



Maximilian F. R. Hoffmann

Die geordnete  
gebietskörperschaftliche  
Insolvenz am Beispiel  
deutscher Kommunen



# Europäische Hochschulschriften

Publications Universitaires Européennes  
European University Studies

## **Reihe II Rechtswissenschaft**

Série II Series II  
Droit  
Law

**Bd./Vol. 5378**



**PETER LANG**

Frankfurt am Main · Berlin · Bern · Bruxelles · New York · Oxford · Wien

Maximilian F. R. Hoffmann

Die geordnete  
gebietskörperschaftliche  
Insolvenz am Beispiel  
deutscher Kommunen



**PETER LANG**

Internationaler Verlag der Wissenschaften

**Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek**

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Hamburg, Bucerius Law School, Diss., 2012

H 360

ISSN 0531-7312

ISBN 978-3-653-02243-8 (E-Book)

DOI 10.3726/978-3-653-02243-8

ISBN 978-3-631-62488-3 (Print)

© Peter Lang GmbH

Internationaler Verlag der Wissenschaften

Frankfurt am Main 2012

Alle Rechte vorbehalten.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

[www.peterlang.de](http://www.peterlang.de)

*MEINEN ELTERN!*



## VORWORT

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2012 (Tag der mündlichen Prüfung: 22. Juni 2012) als Dissertation an der Bucerius Law School - Hochschule für Rechtswissenschaft - angenommen. Ausgewählte Literatur und Rechtsprechung konnten bis Juli 2012 berücksichtigt werden.

Es ist guter Brauch an dieser Stelle jenen Menschen zu danken, die an der Entstehung dieser Arbeit mitgewirkt haben. Zunächst gilt mein besonderer Dank deshalb meinem Doktorvater Herrn Professor Dr. Jörn Axel Kämmerer, der es mir ermöglicht hat, die akademische Debatte um die Etablierung einer geordneten gebietskörperschaftlichen Insolvenz zu einem Zeitpunkt zu befeuern, da die Verschuldung der öffentlichen Hand stärker als jemals zuvor im Bewusstsein der Öffentlichkeit steht. Dieser Weitblick und zudem die beispiellosen Rahmenbedingungen an der Bucerius Law School haben mir das Privileg verschafft, rechtspolitisch aktuelle wissenschaftliche Forschung zu erleben und zu erlernen. Herrn Professor Kämmerer und Herrn Professor Dr. Michael Fehling sei ferner für die äußerst zügige Erstellung der Gutachten gedankt.

Mein ausdrücklicher Dank gilt zudem einer heterogenen Schar von guten Seelen, die mir mit Rat und Tat bei der Durchsicht meines Manuskripts zur Seite standen. Zuvorderst sei an dieser Stelle natürlich meiner Mutter, Dr. Christiane Hoffmann, gedankt. Aber auch meinem Onkel, Professor Dr. Jens Malte Fischer, sowie meinen Freunden und Mitdoktoranden Alexander Ernst, Gregor Imelauer, Laurence O'Hara, Tilman Steinert und Jan Wildhirth gebührt mein großer, ehrlich empfundener Dank für aufwendige Korrekturen und unermüdliche Diskussionsbereitschaft.

Mein letzter und ganz persönlicher Dank gilt jedoch meinen Eltern, Professor Dr. Dr. Tomas F. Hoffmann und Dr. Christiane Hoffmann, für die unermessliche emotionale Wärme, elterliche Stabilität und Anteilnehmende Selbstlosigkeit, die ich Zeit meines Lebens von ihnen erfahren durfte. Die Sicherheit eines stabilen, aufrichtigen und fröhlichen Elternhauses hat mich gerade in entscheidenden Abschnitten meines Lebens stets begleitet und die vorliegende Arbeit damit erst ermöglicht.

Meinen Eltern sei meine Doktorarbeit deshalb in tiefer Dankbarkeit gewidmet!

**Berlin, im Juli 2012**

*Maximilian F. R. Hoffmann*



## INHALTSÜBERSICHT

<b>EINFÜHRUNG</b> .....	1
<b>§ 1 Staatsverschuldung wirksam begrenzen!?</b> .....	23
A. Das Dogma von der Insolvenzunfähigkeit .....	23
B. Möglichkeiten und Grenzen präventiver „Schuldenbremsen“ .....	27
<b>§ 2 Das „Damoklesschwert“ der Zahlungsunfähigkeit</b> .....	69
A. Stand der öffentlichen Verschuldung in Deutschland .....	69
B. Moderne Rechtsgeschichte der gebiets- körperschaftlichen Insolvenz .....	88
<b>§ 3 Gegenwärtige Gewährleistung der kommunalen Zahlungsfähigkeit</b> .....	109
A. Das Gemeindefinanzierungssystem .....	109
B. Kommunales Aufsichtsrecht zur Prävention und Bewältigung von Haushaltsnotlagen .....	152
<b>§ 4 Gegenwärtige Mechanismen der Anspruchsdurchsetzung bei kommunaler Insolvenz</b> .....	171
A. Einzelzwangsvollstreckung in das kommunale Vermögen .....	172
B. Einstandspflichten des Landes .....	180
<b>§ 5 Die kommunale Insolvenz als Sanierungschance – ein Plädoyer</b> .....	209
A. Semantische Vorbemerkung – Von der Insolvenz zur Resolvenz .....	212
B. Kommunale Insolvenzverfahrensfähigkeit und Verfassungsrecht .....	251

C. Die Ausgestaltung einer geordneten kommunalen Insolvenz.....	273
<b>RESÜMEE IN THESEN .....</b>	<b>339</b>
<b>SCHRIFTTUM .....</b>	<b>357</b>

## INHALTSVERZEICHNIS

<b>EINFÜHRUNG</b> .....	1
<b>I. Thematische Annäherung</b> .....	1
1. Die aktuelle Diskussion um ein Insolvenzverfahren für Staaten.....	1
2. Der nationale Kontext: „Ein Hauch von Griechenland zieht durch die Rathäuser“ .....	5
<b>II. Terminologie</b> .....	8
1. Haushaltsnotlage .....	8
2. Insolvenz .....	9
3. Konkurs .....	11
4. (Staats-) Bankrott .....	11
5. (Staats-) Verschuldung.....	13
6. (Kommunale) Überschuldung.....	14
7. Zahlungsunfähigkeit.....	15
<b>III. Forschungsstand</b> .....	15
<b>IV. Gang und Ziel der Untersuchung</b> .....	19
<b>§ 1 Staatsverschuldung wirksam begrenzen!?</b> .....	23
<b>A. Das Dogma von der Insolvenzunfähigkeit</b> .....	23
<b>B. Möglichkeiten und Grenzen präventiver „Schuldenbremsen“</b> .....	27
I. Abgrenzung .....	27
II. Europäische Schuldenbegrenzungsmechanismen – ein Überblick ....	30
1. Die Lage vor der „Euro-Krise“ .....	30
a) „No-bail-out-Klausel“ in Art. 125 AEUV .....	30

b)	Haushaltsdisziplin – Art. 126 AEUV und der Stabilitäts- und Wachstumspakt .....	31
2.	<i>Einbindung der Kommunen in das europäische Regelwerk?</i> .....	32
a)	Der Nationale Stabilitätspakt .....	33
b)	Auswirkungen auf die Kommunen .....	34
3.	<i>Gegenwärtige Entwicklungen</i> .....	36
a)	Grenzen der „Maastricht-Kriterien“ .....	36
b)	Europäische Finanzstabilisierung – „Griechenlandkrise“ .....	38
(1)	Die Entwicklung einer Europäischen Finanzstabilisierung....	38
(2)	Verstoß gegen Unions- und Verfassungsrecht?.....	40
4.	<i>Zwischenergebnis</i> .....	42
III.	Die neue „Schuldenbremse“ im Grundgesetz.....	43
1.	<i>Ziel der Neuregelung</i> .....	43
2.	<i>Das bisherige Staatsschuldenrecht und seine Defizite</i> .....	45
3.	<i>Die Ausgestaltung der „Schuldenbremse“ nach der Föderalismusreform II</i> .....	48
4.	<i>Begleitende Maßnahmen</i> .....	50
a)	Verfahrensrechtliche Absicherung durch ein „Frühwarnsystem“ .....	50
b)	Übergangsphase .....	51
c)	Konsolidierungshilfen.....	52
5.	<i>Auswirkung der Schuldenbremse auf die Kommunen</i> .....	52
a)	Konsolidierung der Länderhaushalte zu Lasten der Kommunen? .....	52
b)	Äußerste Grenze: Finanzielle Mindestausstattung .....	54
6.	<i>Zwischenergebnis</i> .....	56
a)	Chance zum Paradigmenwechsel.....	56
b)	Schwächen der Neuregelung .....	57
c)	Notwendigkeit eines Mentalitätswechsels.....	59
IV.	Landesverfassungsrechtliche Verschuldungsbegrenzung .....	60

1.	<i>Die Lage vor der Föderalismusreform II</i> .....	60
2.	<i>Landesrechtliche Auswirkungen der Föderalismusreform II</i> .....	61
V.	Verschuldungsgrenzen auf kommunaler Ebene .....	64
VI.	Fazit: Ein strenges Staatsschuldenrecht erzwingt noch keine soliden Staatsfinanzen! .....	66
<b>§ 2</b>	<b>Das „Damoklesschwert“ der Zahlungsunfähigkeit</b> .....	69
<b>A.</b>	<b>Stand der öffentlichen Verschuldung in Deutschland</b> .....	69
I.	Die gesamtstaatliche Verschuldung.....	70
1.	<i>Allgemeiner Überblick</i> .....	70
2.	<i>Staatsverschuldung im internationalen Vergleich</i> .....	72
II.	Die Verschuldung der Bundesländer .....	73
III.	Die Lage der Kommunen – Der finanzielle Kollaps droht.....	78
1.	<i>Die kommunale Finanzkrise</i> .....	78
a)	Allgemeiner Überblick .....	79
b)	Oberhausen – Ein Beispiel.....	81
2.	<i>Die Perspektive</i> .....	83
3.	<i>Die Ergebnisse der Gemeindefinanzkommission</i> .....	85
IV.	Fazit: Staatsschuldenkrise auf allen Verwaltungsebenen!.....	86
<b>B.</b>	<b>Moderne Rechtsgeschichte der gebietskörperschaftlichen Insolvenz</b> .....	88
I.	Insolvenzen des staatlichen Souveräns .....	89
1.	<i>Der Staatsbankrott in der deutschen Rechtsgeschichte</i> .....	91
a)	Erfahrungen der Weimarer Republik.....	91
b)	Erfahrungen nach Ende des Zweiten Weltkriegs .....	91
2.	<i>Der Staatsbankrott im Ausland</i> .....	92
a)	Ein kurzer Überblick über das 19. und 20. Jahrhundert .....	92

b)	Der Fall Argentinien .....	94
c)	Jüngere Entwicklung.....	95
(1)	Island.....	95
(2)	Griechenland.....	96
(3)	USA.....	97
3.	<i>Zwischenergebnis</i> .....	98
II.	Insolvenzen subnationaler Gebietskörperschaften.....	98
1.	<i>Der Fall von Orange County (Kalifornien / USA)</i> .....	99
2.	<i>Der Fall Leukerbad, Wallis (Schweiz)</i> .....	101
3.	<i>Der Fall der sächsischen Stadt Glashütte (Deutschland)</i> .....	103
4.	<i>Zwischenergebnis</i> .....	105
III.	Fazit: Gebietskörperschaftliche Insolvenzen als Teil der Lebenswirklichkeit! .....	106

<b>§ 3</b>	<b>Gegenwärtige Gewährleistung der kommunalen Zahlungsfähigkeit</b> .....	109
<b>A.</b>	<b>Das Gemeindefinanzierungssystem</b> .....	109
I.	Die Kommunale Selbstverwaltung .....	110
II.	Die Garantie einer angemessenen Finanzausstattung als Teil der kommunalen Finanzhoheit.....	113
1.	<i>Aufgabenangemessene Finanzausstattung</i> .....	113
2.	<i>Finanzielle Mindestausstattung für freiwillige Selbst- verwaltungsaufgaben</i> .....	115
a)	Vorbehaltlose finanzielle Gewährleistung eines Mindest- maßes an freiwilligen Aufgaben .....	116
b)	Vorbehalt der Leistungsfähigkeit bei weiterer freiwilliger Aufgabenwahrnehmung.....	117
3.	<i>Zwischenergebnis</i> .....	118
III.	Finanzbedarf und Finanzquellen.....	119
1.	<i>Aufgaben der Kommunen</i> .....	119

2.	<i>Ausgaben der Kommunen</i> .....	122
3.	<i>Einnahmen der Kommunen</i> .....	125
a)	Hoheitliche Einnahmen .....	127
(1)	Einnahmen aus Abgaben .....	127
(a)	Die Kommunen im grundgesetzlichen Steuerverbund.....	128
(b)	„Eigene“ kommunale Steuern.....	130
(c)	Einnahmen aus Beiträgen und Gebühren .....	131
(2)	Der aufgabenakzessorische Finanzausgleich.....	132
(a)	Konnexität zwischen Aufgabenverursachung und Finanzierungszuständigkeit .....	132
(b)	Striktes Konnexitätsprinzip in allen Bundesländern .....	133
(c)	Kostendeckung.....	134
(3)	Der allgemeine kommunale Finanzausgleich.....	135
(a)	Obligatorischer und fakultativer Finanzausgleich.....	135
(b)	Fiskalische und redistributive Funktion des Finanzausgleichs.....	135
(c)	Ausgestaltung der Finanzmittelzuteilung .....	136
(d)	Zwischenergebnis .....	139
b)	Nichthoheitliche Einnahmen.....	140
(1)	Sonstige (privatrechtliche) Einnahmen bzw. Entgelte .....	140
(2)	Alternative Finanzierungsformen .....	141
(3)	Kreditfinanzierte „Einnahmen“ .....	142
(a)	Der Kommunalkredit .....	142
(b)	Privilegierung des Kommunalkredits .....	143
IV.	Fazit: Ein Finanzierungssystem zwischen Anspruch und Realität!..	146
1.	<i>Grundsätzliche Möglichkeiten des Systems</i> .....	146
2.	<i>Schwächen des Systems und seines Vollzugs</i> .....	147
a)	Stetige Umgehung des strikten Konnexitätsprinzips.....	147
b)	Keine Stabilität des kommunalen Finanzausgleichs .....	148
c)	Kaum selbstbestimmte Einnahmeerzielung.....	149

d)	Unzureichende Ausgabenflexibilität .....	149
e)	Letzter Ausweg: Kommunalkredit .....	150
<b>B.</b>	<b>Kommunales Aufsichtsrecht zur Prävention und Bewältigung von Haushaltsnotlagen</b> .....	<b>152</b>
I.	Die Pflicht zum Haushaltsausgleich zwischen Kameralistik und Doppik .....	153
1.	<i>Der Haushaltsausgleich in der Kameralistik</i> .....	154
2.	<i>Der Haushaltsausgleich in der Doppik</i> .....	155
II.	Ziele aufsichtsrechtlicher Maßnahmen im Haushaltsrecht .....	157
III.	Präventive aufsichtsrechtliche Maßnahmen .....	159
1.	<i>Anzeigepflichten / Genehmigungsvorbehalte</i> .....	159
2.	<i>Exkurs: Das Frühwarnsystem „RUBIKON“</i> .....	161
IV.	Repressive aufsichtsrechtliche Maßnahmen .....	162
1.	<i>Haushaltssicherungskonzept</i> .....	163
2.	<i>Vorläufiger Haushalt</i> .....	165
3.	<i>Die Bestellung eines Beauftragten („Sparkommissar“)</i> .....	166
V.	Fazit: Kommunalaufsichtliche Möglichkeiten und ihre Grenzen! ...	167
1.	<i>Kommunalaufsicht und kommunale Selbstverwaltung</i> .....	168
2.	<i>Faktische Grenzen der Einflussnahme</i> .....	168
<b>§ 4</b>	<b>Gegenwärtige Mechanismen der Anspruchsdurchsetzung bei kommunaler Insolvenz</b> .....	<b>171</b>
<b>A.</b>	<b>Einzelzwangsvollstreckung in das kommunale Vermögen</b> .....	<b>172</b>
I.	Vollstreckung zivilgerichtlicher Titel .....	173
1.	<i>Vollstreckung gegen juristische Personen des öffentlichen Rechts, § 882a ZPO</i> .....	173
2.	<i>Vollstreckung gegen Gemeinden und Gemeindeverbände</i> .....	174
a)	<i>Zulassungsverfügung</i> .....	175

b)	Vollstreckungsfähige Vermögensgegenstände.....	176
(1)	Verwaltungs- und Finanzvermögen.....	176
(2)	Merkmal der Unentbehrlichkeit.....	177
II.	Vollstreckung verwaltungsgerichtlicher Titel .....	178
<b>B.</b>	<b>Einstandspflichten des Landes.....</b>	<b>180</b>
I.	Terminologie.....	183
1.	<i>Einstandspflicht</i> .....	183
2.	<i>Gewährleistungspflicht</i> .....	184
3.	<i>Gewährträgerhaftung</i> .....	184
II.	Einstandspflicht in Form einer Gewährträgerhaftung .....	185
1.	<i>Verfassungsrechtliche Verortung einer Gewährträgerhaftung</i> ....	185
a)	Eigentumsgarantie (Art. 14 I GG) und Rechtsstaatsgarantie (Art. 20 III GG).....	186
b)	Garantie der kommunalen Selbstverwaltung (Art. 28 II GG) ..	188
2.	<i>Bewertung der vorgestellten Ansätze</i> .....	190
a)	Gewährträgerhaftung nach Schwarz.....	190
(1)	Kommune existiert im Rahmen einer Sanierungsinsolvenz fort.....	190
(2)	Vollstreckungsschutz als verhältnismäßige Inhalts- und Schrankenbestimmung.....	191
(a)	Weder Schuldner- noch Forderungslosigkeit der Gläubiger .....	191
(b)	Ausfallrisiko als Ausdruck der Definitionsmacht des Gesetzgebers .....	191
(c)	Verhältnismäßigkeit der Vollstreckungsschutz- vorschriften .....	193
(d)	Kein Vertrauensschutz i. S. v. Art. 20 III GG .....	194
b)	Gewährträgerhaftung nach Nierhaus / Gebhardt .....	194
III.	Einstandspflicht in Form einer Gewährleistungspflicht .....	195

1.	<i>Keine Übertragbarkeit der Finanzverfassungsjudikatur zur Gewährung von Sanierungshilfen</i> .....	196
a)	Entwicklungslinien der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung.....	196
b)	Übertragbarkeit auf das Länder-Kommunen-Verhältnis .....	199
2.	<i>Kein Anspruch auf Fehlbedarfszuweisungen</i> .....	200
3.	<i>Keine Übertragbarkeit des Instituts der Anstaltslast aus dem Sparkassenrecht</i> .....	201
4.	<i>Gewährleistungspflicht aufgrund des Anspruchs auf angemessene Finanzausstattung aus Art. 28 II GG</i> .....	202
a)	Kollektiver kommunaler Anspruch auf angemessene Finanzausstattung.....	202
b)	Kein kommunal-individueller Gewährleistungsanspruch .....	203
(1)	Rückschluss aus der Rechtsprechung zur fehlenden Bestandsgarantie .....	203
(2)	Aufrechterhaltung der kommunalen Aufgabenwahr- nehmung durch Vollstreckungsschutz.....	204
(3)	Bezugsobjekt der Pflicht zur angemessenen Finanzausstattung.....	204
IV.	Fazit: Gläubiger bleiben auf Einzelzwangsvollstreckung beschränkt! .....	205

**§ 5 Die kommunale Insolvenz als Sanierungschance – ein Plädoyer** ..... 209

**A. Semantische Vorbemerkung – Von der Insolvenz zur Resolvenz.** 212

I.	Vom „Makel des Konkurses“ zur geordneten Sanierungsinsolvenz.....	212
1.	<i>Der Makel in der Praxis – ein aktueller Überblick</i> .....	213
2.	<i>Die Insolvenz in Literatur und Sprache</i> .....	214
3.	<i>Historische Wurzeln des Makels</i> .....	216

4.	<i>Der Makel und die derzeitige Rechtslage</i> .....	218
a)	Von der Verdammungstradition zum Paradigmenwechsel .....	218
b)	Vom Liquidations- zum Planverfahren .....	220
II.	Lösungswege anderer Rechtsordnungen .....	224
1.	<i>Das Schweizer Gesetz über die Schuldbetreibung gegen Gemeinden (GSchG)</i> .....	226
a)	Entstehung des GSchG .....	227
b)	Wesentliche Aspekte der gesetzlichen Regelung .....	228
(1)	Das Gläubigergemeinschaftsverfahren .....	229
(2)	Das Verfahren der Gläubigerbefriedigung unter Beiratschaft .....	231
c)	Das GSchG und die Folgen des „Falls Leukerbad“ – Vorbild für Deutschland? .....	234
2.	<i>Das US-amerikanische Chapter-9-Verfahren</i> .....	236
a)	Leitmotive des Verfahrens .....	237
b)	Wesentlicher Regelungsinhalt in Grundzügen .....	239
(1)	Verfahrenseröffnung .....	239
(2)	Eröffnungsfolgen .....	241
(3)	Insolvenzmasse .....	242
(4)	Insolvenzplan .....	243
(5)	Restschuldbefreiung .....	245
c)	Erfahrungen mit den Mechanismen des Chapter-9-Verfahrens .....	246
d)	Erkenntnisse für ein deutsches Regelwerk .....	247
III.	Fazit: Etablierung eines Resolvenzrechts für Kommunen! .....	249
<b>B. Kommunale Insolvenzverfahrensfähigkeit und Verfassungsrecht ...</b>		<b>251</b>
I.	Ausschluss kraft Verfassungsrechts? .....	252
1.	<i>Rückschlüsse aus den Bedenken gegenüber der Insolvenz- fähigkeit des Staates</i> .....	252

a)	Staatliche Souveränität und Zwangsgewalt .....	253
b)	Falscher Zuschnitt des (Insolvenz-)Verfahrens .....	255
c)	Gefährdung der staatlichen Funktionsfähigkeit.....	256
d)	Zwischenergebnis .....	257
2.	<i>Rückschlüsse aus der Insolvenzunfähigkeit anderer juristischer Personen des öffentlichen Rechts</i> .....	258
a)	Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Konkursfähigkeit von Kirchen.....	258
b)	Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Konkursfähigkeit von Rundfunkanstalten .....	260
3.	<i>Kommunale Selbstverwaltungsgarantie und Insolvenzverfahrensfähigkeit</i> .....	261
a)	Aushöhlung der Selbstverwaltungsgarantie?.....	262
b)	Die konkrete Ausgestaltung als hinlängliche Gewährleistung von Art. 28 II GG.....	263
(1)	Die kommunale Selbstverwaltung als verfassungsrechtliches Prinzip.....	265
(2)	Die Gesamtvollstreckung als verfassungsrechtliches Prinzip .....	266
(3)	Auflösung des Prinzipienkonflikts .....	267
II.	Anspruch kraft Verfassungsrechts? .....	268
1.	<i>Grundlegendes zur verfassungsrechtlichen Garantie eines Insolvenzrechts</i> .....	268
2.	<i>Rechtsanspruch der Kommunen auf eigene Insolvenzverfahrensfähigkeit?</i> .....	269
a)	Das Insolvenzverfahren als milderes Mittel? .....	269
b)	Eigenständigkeit des Insolvenzverfahrens.....	270
III.	Fazit: Weder Ausschluss noch Anspruch auf ein kommunales Insolvenzverfahren kraft Verfassungsrechts! .....	271

<b>C. Die Ausgestaltung einer geordneten kommunalen Insolvenz</b> .....	273
I. Gesetzgebungskompetenz für ein kommunales Insolvenzverfahren.....	274
1. <i>Allgemeine Betrachtungen</i> .....	274
a) Kompetenzkonflikt .....	274
b) Zuordnung nach Sachmaterie .....	275
2. <i>Konkrete Gestaltungsmöglichkeiten</i> .....	278
a) Derzeitige Ausgangslage .....	278
b) Weitere Regelungsoptionen.....	279
II. Verfahrensausgestaltung – Grundlagen, Besonderheiten und Wertungen .....	280
1. <i>Verfahrenseröffnung</i> .....	281
a) Eröffnungsantrag.....	281
b) Eröffnungsgründe .....	282
(1) Zahlungsunfähigkeit .....	282
(2) Drohende Zahlungsunfähigkeit .....	284
(3) Überschuldung .....	285
(4) Weitere Zulässigkeitskriterien .....	287
c) Eröffnungsfolge: Verfahrensstillstand.....	288
d) Zwischenergebnis .....	289
2. <i>Insolvenzmasse</i> .....	290
a) Kommunale Aufgabenwahrnehmung als Grenze.....	291
b) Möglichkeiten eines kommunalen Vollstreckungsschutzes .....	292
(1) Ausgangspunkt: Vollstreckungsschutz in der Einzel- zwangsvollstreckung.....	292
(2) Vollstreckungsschutz bei Sachen i. S. v. § 90 BGB.....	293
(a) Zusätzliches Kriterium: Der Widmungszweck?.....	294
(i) Notwendige Eingrenzung unter Beachtung der Fortführungsperspektive? .....	294

(ii)	Erweiterung bestehender Abgrenzungskriterien unzweckmäßig .....	296
(b)	Gleichlauf des Vollstreckungsschutzes .....	297
(3)	Vollstreckungsschutz bei (zukünftigen) Forderungen.....	298
(a)	Vorfragen .....	298
(b)	Vollstreckungsschutz bei öffentlich-rechtlichen Forderungen .....	301
c)	Zwischenergebnis .....	303
3.	<i>Insolvenzverwaltung</i> .....	303
a)	Bedenken gegen die Einsetzung eines Insolvenzverwalters.....	303
b)	Eigenverwaltung und Sachwalter .....	305
c)	Zwischenergebnis .....	307
4.	<i>Insolvenzplan – Das Verfahren</i> .....	308
a)	Der Verfahrensablauf im Planverfahren – ein kursorischer Überblick.....	309
(1)	Planerstellung.....	309
(2)	Zulassung durch das Insolvenzgericht.....	310
(3)	Abstimmung durch die Gläubiger .....	310
(4)	Obstruktionsverbot.....	312
(5)	Bestätigung durch das Insolvenzgericht .....	312
b)	(Notwendige) Modifikationen .....	313
(1)	Ausschließliches Planinitiativrecht der Kommune.....	313
(2)	Schlechterstellungsverbote im Planverfahren .....	314
(a)	Das Sanierungsverfahren als wirtschaftliche Alternative zur Liquidation.....	314
(b)	Das Schlechterstellungsverbot im Konflikt mit der mangelnden kommunalen Liquidationsfähigkeit .....	316
(3)	Restschuldbefreiung nach Verfahrensaufhebung .....	318
(a)	Allgemeines zu den Mechanismen der Restschuldbefreiung .....	318
(b)	Restschuldbefreiungsverfahren nach §§ 286 ff. InsO .....	321

(i) Grundzüge der Restschuldbefreiung nach §§ 286 ff. InsO.....	321
(ii) Anwendbarkeit im Rahmen eines kommunalen Insolvenzverfahrens.....	322
(c) Restschuldbefreiung nach der gesetzlichen Regel im Planverfahren, § 227 InsO .....	325
(i) Allgemeines zur Restschuldbefreiung im Planverfahren.....	325
(ii) Anwendbarkeit im Rahmen eines kommunalen Insolvenzverfahrens.....	326
(d) Zusammenfassung .....	328
5. <i>Zwischenergebnis</i> .....	329
III. Ausblick: Kommunalcredit und Kommunalrating unter dem Regime eines kommunalen Insolvenzverfahrens .....	330
1. <i>Kommunalcredit</i> .....	330
2. <i>Kommunalrating</i> .....	332
IV. Fazit: Ein kommunales Insolvenzverfahren ist nicht nur theo- retisch erstrebenswert, sondern auch praktisch realisierbar! .....	334
<b>RESÜMEE IN THESEN</b> .....	339
<b>SCHRIFTTUM</b> .....	357



# EINFÜHRUNG

## I. Thematische Annäherung

„Gesunde staatliche Finanzen (sind) die erste Voraussetzung für eine geordnete Entwicklung des ganzen sozialen und politischen Lebens“<sup>1</sup>

Diese Aussage des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 1962 hat in Zeiten der Finanz- und Schuldenkrise mehr denn je an mahnender Deutlichkeit gewonnen: „Die Lehre aus der jüngsten Krise lässt sich in zwei Worten zusammenfassen: solide Staatsfinanzen.“<sup>2</sup>

Niemand kann auf Dauer mehr ausgeben, als ihm an ordentlichen Finanzmitteln zur Verfügung steht. Zumindest mittel- und langfristig müssen reguläre Einnahmen und Ausgaben in Einklang gebracht werden. Dies gilt für die öffentliche Hand im gleichen Maße wie für Privatpersonen und Unternehmen.

Nicht nur in deutschen Privathaushalten ist es mittlerweile dennoch geradezu „en vogue“, über die eigenen Verhältnisse zu leben. Dies hat auch für die öffentliche Hand zur Konsequenz, dass stetig anwachsende Finanzierungslücken durch die Aufnahme von Krediten ausgeglichen werden müssen. Was geschieht aber, wenn die Kreditlast und damit die staatliche Verschuldung Sphären erreicht, in denen die staatlichen Finanzen nicht mehr „gesund“ bzw. „solide“ sind?

### 1. Die aktuelle Diskussion um ein Insolvenzverfahren für Staaten

Vor fast 50 Jahren hatte das Bundesverfassungsgericht über den Staatsbankrott des Deutschen Reiches zu befinden. Kern des Urteils war die Frage, ob der Bund als Rechtsnachfolger des untergegangenen Deutschen Reiches berechtigt war, dieses für „bankrott“ zu erklären, um so für dessen Finanzbelastungen nicht mehr aufkommen zu müssen.<sup>3</sup>

In einer ähnlichen Situation befindet sich dieser Tage die Europäische Union.<sup>4</sup> Mehrere Staaten Europas sind in Zeiten der Staatsschuldenkrise einer so

---

1 BVerfG, Urt. v. 14. 11. 1962, 1 BvR 987/58, BVerfGE 15, 127 (141).

2 Leitartikel „Welt am Abgrund“ S. 71, in: Der Spiegel 32/2011 (Titel: „Geht die Welt bankrott?“).

3 BVerfGE 15, 127 (135).

4 Nicht nur Europa, auch die Vereinigten Staaten von Amerika und Japan haben sich hoffnungslos überschuldet. Was 2007 zunächst als Krise des US-Immobilienmarktes begann, hält mittlerweile die globale Staatengemeinschaft in Atem. Dieser Tage ver-

dramatischen Zuspitzung finanzieller Probleme ausgesetzt, dass sich die restlichen Mitgliedstaaten zu massiven finanziellen Hilfen gezwungen sehen, um den ersten Staatsbankrott in der Geschichte der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion zu verhindern.

Den vorläufigen Höhepunkt erreichte die Staatsschuldenkrise in den Staaten Irland, Portugal und Griechenland. Ein staatlicher Zahlungsausfall und damit der faktische Bankrott konnte hier bislang nur durch vor allem gemeinschaftliche Bemühungen der Mitgliedstaaten verhindert werden. Insbesondere Griechenland befindet sich seit nunmehr zwei Jahren in einer so schweren Haushalts- und Finanzkrise, dass es nur durch immense finanzielle Anstrengungen der Europäischen Union und des Internationalen Währungsfonds zumindest vorübergehend vor der Zahlungsunfähigkeit bewahrt werden konnte.<sup>5</sup> Eine mittel- und langfristige Entwicklung der griechischen Staatsfinanzen und damit auch der Zukunft der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion ist dieser Tage immer weniger absehbar.<sup>6</sup>

Im Zuge dieser aktuellen Entwicklung hatten die deutsche Bundeskanzlerin *Angela Merkel* und ihr Finanzminister *Wolfgang Schäuble* bereits im Mai 2010 ein – wie sich zeigen wird – nur vermeintlich neues Aktionsfeld eröffnet.<sup>7</sup> Sie forderten für den geordneten Umgang mit staatlichen Zahlungsunfähigkeitsszenarien die Institutionalisierung einer internationalen Insolvenzordnung für Staaten. So sollten Erschütterungen des globalen Finanzwesens in Zukunft besser abgefangen werden. Die Staatengemeinschaft sollte nicht mehr zur Hilfe erpressbar sein, wenn ein Land an die Grenzen seiner finanziellen Leistungsfähigkeit gekommen war. Zudem sollte so die Bedienung von Schulden geordnet, sowie die Reorganisation des Schuldnerstaates auf ein festes Fundament gestellt werden. Angestrebt war letztlich aber auch eine institutionalisierte Beteiligung privater Gläubiger an den Kosten eines Staatsbankrotts. Unterstützt wurde das Vorhaben nicht zuletzt vom *Wissenschaftlichen Beirat beim Bundesministerium der Finanzen*, welcher noch im Juli 2010 die Einführung eines „Umschuldungsverfahrens“

---

festigt sich der Eindruck, dass die Politik kein Mittel findet, die Finanzmärkte zu beruhigen und die explodierende Staatsverschuldung in den Griff zu bekommen, vgl. Der Spiegel 32/2011, Titel: „Geht die Welt bankrott?“.

5 Vgl. §1 B. II. 3.

6 Herdegen, WM 2011, S. 913. Der Spiegel 25/2011 titelte schon mit einem Nachruf auf die Währungsunion: „Plötzlich und erwartet – Nachruf auf eine gemeinsame Währung“

7 Vgl. Handelsblatt vom 11. Mai 2010, S. 20.

in Form eines „sorgfältig erarbeiteten und formalisierten Insolvenzverfahrens“ nahelegte.<sup>8</sup>

Schnell deutete sich jedoch an, dass das ehrgeizige Vorhaben der deutschen Bundesregierung einmal mehr dem „Makel der Insolvenz“ und den damit verbundenen Vorurteilen zum Opfer fallen könnte.<sup>9</sup> So war im Kontext einer vermeintlichen Zahlungsunfähigkeit Griechenlands plötzlich auch in deutschen Regierungskreisen nur noch von einer „Umschuldung“ oder gar „sanften Umschuldung“ die Rede.<sup>10</sup> Der Chef der Europäischen Zentralbank, *Jean-Claude Trichet*, und mit ihm eine Mehrzahl der Regierungsvertreter der europäischen Mitgliedsstaaten nahmen dem Vernehmen nach aus Angst vor einem griechischen Zahlungsausfall „das böse U-Wort nicht einmal mehr in den Mund“.<sup>11</sup>

Im Juni 2011 nahm dann auch die deutsche Bundesregierung von der Forderung nach einer verpflichtenden Beteiligung privater Gläubiger an den Kosten der griechischen Staatsschuldenkrise vorerst Abstand und verwarf damit zumindest vorläufig auch die noch im Vorjahr geäußerten Pläne zur Etablierung eines Insolvenzverfahrens für Staaten. Eine verpflichtende Gläubigerbeteiligung wäre hierfür nämlich die Grundvoraussetzung gewesen.<sup>12</sup> Die historische Chance zur Etablierung eines Insolvenzverfahrens für Staaten wurde zunächst vertan. Die europäischen Entscheidungsträger hatten sich vielmehr für den Weg des „Bail-outs“ entschieden.<sup>13</sup>

Die Zahlungsunfähigkeit Griechenlands ist jedoch trotz dieser Bemühungen mittlerweile zum Greifen nah und wird „nicht mehr nur in Kreisen von Professoren debattiert“, die Forderungen nach einer „Umschuldung“ oder „teilweisen Entschuldung“, nach einem „Schuldenschnitt“ oder einem „Haircut“ und damit nicht zuletzt auch nach einem geordneten Insolvenzverfahren werden wieder drängender.<sup>14</sup> So forderte im September 2011 auch der deutsche Wirtschaftsminister *Rösler* jegliche „Denkverbote“ abzulegen, wozu notfalls auch zählen müsse, über eine „geordnete Insolvenz Griechenlands“ nachzudenken.<sup>15</sup>

---

8 Brief des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium der Finanzen an den Minister Schäuble vom Juli 2010: abrufbar unter: [www.bundesfinanzministerium.de](http://www.bundesfinanzministerium.de).

9 Zum „Makel der Insolvenz“ vgl. § 5 A. I.

10 Zuletzt sprach auch der Präsident der Deutschen Bundesbank, Jens Weidmann, eher verhalten über die Möglichkeiten einer Umschuldung: „Die Bundesbank spricht sich nicht per se gegen eine Umschuldung aus“, vgl. *Der Spiegel* 22/2011, S. 73.

11 Artikel: „Das böse U-Wort“ in: *SZ* vom 27. Mai 2011.

12 Artikel: „Private Gläubiger sollen freiwillig Griechenland retten helfen müssen“ in: *FAZ* vom 18. Juni 2011.

13 Vgl. hierzu § 1 B. II. 3. b).

14 Artikel: „Plan P für Griechenland“ in: *SZ* vom 13. Juli 2011.

15 Rösler, Artikel „Keine Denkverbote mehr“ in: *Die Welt* vom 12. September 2011.

Neue Impulse für ein Staateninsolvenzrecht könnte in naher Zukunft die Diskussion über die Art der Gläubigerbeteiligung im Rahmen des ab Mitte 2013 geltenden dauerhaften „Europäischen Stabilisierungsmechanismus“ liefern. Würden – wie derzeit geplant – ab 2013 alle Staatsanleihen europäischer Staaten mit einer verpflichtenden Gläubigerbeteiligung bei einem staatlichen Zahlungsausfall verbunden sein, würde dies im Fall eines Staatsbankrotts wohl einen Restrukturierungsplan und den meist anteiligen Forderungsverlust vieler Gläubiger nach sich ziehen. Faktisch käme dies den Mechanismen einer Staatsinsolvenzordnung sehr nahe.<sup>16</sup>

So unübersichtlich die Diskussion um die dauerhafte Etablierung eines Insolvenzrechts für Staaten im europäischen Kontext derzeit sein mag – sie wird zumindest auf politischer Ebene hinter vorgehaltener Hand und verklausuliert unter dem Begriff der Etablierung eines dauerhaften Krisenbewältigungsmechanismus geführt<sup>17</sup> – so ist sie doch in der deutschsprachigen Rechtswissenschaft vor dem Hintergrund der weltweit explodierenden Staatsschulden neu entflammt.<sup>18</sup> Schien die Insolvenzfähigkeit von Gebietskörperschaften in Deutschland für lange Zeit undenkbar, ist sie nun mit der jüngsten Griechenlandkrise wieder auf die rechtswissenschaftliche Agenda gesetzt worden.<sup>19</sup> Damit geht von der Griechenlandkrise ein entsprechender Dis-

---

16 Dies lässt im besonderen Maße der Beitrag von Pilz / Dittmann, DÖV 2011, S. 438 ff. erkennen.

17 Vgl. hierzu statt aller Pilz / Dittmann, DÖV 2011, S. 438 ff., statt von einem Insolvenzverfahren soll so zum Beispiel von einem „Anpassungsprogramm zur Umstrukturierung der Schulden“ im Rahmen Europäischen Krisenmechanismus gesprochen werden (S. 444).

18 Dies belegen nicht zuletzt drei Symposien zum Staatsbankrott / Staatsinsolvenz in den vergangenen beiden Jahren: Auf die am 10. Mai 2010 von der Universität Wien ausgetragene „Tagung Staateninsolvenz“ - die dortigen Vorträge finden sich in der aktuellen Publikation von Kodek / Reinisch (Hrsg.), Staateninsolvenz, passim -, folgte am 8. April 2011 die vom Institut für Gesetzgebung und Verfassung (IGV) unter der Leitung von PD Dr. Kai von Lewinski an der Humboldt-Universität zu Berlin ausgerichtete Tagung „Staatsbankrott als Rechtsfrage“. Tagungsberichte finden sich bei Greve, EuZW 2011, S. 367 ff.; Bruch, DZWIR 2011, S. 233 ff.; Burbat, LKV 2011, S. 218 ff. und Bews, NVwZ 2011, S. 987 ff. Am 21. Juni 2011 widmete sich letztlich eine Folgetagung an der Universität Wien dem Themenkomplex „Staateninsolvenz“.

19 Vgl. hierzu statt vieler den jüngsten Beitrag von Pilz / Dittmann, DÖV 2011, S. 440 ff., der die Essentialia eines ständigen robusten Stabilitätsmechanismus explizit „unter Bezugnahme auf die Rahmenbedingungen eines privatrechtlichen Insolvenzplanverfahrens“ darlegt und die verpflichtende Beteiligung der privaten Gläubiger an der Sanierung des Staatshaushalts ausdrücklich fordert.

kussionsimpuls aus, wie es letztmalig im Kontext der Argentinienkrise am Anfang des Jahrtausends der Fall war.<sup>20</sup>

## 2. Der nationale Kontext: „Ein Hauch von Griechenland zieht durch die Rathäuser“<sup>21</sup>

Nicht nur im europäischen und staatlichen, sondern auch im subnationalen Kontext hat im Zuge dessen in den vergangenen Jahren eine rege wissenschaftliche Diskussion über die Etablierung eines Insolvenzverfahrens für Gebietskörperschaften eingesetzt.<sup>22</sup> Dies ist nicht verwunderlich, da einerseits Bundesländer wie Berlin, Bremen und das Saarland schon über Jahre hinweg mit einer sogenannten drohenden Haushaltsnotlage zu kämpfen haben und andererseits mittlerweile von einem geradezu explosionsartigen Anstieg vorwiegend der kommunalen Kassenkredite, der die deutschen Kommunen mehr und mehr im Schuldensumpf versinken lässt, gesprochen werden muss.

Auch historisch muss der Fokus im Hinblick auf die Zahlungsunfähigkeit von öffentlich-rechtlichen Gebietskörperschaften und deren eventuelle Insolvenzverfahrensfähigkeit nicht auf das europäische Ausland gerichtet werden. Schon in Deutschland finden sich hierfür genügend Anknüpfungspunkte. So hat sich in der Vergangenheit in Deutschland das Faktum der Zahlungsunfähigkeit sowohl auf kommunaler Ebene als auch in Form des zweimaligen Staatsbankrotts (den dritten, den der DDR, nicht mitgezählt) nach dem Ersten und Zweiten Weltkrieg bereits mehrmalig realisiert.<sup>23</sup> Auf kommunaler Ebene sind in diesem

---

20 Vgl. § 2 B. I. 2. b).

21 Artikel: „Kurz vor Schluss“ in: Die Zeit vom 24. November 2011.

22 Vgl. hierzu nur die beiden in den vergangenen Jahren in Hamburg ausgetragenen Symposien zur Insolvenz der öffentlichen Hand: Symposium „Zur Insolvenz der öffentlichen Hand“ am 29. Oktober 2009 ausgetragen von der Hamburger Anwalts- und Insolvenzverwaltersozietät Schmidt-Jortzig, Petersen, Penzlin und dem Lorenz-von-Stein-Institut (Kiel) – ein Bericht über das Symposium findet sich bei v. Lewinski, DÖV 2010, S. 439 ff.; vgl. außerdem den Beitrag von Schwarz, ZKF 2010, S. 49 ff., der die überarbeitete und mit Nachweisen versehene Version eines dort vom Autor gehaltenen Vortrages ist. Diesem Symposium folgte die Diskussionsveranstaltung „Insolvenzfähigkeit von Kommunen – ein Ausweg aus der Schuldenfalle?“ am 28. Juni 2010 ausgetragen von der Hamburger Gruppe der Deutschen Sektion des Internationalen Instituts für Verwaltungswissenschaften. Aus dieser Veranstaltung gingen die Beiträge von Paulus, NordÖR 2010, S. 338 ff. und Bull, NordÖR 2010, S. 343 ff. hervor.

23 Isensee, Die Insolvenzunfähigkeit des Staates, S. 244, hält die Deutschen sogar für „traumatisiert durch die Erfahrung des zweifachen Staatsbankrotts im 20. Jahrhundert und empfindlicher als ihre europäischen Nachbarn“. Vgl. hierzu auch § 2 B. I. 1.

Zusammenhang in der Vergangenheit in erster Linie der Konkurs der preußischen Stadt Halle im Jahre 1717, der Konkurs der ostpreußischen Stadt Arys 1929 und im selben Jahr der Konkurs der sächsischen Stadt Glashütte zu erwähnen.<sup>24</sup> Gerade der Bankrott deutscher Kommunen war demnach – wie sich im Verlauf dieser Untersuchung noch genauer zeigen wird – schon in der Vergangenheit keinesfalls Spekulation.

Man würde dem aktuellen Stellenwert dieser Debatte jedoch auch nicht gerecht werden, wenn man sie allein im Umfeld historischer Erfahrungen verorten würde. Die kommunale Wirklichkeit sieht viele Städte und Gemeinden gerade in den vergangenen Jahren vor dem finanziellen Kollaps.<sup>25</sup> Viele Kommunen stehen am Ende ihrer Handlungsfähigkeit und es mehren sich die Befürchtungen vor gehäuft auftretenden kommunalen Zahlungsausfällen.<sup>26</sup> Betrachtet man zudem die langfristige Entwicklung kommunaler Haushalte, kann davon ausgegangen werden, dass der Prozess kollektiver kommunaler Zahlungsunfähigkeitsszenarien erst an seinem Anfang steht. Nur selten beruht die Finanzkrise der betroffenen Kommunen nämlich auf schlichter Misswirtschaft und einem nicht nachhaltigen Leben über die eigenen Verhältnisse. Vielmehr ist hierfür meist die Überlastung der kommunalen Gebietskörperschaften durch Bund und Länder, speziell aufgrund der vermehrten Zuweisung finanzintensiver Aufgaben ohne Gewährleistung einer entsprechenden Finanzausstattung, verantwortlich. Von gesunden Finanzen kann in Deutschland auf staatlicher, aber auch auf kommunaler Ebene – wie sich im Zuge dieser Arbeit zeigen wird – deshalb nicht mehr die Rede sein.

Nimmt man also die Zahlungsunfähigkeit öffentlich-rechtlicher Gebietskörperschaften in den Fokus, ist diese zunächst einmal nicht ein bloßes Phänomen des europäischen oder staatlichen Kontextes. Viel naheliegender aus deutscher Perspektive ist ein Blick auf die kommunale Zahlungsunfähigkeit, die geradezu exemplarisch die Rahmenbedingungen öffentlich-rechtlicher Zahlungsunfähigkeitsszenarien in Vergangenheit und Gegenwart aufzeigt.

Wie immer deutlicher wird, sind nämlich gerade Kommunen von der gegenwärtigen Finanzkrise, die sich mehr und mehr zu einer Verschuldungskrise der öffentlichen Haushalte entwickelt, schwer getroffen. Die kommunale Zahlungsunfähigkeit und damit der drohende kommunale Bankrott ist in Deutsch-

---

24 Vgl. Isensee, Die Insolvenzunfähigkeit des Staates, S. 253; v. Lewinski, Öffentlichrechtliche Insolvenz und Staatsbankrott, S. 3.

25 Vgl. hierzu nur den Gemeindefinanzbericht 2011 des Deutschen Städtetags, in: der städtetag 5/2011.

26 Vgl. hierzu Artikel: „Kurz vor Schluss“ in: Die Zeit vom 24. November 2011.

land kein außergewöhnliches Phänomen mehr, sondern mittlerweile in vielen Regionen die Regel.<sup>27</sup>

Folglich werden mit einer Zahlungsunfähigkeit verbundene Konsolidierungsmaßnahmen und Ausgabenkürzungen den Bürger als erstes auf dieser untersten „staatlichen“ Ebene treffen. Ein Bankrott im Sinne eines umfassenden Zahlungsausfalls, wie er in Deutschland auf gesamtstaatlicher Ebene wohl zurzeit noch eher unwahrscheinlich erscheint, steht auf kommunaler Ebene - nicht nur vereinzelt - unmittelbar bevor.

Die Erfahrung zeigt also: Kommunen können zahlungsunfähig werden.<sup>28</sup> Die momentane Rechtslage in Deutschland postuliert dagegen die kommunale Insolvenz(verfahrens)unfähigkeit in geradezu dogmatischer Manier<sup>29</sup> – ein eklatanter und für die kommunale Finanzsituation gefährlicher Widerspruch von Lebenswirklichkeit und Rechtslage.

Denn Angesichts der Größenordnung der in vielen Kommunen angehäuften Schulden, bleibt nach Auffassung von Experten, kommunalen Spitzenverbänden sowie der vor Ort Verantwortlichen die Hoffnung auf eine Wiedererlangung des strukturellen Haushaltsausgleichs aus eigener Kraft bloße Utopie.<sup>30</sup> Damit wird aber auch das Fehlen eines förmlichen Insolvenzverfahrens für die betroffenen Gebietskörperschaften immer mehr zu einer zweifelhaften Privilegierung, da sie sich infolge dieser vermeintlichen Besserstellung in einer Schuldenfalle ohne Ausweg befinden – die deutschen Kommunen drohen an ihren Schulden zu erstickten.<sup>31</sup>

Die folgende Untersuchung erhebt den Anspruch, kommunale Zahlungsunfähigkeitsszenarien in Deutschland und deren Bewältigung durch die Schaffung eines kommunalen Insolvenzverfahrens in den rechtlichen Fokus zu nehmen, um auf diese Weise den soeben dargestellten Widerspruch von Lebenswirklichkeit und Rechtslage aufzulösen. Überdies soll sich so die Möglichkeit bieten, erste Erfahrungen im Umgang mit der Etablierung eines gebietskörperschaftlichen Insolvenzverfahrens quasi in einem staatlichen „Mikrokosmos“ zu sammeln. Hinzu kommt, dass hiermit auf eine staatliche Gesundung von innen hingewirkt wer-

---

27 Zur finanziellen Lage der Kommunen vgl. § 2 A. III. 1. b). Wie drängend sich das Problem der kommunalen Verschuldung mittlerweile darstellt, zeigt sich exemplarisch im größten deutschen Bundesland Nordrhein-Westfalen, vgl. § 2 A. III. 1. b).

28 Zur modernen Rechtsgeschichte gebietskörperschaftlicher Insolvenz in Deutschland und im Ausland vgl. § 2 B.

29 Zuletzt Bull, NordÖR 2010, S. 345: da die Kommunen „eigene Finanzquellen besitzen, können sie (...) im Grunde nicht zahlungsunfähig werden“.

30 Schulze, GH 2011, S. 50.

31 Ähnlich zum Staatsbankrott: Kämmerer, ZaöRV 2005, S. 652.

den soll und die Etablierung einer gesamtstaatlichen, geordneten Insolvenz dann unter Umständen gar nicht mehr notwendig sein wird. Ziel der Untersuchung ist damit letztlich die Widerlegung der „gesetzlich abgesicherten Lebenslüge“<sup>32</sup> rund um die grundsätzliche Insolvenzunfähigkeit von (subnationalen) Gebietskörperschaften.

## II. Terminologie

Wie bereits in den ersten Zeilen dieser Untersuchung aufgefallen sein mag, birgt die rechtswissenschaftliche Auseinandersetzung mit den Herausforderungen der Institutionalisierung eines kommunale Insolvenzverfahrens die Gefahr, die dieser Materie spezifische Terminologie missverständlich einzusetzen.<sup>33</sup> Diesem Risiko soll schon an dieser Stelle mit einer knappen Darstellung der für die vorliegende Arbeit maßgeblichen Begrifflichkeiten begegnet werden.

### 1. Haushaltsnotlage

Der Terminus „Haushaltsnotlage“ ist weder im Grundgesetz noch in den einzelnen Landesverfassungen ausdrücklich definiert. Auch eine eindeutige ökonomische oder juristische Definition fehlt.<sup>34</sup> Zudem existiert eine Vielzahl sprachlicher Varianten. Hingewiesen sei nur auf die meist synonym verwendeten Begriffe „Haushaltskrise“ und „Haushaltsnotstand“.<sup>35</sup>

Der Sachverhalt der Haushaltsnotlage stand verfassungsgerichtlich in erster Linie im Hinblick auf sogenannte Bundesergänzungszuweisungen für unter Fi-

---

32 Vgl. Sester, NJW 2006, S. 2892.

33 Zwei Beispiele für den missverständlichen Umgang mit der entsprechenden Terminologie sollen an dieser Stelle genügen: Zunächst ist dies die ausdrücklich synonyme und damit missverständliche Verwendung der Begriffe Umschuldung, Resturkurierung und Insolvenz im Brief des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium der Finanzen an den Minister Wolfgang Schäuble vom Juli 2010, abrufbar unter: [www.bundesfinanzministerium.de](http://www.bundesfinanzministerium.de). Zum anderen verweist das Gabler-Lexikon Recht in der Wirtschaft bei dem Begriff Insolvenz ausschließlich und damit missverständlich auf den Begriff Zahlungsunfähigkeit, mithin wird hier die Insolvenz fälschlicherweise allein mit dem Tatbestand der Zahlungsunfähigkeit gleichgesetzt, auf die notwendige Unterscheidung zwischen materieller und formeller Insolvenz wird nicht eingegangen, Winter (Hrsg.), Gabler-Lexikon Recht, S. 519.

34 Jochimsen, DÖV 2004, S. 515.

35 Zum Begriff „Haushaltsnotlage“ und seinen sprachlichen Varianten vgl. die umfangreiche Darstellung bei v. Lewinski, Öffentlichrechtliche Insolvenz und Staatsbankrott, S. 25 ff.

nanznot leidende Bundesländer auf dem Prüfstand, erstmals durch die dritte Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Länderfinanzausgleich im Jahre 1992.<sup>36</sup> In seinem grundlegenden Urteil hatte das Bundesverfassungsgericht für das Verhältnis von Bund und Ländern festgestellt, dass eine Haushaltsnotlage „extrem“ sei, wenn die haushaltswirtschaftliche Handlungsfähigkeit des Landes über Jahre hinweg mit einer Tendenz zur Leistungsunfähigkeit beeinträchtigt oder aufgehoben ist und sich das Land nicht aus eigener Kraft aus dieser Notlage befreien kann.<sup>37</sup>

Einig ist man sich darüber, dass eine Haushaltsnotlage oder -krise stets Folge einer Verschuldungskrise ist. Mit zunehmender Verschuldung steigt die Belastung des Haushalts durch die zu begleichenden Zins- und Tilgungszahlungen in den Folgejahren stetig an und schränkt so den finanziellen Handlungsspielraum mehr und mehr ein. Nach *Duve* befindet sich eine Gebietskörperschaft deshalb spätestens dann in einer Haushaltsnotlage, wenn folgende Kriterien gleichzeitig erfüllt sind:<sup>38</sup> Die Verschuldung der Gebietskörperschaft dauert über einen längeren Zeitraum an und steht außer Verhältnis zur durchschnittlichen Verschuldung vergleichbarer Gebietskörperschaften. Die dauernde Leistungsfähigkeit ist nicht mehr vorbehaltlos gewährleistet, und Pflichtaufgaben können nur noch über eine neuerliche Kreditaufnahme finanziert werden. Zugleich darf eine Befreiung aus der Finanzkrise der Gebietskörperschaft trotz eigener Konsolidierungsanstrengungen und trotz der in diesen Fällen üblichen Zuweisungen aus eigener Kraft heraus nicht mehr möglich sein.

## 2. Insolvenz

Der Begriff der „Insolvenz“ sorgt aufgrund seiner doppelsinnigen Bedeutung oftmals für Verwirrung.<sup>39</sup> Zu differenzieren ist stets zwischen der materiellen und der formellen Insolvenz.<sup>40</sup>

---

36 BVerfGE 86, 148 ff.

37 BVerfG 86, 148 (259). Zudem unterscheidet das Gericht seit dem sogenannten Berlin-Urteil zwischen einer relativen und einer absoluten Haushaltsnotlage und hat den Begriff der „extremen Haushaltsnotlage“ weiter zu einer „qualifizierte extreme Haushaltsnotlage“ (Selmer, KritV 2008, S. 177) verengt, BVerfGE 116, 327, (386 f.), vgl. zum Begriff der „extremen Haushaltsnotlage“ statt aller: Koriath, Wirtschaftsdienst 2007, S. 182 ff. Vgl. hierzu auch § 4 A. III. 1.

38 *Duve*, DÖV 2008, S. 22.

39 Zur Unschärfe des Begriffs „Insolvenz“ vgl. die umfangreiche Darstellung bei v. Lewinski, Öffentlichrechtliche Insolvenz und Staatsbankrott, S. 18 ff.

Dabei beschreibt die materielle Insolvenz, zumeist auch Zahlungsunfähigkeit, das auf Mangel an Zahlungsmitteln beruhende, nach außen erkennbare, voraussichtlich dauernde Unvermögen eines Schuldners, seine fälligen Verbindlichkeiten (Schulden) noch im Wesentlichen zu erfüllen.<sup>41</sup> Die Zahlungsunfähigkeit ist zusammen mit der Überschuldung in Deutschland allgemeiner Grund für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens (§§ 16 ff. InsO). Ebenfalls Eröffnungsgrund ist die drohende Zahlungsunfähigkeit, falls der Schuldner dies beantragt (§ 18 InsO). Sie ist gegeben, wenn dieser voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, die bestehenden Zahlungsverpflichtungen im Zeitpunkt der Fälligkeit zu erfüllen (§ 18 II InsO).<sup>42</sup>

Demgegenüber wird unter der formellen Insolvenz die Insolvenz im engeren Sinne, nämlich die Eröffnung des Insolvenzverfahrens, einer besonderen gerichtlichen Vollstreckungsmaßnahme, durch das Insolvenzgericht verstanden.<sup>43</sup> Sie setzt voraus, dass die materielle Insolvenz festgestellt ist. Mit dem Begriff der Insolvenzfähigkeit wird damit die Zulässigkeit der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das gesamte (im Gegensatz zur Einzelzwangsvollstreckung) schuldnerische Vermögen bezeichnet.<sup>44</sup> Voraussetzung der Insolvenzfähigkeit ist demnach ein auch haftungsrechtlich abgegrenztes Vermögen, das bestimmten Gläubigern unter Ausschluss anderer Gläubiger haftungsrechtlich zugewiesen ist.<sup>45</sup>

Wie bereits erwähnt, sorgt gerade in der Diskussion um die Insolvenzfähigkeit von Gebietskörperschaften, die vielfältige Verwendung des Begriffs „Insolvenz“ häufig für Missverständnisse. So ist bislang einfachgesetzlich in der Insolvenzordnung bzw. in den entsprechenden landesgesetzlichen Vorschriften festgeschrieben, dass Gebietskörperschaften formell nicht insolvenzfähig sind. Über ihr Vermögen kann demnach derzeit kein Insolvenzverfahren eröffnet werden, vgl. § 12 I Nr. 1, Nr. 2 InsO.<sup>46</sup> Wird in diesem Kontext davon gesprochen, deutsche Kommunen könnten „nicht insolvent werden“, entspricht dies folglich nur den derzeitigen verfahrensrechtlichen Rahmenbedingungen.

---

40 Zur Unterscheidung zwischen materieller und formeller Insolvenz vgl. Foerste, Insolvenzrecht, S. 1; Zur gleichgelagerten Unterscheidung der englischen Begrifflichkeiten „Bankruptcy“ und „Insolvency“ vgl. Kämmerer, State Bankruptcy, in: EPIL, Rn. 1-3.

41 Vgl. hierzu auch § 5 C. II. 1. b).

42 Pape / Uhlenbruck / Voigt-Salus, Insolvenzrecht, S. 78 f.; Foerste, Insolvenzrecht, S. 1.

43 Zu den vielfältigen Aspekten der Insolvenz vgl. Tilch / Arloth (Hrsg.), Deutsches Rechts-Lexikon, Bd. 2, S. 2320 ff.

44 Dichtl / Issing (Hrsg.), Vahlens Großes Wirtschaftslexikon, Bd. 1 S. 999 und 1170.

45 Ott, in: Kirchhof / Lwowski / Stürner, MüKo InsO, § 11, Rn. 9

46 Vgl. hierzu § 1 A. und § 5 B.

Anders liegen die Dinge jedoch, wenn von der faktischen und damit materiellen Insolvenz die Rede ist. Wird in diesem Zusammenhang von der Insolvenzfähigkeit gesprochen, kommt dies – wie bereits angedeutet – einer „Lebenslüge“ gleich. Die Haushaltswirklichkeit zumindest vieler deutscher Kommunen zeichnet nämlich ein eindeutig gegenteiliges Bild.<sup>47</sup>

Im Folgenden sei deshalb zur Präzisierung darauf hingewiesen, dass auch der Begriff der „Insolvenzfähigkeit“ terminologisch eine Verkürzung darstellt und im Kontext der Institutionalisierung eines kommunalen Insolvenzverfahrens richtigerweise stets von der „Insolvenzverfahrensfähigkeit“ der Körperschaft gesprochen werden sollte.

### 3. Konkurs

Abstammend aus dem Lateinischen (*Concursus creditorum*) bedeutet Konkurs wörtlich soviel wie „Zusammenlauf der Gläubiger“.<sup>48</sup> Gemeinhin versteht man unter dem Begriff Konkurs ein besonderes gerichtliches Vollstreckungsverfahren, um die Gläubiger durch Aufteilung des noch vorhandenen Vermögens (der Konkursmasse) eines zahlungsunfähig gewordenen Schuldners anteilig und damit gleichmäßig zu befriedigen.<sup>49</sup> Umgangssprachlich wird der Begriff, ähnlich wie der der Insolvenz, jedoch häufig auch für die bloße Tatsache der Zahlungsunfähigkeit verwendet.<sup>50</sup>

### 4. (Staats-) Bankrott

Fast schon umgangssprachlich wird unter dem Begriff „Bankrott“<sup>51</sup> die andauernde, meist dauerhafte Zahlungsunfähigkeit einer Person, eines Unternehmens

---

47 Vgl. hierzu § 2 A. III.

48 Tilch / Arloth (Hrsg.), Deutsches Rechts-Lexikon, Bd. 2, S. 2554 f.

49 Winter (Hrsg.), Gabler-Lexikon Recht, S. 576 f.; Tilch / Arloth (Hrsg.), Deutsches Rechts-Lexikon, Bd. 2, S. 2255.

50 Grundlage für die Abwicklung von Konkursen war für viele Jahrzehnte das ‚Konkursgesetz‘ von 1879. Die Ablösung des Gesetzes wurde im Jahr 1994, in welchem der deutsche Bundestag die neue Insolvenzordnung (BGBl. I 1994, S. 2866 ff.) verabschiedete, beschlossen. Die Insolvenzordnung ist in der Folge am 1. Januar 1999 in Kraft getreten und hat die bisherige Konkursordnung und die Vergleichsordnung, sowie in den neuen Bundesländern die Gesamtvollstreckungsordnung abgelöst und somit ein in ganz Deutschland einheitlich geltendes Insolvenzrecht geschaffen.

51 Umfassend zur Ethymologie des Begriffs „Bankrott“ und dem mit ihm verbundenen Makel vgl. § 5 A. I. 2.

oder eines Staates (Staatsbankrott) bezeichnet.<sup>52</sup> Hierunter ist also insbesondere derjenige Zeitpunkt zu verstehen, in welchem der Schuldner nicht mehr in der Lage ist, ausstehende Rechnungen, laufende Ausgaben oder Zinsen über eigenes Kapital bzw. Geldeinnahmen zu decken. Normalerweise ist aber auch die Möglichkeit der Kreditaufnahme vollends ausgeschöpft und die Überschuldung eingetreten. Die Rechtssprache verwendet in Deutschland seit dem Inkrafttreten der Insolvenzordnung demgemäß für denselben Tatbestand den Begriff der Insolvenz.

Der „Staatsbankrott“ ist als Begriff den Wirtschafts- und den Rechtswissenschaften geläufig.<sup>53</sup> Das Bundesverfassungsgericht spricht sowohl vom „Staatsbankrott“<sup>54</sup> als auch gleichbedeutend vom Staatskonkurs<sup>55</sup> und definiert ihn als „Missverhältnis zwischen dem Leistungsvermögen und den Passiven“.<sup>56</sup> Unter einem „Staatsbankrott“ wird letztlich der „Zustand des Nichterfüllens finanzieller Verpflichtungen eines Staates“ verstanden.<sup>57</sup> Im Gegensatz zum Bankrott Privater, umfasst der Staatsbankrott damit neben der Zahlungsunfähigkeit auch die Zahlungsunwilligkeit.<sup>58</sup> Das Nichtzahlenwollen wird dem Nichtzahlenkönnen rechtlich und tatsächlich gleichgestellt, da über das Vorliegen einer Insolvenz auf staatlicher Ebene gerade keine objektive höhere Instanz, sondern nur der betroffene Staat selbst entscheidet. Der Staatsbankrott kann damit in dieser Facette als zutiefst politische Entscheidung verstanden werden.<sup>59</sup>

Der Bankrott ist gerade kein förmliches Verfahren, sondern der tatsächliche Zustand, in dem der Schuldner seine gesamten Zahlungsverpflichtungen dauerhaft nicht mehr erfüllt.<sup>60</sup> Damit ist auch der Staatsbankrott kein rechtlich aus-

---

52 Tilch / Arloth (Hrsg.), Deutsches Rechts-Lexikon, Bd. 1, S. 517.

53 Zum Begriff „Staatsbankrott“ vgl. die umfangreiche Darstellung bei v. Lewinski, Öffentlichrechtliche Insolvenz und Staatsbankrott, S. 16 ff. Allgemein zum Phänomen des Staatsbankrotts außerdem: Kratzmann, JZ 1982, S. 319; Ohler, JZ 2005, S. 590; Selmer, KritV 2008, S. 178.

54 BVerfGE 15, 126 (134 ff.); 41, 126 (154 ff.).

55 „Das Reich befand sich in der Lage eines „Staatsbankrotts“, es war nicht nur vorübergehend zahlungsunfähig..., sondern konkursreif“, BVerfGE 15, 126 (136).

56 BVerfGE 19, 150 (159); 41, 126 (151); 53, 161 (176 f.).

57 Statt Aller Manes, Staatsbankrotte: Wirtschaftliche und rechtliche Betrachtungen, S. 22 f.; Ihm schließt sich jüngst auch v. Lewinski, Öffentlichrechtliche Insolvenz und Staatsbankrott, S. 17, an.

58 Engelsing, Zahlungsunfähigkeit von Kommunen, S. 157; a. A. Kämmerer, ZaöRV 2005, S. 652 f. zum Ganzen Lehmann, Die Konkursfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts, S. 62 ff.

59 Burbat, LKV 2011, S. 218.

60 Vgl. Isensee, Die Insolvenzunfähigkeit des Staates, S. 230 f.

drücklich geregelter, sondern ein faktischer, von der fehlenden Fähigkeit des Staates zur Erfüllung fälliger Forderungen gekennzeichneter Zustand.<sup>61</sup>

## 5. (Staats-) Verschuldung

Die Begriffe „Schulden“, „Kredit“ und „Verschuldung“ werden im Alltag weitgehend synonym gebraucht.<sup>62</sup> Die Termini „Kredit“ und „Schulden“ müssen jedoch auseinandergelassen werden. Rückzahlungsverbindlichkeiten aufgrund von Kreditdarlehen bilden nämlich nur eine Untermenge von Schulden, da diese auch andere offene Zahlungsverpflichtungen aus anderen Schuldverhältnissen umfassen. Hinzu kommt, dass mit den Begriffen Kredit und Schulden unterschiedliche Wertvorstellungen assoziiert werden. Schulden bzw. Verschuldung beschreiben im weitesten Sinne die Verpflichtung zu einer (meist finanziellen) Leistung. Der Begriff „Verbindlichkeit“ wird teilweise synonym für Schulden verwendet.

Trotz einer recht intensiven Beschäftigung mit dem Begriff der Verschuldung in der wissenschaftlichen Diskussion wird dieser Terminus nicht einheitlich verwendet. Selbst in neueren Veröffentlichungen wird darauf hingewiesen, dass es eine exakte rechtliche Definition nicht gibt.<sup>63</sup> Eine konsensuale Definition lässt sich wohl nur dadurch finden, wenn die verschiedenen Definitionsansätze auf ihren Kern reduziert werden: „Verschuldung ist jede Form des Eingehens von Zahlungsverpflichtungen“.<sup>64</sup>

Die Staatsverschuldung umfasst meist die vom Staat und seinen gebietskörperschaftlichen Untergliederungen geschuldeten Gesamtforderungen der kreditgebenden Gläubiger, in Deutschland also die zusammengefassten Schulden von Bund, Ländern und Kommunen. Die gesamtstaatliche Verschuldung wird in der Regel in ihrem Bruttowert angeführt, das heißt, die Verbindlichkeiten gegenüber Dritten werden nicht um die Forderungen des Staates gegenüber Dritten gemindert.<sup>65</sup>

---

61 V. Lewinski, Öffentlichrechtliche Insolvenz und Staatsbankrott, S. 2 ff.

62 Vgl. hier und im Folgenden m. w. N. Korczak, Definitionen der Verschuldung und Überschuldung, S. 5 ff.

63 Albrecht Brühl / Thomas Zipf, Guter Rat bei Schulden, S. 1.

64 Vgl. Korczak, Definitionen der Verschuldung und Überschuldung, S. 14.

65 Dichtl / Issing (Hrsg.), Vahlers Großes Wirtschaftslexikon, Bd. 2 S. 1960 f.

## 6. (Kommunale) Überschuldung

Jede Form der Überschuldung einer Person oder eines Haushalts stellt zunächst eine krisenhafte Eskalation seiner Gesamtverschuldenssituation dar.<sup>66</sup> Das gesellschaftsrechtliche Überschuldungsverständnis geht dabei von einem sogenannten doppelten Überschuldungsbegriff aus. Demnach ist eine Gesellschaft überschuldet, wenn ihr Vermögen bei Ansatz von Liquidationswerten unter Einbeziehung der stillen Reserven die bestehenden Verbindlichkeiten nicht deckt (sogenannte rechnerische Überschuldung) und die Finanzkraft der Gesellschaft zudem nach überwiegender Wahrscheinlichkeit mittelfristig nicht zur Fortführung des Unternehmens ausreicht.<sup>67</sup> Dementsprechend liegt auch im Rahmen des Geltungsbereichs der Insolvenzordnung eine Überschuldung gemäß § 19 II InsO vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, es sei denn, die Fortführung des Unternehmens ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich.<sup>68</sup>

Diesbezüglicher Ausgangspunkt im Kommunalrecht sind jedoch zunächst die jeweiligen Gemeindeordnungen. So lautet beispielsweise die Legaldefinition der Überschuldung in § 75 VII NRW GO: „Die Gemeinde darf sich nicht überschulden. Sie ist überschuldet, wenn nach der Bilanz das Eigenkapital aufgebraucht wird.“ Dies ist der Fall, wenn das von Dritten vorübergehend zur Verfügung gestellte Kapital (meist Kredite) größer als der für die Bilanzierung festgestellte Wert des vorhandenen Vermögens ist.<sup>69</sup>

Damit hängt die Überschuldung unmittelbar von den angewendeten Bilanzierungs- und Bewertungskriterien ab.<sup>70</sup> Die Rechnungssystemumstellung von Kameralistik auf Doppik im kommunalen Haushaltswesen wird an dieser Stelle – soviel sei angedeutet – folglich nicht unerhebliche Auswirkungen entfalten.<sup>71</sup>

---

66 Korczak, Definitionen der Verschuldung und Überschuldung, S. 21.

67 BGHZ 119, 201; 129, 136; Tilch / Arloth (Hrsg.), Deutsches Rechts-Lexikon, Bd. 3, S. 4220.

68 Zur diesbezüglich durchaus problematischen Bewertungsmethodik im Rahmen einer kommunalen Insolvenzverfahrensfähigkeit unter dem Regime der derzeitigen Insolvenzordnung vgl. § 5 C. II. 1. b) (3).

69 Vgl. zum Überschuldungsbegriff, Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium der Finanzen, Haushaltskrisen im Bundesstaat, S. 17.

70 Dichtl / Issing (Hrsg.), Vahlens Großes Wirtschaftslexikon, Bd. 2, S. 2121 f.

71 Zur Pflicht des Haushaltsausgleichs zwischen Kameralistik und Doppik vgl. § 3 B. I.

## 7. Zahlungsunfähigkeit

Der Begriff der Zahlungsunfähigkeit<sup>72</sup> wird in der Rechtsprechung und Literatur als das auf dem Mangel an liquiden oder kurzfristig verfügbaren Zahlungsmitteln beruhende, voraussichtlich andauernde Unvermögen des Schuldners, seine fälligen Geldschulden noch im Wesentlichen zu begleichen, definiert.<sup>73</sup> Diese Definition ist so in Teilen auch von § 17 II 1 InsO übernommen worden, wonach der Eröffnungsgrund der Zahlungsunfähigkeit dann vorliegt, wenn der Schuldner nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen. Als widerlegbare Vermutung soll die Zahlungsunfähigkeit unter dem Regime der Insolvenzordnung des Weiteren in der Regel dann anzunehmen sein, wenn der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat, § 17 II 2 InsO.<sup>74</sup>

## III. Forschungsstand

„Bekanntlich hat in jüngster Zeit das Problem, ob ... Gemeinden Konkurschuldner sein können, den Charakter einer Doktorfrage verloren.“<sup>75</sup>

Zu dieser These sah sich der Jurist *Alfons Steiniger* im Jahre 1930 veranlasst, nachdem die Wirtschaftskrise und hauptsächlich der Zusammenbruch der sächsischen Stadt Glashütte die mit dem Konkurs einer juristischen Person des öffentlichen Rechts verbundenen Probleme für einige Zeit auf die Agenda des rechtswissenschaftlichen Diskurs gesetzt hatte.<sup>76</sup> Für Jahrzehnte sollte er mit dieser Prognose recht behalten, was sich nicht zuletzt im Ausschluss eines Konkursverfahrens über das Vermögen einer Gemeinde durch § 116 II der Deutschen Gemeindeordnung aus dem Jahre 1935 widerspiegelt.

---

72 Zum Begriff der (kommunalen) Zahlungsunfähigkeit umfassend Faber, Zahlungsunfähigkeit von Kommunen, S. 687 f.

73 Grundlegend zum Begriff der Zahlungsunfähigkeit: BGH Urteil v. 5. November 1956 – III ZR 139/55 = KTS 1957, S. 12. Außerdem: Winter (Hrsg.), Gabler-Lexikon Recht, S. 1106; Hadeler / Winter (Hrsg.), Gabler-Wirtschaftslexikon, Band 4, S. 3574; Tilch / Arloth (Hrsg.), Deutsches Rechts-Lexikon, Bd. 3, S. 4925.

74 Auf die Besonderheiten der Zahlungsunfähigkeit von juristischen Personen des öffentlichen Rechts im Allgemeinen und Kommunen im Speziellen wird an anderer Stelle noch genauer einzugehen sein, § 5 C. II. 1. b) (1) und (2).

75 Steiniger, LZ 1930, Sp. 1418.

76 Ascher, LZ 1929, Sp. 809 ff.; Forsthoff / Simons, Die Zwangsvollstreckung gegen Rechtssubjekte des öffentlichen Rechts, passim; Richter, Die Haftung des Staates. Für eine übersichtliche Darstellung des Schrifttums bis 1918 und der Weimarer Zeit, vgl. v. Lewinski, Öffentlichrechtliche Insolvenz und Staatsbankrott, S. 8 ff.

Im Jahre 1982 führte jedoch ein Aufsatz von *Horst Kratzmann* dazu, die Diskussion um eine geordnete gebietskörperschaftliche Insolvenz, diesmal diejenige des Staates selbst, auch für die deutsche Rechtswissenschaft wieder neu zu beleben.<sup>77</sup> Seitdem hat die Insolvenz des Staates Schrifttum und Rechtsprechung wohl mehr beschäftigt als die aller anderen öffentlichen Rechtsträger. Während die Diskussion über ein Insolvenzrecht für Staaten im Jahr 2002 in dem Vorschlag der stellvertretenden Direktorin des Internationalen Währungsfonds (IWF),<sup>78</sup> ein ebensolches Verfahren auf internationaler Ebene einzuführen, gipfelte<sup>79</sup>, hat sich hierzulande in erster Linie *Christoph Paulus* mit regelmäßigen Beiträgen zur gebietskörperschaftlichen Insolvenzverfahrensfähigkeit hervorgetan.<sup>80</sup> Hinzu kommt eine nahezu unüberschaubare Zahl an Veröffentlichungen in den entsprechenden Sammelwerken und Fachzeitschriften<sup>81</sup> und eine Vielzahl monographischer Darstellungsversuche der mit einer Staateninsolvenz verbundenen rechtlichen Facetten.<sup>82</sup>

---

77 Kratzmann, JZ 1982, S. 319 ff.

78 In einer Rede am 26. November 2001 hatte die stellvertretende Geschäftsführerin des IWF, Anne Krüger, erstmals Überlegungen vorgebracht, Verfahrensregelungen für die Insolvenz von Staaten zur Bewältigung ihrer Auslandsverschuldung festzulegen. Unter dem Namen "Sovereign Debt Restructuring Mechanism" (SDRM) legte anschließend der IWF Stab den Entwurf für ein Insolvenzverfahren vor, einen offiziellen Vorschlag hat der IWF jedoch nie unterbreitet, vgl. Krueger, A New Approach To Sovereign Debt Restructuring, passim.

79 Schon die durch den wirtschaftlichen Zusammenbruch Argentiniens beeinflussten Überlegungen, die jedoch unter den damaligen Bedingungen keine Chance auf Umsetzung hatten, stellten nach amerikanischem Vorbild das insolvenzrechtliche Ziel der Reorganisation und damit gerade nicht das der Liquidation in den Mittelpunkt. Eine übersichtliche Darstellung des IWF-Vorschlags findet sich bei Berensmann, Einbindung privater Gläubiger in die Prävention und Bewältigung von Internationalen Schuldenkrisen, S. 19 ff.; Außerdem: Buhler, DZWIR 2002, S. 276 f.; Mayer, ZInsO 2005, S. 456 ff.

80 Paulus, Die Eurozone und das größere Thema eines Staateninsolvenzrechts, S. 9 ff.; ders., ZG 2010, S. 314 ff.; ders., RIW 2009, S. 11 ff.; ders., RIW 2003, S. 401 ff.; ders., WM 2002, S. 725 ff.; ders., ZRP 2002, S. 383 ff.; ders., ÖJZ 2002, S. 701 ff.

81 U. a.: Buhler, DZWIR 2002, S. 275 ff.; Isensee, Der Staatsbankrott, S. 687 ff.; ders., Die Insolvenzfähigkeit des Staates, S. 227 ff.; Kämmerer, ZaöRV 2005, S. 651 ff.; ders., State Bankruptcy, in: EPIL; Mayer, ZInSO 2005, S. 454 ff.; ders., WM 2008, S. 425 ff.; Ohler, JZ 2005, S. 590 ff.; Raffer, Ein Insolvenzverfahren für Staaten – Gebot ökonomischer Ratio, S. 33 ff.; ders., Vor- und Nachteile eines Internationalen Insolvenzrechts, S. 213 ff.; Reinisch, BankArchiv 1994, S. 115 ff.; Schwarz, ZRP 2003, S. 170 ff.; Stoll, KTS 1992, S. 521 ff.

82 Ermrich, Die Zahlungsunfähigkeit von Staaten, passim; Szodruich, Staatsinsolvenz und private Gläubiger, passim; Kerber, Souveränität und Konkurs, passim; Malagardis, Ein

Eine Wiederbelebung bzw. neue Impulse erfuhr die rechtswissenschaftliche Diskussion um die insolvenzverfahrensrechtliche Bewältigung eines zahlungsunfähigen oder überschuldeten Staates im Rahmen der sich seit dem Jahr 2009 nach und nach abzeichnenden europäischen Staatsschuldenkrise.<sup>83</sup>

Mit den Finanzproblemen einiger Bundesländer und den damit verbundenen Anträgen auf Gewährung von Bundesergänzungszuweisungen ging in Deutschland zwischenzeitlich zudem die Diskussion um die eventuelle Etablierung eines Insolvenzverfahrens auch für deutsche Bundesländer einher.<sup>84</sup>

Letztlich fand die Debatte um die Insolvenzverfahrensfähigkeit gerade von Kommunen bereits in den 90er Jahren des vergangenen Jahrhunderts wieder Eingang in das rechtswissenschaftliche Schrifttum. Geschah dies zunächst – wie bei *Jens Lehmann* – im Kontext der allgemeinen Erörterung der Konkurs- bzw. Insolvenzfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts,<sup>85</sup> rückten mit der Jahrtausendwende nach und nach die mit der Zahlungsunfähigkeit von Kommunen verbundenen kommunalspezifischen Fragestellungen in den Vordergrund.

Neben einigen mehr oder minder knappen Veröffentlichungen, meist in rechtswissenschaftlichen Fachzeitschriften,<sup>86</sup> haben sich dabei zunächst *Kyriell-*

“Konkursrecht“ für Staaten, passim; Petzold, Die internationale Gläubiger-Schuldner-Beziehung im Recht der Staateninsolvenz, passim. Außerdem: Dabrowski (Hrsg.), Die Diskussion um ein Insolvenzrecht für Staaten, passim; ders., Das Insolvenzrecht für Staaten, passim; ders., Lösungsstrategien zur Überwindung der internationalen Schuldenkrise, passim.

- 83 Umfassend jüngst Reinhart / Rogoff, Dieses Mal ist alles anders: Acht Jahrhunderte Finanzkrisen, passim. Außerdem: Pilz / Dittmann, DÖV 2011, S. 438 ff.; Herdegen, WM 2011, S. 913 ff.; Heinz, Verwaltungsrundschau 2011, S. 293 ff.; Aden, ZRP 2010, S. 191 ff.; Belke, Wirtschaftsdienst 2010, S. 155 f.; Kämmerer, Wirtschaftsdienst 2010, S. 165 ff.; Beck / Wentzel, Wirtschaftsdienst 2010, S. 167 ff.; Raffer, Ecolex 2010, S. 435 ff.; Reinisch, Ein völkerrechtlicher Staateninsolvenzmechanismus, S. 1 ff. Vgl. hierzu auch die Tagungen an den Universitäten von Wien und Berlin und die dementsprechenden Tagungsberichte, vgl. Fussnote 18.
- 84 Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium der Finanzen, Haushaltskrisen im Bundesstaat, S. 17 ff.; Blankart / Fasten, PWP 2009, S. 39 ff.; Blankart / Fasten / Klaiber, Wirtschaftsdienst 2009, S. 567 ff.; dies., HFR 2008, S. 29 ff.; Konrad, KritV 2008, S. 159 ff.; Schwarz, ZKF 2010, S. 49 ff.; Schupert / Rossi, Haushaltsnotlagenregime, S. 34 ff.; Rossi, ZRP 2006, S. 8 ff.; Gumboldt, ZRP 2006, S. 6 f.; Gundlach, DÖV 1999, S. 815 ff.; Weizen, DÖV 2009, S. 454 ff.
- 85 Lehmann, Die Konkursfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts, passim.
- 86 Jüngst: Schliesky / Tallich / Classen, DVP 2011, S. 134 ff.; Herrmann, Kommunale Kassenkredite, S. 92 f.; Außerdem: Paulus, ZInsO 2003, S. 869 ff.; ders., NordÖR 2010, S. 338 ff.; Bull, NordÖR 2010, S. 343 ff.; Katz, GH 2004, S. 49 ff.; Duve, DÖV 2008, S. 22 ff.; ders., DÖV 2009, S. 574 ff.; Josten, BKR 2006, S. 133 ff.;

*Alexander Schwarz*, mit seiner Schrift aus dem Jahr 1998 zur Staatsgarantie für kommunale Verbindlichkeiten bei „faktischem Konkurs von Kommunen“<sup>87</sup> und ein Jahr später *Felix Engelsing*, der sich mit den Rechtsfolgen der Zahlungsunfähigkeit von Kommunen, aber auch von anderen juristischen Personen des öffentlichen Rechts beschäftigt,<sup>88</sup> monographisch hervorgerufen.

Es folgten im Jahr 2007 *Friedrich L. Cranshaw*, mit einer Untersuchung zu insolvenz- und finanzrechtlichen Perspektiven der Insolvenz von juristischen Personen des öffentlichen Rechts, insbesondere aber von Kommunen,<sup>89</sup> und *Stefan N. Frielinghaus*, dessen Arbeit sich mit der kommunalen Insolvenz als Sanierungsansatz für die öffentlichen Finanzen befasst und einen Schwerpunkt auf das Vorbild der geordneten Insolvenz öffentlich-rechtlicher Gebietskörperschaften in den Vereinigten Staaten nach Chapter 9 des Bankruptcy Acts legt.<sup>90</sup> Dies entspricht der thematischen Ausrichtung der 2011 erschienenen Untersuchung *Anne Naguschewskis* zu einem Insolvenzverfahren nach Vorbild des US-amerikanischen Chapter-9-Verfahrens.<sup>91</sup>

Die bislang letzte monographische Aufarbeitung der Insolvenzfähigkeit von Kommunen ist die Arbeit mit dem gleichnamigen Titel von *Felix Hornfischer* aus dem Jahr 2010.<sup>92</sup> In Bezug auf öffentlich-rechtliche Insolvenzen im Allgemeinen und ihre rechtliche Bewältigung ist dies die 2011 erschienene Habilitationsschrift von *Kai von Lewinski*, die sich jedoch nur am Rande – ihr Fokus liegt auf der Bewältigung finanzieller Krisen gerade des Gesamtstaates außerhalb eines insolvenzrechtlichen Regimes – mit konkreten Fragen der kommunalen Zahlungsunfähigkeit befasst.<sup>93</sup>

---

Schwarz, ZKF 2010, S. 49 ff.; Albers, NdsVBl 2005, S. 57 ff.; ders., Der Landkreis 2006, S. 750 ff.; Faber, DVBl 2005, S. 933 ff.; dies., Zahlungsunfähigkeit von Kommunen, S. 685 ff.; Borchert, Die Gemeinde SH 2004, S. 2 f.

87 Schwarz, Staatsgarantie für kommunale Verbindlichkeiten bei “faktischem Konkurs von Kommune“?, passim; ders., ZG 1997, S. 349 ff.

88 Engelsing, Zahlungsunfähigkeit von Kommunen und anderen juristischen Personen des öffentlichen Rechts – Vollstreckung und finanzielle Einstandpflicht, passim.

89 Cranshaw, Insolvenz- und finanzrechtliche Perspektiven der Insolvenz von juristischen Personen des öffentlichen Rechts, insbesondere Kommunen, passim; ders., NordÖR 2008, S. 97 ff.; ders., NordÖR 2008, S. 146 ff.

90 Frielinghaus, Kommunale Insolvenz als Sanierungsansatz für die öffentlichen Finanzen, passim; ders., DÖV 2007, S. 636 ff.; ders., DÖV 2008, S. 991 ff.

91 Naguschewski, Kommunale Insolvenz – Untersuchungen zu einem Insolvenzverfahren nach Vorbild des US-amerikanischen Chapter 9, passim.

92 Hornfischer, Die Insolvenzfähigkeit von Kommunen, passim.

93 V. Lewinski, Öffentlichrechtliche Insolvenz und Staatsbankrott, passim, im Hinblick auf die Kommunen insbesondere S. 157 ff.; ders., DÖV 2010, S. 439 ff.