

## Aufsätze

### Überlegungen zur Insolvenzfähigkeit von Gemeinden

von Prof. Dr. Christoph G. Paulus, Humboldt-Universität zu Berlin\*

#### I. Einleitung

Der Befund und die Erkenntnis sind nicht neu – auch Gemeinden können einen Status finanzieller Unbeweglichkeit und Unbewegbarkeit erreichen, der in einem privatrechtlichen Kontext schlankweg als Insolvenzeröffnungsgrund zu charakterisieren wäre. Medien und Politiker sprechen denn auch in der Tat nicht selten von der „Zahlungsunfähigkeit“ oder „Insolvenz“ konkreter Gemeinden. Doch regelmäßig bleibt es bei dieser Äußerung – den weiteren Schritt, ob eine derartige Feststellung nicht möglicherweise ernst genommen und die spezifisch insolvenzrechtlichen Konsequenzen daraus gezogen werden müssten, geht man nicht.

Mit scheinbar guten Gründen, schließt doch § 12 Abs. 1 Nr. 1 InsO die Insolvenzfähigkeit von Bund und Ländern gänzlich aus und überlässt Nr. 2 dieser Norm den Ländern hinsichtlich ihrer aufsichtsrechtlich untergeordneten juristischen Personen – und damit auch der Gemeinden – die Entscheidung, ob diese dem Regelungsregime der InsO unterworfen sein sollen oder nicht. Als Grund bzw. Normzweck wird bei dieser Vorschrift zum einen auf das Herkommen, zum anderen auf die Notwendigkeit verwiesen, die Funktionsfähigkeit des Staates bzw. seiner Institutionen zu erhalten; sie solle nicht durch insolvenzrechtlich bedingte Alternativ- oder gar Überkompetenzen gestört werden.<sup>1</sup>

Dass aber selbst die scheinbar unverrückbare Aussage des § 12 Abs. 1 Nr. 1 InsO keineswegs ein Tabu kreiert, zeigt sich an der international sehr intensiven Debatte, die Ende des Jahres 2001 durch Anne Krueger vom Internationalen Währungsfonds ausgelöst wurde und die (vorläufig) bis zu einem Machtwort des US-amerikanischen Finanzministers Mitte 2003 gereicht hat – nämlich die Einführung eines mehr oder minder deutlich dem Planverfahren (bzw. seinem US-amerikanischen Pendant: dem Chapter 11-Verfahren) nachempfundenen Insolvenzverfahrens für Staaten.<sup>2</sup> Wenn damit also ein Sanierungsverfahren für souveräne Staaten denkbar und fast schon spruchreif geworden ist, können diesbezügliche Überlegungen hierzu lande schwerlich vor den Ländern und schon gar nicht vor den Gemeinden halt machen.

Dass die nachfolgenden Ausführungen allerdings nicht viel mehr als Gedankensplitter sind bzw. sein können, ergibt sich nicht nur aus der Neuartigkeit der Fragestellung, sondern auch und besonders aus der mit ihr angerührten Komplexität. Brähe man nämlich tatsächlich das der Regelung des § 12 Abs. 1 InsO zugrunde liegende System einer wechselseitigen Einstandspflicht (vergleichbar allenfalls der Verlustübernahmepflicht innerhalb eines Konzerns gem. § 302 AktG) auf, so hätte das – um nur ein Beispiel besagter Komplexität anzudeuten – u.U. nur äußerst schwer absehbare Konsequenzen, die bis hin zu einer Neubeurteilung der Länder und des Bundes durch die internationalen Rating-

Agenturen führen könnten.<sup>3</sup> Dass gleichwohl die Durchführbarkeit eines Insolvenzverfahrens ganz handfeste Vorteile mit sich brächte, ergibt sich nicht nur aus dem damit ermöglichten Neuanfang (das berühmte „Ende mit Schrecken“), sondern auch aus der Bündelung der Gläubiger in eine Zwangsgemeinschaft, die das Einstimmigkeitserfordernis außerhalb eines Insolvenzverfahrens durch Mehrheitsentscheidungen innerhalb dessen ersetzt.

#### II. Die Regelung des § 12 Abs. 1 Nr. 2 InsO

##### 1. Verantwortung der Länder

Die vom Bundesgesetzgeber in der Nr. 1 des § 12 Abs. 1 InsO angeordnete Unfähigkeit von Bund und Ländern soll trotz der soeben einleitend vorgetragenen Erwägungen hier nicht weiter problematisiert werden. Vielmehr beschränken sich die nachfolgenden Überlegungen allein auf die in Nr. 2 dieser Norm angesprochenen juristischen Personen „des öffentlichen Rechts, die der Aufsicht eines Landes unterstehen“ – und hier auch nur für die Gemeinden. Für sie statuiert diese Norm die Insolvenzfähigkeit und damit die Anwendbarkeit der gesamten InsO, „wenn das Landesrecht dies bestimmt“. Damit verweist der Bundesgesetzgeber also auf die grds. bestehende Insolvenzfähigkeit, wie sie ganz pauschal in § 11 Abs. 1 Nr. 1 InsO für alle juristischen Personen (gleich ob privat- oder öffentlich-rechtlich) vorgesehen ist, und erlegt dem Landesgesetzgeber die Verantwortung und Entscheidung dafür auf, ob u.a. die in dessen Hoheitsbereich fallenden Gemeinden dem Regime der InsO unterfallen sollen oder nicht. So weit ersichtlich, haben sich sämtliche Landesgesetzgeber im verneinenden Sinne entschieden.<sup>4</sup>

Das ist nicht unvernünftig, würde doch die uneingeschränkte Anwendbarkeit des Insolvenzrechts bei Gemeinden zu vollkommen untragbaren Ergebnissen führen: Es genügen selektive Hinweise – etwa auf § 13 Abs. 1 InsO, demzufolge jeder Gläubiger der Gemeinde den Insolvenzantrag stellen dürfte; oder auf § 27 Abs. 2 Nr. 2

\* Ich danke meinem Assistenten, Herrn Wolfgang Zenker, für anregende Diskussionen zu diesem Thema.

1 S. etwa MünchKomm-InsO/Ott, § 12 Rn. 1; vorsichtiger etwa Prütting, in: Kübler/Prütting, InsO, § 12 Rn. 2; Uhlenbruck/Hirte, InsO, § 12 Rn. 7.

2 Zu diesem Themenkomplex s. nur Paulus, WM 2002, 725 ff.; ders., RIW 2003, 401 ff. Zu einem – wichtigen – Teilaspekt der Diskussion ders., Die Rolle des Richters in einem künftigen SDRM, in: Gerhardt/Haarmeyer/Kreft (Hrsg.), Insolvenzrecht im Wandel der Zeit – FS Kirchhof, 2003, S. 421 ff.

3 Zu diesen das Wirtschaftsleben nachhaltig beeinflussenden, gleichwohl aber nur einer ausgesprochen geringen Kontrolle unterliegenden Agenturen gibt es aus juristischer Perspektive nur Weniges; eine rühmliche Ausnahme bildet etwa Däubler, BB 2003, 429 ff. S. auch Deipenbrock, BB 2003, 1849 ff.

4 S. nur die Nachweise bei HK-InsO/Kirchhof, § 12 Rn. 3; MünchKomm-InsO/Ott, § 12 Rn. 22 ff. Übrigens stellt sich für Berlin (wie auch für die anderen Stadtstaaten) die allenfalls auf den ersten Blick hypertroph anmutende Frage, ob ihm nicht sein Doppelstatus (vgl. nur Art. 1 I der Berliner Verfassung: „Berlin ist ein deutsches Land und zugleich eine Stadt“ die Möglichkeit eröffnet, als Land per Landesgesetz seine eigene Insolvenzfähigkeit als Gemeinde festzulegen. Es sprechen durchaus gewichtige Gründe für eine bejahende Antwort.

InsO, demzufolge ein Insolvenzverwalter zu bestellen wäre; oder auf den gesamten Regelungsbereich, der mit der Liquidation des schuldnerischen Vermögens zu tun hat; etc. Allerdings ist zu dieser „Vernünftigkeit“ anzumerken, dass sie einzig und allein daraus resultiert, dass sowohl Verfasser wie auch Rezipienten des Art. 12 Abs. 1 Nr. 2 InsO Tradiertes unreflektiert übernommen und damit den Anschluss an die Moderne verpasst haben, die sie im Kontext des Planverfahrens als Markenzeichen bzw. „Kernstück“<sup>5</sup> der neuen InsO gepriesen haben.

## 2. Von der ausschließlichen Liquidation hin zur Alternativen Sanierung

Was mit dem Vorstehenden angedeutet ist, ist jedem Insolvenzrechtler offenkundig – die Abkehr vom gesetzlich alleinig vorgesehenen Liquidationsmechanismus hin zur gleichwertigen, s. § 1 InsO, Sanierungsalternative. Deswegen reichen einige wenige Bemerkungen zur Vergewärtigung: Die Gläubiger sollen nicht mehr nur allein dadurch zu dem ihnen Geschuldeten und Gebührenden kommen können, dass das schuldnerische Vermögen zerschlagen, versilbert und ihnen sodann zur anteiligen Befriedigung ausgehändigt wird, sondern alternativ auch dadurch, dass sie im Zusammenwirken mit dem Schuldner versuchen, diesen wieder in den Zustand erfolgreicher Marktteilnahme zu bringen. Das primäre Mittel dazu ist das (seiner Ausgestaltung nach freilich ergebnisoffene) Planverfahren der §§ 217 ff. InsO.

Dass dieser Weg der Gläubigerbefriedigung nicht aus Altruismus, sondern aus einer ebenso schlichten wie besonnenen Einsicht in wirtschaftliche Gegebenheiten erfolgt, wird bereits bei einem kurzen Blick in den historischen Werdegang des insolvenzrechtlichen Sanierungsverfahrens erkennbar:<sup>6</sup> Bereits der erste Princeps des römischen Reichs, Augustus, konnte es sich nicht leisten, die durch die vorangegangenen Bürgerkriege drastisch reduzierte senatorische Oberschicht auch noch durch das Infamie-behaftete Konkursverfahren noch weiter dezimiert zu sehen; folglich gestattete er diese, den Makel des Konkurses ausmachende und einer Art bürgerlichen Todes gleichkommende Rechtsfolge dadurch zu vermeiden, dass ein unverschuldet zahlungsunfähiger Senator seinen Gläubigern sein gesamtes Vermögen freiwillig übertrug (cessio bonorum).

Fast 2000 Jahre später – Mitte/Ende des 19. Jh. – begegnen wir erneut einem Ausweichen der strengen Liquidationsfolge; erneut ausgelöst durch ein „Sich-nicht-Leisten-Können“. Schauplatz dessen sind die USA, denen zu dieser Zeit die ersten Eisenbahnunternehmen pleite gingen. Das Land war aber schon damals so groß, dass der Zusammenhalt der Bürger (des Staatsvolkes) auf das Funktionieren eines großflächigen Transportwesens angewiesen war. Folglich rekurrierte der US-amerikanische Gesetzgeber auf die Sanierungsalternative und entwickelte damals den ersten Vorläufer des heutigen Chapter 11-Verfahrens.

Das gleiche Muster findet sich sodann bei dem heutigen, weltweit zu beobachtenden Siegeszug der insolvenzrechtlichen Sanierungsalternative – auch wenn die Gründe für das „Sich-nicht-Leisten-Können“ unterschiedlich sind.

Vornehmlich in den Transitions- aber auch in vielen der ärmeren Länder resultiert dies aus der schlichten Notwendigkeit, dass man nicht die gesamte Wirtschaft des jeweiligen Landes zerschlagen und liquidieren kann. In den wirtschaftlich entwickelten Ländern liegt der Grund in dem Übergang zur Dienstleistungsgesellschaft: Hier treten die dem Vollstreckungsrecht (und damit der Liquidation) geläufigen Vermögensgegenstände – Mobilien, Immobilien, Forderungen – mehr und mehr in den Hintergrund und weichen anderen, vollstreckungsrechtlich nicht mehr recht fassbaren Gütern wie good will, know how, Kundenstamm, etc. Wer ein Gebäudereinigungsunternehmen, einen Sportverein oder ein Softwarehaus liquidiert, kann in den allermeisten Fällen nur verlieren; wenigstens die Chance zum Gewinnen hat er dagegen, wenn dieser Schuldner wieder in den Markt zurückfindet und dort Einnahmen erzielt.

## 3. Konsequenz für Gemeindeinsolvenzen

Schließlich: Natürlich steht außer Frage, dass man es sich nicht leisten kann, eine Gemeinde der insolvenzrechtlichen Liquidation anheimzugeben – genauso wenig wie das bei einem Land wie etwa Argentinien denkbar wäre. Jedoch: Die Alternative dazu ist seit dem In-Kraft-Treten der InsO nicht mehr die, dass das Insolvenzrecht dann eben keine Anwendung finden kann. Es kann durchaus – aber halt nur in Gestalt des Sanierungs- bzw. Planverfahrens der §§ 217 ff. InsO. Und genau das ist es, was nicht nur – verzeihlicher Weise – Nichtjuristen übersehen, die etwa als Ökonomen Gutachten über die Finanzsituation einzelner Gemeinden verfassen und dabei die Insolvenzalternative mit dem alleinigen Hinweis auf die Unmöglichkeit einer Liquidation beiseite schieben.<sup>7</sup> Deutlich weniger verzeihlich ist dieser Anachronismus dagegen, wenn ihn auch der Bundesgesetzgeber selbst mit seiner lapidaren Regelung in § 12 Abs. 1 Nr. 2 InsO und, im Gefolge dessen, auch die Landesgesetzgeber übersehen. Denn die oben, bei Fn. 1 mitgeteilte Rechtfertigung des § 12 Abs. 1 InsO unterschlägt, dass die Situation durchaus denkbar ist, dass Gemeinden ihren hoheitlichen Aufgaben mangels eines einen Schnitt ausmachenden und einen Neuanfang ermöglichenden Insolvenzverfahrens gerade nicht mehr nachkommen können, dass sich also diese Norm als kontraproduktiv erweist.

Damit stellt sich die Frage, ob der Landesgesetzgeber das ihm durch die besagte Norm eingeräumte Wahlrecht dergestalt ausüben darf, dass er statt der vorgegebenen Alternativlösung ‚anwendbar oder nicht anwendbar‘ einen modifizierenden Mittelweg einschlagen dürfte; ob er also durch ein Übernahmegesetz das dann anzuwendende Insolvenzverfahren so ausgestalten kann, dass die InsO insofern nur eingeschränkt anzuwenden ist. Die Antwort ergibt sich primär aus Art. 72 Abs. 1 GG, demzufolge bei konkurrierender Gesetzgebung der Bund die Prärogative hat, wenn er von der entsprechenden Zuweisung Gebrauch macht.

<sup>5</sup> Vgl. nur den Abdruck in *Balz/Landfermann*, Die neuen Insolvenzgesetze, 2. Aufl. 1999, S. 460 (= vor § 217).

<sup>6</sup> Zum Folgenden *Paulus*, DStR 2002, 1866.

<sup>7</sup> Als ein Beispiel von wahrscheinlich unzähligen *Färber*, Zur extremen Haushaltsnotlage Berlins (Speyer, im August 2003), S. 109; im Netz unter [www.berlin.de/senfin/Download/AbtIII/03-09-17gutachtenproffaerber.pdf](http://www.berlin.de/senfin/Download/AbtIII/03-09-17gutachtenproffaerber.pdf).

Das spräche an sich dafür, dass die dem Landesgesetzgeber in § 12 Abs. 1 Nr. 2 InsO eingeräumte Wahl tatsächlich auf ein „ja“ oder „nein“ zur Übernahme der gesamten InsO beschränkt ist, dass also Modifikationen unzulässig wären.

Andererseits geht, wie gezeigt, der Bundesgesetzgeber selbst in § 11 Abs. 1 InsO von der Insolvenzfähigkeit (auch) von Gemeinden aus, offeriert dem Landesgesetzgeber jedoch eine dem Grundsatz nach zwar vernünftige, in der konkreten Ausgestaltung aber untragbare Entscheidungsmöglichkeit. Diese macht aber nur dann Sinn, wenn sie im Wege einer gewissermaßen teleologischen Reduktion auf das vernünftige Maß zurückgestutzt wird. Um also überhaupt den vom Bundesgesetzgeber selbst avisierten Rechtszustand herbeizuführen und um dem Wahlrecht überhaupt einen praktikablen Inhalt zu verleihen, wird man wohl eine Modifikation des anwendbaren Regelungsgehalts der Insolvenzordnung durch den Landesgesetzgeber als zulässig ansehen müssen.<sup>8</sup>

### III. Eine denkbare Ausgestaltung des Verfahrens

Wie das Verfahren selbst ausgestaltet werden muss, um einerseits den besonderen Bedürfnissen und Verpflichtungen des hier in Frage stehenden Schuldners gerecht zu werden, ohne dabei – andererseits – die ebenso berechtigten Belange und Interessen der anderen Beteiligten sowie weiterer Drittbetroffener zu vernachlässigen, ist – abgesehen von der normierten Vorgabe in § 12 Abs. 2 InsO – naturgemäß schwierig zu beantworten und führt in die bereits eingangs angesprochene Komplexität der Aufgabe. Es erscheint aber durchaus legitim zu sein, dabei in Anlehnung an die den Juristen seit jeher bei der Bewältigung neuer Aufgaben vertraute Vorgehensweise<sup>9</sup> nach möglichen Vorbildern zu suchen. Bekanntlich ist das nahe liegende Model dafür das US-amerikanische Chapter 9-Verfahren.<sup>10</sup> Es ist nicht nur das m.W. weltweit ausgefeilteste Gemeindeinsolvenzverfahren mit dem größten Fundus an Fallerfahrungen (weit über 100 Fälle allein seit 1981); es ist auch wegen seiner recht engen Anlehnung an das Chapter 11-Verfahren deswegen ein brauchbares Vorbild für Deutschland, weil das hiesige Planverfahren seinerseits in weiten Teilen dem Chapter 11-Verfahren nachgebildet ist.

#### 1. Antragstellung

Entgegen § 13 Abs. 1 Nr. 2 InsO, der die Antragsberechtigung sowohl dem Schuldner als auch seinen Gläubigern einräumt, kann dieses Recht im Falle einer Gemeindeinsolvenz immer nur ausschließlich bei der Gemeinde selbst liegen; die Ziehung der Insolvenzoption ist also immer nur ein freiwilliger Akt. Jede andere Regelung wäre – nun tatsächlich – mit der Aufgabenbewältigung der Gemeinden nicht zu vereinbaren; sie wären durch Fremdanträge unerträglichen Handlungszwängen ausgesetzt, die sich bei großen Gemeinden schlechterdings nicht mehr steuern ließen.

Die hier postulierte und dem US-amerikanischen Recht nachempfundene, §§ 901, 301 Bankruptcy Code (BC), Ausschließlichkeit der Antragsbefugnis ist dem deutschen Recht keineswegs eine völlig unbekannte Figur: Bekanntlich kann allein der Schuldner den Insolvenzgrund der drohenden Zahlungsunfähigkeit zur Verfahrenseinleitung

nutzen. Und im Falle etwa einer Bankeninsolvenz ist den Gläubigern gleichfalls die Antragsbefugnis durch § 46b Abs. 1 Satz 4 KWG entzogen und ausschließlich der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungen übertragen.

#### 2. Verfahrenstyp

Es wurde bereits angemerkt, dass jeder Gedanke an eine Liquidation naturgemäß von vornherein ausgeschlossen ist. Sie würde selbst bei Außerachtlassung aller anderen Gründe regelmäßig schon an dem – im vorliegenden Kontext vielfach genannten – § 882a Abs. 2 ZPO scheitern. Er entzieht dem vollstreckungsrechtlichen (und damit über § 36 InsO auch dem insolvenzrechtlichen) Zugriff all diejenigen Vermögensgegenstände der Gemeinde, die „für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben des Schuldners unentbehrlich sind oder deren Veräußerung ein öffentliches Interesse entgegensteht“.

#### 3. Planinitiativrecht

Folglich kann das Verfahren nur ein Planverfahren sein – und zwar eines, das das ausschließliche Planinitiativrecht entgegen § 218 InsO dem Schuldner vorbehält. Dies ist etwa in § 941 BC so vorgesehen, kann aber wohl sachnotwendig gar nicht anders geregelt werden. Bereits bei kleineren Gemeinden dürfte die Komplexität der zu berücksichtigenden Faktoren die Kompetenz eines jeden außen stehenden Dritten als Planverfasser übersteigen.

#### 4. Verfahren

Was den Plan i.Ü. anbelangt, kann das bestehende Recht der §§ 217 ff. InsO weitestgehend übernommen werden – etwa also Planinhalt, § 219 InsO, Gruppenbildung, § 222 InsO, Erörterungs- und Abstimmungstermin, § 235 InsO, oder Planverfahren insgesamt. Letzteres schließt auch das Abstimmungsverfahren nach den §§ 241 ff. InsO ein. Hier ist nur zu modifizieren, was unter dem Terminus „voraussichtlich nicht schlechter gestellt“ in § 247 Abs. 2 Nr. 1 InsO gemeint sein kann; schließlich ist die Liquidationsalternative nach dem Voranstehenden gerade versperrt. Folglich kann damit nur der hypothetische Verlauf der Dinge ohne Durchführung eines Planverfahrens gemeint sein.

#### 5. Eigenverwaltung

Allein schon die Vorstellung der Frage, ob im Falle einer Gemeindeinsolvenz ein Insolvenzverwalter (in welcher Ausgestaltung auch immer) eingesetzt werden sollte, führte wohl bei vielen früheren (vielleicht auch heutigen) Autoren zu der befürchteten oder gar perhorreszierten Alternativkompetenz innerhalb einer Gemeinde, angesichts derer es schon den Anfängen zu wehren galt.

<sup>8</sup> Dass sich hieraus erhebliche Probleme ergeben können wie etwa das, dass jedes Bundesland möglicherweise unterschiedliche Modifikationen vornimmt, dass damit Probleme für die Revisibilität dieses Insolvenzverfahrens beim BGH entstehen und dass somit bundesstaatlich begrenzte Gemeindeinsolvenzverfahren entstehen, ergibt sich aus der hier vorgestellten Überlegung. Sie sollten den Bundesgesetzgeber dazu veranlassen, schnellstmöglich die gebotenen Änderungen selbst vorzunehmen.

<sup>9</sup> Vgl. hierzu *Paulus*, Verbindungslinien zwischen altem und neuem Recht, in: Schermaier/Rainer/Winkel (Hrsg.), *Iurisprudentia universalis*, FS Mayer-Maly, 2002, S. 563 ff.

<sup>10</sup> Für die vorliegenden Zwecke genügt die übersichtliche Darstellung: *Municipality Bankruptcy – Chapter 9* (Public Information Series of the Bankruptcy Judges Division): [www.ctb.uscourts.gov/Doc/chap9.html](http://www.ctb.uscourts.gov/Doc/chap9.html).

Aber auch hier ist das moderne Insolvenzrecht bereits einen Schritt weiter, indem es in den §§ 270 ff. die dem US-amerikanischen debtor in possession nachempfundene Eigenverwaltung vorsieht. Sie müsste aus wohl unmittelbar einsichtigen Gründen bei Gemeindeinsolvenzen der Regelfall sein, von dem allenfalls in wohlbegründeten Ausnahmen abgewichen werden darf.

Das schließt nicht aus, dass ein Kontrolleur<sup>11</sup> – vergleichbar dem in § 274 InsO vorgesehenen Sachwalter – Planverifizierung und -durchführung überwacht.<sup>12</sup> Nur darf die Kontrolle nicht mit der der Gemeinde obliegenden Erfüllung ihrer spezifisch hoheitlichen Aufgaben interferieren. Auch hierbei ist der Blick auf das US-amerikanische Model aufschlussreich: Hier darf das Gericht grds. nicht in die Quere kommen mit (1) irgendeiner der politischen oder gouvernementalen Rechte des Schuldners, (2) irgendeinem Vermögen oder Steueraufkommen des Schuldners oder (3) mit dem schuldnerischen Gebrauch und Nutzziehung irgendeines ertragproduzierenden Vermögens.<sup>13</sup>

## 6. Sonstiges

Schließlich mag noch zu erwähnen sein, dass weitere Eigenheiten eines jeden Insolvenzverfahrens auch im Falle einer Gemeindeinsolvenz Anwendung finden können. Das ist einmal die Bildung eines Gläubigerausschusses; bei ihm muss natürlich auch die Kompetenz sorgfältig auf die besonderen Belange dieses Schuldnerstyps abgestimmt werden. Des Weiteren gelten auch alle Regeln, die den automatic stay eines deutschen Insolvenzverfahrens ausmachen; das sind insbesondere die §§ 80 ff. InsO. Und schließlich gilt Gleiches auch für die Vorschriften über die Insolvenzanfechtung, §§ 129 ff. InsO; gläubigerbenachteiligende Rechtshandlungen im Vorfeld können demnach angefochten und ihre benachteiligende Wirkung rückgängig gemacht werden.<sup>14</sup>

Vergleichbares gilt für die Gründe für eine Verfahrenseröffnung. Nach dem derzeit existierenden Insolvenzrecht könnte eine Gemeinde in ein Insolvenzverfahren immer schon dann geraten, wenn einer der drei in den §§ 17 – 19 InsO genannten Eröffnungsgründe vorläge – vorausgesetzt natürlich, das betreffende Landesrecht würde die Insolvenzooption überhaupt gewähren. Das erscheint jedoch eine wenig glückliche Lösung zu sein angesichts der nun einmal durch keine Gleichstellung hinweg zu diskutierenden spezifischen Besonderheiten des hier in Frage stehenden Schuldnerstyps ‚Gemeinde‘. Folglich sollten hier Einschränkungen dergestalt vorgenommen werden, dass außer dem Vorliegen eines herkömmlichen Insolvenzgrundes weitere Erfordernisse erfüllt sein müssen.

Nach dem Vorbild des § 109 (c) (5) Bankruptcy Code (BC) könnten dies etwa folgende Alternativen sein: entweder die Zustimmung der eine Forderungsmehrheit haltenden Gläubiger in jeder Gläubigergruppe, die nach dem beabsichtigten Plan des avisierten Insolvenzverfahrens beeinträchtigt werden sollen; oder wenn die Gemeinde nachweisen kann, dass sie einen entsprechenden Versuch ernsthaft unternommen hat und ohne eigenes Verschulden damit gescheitert ist; oder dass die Gemeinde nachweist, dass Verhandlungen mit ihren Gläubigern von vornherein

unpraktikabel sind;<sup>15</sup> oder dass sie auf Grund begründeter Anhaltspunkte davon ausgehen darf, dass ein Gläubiger eine Rechtshandlung vornehmen wird, die in einem eröffneten Insolvenzverfahren angefochten werden kann.<sup>16</sup>

## IV. Ausblick und Zusammenfassung

Die Finanznotlage einer Vielzahl von deutschen Gemeinden legt den Gedanken an ein Insolvenzverfahren nahe. Dies umso mehr, als es der Gesetzgeber der InsO selbst ist, der von einer Insolvenzfähigkeit dieser juristischen Personen des öffentlichen Rechts ausgeht. Die Vorteile der Durchführung liegen auf der Hand – allem voran die damit geschaffene Möglichkeit, nach einem schmerzhaften Einschnitt einen Neuanfang gestalten zu können. Was diesen Gedanken gleichwohl so gewagt erscheinen lässt, ist ein mentales Verharren bei dem noch in der KO allein geregelten Zerschlagungsmechanismus. Das aber ist nunmehr bekanntlich Vergangenheit. Die InsO hat schließlich ein Reorganisierungsinstrumentarium in Gestalt des Planverfahrens geschaffen, das ein erneutes, modernisiertes Überdenken der Insolvenzooption für Gemeinden erforderlich macht und rechtfertigt.

Auch wenn es vorzuzugswürdig wäre, dass der Bundesgesetzgeber selbst die Initiative ergreift und einen eigenen Abschnitt (etwa nach § 12 InsO) mit den erforderlichen Modifikationen des einschlägigen Verfahrens schafft, dürfte es sich aber nach der jetzigen Rechtslage bereits so verhalten, dass die Länder entsprechende Modifikationen vornehmen und ihren Gemeinden damit eine realistische Insolvenzooption eröffnen dürfen. Die wesentlichen Einschränkungen gegenüber dem Regelverfahren betreffen Antragsberechtigung, Beschränkung auf das Planverfahren mit alleinigem Initiativrecht der Gemeinde sowie die grds. vorzusehende Eigenverwaltung mit beigefügtem Sachwalter; außerdem sollte ein Verfahren nicht schon ohne weiteres bei bloßem Vorliegen eines Insolvenzeröffnungsgrundes möglich sein.

11 Die in § 56 InsO geforderte Geeignetheit des Verwalters für den jeweiligen Einzelfall macht hinreichend deutlich, dass für eine derartige Aufgabe wohl nicht jedweder Insolvenzverwalter herkömmlichen Zuschnitts in Frage kommt, sondern diese Person ggf. in einer ganz anderen Umgebung gesucht werden muss.

12 Im Falle der „Sanierung“ etwa des Landes Bremen in den frühen 90er Jahren des letzten Jahrhunderts wäre ein solcher Kontrolleur durchaus empfehlenswert gewesen.

13 § 904 BC: Notwithstanding any power of the court, unless the debtor consents or the plan so provides, the court may not, by any stay, order, or decree, in the case or otherwise, interfere with –

(1) any of the political or governmental powers of the debtor;  
(2) any of the property or revenues of the debtor; or  
(3) the debtor's use or enjoyment of any income-producing property.

14 All diese Optionen sind hier nur pauschal in Betrachtung gezogen. Die Einzelausgestaltung bedarf natürlich einer ausführlichen Analyse.

15 Diese Vorschrift wurde 1976 in das Gesetz aufgenommen, weil zuvor die Stadt New York an sich in das Chapter 9-Verfahren eintreten wollte, dies aber deswegen nicht konnte, weil sie auf Grund ihrer Anleihen so viele und – vor allem – anonyme, ihr nicht bekannte Gläubiger hatte.

16 § 109 (c) BC: An entity may be a debtor under chapter 9 ... if and only if such entity ...

(5) (A) has obtained the agreement of creditors holding at least a majority in amount of the claims of each class that such entity intends to impair under a plan in a case under such chapter;

(B) has negotiated in good faith with creditors and has failed to obtain the agreement of creditors holding at least a majority in amount of the claims of each class that such entity intends to impair under a plan in a case under such chapter;  
(C) is unable to negotiate with creditors because such negotiations is impracticable; or

(D) reasonably believes that a creditor may attempt to obtain a transfer that is avoidable under section 547 of this title.