangels zu erwarten ist, dass der Schuldner bereit und in der Lage ist, seine Geschäftsführung an den Interessen der Gläubiger auszurichten. Dies kann sich insbesondere daraus ergeben, dass der Schuldner in der Zwischenzeit Gegenmaßnahmen ergriffen hat, also bspw. nicht erfüllte Offenlegungspflichten inzwischen nachgeholt und personelle oder strukturelle Maßnahmen getroffen hat, um zukünftige Pflichtverletzungen zu verhindern¹⁰⁴ oder eine Fortführung des Unternehmens z.B. aufgrund erfolgreicher Verhandlungen mit den Gläubigern trotz erheblicher Zahlungsrückstände überwiegend wahrscheinlich ist.¹⁰⁵

Das Gericht hat dabei relevante Umstände ggf. zu ermitteln.¹⁰⁶ Allerdings ist es aus schuldnerischer Sicht selbstverständlich anzuraten, das Gericht auf für eine positive Entscheidung wichtige Umstände hinzuweisen und entsprechende Unterlagen ggf. nachzureichen.

V. Fazit

Insgesamt lassen sich aus den neuen Regelungen zum Eigenverwaltungsrecht somit folgende Leitlinien für die Rechtsanwender ableiten.

Der Schuldner hat bei der Beantragung der Eigenverwaltung insbesondere auf die Vollständigkeit der einzureichenden Unterlagen nach § 270a Abs. 1 InsO sowie die Richtigkeit der abzugebenden Erklärungen nach § 270a Abs. 2 InsO zu achten. Hierbei ist anzustreben, dass sich insgesamt ein stimmiges Gesamtbild ergibt, das dem Gericht eine eingehende Prüfung der Umstände und des Planungskonzepts ermöglicht. Demnach bietet es sich an, möglichst engmaschig und möglichst weitreichend zu planen und ggf. Alternativplanungen vorzubereiten. Es muss zwingend darauf verzichtet werden, die eigenen Planungen zu beschönigen, um in das Eigenverwaltungsverfahren zu gelangen. Insbesondere muss hierbei auf die Richtigkeit und Vollständigkeit auch der Vergleichsrechnung Wert gelegt werden. Der Schuldner ist gut damit beraten, auch die Chancen und Vorteile eines Regelinsolvenzverfahrens zu durchdenken. Es bietet ggf. die Möglichkeit einer umfassenderen, geordneteren und nachhaltigeren Sanierung „unter Aufsicht“ eines bzw. durch einen neutralen Insolvenzverwalters.

Das Gericht muss den Eigenverwaltungsantrag des Schuldners sorgsam prüfen, insbesondere im Hinblick auf etwaige Missbrauchsgefahren. Die Schlüssigkeitsprüfung darf dabei nicht zu locker gehandhabt werden. Die Erreichung des Eigenverwaltungsziels muss bei der Beantragung und während des Verfahrens immer überwiegend wahrscheinlich sein. Ansonsten muss die Anordnung der (vorläufigen) Eigenverwaltung unterbleiben. Eine andere Handhabung wäre dem Zweck der Gesetzesreform abträglich, da sie den bisherigen Zustand scheiternder Eigenverwaltungen perpetuieren würde. Zur Abklärung, ob die Eigenverwaltungsplanung auf falschen Tatsachen beruht, sind eigene Nachforschungen des Gerichts dem eindeutigen Wortlaut nach unzulässig. Hierdurch wird eine effektive Missbrauchskontrolle noch vor Anordnung der vorläufigen Eigenverwaltung verkompliziert, sodass die Gefahr der Dopplung von Verfahrenskosten für die gescheiterte Eigenverwaltung und das nachgelagerte Regelinsolvenzverfahren besteht. Zudem hat das Gericht bei der Prüfung der Erklärungen des Schuldners zu Zahlungsrückständen gegenüber bestimmten Gläubigern insbesondere darauf zu achten, ob Zahlungsrückstände gegenüber Arbeitnehmern bestehen, da es hier zum einen keiner Erheblichkeit bedarf und zum anderen derartige Rückstände aufgrund ihrer hohen sozialen Relevanz als besonders kritisch in Bezug auf den Willen des Schuldners, seine Geschäftsführung an den Gläubigerinter-

¹⁰³ HambKomm-InsO/Fiebig (Fn. 37), § 270b Rn. 8.

¹⁰⁴ BeckOK-InsO/Ellers (Fn. 14), § 270b Rn. 28.1; Begr. zu § 270b RegEInsO, BT-Drucks. 19/24181, S. 205 f.

¹⁰⁵ BeckOK-InsO/Ellers (Fn. 14), § 270b Rn. 28.3; Begr. zu § 270b RegEInsO, BT-Drucks. 19/24181, S. 206.

¹⁰⁶ Begr. zu § 270b RegEInsO, BT-Drucks. 19/24181, S. 205; ebenso BeckOK-InsO/Ellers (Fn. 14), § 270b Rn. 27 und Hüttele/Curtze, ZIP 2021, 1293, 1298, die jedoch für einen reduzierten Ermittlungsmaßstab plädieren.

sen auszurichten, zu sehen sind. Liegen als kritisch zu bewertende Zahlungsrückstände vor, wurden Vollstreckungs- und Verwertungssperren in den letzten 3 Jahren vor Antragstellung angeordnet oder wurden Offenlegungspflichten verletzt, müssen für eine Anordnung der Eigenverwaltung umso gewichtigere Umstände, die für den Willen des Schuldners, im Interesse der Gläubiger zu handeln, sprechen, vorliegen, je schwerwiegender die festgestellten Mängel sind. Der (vorläufige) Sachwalter hat zwingend unabhängig zu sein. Dies ist durch das Gericht zu prüfen.

Insgesamt haben die Voraussetzungen für die Anordnung der Eigenverwaltung durch das SanInsFoG eine erhebliche Verschärfung erfahren. Abzuwarten bleibt, wie sich diese erhöh-

ten Anforderungen in der Praxis abbilden und welche Auswirkungen dies auf die anderen Möglichkeiten der Erneuerung der Unternehmensstruktur haben. Es ist sehr wahrscheinlich, dass die erhöhten Anforderungen ein Abflauen der Zahlen der Eigenverwaltungen zur Folge haben wird. Dies ist indes ein positiver Effekt. Einerseits würde dies eine höhere Erfolgsquote für die Eigenverwaltung bedeuten, was erklärtes Ziel des Gesetzgebers ist.¹⁰⁷ Andererseits dürfte dies der bislang eher kritisch betrachteten Möglichkeit zur Sanierung im Regelinsolvenzverfahren ggf. wieder neues Leben einhauchen.

¹⁰⁷ Allgemeiner Teil der Begr. zum RegEInsO, BT-Drucks. 19/24181, S. 84.

Recht im Wandel?(!)

von Rechtsanwalt Jörn Weitzmann, Hamburg

Dieses Thema führt zu der Frage, was ist Recht, wie ermittelt man, was Recht ist, wann wird Recht benötigt, kann Recht sich wandeln, wofür wird Recht benötigt?

I. Notwendigkeit des Rechts

Recht wird immer dann – und nur dann – benötigt, wenn sich unterschiedliche Rechtsgüter gegenüberstehen und deren friedfertiger Ausgleich gesucht wird.

Nehmen wir das Beispiel des Robinson Crusoe. Solange er allein auf einer Insel war, war er nur für sich selbst verantwortlich, er musste sein Handeln mit sich selbst abmachen. Er war gleichzeitig Gesetzgeber und ausführendes Organ. Niemand würde diesen Zustand als „rechtlos“ bezeichnen.

Stellen wir uns umgekehrt vor, Robinson Crusoe hätte auf dieser Insel unter Beachtung der heute in Deutschland geltenden Gesetze, der Düngemittelverordnung, der Flora-Fauna-Habitat-Richtlinie, dem Agrarstatistikgesetz etc. leben müssen. Er hätte offensichtlich nur kurze Zeit überlebt. Gleichwohl wird niemand dieses Recht als „Unrecht“ bezeichnen wollen.

1. Ausgleich unterschiedlicher Rechtsgüter

Mit dem Eintreffen von Freitag änderte sich für Robinson Crusoe einiges. Unterschiedliche Rechtsgüter standen sich gegenüber. Recht dient nicht nur dem Rechtsfrieden, sondern dient auch dem Schutz des Schwächeren. Wenn der Stärkere „sein Recht“ durchsetzt, ist es nicht „das Recht des Stärkeren“, sondern der Befehl, die Exekution des Stärkeren. Wenn es um das Recht des Schwächeren geht, bedeutet dieses gleichzeitig, dass darüber nicht mit Mehrheit, das wäre das „Recht des Stärkeren“, abgestimmt werden kann.

Dieses Beispiel zeigt, das Recht auch immer einen besonderen Bezug zu der Zeit, den Erkenntnissen und den Besonderheiten des Ortes hat. Bei historischen Sachverhalten ist die Indivi-

dualität jeder geschichtlichen Epoche, und die Schwierigkeit, die früheren Zeiten vor dem eigenen Erkenntnishorizont zu verstehen, zu berücksichtigen.¹

2. Rechtsquellen und Ableitung des Rechts

Diese mehrschichtige Dimensionalität, dass Rechtsgüter sich nicht nur abstrakt, sondern konkret in der besonderen Situation der Zeit und dem gesellschaftspolitischen Umfeld gegenüberstehen und auszugleichen sind, mag wohl dazu geführt haben, dass Philosophen und Rechtsgelehrte bis heute unterschiedliche Ansätze bei der Ableitung und Herleitung des Rechts bemühen.

Für die humanistischen Logiker und Juristen war die Topik die zentrale wissenschaftliche Methode. Diese Vorstellung setzte (aber) voraus, dass das Sachwissen im Wesentlichen abgeschlossen und jedes Argument irgendwo in der Welt zu finden war, sodass man nur nach seinem Ort, „Topos“, „Locus“, suchen musste.

Die neue Naturrechtslehre entwickelte erstmals ein umfassendes, aus der Vernunft geschöpftes Rechtssystem und präsentierte damit in der Sache Neues, aus der Zeitauffassung jedenfalls subsidiär geltendes, also wissenschaftliches Recht. Der revolutionierende Gedanke, dass es möglich sein müsste, auch das gesamte Recht, sicher vernunftmäßig zu konstruieren,

* Der Vortrag wurde anlässlich der Festschriftverleihung an Prof. Dr. Stefan Smid am 28.1.2022 in Kiel, von Rechtsanwalt Jörn Weitzmann gehalten. Der Verfasser ist Vorsitzender der ARGE Insolvenzzrecht und Sanierung im DAV. Bei dem Vortrag handelt sich um seine persönliche Meinung.

¹ Schröder, Recht als Wissenschaft, Bd. 1, § 53 I 1.