

	Rn.
9. Einstellung und Aufhebung des Insolvenzverfahrens	298
a) Insolvenzzrechtliche Seite	298
b) Grundsatz der gesellschaftsrechtlichen Vollarwicklung	301
c) Erlöschen der rechtsfähigen Personengesellschaft	304
10. Fortsetzung und Umwandlung der rechtsfähigen Personengesellschaft in der Insolvenzenz	306
a) Fortsetzung der rechtsfähigen Personengesellschaft	306
b) Umwandlung	309
11. Insolvenzplan	310
a) Allgemeines	311
b) Haftung des persönlich haftenden Gesellschafters	314
12. Eigenverwaltung	329
13. Restschuldbefreiung	334
14. Verbraucherinsolvenz	335
II. Besonderheiten der einzelnen rechtsfähigen Personengesellschaften	336
1. Kommanditgesellschaft	337
2. GmbH & Co. KG	339
a) Insolvenzfähigkeit	341
b) Eröffnungsgründe	343
c) Insolvenzantrag	348
d) Wirkungsbereiche von Insolvenzverwalter und Organen der rechtsfähigen Personengesellschaft	356
e) Wirkungen der Eröffnung	358
f) Fortsetzung	363
3. BGB-Gesellschaft	368
a) Zulässigkeit des Insolvenzverfahrens	368
b) Einzelheiten	370
c) Nicht rechtsfähige Gesellschaften (Innengesellschaften)	374
4. Partnerschaftsgesellschaft	379
5. Partenreederei	382
6. Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung	383
7. Stille Gesellschaft	384
a) Insolvenz des Geschäftsinhabers	386
b) Insolvenz des stillen Gesellschafters	393
G. Insolvenz von Konzernen (verbundenen Unternehmen)	394
I. Allgemeines	394
II. Vertragskonzern	397
1. Insolvenz der Untergesellschaft	397
a) Auswirkungen auf den Unternehmensvertrag	397
b) Auswirkungen auf die Insolvenzgründe	399
c) Umfang der Verlustausgleichspflicht	400
d) Anhängiges Spruchverfahren	406
2. Insolvenz der Obergesellschaft	407
a) Auswirkungen auf den Unternehmensvertrag	407
b) Umfang der Verlustausgleichspflicht	408
c) Weisungsrecht	410
3. Insolvenz beider Gesellschaften	411
III. Faktischer Konzern	412
IV. Insolvenzplan	414
V. Insolvenz multinationaler Unternehmensgruppen	416
VI. Steuerliche Auswirkungen	417
H. Insolvenz von Sondervermögen	418
I. Nachlass, Gesamtgut einer fortgesetzten Gütergemeinschaft und Gesamtgut einer Gütergemeinschaft (Abs. 2 Nr. 2)	418
II. Bruchteilsgemeinschaft und Wohnungseigentümergeinschaft	420
1. Insolvenz der Bruchteilsgemeinschaft	420
2. Insolvenz der Wohnungseigentümergeinschaft (WEG)	421

A. Allgemeines

Die Vorschrift legt nach der Begr. RegE zu § 11 fest, welche Rechtsträger und Vermögensmassen **1** Gegenstand eines Insolvenzverfahrens sein können. Das ist allerdings nur zum Teil richtig; denn der Regelungsgehalt beschränkt sich darauf, die Vermögensmassen festzulegen, die Gegenstand eines Insolvenzverfahrens sein können; im Übrigen – bezüglich der Rechtsträger – übernimmt sie die Vorgaben des materiellen Rechts (KP-Noack GesellschaftsR Rn. 30). § 11 tritt an die Stelle der verstreuten und früher an das Ende des Gesetzes verdrängten Bestimmungen über die „Konkursfähigkeit“ (vgl. insbes. §§ 207, 209, 213, 214, 236 S. 1, 236a Abs. 1 KO, § 63 Abs. 2 GmbHG, § 98 Abs. 2 GenG). Eine zusammenfassende, der jetzigen Vorschrift im Wesentlichen entsprechende Regelung der Problematik war schon in § 1 Abs. 1 S. 1 GesO enthalten.

Absatz 1, der **natürliche und juristische Personen** sowie den nicht rechtsfähigen Verein betrifft, **2** entspricht dem früheren Recht. Er wird durch § 12 eingeschränkt, nach dem das Insolvenzverfahren über

das Vermögen bestimmter (inländischer) juristischer Personen des öffentlichen Rechts unzulässig ist oder für unzulässig erklärt werden kann.

- 3 Abs. 2 Nr. 1 enthält zunächst eine Legaldefinition der „**rechtsfähigen Personengesellschaft**“, zu der das Gesetz neben den Handelsgesellschaften die BGB-Gesellschaft, die (nicht mehr neu gründbare) Partenreederei, die EWIV und seit der Ergänzung durch Art. 2a des Gesetzes zur Änderung des Umwandlungsgesetzes, des Partnerschaftsgesellschaftsgesetzes und anderer Gesetze vom 22.7.1998 (BGBl. 1998 I 1878) auch die Partnerschaftsgesellschaft zählt. Auf diesen Begriff greift die InsO in zahlreichen Fällen zurück. Die durch das MoPeG geänderte Begriffsbildung überzeugt, nachdem schon zuvor auch die (faktische) Rechts- und die Parteifähigkeit der BGB-Gesellschaft anerkannt worden war (BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056 = ZIP 2001, 330 = DStR 2001, 310 [Goette] = ZInsO 2001, 218 = NZI 2001, 241 = JZ 2001, 655 [Wiedemann] = EWiR § 50 ZPO 1/01, 341 [Prütting] = LM ZPO § 50 Nr. 52 [Wilhelm]); die noch bis zur 15. Aufl. an dieser Stelle mit Blick auf den früher verwendeten Begriff „Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit“ geäußerte Kritik hat sich damit erledigt. Zwischen den beiden Arten von „Rechtspersonen“ bestehen aber unverändert erhebliche strukturelle Unterschiede, die sich auch im Insolvenzrecht auswirken. Sachlich betrat die Festlegung der Insolvenzfähigkeit bei den (heute) rechtsfähigen Personengesellschaften durch die InsO vor allem in Bezug auf die BGB-Gesellschaft Neuland; denn in Bezug auf sie war unter der KO die selbstständige Konkursfähigkeit verneint worden (dazu → Rn. 368). Die Einbeziehung von EWIV und (inzwischen) Partnerschaftsgesellschaft trägt der Herausbildung dieser neuen Gesellschaftsformen Rechnung. Durch die Nennung der Partenreederei wurde der dort früher ebenfalls – ähnlich der BGB-Gesellschaft – bestehende Streit um deren Insolvenzfähigkeit entschieden (dazu Rabe, Seehandelsrecht, 4. Aufl. 2000, HGB § 489 Rn. 21). Abs. 3 enthält schließlich für die juristischen Personen und die rechtsfähigen Personengesellschaften die Aussage, dass ein Insolvenzverfahren über ihr Vermögen solange zulässig ist, wie die **Verteilung ihres Vermögens nicht vollzogen** ist. Das hat klarstellende Bedeutung: denn im Gesellschaftsrecht ist nicht vollständig geklärt, von welchem Zeitpunkt an eine juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft vollständig beendet ist (dazu → Rn. 46, 245).
- 4 Abs. 2 Nr. 2 erklärt schließlich auch den **Nachlass**, das **Gesamtgut einer fortgesetzten Gütergemeinschaft** oder das **Gesamtgut einer Gütergemeinschaft**, das von den Ehegatten oder – wie seit 2015 ausdrücklich klargestellt – Lebenspartnern (früher bereits § 7 S. 2 LPartG) gemeinschaftlich verwaltet wird, für insolvenzfähig. In diesen Fällen ist Objekt des Insolvenzverfahrens anders als bei Abs. 1 oder Abs. 2 Nr. 1 nicht eine bestimmte (natürliche oder juristische) Person oder diesen gleichstehende rechtsfähige Personengesellschaft, sondern eine **Vermögensmasse**. Während bei den in Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 genannten Rechtssubjekten deren Insolvenzfähigkeit im Hinblick auf ihre (jedenfalls inzwischen) feststehende allgemeine Rechts- und Parteifähigkeit selbstverständlich erscheint, ist es bei Abs. 2 Nr. 2 umgekehrt: er begrenzt die Insolvenzfähigkeit von Vermögensmassen auf die genannten, schließt also andere Vermögensmassen von der Insolvenzfähigkeit aus (Kayser/Thole/Sternal § 11 Rn. 22). Daher ist insbesondere die Insolvenzfähigkeit der **Bruchteilsgemeinschaft** (§§ 741 ff. BGB) und – kraft ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung – der **Wohnungseigentümergeinschaft** zu verneinen (dazu → Rn. 420 ff.).
- 5 Die in § 11 geregelte **Insolvenzfähigkeit** ist Zulässigkeitsvoraussetzung jeden Insolvenzverfahrens. § 11 trat insoweit als speziellere Norm an die Stelle von § 50 [früher Abs. 1] ZPO, aus dem bei Fehlen von Sonderregelungen für das alte Recht über § 72 KO der Umfang der Konkursfähigkeit abgeleitet wurde. Der wesentliche Unterschied zum früher geltenden Recht liegt dabei in der Anerkennung der Insolvenzfähigkeit (auch) der BGB-Gesellschaft, womit das Insolvenzrecht dem materiellen Recht folgt (dazu → Rn. 368). Was unter „Insolvenzfähigkeit“ zu verstehen ist, sagt das Gesetz nicht; der Begriff wird vielmehr vorausgesetzt (KPBJ/Prütting § 11 Rn. 3, 5). Der Sache nach handelt es sich um die Fähigkeit, Schuldner eines Insolvenzverfahrens sein zu können; sie stellt wegen der Vergleichbarkeit von Verfahrensschuldner und Schuldner der Einzelzwangsvollstreckung einen (weitergehenden) Sonderfall der passiven Parteifähigkeit dar (KPBJ/Prütting § 11 Rn. 6 f.). Da die Norm für die Frage der Insolvenzfähigkeit nur die bürgerlichrechtlichen Vorgaben nachzeichnet, sie insoweit also überwiegend bloß klarstellenden Charakter hat, liegt ihr Gestaltungsschwerpunkt bei der Erfassung der in Abs. 2 Nr. 2 genannten Sondervermögen; insoweit geht es aber – wie bereits ausgeführt (→ Rn. 4) – nicht um die Festlegung insolvenzfähiger Rechtsträger, sondern um die Festlegung von aus Praktikabilitätsgründen selbstständig insolvenzfähigen Vermögensmassen (KPBJ/Prütting § 11 Rn. 6 f.).

B. Insolvenz der natürlichen Person (Abs. 1 S. 1)

- 6 Nach Abs. 1 Satz 1 ist zunächst jede natürliche Person insolvenzfähig. Anders als bei der Geschäftsfähigkeit (§§ 2, 104 BGB) kommt es dafür nicht auf das Alter oder sonstige Eigenschaften an. Erforderlich und genügend ist bei natürlichen Personen vielmehr die **Rechtsfähigkeit** (§ 1 BGB). Für eine geschäfts- bzw. prozessunfähige natürliche Person handelt – wie sonst auch – ihr gesetzlicher Vertreter. Gleiches gilt für die juristischen Personen und die rechtsfähigen Personengesellschaften; doch wird die Vertretungsmacht für die Stellung des Insolvenzantrags modifiziert und erweitert (dazu auch → § 15 Rn. 1). Das alles gilt unabhängig von der Staatsangehörigkeit, solange nur ein deutsches Insolvenzgericht nach § 3 international zuständig ist. Ob ein Ausländer nach seinem Heimatrecht insolvenzfähig wäre, ist ohne Belang (Jaeger/Ehrlicke § 11 Rn. 14).
- 7 § 11 setzt für die Insolvenzfähigkeit weder die Kaufmanns- noch die Unternehmenseigenschaft voraus. Rechtstatsächlich steht die **Unternehmensinsolvenz** allerdings im Mittelpunkt des Insolvenzrechts; die damit verbundenen besonderen Regelungen und Probleme werden daher im Folgenden zusammengefasst vorgestellt (→ Rn. 9 ff.). Subjekt des Insolvenzverfahrens ist dabei aber in keinem Fall das Unternehmen, sondern dessen Träger, sei es als natürliche Person oder als Gesellschaft. Richtiger müsste man daher von der Unternehmerinsolvenz sprechen.
- 8 Sonderregeln gelten auf der anderen Seite für die **Verbraucherinsolvenz** (§§ 304 ff.). Folge ist, dass die allgemeinen Vorschriften nur einen sehr begrenzten eigenständigen Anwendungsbereich haben: denn sie

erfassen nur den Nicht-Unternehmer, der andererseits mehr als eine nur geringfügig selbstständige wirtschaftliche Tätigkeit ausüben muss (§ 304 Abs. 1).

C. Unternehmen und Unternehmensveräußerung in der Insolvenz

Obwohl die InsO auf die Insolvenz der natürlichen Person zugeschnitten ist, steht die Unternehmensinsolvenz rechtstatsächlich im Mittelpunkt des Insolvenzrechts und seiner wissenschaftlichen Aufbereitung. Das war auch nach dem alten Recht nicht anders; mit dem neuen Recht hat sich dies lediglich insoweit (etwas) geändert, als Insolvenzverfahren natürlicher Personen durch die Restschuldbefreiung (§§ 286 ff.) und das Verbraucherinsolvenzverfahren (§§ 304 ff.) zahlenmäßig an Bedeutung gewonnen haben.

Der besonderen Bedeutung des Unternehmens als Objekt der Insolvenzmasse trägt die InsO an zahlreichen Stellen Rechnung; darauf wird im jeweiligen Zusammenhang eingegangen. Bei der hier näher vorzustellenden Insolvenz der juristischen Personen und rechtsfähigen Personengesellschaften ist aber praktisch immer (auch) ein Unternehmen Bestandteil der Insolvenzmasse. Daher sollen einige der bei der (allgemeinen) Unternehmensinsolvenz wichtigen Fragen auch hier angesprochen werden; zudem soll auf Besonderheiten eingegangen werden, die sich daraus ergeben, dass eine rechtsfähige Personengesellschaft oder juristische Person Unternehmerin ist (Rechtstatsächliche Angaben zu Unternehmensinsolvenzen bei Gottwald/Haas InsR-HdB/Haas § 89 Rn. 1 ff., Gottwald/Haas InsR-HdB/Haas/Kolmann/Kurz § 90 Rn. 1 ff., Gottwald/Haas InsR-HdB/Mock § 91 Rn. 1, § 92 Rn. 1, § 93 Rn. 1 f., Gottwald/Haas InsR-HdB/Haas/Mock § 94 Rn. 1 f.; Überblick zu Konstruktionen der außergerichtlichen Unternehmenssanierung bei Obermüller ZInsO 2003, 597 ff.).

I. Unternehmensfortführung

Ist ein Unternehmen erst einmal stillgelegt, ist eine Wiederaufnahme der Geschäftstätigkeit praktisch nicht mehr möglich. Um die Option einer Unternehmensfortführung offenzuhalten, geht die InsO daher von der Fortführung des Unternehmens als Regelfall aus, bis eine ausdrückliche anderweitige Entscheidung im Interesse der Insolvenzgläubiger getroffen wurde.

Im **Eröffnungsverfahren** hat ein vorläufiger Insolvenzverwalter, wenn dem Schuldner ein allgemeines Verfügungsverbot auferlegt wurde (§ 21 Abs. 2 Nr. 1 und 2), ein vom Schuldner betriebenes Unternehmen daher grundsätzlich bis zur Entscheidung über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens fortzuführen (§ 22 Abs. 1 S. 2 Nr. 2; dazu Feuerborn KTS 1997, 171 (184); Undritz NZI 2007, 65 ff.; Vallender DStR 1999, 2034 (2038)). Verbindlichkeiten, die ein solcher Insolvenzverwalter in dieser Zeit begründet, gelten nach Verfahrenseröffnung als Masseverbindlichkeiten; das gilt grundsätzlich auch für Verbindlichkeiten aus Dauerschuldverhältnissen (insbesondere Arbeitsverhältnissen), soweit der Verwalter die Leistung für die Masse in Anspruch genommen hat (§ 55 Abs. 2). Das darin liegende beträchtliche Haftungsrisiko wurde aber dadurch entschärft, dass § 55 Abs. 3 (eingefügt durch das InsOAndG 2001 [BGBl. I 2710]) Ansprüche auf Arbeitsentgelt als einfache Insolvenzforderungen qualifiziert, wenn sie auf die Bundesagentur für Arbeit übergehen. Eine Haftung des Verwalters wegen der dadurch begründeten (ansonsten beträchtlichen!) Masseverbindlichkeiten nach § 21 Abs. 2 Nr. 1 iVm § 61 scheidet im Übrigen aber zum einen daran, dass Verbindlichkeiten aus Dauerschuldverhältnissen nicht durch „Rechtshandlungen“ (§ 61 S. 1) begründet wurden („oktroiierte Masseschulden“); zum anderen stünde sie in Widerspruch zum Ziel der InsO, im Zweifel zunächst die Unternehmensfortführung zu ermöglichen (überzeugend Peters-Lange ZIP 1999, 421 (424)). Während des Eröffnungsverfahrens kann der vorläufige Insolvenzverwalter vom Gericht als Sachverständiger mit der Aufgabe betraut werden zu prüfen, welche Aussichten für eine Fortführung des Unternehmens des Schuldners bestehen (§ 22 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 Hs. 2). Will der vorläufige Verwalter schon in dieser Zeit das Unternehmen stilllegen, bedarf es einer Zustimmung des Insolvenzgerichts, das diese nur erteilt, um eine erhebliche Verminderung des Vermögens zu vermeiden (§ 22 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 aE). Möglich erscheint aber auch die Bestellung eines vorläufigen Gläubigerausschusses (§ 22a), um eine Stilllegung dann unter denselben Voraussetzungen wie nach Verfahrenseröffnung zuzulassen (so bereits Uhlenbruck GmbH 1999, 313 (390, 393)). Ist **kein vorläufiger Insolvenzverwalter** bestellt oder dem Schuldner kein allgemeines Verfügungsverbot auferlegt worden (dazu § 21 Abs. 2 Nr. 1 und 2), bleibt der Schuldner selbst verfügungsbefugt und kann sein Unternehmen selbstverständlich auch während des Eröffnungsverfahrens weiterführen. Auch Umwandlungsmaßnahmen sind ihm daher in diesem Falle ohne Einschränkungen durch das Insolvenzrecht noch möglich (Heckschen DB 2005, 2675).

Nach Verfahrenseröffnung, aber vor dem Berichtstermin, kann der Insolvenzverwalter ein Unternehmen nur mit Zustimmung des Gläubigerausschusses **stilllegen**, falls ein solcher bestellt ist (§ 158 Abs. 1). Das kommt insbesondere dann in Betracht, wenn durch eine Unternehmensfortführung Masseverbindlichkeiten begründet würden, die erkennbar nicht mehr aus der Masse befriedigt werden können (arg. § 61). Vor einer Stilllegung oder, falls ein Gläubigerausschuss bestellt ist, vor dessen Entscheidung, hat der Insolvenzverwalter den Schuldner – bei rechtsfähigen Personengesellschaften und juristischen Personen dessen Vertretungsorgane – zu unterrichten (§ 158 Abs. 2 S. 1). Das Insolvenzgericht kann dann nach Anhörung des Verwalters die beantragte Stilllegung untersagen, wenn sie ohne erhebliche Verminderung der Insolvenzmasse bis zum Berichtstermin aufgeschoben werden kann (§ 158 Abs. 2 S. 2). Durch das Gesetz zur Vereinfachung des Insolvenzverfahrens vom 1.7.2007 (BGBl. I 509) wurde dieses System auf die **Veräußerung** eines Unternehmens ausgeweitet (zum Gesetzentwurf Ehrlicke ZIP 2004, 2262 (2267)).

Im **Berichtstermin** hat der Insolvenzverwalter sodann dazu Stellung zu nehmen, ob Aussichten bestehen, das Unternehmen im Ganzen oder in Teilen zu erhalten, welche Möglichkeiten für einen Insolvenzplan bestehen und welche Auswirkungen jeweils für die Befriedigung der Gläubiger eintreten (§ 156 Abs. 1 S. 2). Zu diesem Zweck hat er bei den Gegenständen der Insolvenzmasse anzugeben, ob ihr Wert davon beeinflusst wird, ob das Unternehmen fortgeführt wird oder nicht; in diesem Fall hat er zwei Werte anzugeben (§ 151 Abs. 2 S. 2). Dem Schuldner, bei juristischen Personen oder rechtsfähigen Personengesellschaften vertreten durch ihre Organe, ist Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben (§ 156

- Abs. 2 S. 1). Die Gläubigerversammlung beschließt sodann über Stilllegung oder Fortführung des Unternehmens (§ 157 S. 1); ein Widerspruchs- oder Anfechtungsrecht steht dem Schuldner dabei nicht zu (arg. § 78 Abs. 1).
- 15 Wird die Unternehmensfortführung in einem **Insolvenzplan** geregelt, um aus den Erträgen des fortgeführten Unternehmens die Gläubiger zu befriedigen, ist dem Plan eine Vermögensübersicht beizufügen, in der die Vermögensgegenstände und Verbindlichkeiten, die sich bei einem Wirksamwerden des Plans gegenüberstünden, mit ihren Werten aufgeführt werden (§ 229 S. 1; weitere Einzelheiten in § 229 S. 2 und 3). Bei einer vorgesehene Unternehmensfortführung durch den Schuldner selbst muss zudem dessen Einverständniserklärung vorgelegt werden, wenn der Schuldner eine natürliche Person ist und er nicht selbst den Insolvenzplan vorgelegt hat (§ 230 Abs. 1 S. 1 und 3). Gleiches gilt für rechtsfähige Personengesellschaften und die Kommanditgesellschaft auf Aktien in Bezug auf die Personen, die nach dem Plan persönlich haftende Gesellschafter sein sollen (§ 230 Abs. 1 S. 2). Schließlich müssen Zustimmungserklärungen von Gläubigern vorgelegt werden, wenn diese auf der Grundlage eines Insolvenzplans Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte oder Beteiligungen an einer juristischen Person, einem Verein ohne Rechtspersönlichkeit oder einer rechtsfähigen Personengesellschaft übernehmen sollen (§ 230 Abs. 2).

II. Unternehmensveräußerung

- 16 Als Alternative zur Fortführung (→ Rn. 11 ff.) oder zur Stilllegung des Unternehmens unter Verwertung seiner einzelnen Bestandteile kommt auch die (Gesamt-)Veräußerung eines Unternehmens in Betracht. Diese Form der Liquidation wird als „**übertragende Sanierung**“ bezeichnet (Karsten Schmidt ZIP 1980, 328 (336); ausführlich Bitter/Rauhut KSI 2007, 197 ff. (258 ff.); Noack/Bunke KTS 2005, 129 ff.; zu ihren ökonomischen Vorteilen Eidenmüller, Effiziente Verhaltenssteuerung und Kooperation im Zivilrecht [1997], S. 145 ff.; Überblick zu verschiedenen Haftungsrisiken bei Falk/Schäfer ZIP 2004, 1337 ff.). Sie kann durch Übertragung der Aktiva auf eine bereits bestehende (insbesondere Mantel-)Gesellschaft oder auf eine eigens zu diesem Zweck gegründete „Übernahmegesellschaft“ (so die Legaldefinition in § 260 Abs. 3) erfolgen. Daneben kommt als dritter Weg zur Gläubigerbefriedigung die **Schuldnersanierung** in Betracht; hierzu zählt bei einer Gesellschaft als Schuldnerin vor allem die Zuführung neuen Kapitals durch die aktuellen oder durch neu hinzutretende Anteilhaber. Da diese Variante nur in einem Insolvenzplan bewerkstelligt werden kann, soll sie hier nicht näher untersucht werden.
- 17 Bei der übertragenden Sanierung werden die Vermögenswerte des Schuldners auf ein Erwerberunternehmen übertragen. Mit dem erzielten Verkaufserlös werden die Gläubiger durch das übertragende Unternehmen selbst befriedigt. Die Kaufpreiszahlung kann dabei sowohl als Einmal- als auch als Ratenzahlung vereinbart werden. Im zweiten Fall werden die Gläubiger damit mittelbar aus den laufenden Erträgen der Übernahmegesellschaft (arg. § 229 S. 1 mit den besonderen Anforderungen an einen Insolvenzplan für diesen Fall) befriedigt. Die Beteiligung an den Erträgen kann indes auch gesellschaftsrechtlich (durch Beteiligung der Gläubiger an der Übernahmegesellschaft) organisiert werden. In diesem Fall erfolgt die Gläubigerbefriedigung unmittelbar durch die Übernahmegesellschaft. Attraktiv ist die übertragende Sanierung vor allem im Hinblick darauf, dass sie einen Unternehmenserwerb ermöglicht, ohne zugleich dessen Verbindlichkeiten übernehmen zu müssen. Denn § 25 HGB findet bei einem Unternehmenserwerb vom Insolvenzverwalter keine Anwendung (BGHZ 104, 151 (153 f.) = ZIP 1988, 727 = NJW 1988, 1912 = NJW-RR 1988, 997 = EWiR § 106 KO 1/88, 811 [Joost]; kritisch Kölner Schrift InsO/Karsten Schmidt, 2. Aufl. 2000, S. 1199, 1214 ff.; auch nicht bei Veräußerung durch den Schuldner in der Eigenverwaltung; BGH NZG 2020, 318 = NZI 2020, 285 = ZInsO 2020, 359 = ZIP 2020, 263); anders für den Erwerb eines insolventen Unternehmens außerhalb eines Insolvenzverfahrens BGH ZIP 2014, 29 = NZI 2014, 81 = NZG 2014, 511 = EWiR 2014, 213 [Keil]; auf einen Ausschluss der Haftung des Erwerbers nach § 25 Abs. 2 HGB kommt es daher hier gar nicht an. § 419 BGB wurde mit Inkrafttreten der InsO durch Art. 33 Nr. 16 EGInsO aufgehoben (eine vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens vollzogene Unternehmensveräußerung [„freie Sanierung“] kann nach §§ 129 ff. anfechtbar sein; dazu → § 129 Rn. 391 ff.). § 75 Abs. 2 AO schließt schließlich eine Haftung des Betriebserwerbers für Betriebssteuern aus, wenn der Betrieb aus der Insolvenzmasse erworben wurde. Lediglich § 613a BGB gilt grundsätzlich auch für Unternehmensveräußerungen in der Insolvenz (BAG NJW 1982, 1607 = ZIP 1982, 608; BAGE 105, 338 = NJW 2003, 3506 = ZIP 2003, 1671; ausf. zu den bestehenden Einschränkungen bei den Rechtsfolgen MüKoBGB/Müller-Glöge § 613a Rn. 176 ff.; auch → § 128 Rn. 6 ff.). In allen Fällen der übertragenden Sanierung ist sicherzustellen, dass der Unternehmenserwerber auch sämtliche immateriellen Unternehmenswerte erhält; denn oftmals werden solche Geschäftswerte – etwa günstige Vertragsbeziehungen – ohne Gegenleistung auf Drittunternehmen übertragen und damit der Insolvenzmasse entzogen (zur Anfechtbarkeit dieses Vorgehens → § 134 Rn. 110). Sie stehen damit auch für eine vom Gesetzgeber jetzt ausdrücklich erwünschte Sanierung des Unternehmens nicht mehr zur Verfügung. Insbesondere Lizenzverträge können aber auch aktive Mitwirkungspflichten des Verfahrensschuldners persönlich enthalten; solange diese nicht geregelt sind, werden die in den Lizenzen steckenden immateriellen Werte der Masse entzogen.
- 18 Im **gewöhnlichen Verfahren** hat der Insolvenzverwalter vor einer Unternehmensveräußerung, der Veräußerung von Unternehmensteilen („Betrieben“) oder der Veräußerung einer Unternehmensbeteiligung, die der Herstellung einer dauernden Verbindung zu diesem Unternehmen dienen soll, die Zustimmung des Gläubigerausschusses oder – falls ein solcher nicht bestellt ist – der Gläubigerversammlung einzuholen (§ 160 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1). Zuvor hat der Verwalter den Schuldner – bei rechtsfähigen Personengesellschaften und juristischen Personen seine Vertretungsorgane – zu unterrichten, wenn dies ohne nachteilige Verzögerung möglich ist (§ 161 S. 1). Dieser kann ebenso wie eine in § 75 Abs. 1 Nr. 3 bezeichnete Mehrzahl von Gläubigern beim Insolvenzgericht beantragen, nach Anhörung des Verwalters die Veräußerung zu untersagen, solange sie nicht von der Zustimmung der Gläubigerversammlung – also nicht bloß des Gläubigerausschusses – gedeckt ist (§ 161 S. 2). Gleiches gilt für Unternehmens- oder Betriebsveräußerungen, wenn der Antragsteller glaubhaft macht, dass eine Veräußerung an einen anderen

Erwerber für die Insolvenzmasse günstiger wäre (§ 163 Abs. 1). Zwingend ist die Beschlussfassung der Gläubigerversammlung demgegenüber dann erforderlich, wenn die Unternehmens- oder Betriebsveräußerung an eine dem Schuldner nahestehende Person (§ 138) oder an bestimmte besonders interessierte Insolvenzgläubiger erfolgt (§ 162 Abs. 1 Nr. 2), oder wenn diese Personen am Erwerber zu mindestens einem Fünftel beteiligt sind (§ 162). Für eine Veräußerung des Geschäfts bedarf der Insolvenzverwalter damit in keinem Fall einer Zustimmung der Schuldner-Gesellschaft oder ihrer Organe.

Nicht geregelt ist die Unternehmensveräußerung im **Eröffnungsverfahren** (daraus auf Unzulässigkeit schließend Schlitt NZG 1998, 701 (709); ebenso inzident [im Zshg. mit der Vergütungsfestsetzung] BGHZ 146, 165 (172 f.) = NJW 2001, 1496 (1497) = NZI 2001, 191 (192) = ZInsO 2001, 165 (167); BGHZ 154, 72 = NZI 2003, 259 = ZIP 2003, 632). Daran hat sich entgegen ursprünglichen Plänen, eine solche Veräußerung mit Zustimmung des Insolvenzgerichts zu gestatten (kritisch dazu Ehrlicke ZIP 2004, 2262 (2266); Pape ZInsO 2003, 389 (391)), auch durch das Gesetz zur Vereinfachung des Insolvenzverfahrens vom 1.7.2007 (BGBl. I 509) nichts geändert (Pape NZI 2007, 425 (430)). Zulässig sein dürfte eine Unternehmensveräußerung im Eröffnungsverfahren aber jedenfalls dann, wenn alle Gesellschafter, die Vertretungsorgane der Gesellschaft und das Insolvenzgericht zustimmen (zum alten Recht Feuerborn KTS 1997, 171 (177 mit 183 mwN); Vallender GmbHHR 2004, 543). Darüber hinaus wird man sie, wenn ein vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt wurde und dem Schuldner ein allgemeines Verfügungsverbot auferlegt wurde (§ 21 Abs. 2 Nr. 1 und 2), unter denselben Voraussetzungen wie eine Betriebsstilllegung im Eröffnungsverfahren zulassen können (dazu → Rn. 12; ebenso Menke NZI 2003, 522 (525 f.); Spieker NZI 2002, 472 ff.; etwas anders Uhlenbruck GmbHHR 1999, 313 (390, 393); Vallender DStR 1999, 2034 (2037 f.)); zur Unternehmensveräußerung nach Verfahrenseröffnung, aber **vor dem Berichtstermin**, → Rn. 13.

Soll die Unternehmens- oder Betriebsveräußerung auf der Grundlage eines **Insolvenzplans** erfolgen, wird der durch §§ 160–163 bezweckte Schutz dadurch hergestellt, dass die Beteiligten dem Plan mit den entsprechenden Mehrheiten zustimmen haben (§§ 237 ff.) und sie durch den Plan nicht schlechter gestellt werden dürfen, als sie ohne den Plan stünden (§ 251 Abs. 1 Nr. 2). Dabei kann im gestaltenden Teil vorgesehen werden, dass sich die spätere Planüberwachung auch auf die Erfüllung der Ansprüche erstreckt, die den Gläubigern gegen eine Übernahmegesellschaft zustehen (§ 260 Abs. 3; zur Kritik an dieser gesetzlichen Möglichkeit Kluth NZI 2003, 361 ff.). Damit ist die Zahlung des Kaufpreises, gegebenenfalls in Raten und aus den laufenden Erträgen der Übernahmegesellschaft, gemeint. Das eröffnet allerdings keine Überwachungsmöglichkeit auch über die Übernahmegesellschaft. Wird die Gegenleistung aus den laufenden Erträgen des Erwerberunternehmens gezahlt (§ 229 S. 1), haben die Gläubiger daher keine Einfluss- oder Kontrollmöglichkeiten auf dieses Unternehmen selbst.

III. Gesellschaftsinterne Zustimmungs- oder Mitwirkungspflichten

Soweit die InsO im Zusammenhang mit der Unternehmensstilllegung oder -veräußerung dem Schuldner Anhörungs- oder Antragsrechte einräumt, werden diese bei juristischen Personen oder rechtsfähigen Personengesellschaften im Rahmen des Insolvenzverfahrens von den Vertretungsorganen bzw. vertretungsberechtigten Gesellschaftern wahrgenommen (nur im Falle der Führungslosigkeit können nach § 10 Abs. 2 S. 2 nF unmittelbar die Gesellschafter gehört werden). Im Innenverhältnis der Gesellschaft kann vor Abgabe einer Stellungnahme oder Wahrnehmung eines Antragsrechts die Beteiligung des – sofern vorhanden – Aufsichtsrats oder der Haupt- oder Gesellschafterversammlung geboten sein (ausführlich → § 18 Rn. 75 ff.). Das gilt vor allem auch für die (freiwillige) Stellung eines Insolvenzantrags **wegen drohender Zahlungsunfähigkeit nach § 18** (OLG München ZIP 2013, 1121 = NZG 2013, 742 [inzwischen rkr.]; Gottwald/Haas InsR-HdB/Haas/Kolmann/Kurz § 90 Rn. 49, 168; Hensler ZInsO 1999, 121 (126); Hirte KapGesR Rn. 3.61; Lutter ZIP 1999, 641 (642); Carsten Schäfer ZIP 2015, 1208 ff.; ders. ZIP 2020, 1950 ff. [für Einleitung eines Schutzschirmverfahrens]; Stöber WM 2014, 1757 (1762 f.); Tetzlaff ZInsO 2008, 137 (139); Wertenbruch DB 2013, 1592 ff.; Wortberg ZInsO 2004, 707 ff.; abw. Fehrenbach ZIP 2020, 2370 ff. [dessen Hinweis auf die bereits bei Antragstellung vorliegende Entwertung des Geschäftsanteils freilich einen Zirkelschluss darstellt]; Gessner NZI 2018, 185; Gottwald/Haas InsR-HdB/Mock § 91 Rn. 15 [für die Aktiengesellschaft]; siehe auch dens. → § 18 Rn. 75 ff.). Das gilt erst recht, nachdem mit Inkrafttreten des SanInsFoG der Prognosezeitraum für die drohende Zahlungsunfähigkeit nunmehr mit 24 Monaten länger ist als der für die Überschuldungsfeststellung im Rahmen von § 19 mit 12 Monaten (dazu auch → StARUG § 1 Rn. 17). Ein entsprechender Beschluss der Gesellschafterversammlung bedarf derselben Mehrheit wie ein Liquidationsbeschluss (wohl auch KP-Noack GesellschaftsR Rn. 238). Ob andere Gesellschaftsorgane im Innenverhältnis zu beteiligen sind, richtet sich zunächst nach einer etwa vorhandenen Satzungsregelung. Fehlt eine solche, nimmt die Notwendigkeit einer Beteiligung der Gesellschafter vor allem mit der Bedeutung der geplanten Maßnahme für die Gesellschafter (im Anschluss an BGH ZIP 1982, 568 = NJW 1982, 1703 – Holzmüller) und fehlender Eilbedürftigkeit zu. Die Zustimmungsbedürftigkeit dürfte daher bei der Veräußerung oder Stilllegung von unbedeutenden Unternehmensteilen zu verneinen sein. Die Gesellschafterversammlung der GmbH kann ihrem Geschäftsführer auch ungefragt Weisungen für die Wahrnehmung der Anhörungs- und Antragsrechte erteilen. Die Beteiligung eines etwa vorhandenen Aufsichtsrats dürfte in jedem Fall unumgänglich sein.

D. Besonderheiten des Insolvenzverfahrens für Unternehmen bestimmter Wirtschaftszweige

Für Unternehmen bestimmter Wirtschaftszweige gelten Sonderregelungen, die die Vorschriften der InsO teils abändern, teils ergänzen. Da es sich in diesen Fällen zumindest typischerweise um Insolvenzen juristischer Personen handelt, sollen die Besonderheiten der Insolvenzen dieser Unternehmen hier vorgestellt werden – an der Schnittstelle zwischen dem Insolvenzrecht der natürlichen Person und dem der juristischen Person und der rechtsfähigen Personengesellschaften.

I. Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute

- 23 Bezüglich des Insolvenzantrags gilt für Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute (= „Institute“ iSd KWG; § 1 Abs. 1b KWG) die Sonderregelung des § 46b KWG (zur Insolvenz der Kreditinstitute ausführlich Pannen, Krise und Insolvenz bei Kreditinstituten, 3. Aufl. 2010 [zur 2. Aufl. A. Weber WM 2006, 2236; zur 1. Aufl. A. Weber WM 2001, 831 f.]; sowie Kieper, Abwicklungssysteme in der Insolvenz, 2004, S. 196 ff. [dazu Bruns KTS 2005, 108 ff.]; Linden ZInsO 2008, 583 (590 f.); zum europarechtlichen Hintergrund Wimmer ZInsO 2002, 897 ff.; zu internationalen Bezügen Paulus ZBB 2002, 492 (497 ff.)). Danach haben Vorstand oder Liquidatoren die **Zahlungsunfähigkeit, drohende Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung** der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht unverzüglich **anzeigen**; auf die Rechtsform des Instituts kommt es dabei nicht an (§ 46b Abs. 1 S. 1 KWG). Zu den Kreditinstituten zählen dabei auch die das Sondervermögen von **Kapitalverwaltungsgesellschaften** verwaltenden **Verwahrstellen** (§§ 68 Abs. 2, 80 Abs. 2 Nr. 1 KAGB; früher: § 20 Abs. 1 S. 2 InvG aF; dazu im Übrigen → Rn. 26), die **Pfandbriefbanken** (§ 1 Abs. 1 S. 1 PfandBG) und die **Bausparkassen** (§ 1 Abs. 1 BSpKG). Anzeigepflichtig bei Kriseneintritt ist jedes einzelne Vorstandsmitglied bzw. jeder einzelne Liquidator. Die Anzeigepflicht tritt nach § 46b Abs. 1 S. 2 KWG an die Stelle der insolvenzrechtlichen Antragspflichten. Das Unterlassen der Anzeige ist daher ebenso wie bei den Kapitalgesellschaften die unterlassene Stellung des Insolvenzantrags strafbewehrt (§ 55 Abs. 1 KWG). Es begründet zudem nach § 823 Abs. 2 BGB eine Schadenersatzverpflichtung (Delhaes Der Insolvenzantrag S. 178). Der Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens kann nur von der Bundesanstalt gestellt werden (§ 46b Abs. 1 S. 4 KWG), wegen drohender Zahlungsunfähigkeit aber nur mit Zustimmung des Instituts (§ 46b Abs. 1 S. 5 KWG). Wie bei anderen Fremdanträgen bedarf es auch beim Antrag der Bundesanstalt eines rechtlichen Interesses iSv § 14 Abs. 1; im Übrigen hat die Bundesanstalt über die Antragstellung nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden (VG Berlin NJW-RR 1996, 1072 (1073)). Sie unterliegt keiner Insolvenzantragspflicht; daher kann sie im Einzelfall ihr Ermessen auch dahingehend ausüben, keinen Insolvenzantrag zu stellen. Die Entscheidung über die Antragstellung durch die Bundesanstalt stellt einen **Verwaltungsakt** dar; umstritten ist freilich, ob er mit Blick auf die Sachnähe des Insolvenzgerichts und die besonderen Rechtsmittel im Rahmen des Eröffnungsverfahrens einer Überprüfung durch die Verwaltungsgerichte zugänglich ist (dafür – freilich vor Neufassung von § 46b KWG – VG Berlin NJW-RR 1996, 1072 (1073)). Im Ergebnis dürfte dies zu verneinen sein; jedenfalls scheidet mit Blick auf die spezielleren Regelungen in den §§ 21 ff. eine Aussetzung der Vollziehung nach § 80 VwGO aus (ausf. → § 13 Rn. 35 ff.). Wegen § 49 KWG haben Widerspruch und Anfechtungsklage gegen derartige Verwaltungsakte zudem keine aufschiebende Wirkung. Für die Rückrechnung im Rahmen der Anfechtungsfristen kommt es nach § 46c KWG auf den Tag des Erlasses einer Maßnahme nach § 46 Abs. 1 KWG an (dazu auch → § 139 Rn. 8). Eröffnungsgrund sind bei allen Instituten unabhängig von der Rechtsform Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung, mit Zustimmung des Instituts und subsidiär gegenüber anderen Maßnahmen auch drohende Zahlungsunfähigkeit (§ 46b Abs. 1 S. 3 und 5 KWG). Im Gegensatz zum früheren Recht ist ein auf Antrag der Aufsichtsbehörde ergehender Eröffnungsbeschluss aber nicht mehr unanfechtbar (Linden ZInsO 2008, 583 (591)). Damit bedarf es auch deshalb nicht mehr einer Nachprüfbarkeit der aufsichtsbehördlichen Entscheidung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren (zu sonst bestehenden verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die alte Regelung VG Berlin NJW-RR 1996, 1072 (1073); Lappe KTS 1985, 17 ff.). Nunmehr hat daher das Insolvenzgericht das Vorliegen eines Insolvenzgrundes vollinhaltlich zu überprüfen (Begr. RegE zu Art. 79 Nr. 5 EGIInsO); allerdings darf das Insolvenzgericht nicht die Ausübung des Ermessens der Bundesanstalt hinsichtlich der Insolvenzantragstellung überprüfen. Im Rahmen der Entscheidung des Insolvenzgerichts steht das Beschwerderecht gegen den Eröffnungsbeschluss den gesetzlichen Vertretern der Gesellschaft zu, weil deren Kompetenzen insoweit nicht verdrängt werden (BGH NZG 2006, 705 = NJW-RR 2006, 594 = ZIP 2006, 1454 [betr. AG & Co.]; abw. zuvor [auch für die Pflicht zur Anhörung nach § 15 Abs. 2] AG Hamburg ZInsO 2005, 1003 = ZIP 2005, 1748). Mit dem Eröffnungsbeschluss hat das Insolvenzgericht den Gläubigern das in § 46f KWG beschriebene Formblatt in allen EU-Amtssprachen zu übersenden. Mit der Ausschließlichkeit der Antragsberechtigung bei der Bundesanstalt verfolgt das Gesetz drei Ziele: Zum einen wird die Rolle der Institute bei der staatlichen Währungspolitik berücksichtigt, zum zweiten soll die Funktionsfähigkeit des Kredit- und Bankwesens gewährleistet werden, und schließlich sollen Einleger vor Verlusten bewahrt werden (dazu ausf. Fischer in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 3. Aufl. 2007, § 133 Rn. 17 ff. [nicht mehr in 4. Aufl. 2011]). Hintergrund für die Ausschließlichkeit der Antragsberechtigung der Bundesanstalt ist, dass der Bundesanstalt ein Informationsvorsprung durch ihre laufende Aufsicht zugesprochen wird, um die genannten Ziele möglichst effektiv verfolgen zu können (vgl. Lindemann in Fischer/Schulte-Mattler, KWG, CRR-VO, 6. Aufl. 2023, KWG § 46b Rn. 30). Soweit die Insolvenzantragspflicht während der **Coronakrise** durch das (frühere) **COVInsAG** ausgesetzt war (zu den Einzelheiten siehe die Kommentierung des [heutigen] SanInsKG und → §§ 15a/15b Rn. 16B), waren die Bundesanstalt bzw. die zuständigen Aufsichtsbehörden nicht verpflichtet, das ihnen nach § 46b Abs. 1 KWG, § 43 Abs. 1 KAGB in Verbindung mit § 46b Abs. 1 KWG, § 21 Abs. 4 und 5 des Zahlungsdienstleistungsgesetzes (ZAG) und § 312 Abs. 1 VAG zustehende Antragsrecht zu nutzen (Begr. Fraktionsentwurf, BT-Drs. 19/18110, 23).
- 24 Neben der Beantragung eines Insolvenzverfahrens stehen der Bundesanstalt **weitere Mittel** zu Gebote, die nicht nur auf den Gläubigerschutz ausgerichteten Ziele der aufsichtsrechtlichen Bestimmungen zu erreichen: Besteht Gefahr für die Erfüllung der Verpflichtungen eines Instituts gegenüber seinen Gläubigern, kann die Bundesanstalt nach § 46 Abs. 1 KWG zunächst **einstweilige Maßnahmen** zum Schutz der Gläubiger anordnen. Dazu gehören insbesondere Anweisungen an die Geschäftsführung des Instituts, das Verbot der Annahme von Einlagen, Geldern oder Wertpapieren von Kunden oder der Gewährung von Krediten sowie die Untersagung oder Beschränkung der Ausübung der Tätigkeit durch Inhaber oder Geschäftsleiter (hierzu Linden ZInsO 2008, 583 (587 f.)). Darüber hinaus kann sie vorübergehend ein Veräußerungs- oder Zahlungsverbot („Muratorium“) gegenüber dem Institut verhängen, die Schließung eines Instituts für den Verkehr mit der Kundschaft anordnen oder die Entgegennahme von Zahlungen, die

nicht zur Tilgung von Verbindlichkeiten gegenüber dem Institut bestimmt sind, verbieten (hierzu VG Köln WM 2001, 1612). Zudem kann die BaFin nach § 45 KWG Maßnahmen zur Verbesserung der Eigenmittelausstattung und Liquidität in Abhängigkeit von den regulatorischen Anforderungen nach der CRR anordnen, die sich zumindest mittelbar auf den Gläubigerschutz auswirken. Die entsprechenden Maßnahmen können bereits im Vorfeld einer Insolvenz ergriffen werden, insbesondere schon bei drohender Zahlungsunfähigkeit (§ 18); die Drei- bzw. Sechs-Wochen-Frist der gesellschaftsrechtlichen Insolvenzantragspflichten gilt nicht. Dem in diesem Zusammenhang bestellbaren Abwickler steht nach § 37 Abs. 2 KWG ebenfalls das Insolvenzantragsrecht zu (das galt auch schon vor Einführung dieser Klarstellung: BGH ZIP 2003, 1641 = WM 2003, 1800). Die Kreditwesenaufsicht besteht grundsätzlich während des Verfahrens bis zur Beendigung der Abwicklung des Unternehmens fort (§ 38 KWG). Ähnlich dem Verhältnis von Insolvenzverwalter zu den Geschäftsorganen wird sie aber auch hier von dessen Aufgaben und Zuständigkeiten überlagert (zu Stellung und Pflichten des Abwicklers nach § 38 Abs. 2 KWG BGH NZG 2018, 1066 [Ls.]). Weitergehend können ein Zahlungsaufschub für ein Kreditinstitut und der Ausschluss des Insolvenzverfahrens über sein Vermögen auch durch Rechtsverordnung der Bundesregierung gewährt bzw. angeordnet werden, wenn wirtschaftliche Schwierigkeiten bei Kreditinstituten zu befürchten sind, die schwerwiegende Gefahren für die Gesamtwirtschaft, insbesondere den geordneten Ablauf des allgemeinen Zahlungsverkehrs erwarten lassen (§ 46g Abs. 1 KWG: [echtes] Moratorium; Linden ZInsO 2008, 583 (589 f.)).

Im Nachgang der **Finanzkrise 2008** war zunächst eine Reihe von bankspezifischen Sonderregelungen neben die zuvor beschriebenen Regelungen getreten, die eine Anwendung des „regulären“ Insolvenzrechts möglichst abwenden sollen (zu den ersten durch den deutschen Gesetzgeber erlassenen Maßnahmen des Restrukturierungsgesetzes Bachmann ZBB 2010, 459; H.-F. Müller KTS 2011, 1 ff.; zum Verhältnis von allgemeinem Insolvenzrecht und besonderen bankenrechtlichen Insolvenzregeln grundsätzlich Bauer/Hildner DZWIR 2015, 251 (260 f.); Flessner ÖBA 2010, 655 ff.; zur Möglichkeit einer Bankensanierung im Rahmen eines regulären Insolvenzverfahrens vor Inkrafttreten der Sonderregeln Eidenmüller FS Hopt, 2010, 1713 (1718 ff.) [im Ergebnis ablehnend]). Diese Regelungen erfassen zunächst vor allem **Banken mit „Systemrelevanz“**, also solche, deren Insolvenz Auswirkungen auf den Finanzmarkt als Ganzes hätte (siehe zu diesen Auswirkungen etwa H.-F. Müller KTS 2011, 1 (2)), wurden im Anwendungsbereich der europäischen Richtlinie zur Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten (RL 2014/59/EU, ABl. 2014 L 173, 190 ff.) aber inzwischen auf alle Institute ausgeweitet, die in der EU niedergelassen sind (zur europäischen Bankenabwicklung Engelbach/Friedrich WM 2015, 662 ff.; Wojcik/Ceyssens EuZW 2014, 893 ff.; zur deutschen Umsetzung durch das Sanierungs- und Abwicklungsgesetz, Bauer/Hildner DZWIR 2015, 251 ff.; Hübner/Leunert ZIP 2015, 2259 ff.; Skauradzun/Herz DZWIR 2016, 501 ff.). Heute bestehen sowohl auf nationaler als auch europäischer Ebene Regelungen zur Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten.

Durch das **Restrukturierungsgesetz** v. 9.12.2010 (BGBl. 2010 I 1900) wurde das **Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz** (KredReorgG, enthalten in Art. 1 des Restrukturierungs[artikel]gesetzes; inzwischen aufgehoben durch Art. 12 Risikoreduzierungsgesetz [RiG] v. 9.12.2020, BGBl. I 2773) und die inzwischen in § 107 des **Sanierungs- und Abwicklungsgesetzes** (SAG; früher § 48a ff. KWG) geregelte Möglichkeit geschaffen, das Vermögen eines Kreditinstituts ganz oder teilweise per Verwaltungsakt auf einen neuen Rechtsträger zu übertragen. Die Regeln lassen sich als mehrstufiges System mit zunehmender Eingriffsintensität verstehen (Boos/Fischer/Schulte-Mattler/Fridgen, 4. Aufl. 2012, KWG vor §§ 48a–48s Rn. 4; H.-F. Müller KTS 2011, 1 (2)). Als erste Stufe war im KredReorgG ein **Sanierungsverfahren** als freiwilliges Verfahren vorgesehen, das allen (deutschen) Kreditinstituten unabhängig von ihrer Systemrelevanz, zur Verfügung stand (Bauer/Hildner DZWIR 2015, 251 (253); H.-F. Müller KTS 2011, 1 (4 f.); Schuster/Westpfahl DB 2011, 221 (223)); kritisch Frind ZInsO 2010, 1921 (1922), nach dessen Ansicht besondere Sanierungsverfahren auf systemrelevante Kreditinstitute beschränkt bleiben sollten; weitere Einzelheiten in der → 15. Aufl., Rn. 24B).

Zwangsweise Eingriffe in Rechte Dritter sah erst das sog. **Reorganisationsverfahren** vor, welches dem Grunde nach dem Insolvenzplanverfahren nachgebildet war (Schuster/Westpfahl DB 2011, 221 (224)) und seinerzeit die erst mit dem ESUG in die InsO eingefügte Möglichkeit vorweggenommen hatte, auch in die Rechte der Anteilseinhaber einzugreifen (weitere Einzelheiten in der → 15. Aufl., Rn. 24C). Sollten **Sanierungs- und/oder Reorganisationsverfahren nicht zum Erfolg** führen und Insolvenzzreife eintreten, blieb es der BaFin unbenommen, ihre nach dem KWG bestehenden Befugnisse auszuschöpfen und etwa einen **Insolvenzantrag** zu stellen. Gleiches galt, wenn das Kreditinstitut weder ein Sanierungs- noch ein Reorganisationsverfahren von sich aus anstrebte; denn beide waren als freiwillige Verfahren konzipiert (Bachmann ZBB 2010, 459 (462 und 463)).

Mit der Etablierung der europäischen **Bankenunion** wurden neben einer einheitlichen Bankenaufsicht über bedeutende Institute durch die EZB (Single Supervisory Mechanism – SSM) auch einheitliche Regeln zur Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen als Sonderregime gegenüber dem Insolvenzrecht geschaffen (Berger WM 2015, 501 ff.; Wojcik/Ceyssens EuZW 2014, 893 ff.). Durch den **einheitlichen Abwicklungsmechanismus** (Single Resolution Mechanism – SRM) wird für die Eurozone und freiwillig teilnehmende Mitgliedstaaten eine europäische Abwicklungsbehörde (Single Resolution Board – SRB; Ausschuss für eine einheitliche Abwicklung) eingerichtet, die für Institute unter EZB-Aufsicht zuständig ist (siehe Art. 7 Abs. 2 SRM-VO; Bauer/Hildner DZWIR 2015, 251 (261 f.); Hübner/Leunert ZIP 2015, 2259 (2264); Wojcik/Ceyssens EuZW 2014, 893 (894)). Zudem wird im Geltungsbereich der SRM-VO ein einheitlicher Abwicklungsfonds errichtet, der die nationalen Abwicklungsfonds ersetzt (Art. 67 SRM-VO; Bauer/Hildner DZWIR 2015, 251 (262); Wojcik/Ceyssens EuZW 2014, 893 (896)). Nicht nur innerhalb der Eurozone, sondern in allen Mitgliedstaaten findet die inzwischen mehrfach angepasste **Bank Recovery and Resolution Directive (BRRD)** von ursprünglich 2014 Anwendung, die im Hinblick auf die nationalen Abwicklungsregime einen Harmonisierungszweck verfolgt und Abwicklungsbehörden ein weitreichendes Instrumentarium für die Sanierung und Abwicklung von Banken zur Verfügung stellt, welches weitgehend mit den Befugnissen des SRM übereinstimmt (Engelbach/Friedrich WM 2015, 662 ff.). In Deutschland erfolgte die Umsetzung zunächst durch das

größtenteils am 1.1.2015 in Kraft getretene BRRD-Umsetzungsgesetz als Artikelgesetz, welches neben zahlreichen Änderungen schon bestehender Gesetze auch das **Sanierungs- und Abwicklungsgesetz (SAG)** beinhaltet sowie zuletzt durch das **Risikoreduzierungsgesetz (RiG)** vom 9.12.2020, welches vor allem zwei Richtlinien des EU-Bankenpakets von 2019 in deutsches Recht umsetzt, die sowohl Regelungen zu verschärften Eigenmittelanforderungen als auch Änderungen der BRRD vorsehen (zum SAG und den folgenden Aspekten Bauer/Hildner DZWiR 2015, 251 (255 ff.); Hübner/Leunert ZIP 2015, 2259 ff.). Kernelemente des SAG sind zum einen die **Sanierungsplanung** für alle Kreditinstitute, die nicht nach § 20 SAG hiervon befreit sind, weil sie einem institutsbezogenen Sicherungssystem angehören, sowie die Möglichkeit zur **frühzeitigen Intervention** durch Aufsichtsbehörden nach §§ 36 ff. SAG, zB durch die Umsetzung von Handlungsoptionen des Sanierungsplans oder die Abberufung von Geschäftsleitern bei Nichterfolg von Maßnahmen nach § 36 SAG (Bauer/Hildner DZWiR 2015, 251 (256); Engelbach/Friedrich WM 2015, 662 f.). Vor der Anwendung von Abwicklungsinstrumenten ist die Abwicklungsbehörde verpflichtet, in Abstimmung mit der Aufsichtsbehörde **Abwicklungspläne** für jedes Institut zu erstellen. Liegen die Voraussetzungen für eine Abwicklung vor, stehen der nationalen Abwicklungsbehörde verschiedene Abwicklungsinstrumente zur Verfügung (eine vergleichbare Regelung hatte der deutsche Gesetzgeber zuvor bereits autonom durch das Trennbankengesetz eingeführt, dessen Regelungsgehalt nach Einführung des SAG dementsprechend verkleinert wurde (Cichy/Behrens WM 2014, 438 ff.; Schelo/Steck ZBB 2013, 227 ff.)). Die **Abwicklungsvoraussetzungen** liegen nach § 62 SAG vor, (1) wenn für das betreffende Institut eine Bestandsgefährdung gegeben ist, (2) die Abwicklungsmaßnahme zur Erreichung eines Abwicklungsziels erforderlich und verhältnismäßig ist und sich (3) die Bestandsgefährdung nicht ebenso sicher durch andere Maßnahmen beseitigen lässt. Als Abwicklungsziele kommen nach § 67 SAG, der den bisher im KWG verwendeten Begriff der Systemgefährdung teilweise weiter differenziert, zB die Aufrechterhaltung der Finanzstabilität, die Sicherstellung kritischer Funktionen oder der Schutz öffentlicher Mittel in Betracht (Engelbach/Friedrich WM 2015, 662 (663 f.); Hübner/Leunert ZIP 2015, 2259 (2261)). Eine Maßnahme ist iSv § 62 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SAG nicht erforderlich, wenn die Abwicklungsziele im selben Umfang durch ein reguläres Insolvenzverfahren erreicht werden können (Hübner/Leunert ZIP 2015, 2259 (2261)).

24E Das SAG sieht verschiedene **Abwicklungsinstrumente** vor, und zwar die Gläubigerbeteiligung, die Übertragungsanordnung durch Unternehmensveräußerung, die Übertragung auf ein Brückeninstitut und die Übertragung auf eine Vermögensverwaltungsgesellschaft. Zudem besteht die Möglichkeit, das Instrument der Beteiligung der Inhaber relevanter Kapitalinstrumente anzuwenden, bei dem es sich um kein klassisches Abwicklungsinstrument handelt (§§ 89, 65 SAG; Engelbach/Friedrich WM 2015, 662 (665 f.)). Bei Vorliegen der Anwendungsvoraussetzungen sind die Inhaber relevanter Kapitalinstrumente, das sind solche des zusätzlichen Kernkapitals und des Ergänzungskapitals nach der Capital Requirements Regulation (CRR), zwingend zur Verlusttragung heranzuziehen (§ 89 SAG). Außerdem können sog. relevante Verbindlichkeiten anderer Gläubiger durch das Instrument der Gläubigerbeteiligung zu Sanierungszwecken genutzt werden (§ 90 SAG; Hübner/Leunert ZIP 2015, 2259 (2262)). Beide Instrumente werden häufig gemeinsam als **Bail-in** bezeichnet, der sowohl durch Umwandlung in hartes Kernkapital als auch durch Nennbetragsherabschreibung vorgenommen werden kann (Bauer/Hildner DZWiR 2015, 251 (256 ff.); Hübner/Leunert ZIP 2015, 2259 (2262 f.); Skauradszun/Herz DZWiR 2016, 501 (502 ff.)). Für beide Instrumente ist eine feste **Haftungskaskade** vorgesehen, die jedoch im Falle der Heranziehung der Inhaber relevanter Kapitalinstrumente auf das zusätzliche Kernkapital und Ergänzungskapital beschränkt ist (§ 2 Abs. 2, § 89 SAG). Nach Maßgabe des Bankaufsichtsrechts erfolgt bei einer Gläubigerbeteiligung nach § 90 SAG zunächst die Heranziehung harten Kernkapitals, zusätzlichen Kernkapitals und Ergänzungskapitals, bevor auf berücksichtigungsfähige Verbindlichkeiten entsprechend ihrem Rang als Insolvenzforderung und nicht gedeckte Einlagen zurückgegriffen werden kann (§ 97 SAG; Skauradszun/Herz DZWiR 2016, 501 (503 ff.)). Dabei kann die nächstniedrigere Kategorie erst herangezogen werden, wenn die vorherige vollständig und unter Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes genutzt wurde und hierdurch noch nicht die regulatorische Kernkapitalquote des Instituts oder Brückeninstituts wiederhergestellt werden konnte sowie der Nettovermögenswert gleich null ist (§ 96 Abs. 1, § 97 Abs. 1 SAG; Bauer/Hildner DZWiR 2015, 251 (257); Hübner/Leunert ZIP 2015, 2259 (2262 f.)). Von einem Bail-in ausgenommen sind insbesondere gedeckte Einlagen bis zur Höhe der Einlagensicherungsgrenze von 100.000 EUR (§ 91 Abs. 2 SAG; Bauer/Hildner DZWiR 2015, 251 (257)). Verkompliziert wurde die Haftungskaskade mit dem **Abwicklungsmechanismusgesetz** von 2.11.2015, welches insbesondere der weiteren Etablierung des einheitlichen Abwicklungsmechanismus dient, aber auch einen gesetzlichen Nachrang für bestimmte unbesicherte, nicht nachrangige Verbindlichkeiten in § 46f Abs. 5 KWG einführt, der Auswirkungen auf den Bail-in haben kann (Skauradszun/Herz DZWiR 2016, 501 (505 ff.)). Die Einführung eines gesetzlichen Nachrangs dient dabei gerade auch der Erfüllung der internationalen **TLAC-Anforderungen** (Total Loss-absorbing Capacity) in Deutschland, die ab dem Jahr 2019 zusätzliche Kapitalanforderungen für global systemrelevante Institute vorsehen und am 9.11.2015 vom Financial Stability Board veröffentlicht wurden (allgemein zu TLAC Bauer/Werner WM 2015, 1135 ff.). Eine besondere Herausforderung für die Umsetzung stellt hierbei die Einpassung von TLAC in das europäische Regelwerk dar. Eine weitere Anpassung hat § 46f KWG durch das RiG erfahren, mit dem ein neuer Absatz 7a eingefügt wurde, der (klarstellend) normiert, dass Forderungen aus Eigenmittelinstrumenten (also Instrumenten des harten Kernkapitals [CET1], des zusätzlichen Kernkapitals [ÄT1] sowie des Ergänzungskapitals [Tier 2]) erst nach allen anderen Forderungen berichtigt werden. Innerhalb dieser Eigenmittelinstrumente findet die Haftungskaskade in der üblichen Reihenfolge Anwendung, es werden also Instrumente des harten Kernkapitals erst zuletzt berichtigt. Die **Übertragungsanordnung** in einer der o. g. Varianten kann als weiteres Abwicklungsinstrument unabhängig von der Einwilligung des übertragenden Rechtsträgers oder betroffener Gläubiger erfolgen (Bauer/Hildner DZWiR 2015, 251 (258 f.); Engelbach/Friedrich WM 2015, 662 (665 f.); Hübner/Leunert ZIP 2015, 2259 (2263)). Die Übertragung erfolgt ausschließlich nach Maßgabe des SAG und wird mit Bekanntgabe der Abwicklungsanordnung wirksam (§§ 113 f. SAG; Hübner/Leunert ZIP 2015, 2259 (2263)). Im Falle einer Übertragung sind zahlreiche Verfahrenserleichterungen vorgesehen, die beispielsweise dazu führen, dass notwendige Haupt-