

Finanzamt eingegangen. Die Nichtberücksichtigung der Beträge aus der umstrittenen Rechnung spricht ebenfalls dafür, dass diese Rechnung erst nach diesem Zeitpunkt und damit in dem letzten Monat vor Antragstellung erstellt und zum Nachteil der Gläubigergesamtheit rückdatiert worden ist.

[9] Die vorstehenden, bei der Beweiswürdigung vollständig unberücksichtigt gebliebenen Umstände lassen auch die vom Berufungsgericht verwerteten Indiztatsachen in einem anderen Licht erscheinen. Deuten gleich mehrere gewichtige Umstände darauf hin, dass der Schuldner manipulativ vorgegangen ist, um freie Teile seines Anlagevermögens dem Zugriff der Gläubigergesamtheit zu entziehen, stellt es entgegen der Beweiswürdigung der Vorinstanz auch kein entlastendes Indiz dar, dass in einem im Anfechtungsprozess vorgelegten Ausdruck des Jahreskontos der Schuldnerin per 2.9.2008 nach dem „derzeitigen Stand der Buchführung“ die Buchung des Käuferlöses schon unter dem 29.1.2004 erfolgt ist.

[10] b) Das Verfahren des Berufungsgerichts findet in den Vorschriften des Prozessrechts (§ 286 ZPO) oder des materiellen Rechts keine Stütze und verstößt gegen Art. 103 Abs. 1 GG. Das angefochtene Urteil beruht auf der Gehörsverletzung. Dies ist bereits dann der Fall, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass das Gericht bei verfahrensfehlerfreiem Vorgehen anders entschieden hätte (BVerfGE 60, 247, 250; 89, 381, 392 f.; BGH, Urt. v. 18.7.2003 – V ZR 187/02, NJW 2003, 3205 = LNR 2003, 23617). Liegt der maßgebliche Zeitpunkt (§ 140 Abs. 1 InsO) in dem von § 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO geschützten Zeitraum, so ist, wovon das Berufungsgericht zutreffend ausgeht (II 1 und 2 der Urteilsgründe), die von der Beklagten erklärte Aufrechnung insolvenzrechtlich unwirksam.

[11] 3. Bei dieser Sachlage kommt es in diesem Verfahrensabschnitt nicht mehr darauf an, dass die Vorinstanz – wie der Kläger mit Recht als Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG rügt – zum angenommenen Anfechtungszeitpunkt „29. Januar 2004“ fällige Zahlungsverpflichtungen von nur 17.475,96 € festgestellt hat. In erster Instanz waren nach dem unstreitigen, wenn nicht sogar von der Beklagten zugestandenem Vorbringen des Klägers Mieten von 47.208,52 € fällig. Die Ablehnung der Deckungsanfechtung nach § 131 Abs. 1 Nr. 2 InsO leidet deshalb ebenfalls an einem Gehörsverstoß.

§ 21 KrW-/AbfG; § 60 InsO

## Zur Heranziehung des Insolvenzverwalters als Störer

### Leitsatz der Redaktion:

**Der Insolvenzverwalter ist grds. zur Freigabe von Gegenständen aus der Masse berechtigt, sofern sie unverwertbar sind oder ein die Verwertungskosten übersteigender Erlös nicht zu erwarten ist. Das gilt auch für kontaminierte Grundstücke oder als Abfall zu qualifizierende Massegegenstände. Damit kann der Insolvenzverwalter nicht mehr herangezogen werden, weil er die tatsächliche Gewalt über die Gegenstände aufgeben hat und damit nicht mehr Abfallbesitzer nach § 3 Abs. 6 KrW-/AbfG ist.**

*OVG Lüneburg, Beschl. v. 3. 12. 2009 – 7 ME 55/09*

I. Mit dem im Tenor bezeichneten Beschluss hat das VG es abgelehnt, die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs des Antragstellers gegen den für sofort vollziehbar erklärten Bescheid des Antragsgegners v. 26.3.2009 wiederherzustellen.

Mit dem Bescheid ist dem Antragsteller als Insolvenzverwalter der Firma „X GmbH“ aufgegeben worden, bis zum 15.5.2009 im Einzelnen aufgeführte gefährliche Abfälle (etwa Bleiglasuren und Altöl) durch eine Fachfirma entsorgen zu lassen und weitere im Einzelnen aufgeführte Abfälle (etwa Ziegel- und Bauschutt, Altholz und verunreinigtes Erdreich) selbst fachgerecht zu beseitigen, ferner, in zwei Bereichen des Betriebes von einem dazu akkreditierten Labor Staubproben entnehmen und diese auf Blei- sowie Bariumkarbonatgehalt untersuchen zu lassen sowie dafür die Auftragsbestätigungen und später die Untersuchungsergebnisse vorzulegen. Für den Fall der Nichtbefolgung drohte der Antragsgegner die Ersatzvornahme an.

Das VG hat zur Begründung seines Beschlusses ausgeführt, dass das öffentliche Interesse an der unverzüglichen Umsetzung der angeordneten Maßnahmen durch den Antragsteller dessen Aufschubinteresse überwiege, weil sein Widerspruch gegen die Anordnungen voraussichtlich keinen Erfolg haben werde. Bei den zur Entsorgung angewiesenen Stoffen handele es sich ungeachtet einer evtl. neuen künftigen Verwendung um Abfall im Sinne des Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetzes (KrW-/AbfG). Auch die angeordneten Beprobungen seien kurzfristig vor Durchführung der Entsorgung erforderlich und rechtlich nicht zu beanstanden. Der Antragsteller sei als Insolvenzverwalter Besitzer der Abfälle geworden und übe damit die tatsächliche Sachherrschaft aus, die ihn abfallrechtlich für die Massegegenstände verantwortlich mache. Daran ändere auch seine nach Zustellung des angefochtenen Bescheides erklärte Freigabe der zu entsorgenden Gegenstände aus der Insolvenzmasse nichts, weil die Entsorgungspflicht immissionschutzrechtlich an den früheren Betrieb anknüpfe und damit jetzt als Verantwortlichkeit des Insolvenzverwalters fortwirke.

Mit seiner fristgerecht erhobenen Beschwerde verfolgt der Antragsteller das Aussetzungsbegehren weiter und bestreitet seine vom VG angenommene Störereigenschaft. Er habe den insolventen Betrieb weder fortgeführt noch alle zu ihm gehörenden Gegenstände in Besitz genommen. Vielmehr sei er von der Gläubigerversammlung lediglich mit dem Abverkauf der noch vorhandenen Ziegel beauftragt worden. Das Grundstück sei nicht Bestandteil der Insolvenzmasse, weil es nicht dem insolventen Unternehmen gehöre. Als Adressaten der Verfügung kämen etwa die früheren Betreiber oder der Grundstückseigentümer in Betracht, ohne dass der Bescheid oder das VG dies erörterten. Die Insolvenzmasse, die bereits jetzt eine Unterdeckung aufweise, könnte die veranschlagten Beseitigungskosten ohne Eintritt der Masseunzulänglichkeit gar nicht aufbringen. Jedenfalls sei eine Verantwortlichkeit mit der vorsorglich erklärten Freigabe aus der Masse entfallen. Fortwirkende Betreiberpflichten habe er nicht, weil der Betrieb bereits vor Insolvenzeröffnung stillgelegt worden sei. Da die Abfälle überwiegend ungefährlich seien, liege auch in der Sache kein Interesse an einer sofortigen Vollziehung vor.

Der Antragsgegner tritt der Beschwerde entgegen. Die z.T. gefährlichen Abfälle müssten unverzüglich entsorgt werden. Der Antragsteller sei als Inhaber der tatsächlichen Gewalt Abfallbesitzer und zutreffend als entsorgungspflichtig ausgewählt worden.

II. Dem Antragsteller wird für das Beschwerdeverfahren die beantragte PKH bewilligt, weil die in den §§ 114 Satz 1, 121 Abs. 1 ZPO (§ 166 VwGO) normierten Voraussetzungen dafür – finanzielle Bedürftigkeit und hinreichende Aussicht der Rechtsverteidigung auf Erfolg – vorliegen.

Die von der Beschwerde dargelegten Gründe gebieten die Abänderung des angefochtenen Beschlusses, § 146 Abs. 4 Satz 6, Satz 3 VwGO. Die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs des Antragstellers ist nach § 80 Abs. 5 Satz 1, Abs. 2 Nr. 4 VwGO wiederherzustellen, weil der Bescheid des Antragsgegners v. 26.3.2009 erkennbar rechtswidrig ist und an seiner (sofortigen) Vollziehung deshalb ein öffentliches Interesse nicht bestehen kann.

Eine abfallrechtliche Anordnung wie die im angefochtenen Bescheid getroffene steht nach § 21 KrW-/AbfG im Ermessen des Antragsgegners. Das Ermessen bezieht sich auch auf die Adressatenauswahl, also die Entscheidung, ob nach § 11 Abs. 1 KrW-/AbfG Abfallerzeuger, Abfallbesitzer oder andere Personen in Anspruch zu nehmen sind. Eine Rolle spielen dabei etwa die Grundsätze der Effektivität, der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, der Zumutbarkeit und das Verursacherprinzip (*Kunig/Paetow/Versteil*, KrW-/AbfG, 2. Aufl., §§ 21 Rn. 10, 11 Rn. 9).

1) Der angefochtene Bescheid lässt entgegen § 39 Abs. 1 Satz 3 des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVfG) nicht erkennen, dass der Antragsgegner sein diesbezügliches Ermessen ausgeübt hat. Obgleich der Antragsteller bei seiner Anhörung vor Erlass des Bescheides mitgeteilt hatte, dass der Betrieb seit Eröffnung des Insolvenzverfahrens geschlossen und die Gemeinschaftschuldnerin auch nicht Eigentümerin des Betriebsgrundstücks sei (sondern Frau X und Herr Y) und er bei einer Inanspruchnahme die auf dem Grundstück lagernden „Altlasten“ zur Abwendung einer Masselosigkeit bzw. -unterdeckung aus der Insolvenzmasse freigeben müsse, verweist der Bescheid insoweit lediglich lapidar auf § 3 Abs. 6 KrW-/AbfG und die Sachherrschaft des Antragstellers über die gelagerten Abfälle. Das reicht nicht aus. Denn als Abfallbesitzer ist bzw. war der Antragsteller lediglich einer der potenziell Entsorgungspflichtigen. Unter dem hier vorrangigen Gesichtspunkt der Effektivität (teilweise Gefährlichkeit der Abfälle) kam er mit einer liquiden Insolvenzmasse von seinerzeit 467 € (jetzt noch 114,72 €) bei geschätzten Entsorgungskosten von 51.000 € für eine Heranziehung praktisch weder ganz noch teilweise in Betracht. Der Bescheid schweigt sich trotz Kenntnis dieser Umstände dazu aus, weshalb der Antragsteller trotz eines absehbaren Leerlaufens der Anordnungen gleichwohl herangezogen wird.

Eine darauf eingehende Begründung ist bislang auch nicht nachgeholt worden, § 45 Abs. 1 Nr. 2 VwVfG. Der Antragsgegner ist lediglich auf die Frage des Abfallbesitzes des Insolvenzverwalters und mögliche Schlussfolgerungen daraus abstrakt vertiefend eingegangen.

Es spricht Vieles dafür, dass insoweit nicht nur ein – hier nach § 46 VwVfG durchschlagender – Begründungsfehler, sondern ein materieller Ermessensfehlergebrauch vorliegt, § 40 VwVfG, § 114 Satz 1 VwGO. Denn es ist, auch wenn Abfallbesitz angenommen wird, nichts dafür ersichtlich, dass der Antragsteller unter Effektivitäts- und Wirtschaftlichkeitsgesichtspunkten richtiger Adressat der Entsorgungsanordnung ist.

2) Auch wenn man eine Verantwortlichkeit des Antragstellers nach § 11 Abs. 1 KrW-/AbfG annehmen würde, besteht diese

jedenfalls deshalb nicht (mehr), weil er die in der Entsorgungsvorrichtung aufgeführten Gegenstände unter dem 3.4.2009 aus der Insolvenzmasse freigeben hat.

Der Insolvenzverwalter ist grds. zur Freigabe von Gegenständen aus der Masse berechtigt, sofern sie unverwertbar sind oder ein die Verwertungskosten übersteigender Erlös nicht zu erwarten ist. Das gilt auch für kontaminierte Grundstücke oder als Abfall zu qualifizierende Massegegenstände (*Braun/Kroth*, InsO, 3. Aufl., Rn. 27 f. zu § 80 m.w.N.). Damit kann der Antragsteller nicht mehr herangezogen werden, weil er die tatsächliche Gewalt über die Gegenstände aufgeben hat und damit nicht mehr Abfallbesitzer nach § 3 Abs. 6 KrW-/AbfG ist (BVerwG, Ur. v. 23.9.2004 – 7 C 22.03, BVerwGE 122, 75, 80 = *ZInsO 2004, 1206*). Der Senat geht dabei davon aus, dass der Antragsteller mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens nach § 80 Abs. 1 InsO zunächst durchaus das Besitzrecht (und die entsprechende Pflicht) bzgl. der Abfälle erlangt hat und damit als „Zustandsstörer“ grds. auch abfallrechtlich verantwortlich für alle davon ausgehenden Störungen war, ohne dass entgegen der Auffassung des Antragstellers § 148 InsO ein dies ausschließendes Wahlrecht eröffnete (BVerwG, a.a.O., m.w.N., „kraft Besitzergreifung Ordnungspflicht“).

Entgegen der Beschlussbegründung des VG hat die Freigabe die – unterstellte – Entsorgungspflicht jedoch nicht fortbestehen lassen.

Dass sie erst nach Erlass der VfG. v. 26.3.2009 erklärt worden ist, hat insoweit keine Bedeutung, weil maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage ersichtlich erst derjenige der Entscheidung über den Widerspruch ist, die noch nicht getroffen wurde (Freigabe erst nach Erlass des Ausgangsbescheides auch in dem vom BVerwG, a.a.O., entschiedenen Fall). Dass sich durch die Freigabe an den faktischen Besitzverhältnissen nichts geändert hätte (vgl. zu diesem Ausnahmefall BVerwG, Beschl. v. 5.10.2005 – 7 B 65.05, *ZInsO 2006, 495* Rn. 5), ist nicht ersichtlich, weil Anhaltspunkte für Besitz- oder Verfügungsrechte des Antragstellers aus anderen Rechtsgründen – nur um eine Zugriffsmöglichkeit ging es auch vorher – nicht vorliegen.

Für einen Fortbestand der Entsorgungspflicht nach der Freigabeerklärung lässt sich auch aus dem Beschluss des Senats v. 7.1.1993 – 7 M 5684/92, NJW 1993, 1671 = *LNR 1993, 13614* nichts herleiten. In dem dort entschiedenen Fall hatte der Konkursverwalter den Betrieb erst *nach* Eröffnung des Konkurses eingestellt (vgl. LS 1). Der Senat hat bei einer derartigen Sachlage das Fortbestehen der Pflicht zur – umfassenden – Verwertung und Beseitigung der Abfälle aus § 5 Abs. 3 Nr. 2 des Bundes-Immissionsschutzgesetzes (BImSchG) abgeleitet und das damit begründet, dass diese Pflicht nicht an das aufgegebene Eigentum bzw. beim Konkursverwalter an das aufgegebene Verwaltungs- und Verfügungsrecht an den Reststoffen, sondern an den zunächst von ihm weitergeführten und insoweit nicht ungeschehen zu machenden *Betrieb* der Anlage anknüpft (ebenso BVerwG, Ur. v. 22.10.1998 – 7 C 38.97, BVerwGE 107, 299, 303 = *ZInsO 1999, 50*, vorgehend OVG Lüneburg Ur. v. 20.3.1996 – 7 L 2062/95, NJW 1998, 398 = *LNR 1996, 13233*). Diese Situation ist vorliegend aber nicht gegeben, weil der Betrieb der Ziegelei schon vor Insolvenzeröffnung komplett eingestellt war und der Antragsteller damit nicht in die Betreiberstellung eingerückt ist. Masseverbindlichkeiten als

Betreiber konnten durch ihn deshalb nicht mehr begründet werden.

3) Unter diesen Voraussetzungen kommt es auf die von der Beschwerde weiter gegen Bescheid und Beschluss ins Feld geführten Einwände nicht mehr an.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO, die Streitwertfestsetzung auf den §§ 47 Abs. 1 Satz 1, 53 Abs. 3 Nr. 2, 52 Abs. 1 GKG, geschätzte Kosten einer Ersatzvornahme.

*Dieser Beschluss ist unanfechtbar.*

**Anmerkung zu OVG Lüneburg, Beschl. v. 3.12.2009 – 7 ME 55/09 und Prof. Dr. Dres. h.c. Karsten Schmidt, NJW 2010, 1489 ff.**

*von Rechtsanwalt/Insolvenzverwalter Henning Sämisch, Hamburg\**

Der Beschluss des OVG Lüneburg v. 3.12.2009 lässt an Klarheit keine Fragen offen. Die Entscheidung geht konform mit der h.M. (BVerwGE 122, 75 f. = ZInsO 2004, 1206; BVerwG, ZInsO 2006, 496 ff.; VGH Kassel, NJW 2010, 1545 etwa MünchKomm-InsO/Ott/Vuita, 2. Aufl. 2007, zu § 80 Rn. 136, 142 m.w.N.). Bedeutung gewinnt die Entscheidung allerdings dadurch, dass behördliche Abfallbeseitigungsverfügungen erhebliche Schmälerungen für die (vorhandene) Insolvenzmasse bedeuten können und immer wieder grundsätzliche Rechtsfragen im Spannungsverhältnis zwischen BGH und BVerwG aufwerfen. Ablehnend hat jüngst *Karsten Schmidt* zu diesem Beschluss sowie zu dem Beschluss des VG Kassel v. 11.9.2009 Stellung genommen (*Karsten Schmidt*, NJW 2010, 1489 ff., zu OVG Lüneburg, Beschl. v. 3.12.2009 – 7 ME 55/09 und VGH Kassel, Beschl. v. 11.9.2009 – 8 B 1712/09, ZInsO 2010, 296, beide Beschlüsse auch abgdr. in NJW 2010, 1545 ff.).

Während *Karsten Schmidt* sich in seiner Begründung vorwiegend auf gesellschaftsrechtliche und fiskalische Erwägungen stützt und allein daraus dem Insolvenzverwalter die Ordnungspflicht ohne „Wenn und Aber“ mit Mitteln der Masse aufbürdet, sind im konkreten Fall verwaltungsrechtliche Gesichtspunkte in den Vordergrund zu stellen. Im vorliegenden Fall handelte es sich bei einigen Abfallstoffen um gefährliche Abfälle im Sinne der Verordnung über das Europäische Abfallverzeichnis (AVV). Die streitgegenständliche Verfügung sollte der Abwehr der Gefahren dieser Stoffe dienen. Vorrangig ist auch im Verhältnis Behörde-Verwalter die Effektivität der Gefahrenabwehrmaßnahme. Zu Recht hat das OVG deshalb darauf hingewiesen, dass der Antragsteller bei einem Massebestand von 467 € und geschätzten Abfallbeseitigungskosten von 51.000 € für die Heranziehung zur Abfallbeseitigung nicht einmal teilweise in Betracht kam. Für eine effektive Gefahrenabwehr war der Antragsteller deshalb ein ungeeigneter Maßnahmedressat.

Die Heranziehung anderer Störeradressaten ist von der Behörde gar nicht geprüft worden. Dieser Ermessensfehlgebrauch ist vom VG Lüneburg nicht gerügt worden. Tatsächlich kamen aber andere Maßnahmedressaten in Betracht, insbesondere der Grundstückseigentümer und die ehemaligen Betreiber der Anlage, die auf dem Grundstück zuletzt noch wohnten. Der Antragsteller war aber auch nach dem Verursacherprinzip nicht der primäre

Maßnahmedressat. Ein wesentlicher Gesichtspunkt ist hier, dass der Antragsteller den Betrieb als Insolvenzverwalter nicht fortgeführt hat, sondern lediglich Teilbestände im Rahmen seiner insolvenzrechtlichen Verpflichtung verwertet hat, also einen Abverkauf durchgeführt hat. Eine Produktion von Ziegeln hat während der Insolvenz nicht mehr stattgefunden. Der Betrieb war bereits eingestellt. Dies ist eine wichtige Weichenstellung für die Inanspruchnahme des Insolvenzverwalters. Denn in der Rechtsprechung des BVerwG und auch des OVG Lüneburg wird der Insolvenzverwalter auch bei Freigabe eines Betriebs als geeigneter Maßnahmedressat angesehen, wenn er ein kontaminiertes Grundstück erst nach Fortführung des Betriebs freigibt. Anknüpfungspunkt für die Ordnungspflicht ist dann nicht die aufgegebene Verfügungsbefugnis sondern der vom Verwalter fortgeführte Betrieb (BVerwGE 107, 299, 303; OVG Lüneburg, NJW 1998, 398). Allerdings dürfte auch hier der rechtmäßige Gebrauch des Ermessens unter dem Gesichtspunkt der Effektivität der Gefahrenabwehr zu beachten sein. Vorliegend hätte die Behörde den (leistungsfähigen) Zustandstörer (Eigentümer des Grundstücks) zumindest in ihrer Erwägungen miteinbeziehen müssen, um nicht Gefahr zu laufen, dass der Ausgangsbescheid wegen Ermessensfehlgebrauch aufgehoben wird. Neu an dieser Entscheidung ist zudem, dass eine Freigabe von Abfallgegenständen aus der Masse durch den Insolvenzverwalter auch noch *nach* Ergehen einer Entsorgungsverfügung, aber vor Erlass des Widerspruchsbescheids diesen grds. von der Ordnungspflicht befreit, wenn er den Betrieb nicht aufgenommen hat.

Würde man, wie von *Karsten Schmidt* gefordert, den Anknüpfungspunkt grds. in dem schuldnerischen Betrieb sehen („*Kontinuität der Ordnungspflicht*“), und eine Freigabe ausschließen („*ungeteilte Insolvenzmasse bei juristischen Personen*“), stellt sich automatisch die Frage, wer die Kosten der Gefahrenabwehr zu tragen hat, wenn der Fiskus nicht belastet werden soll und die Insolvenzmasse zur Kostentragung nicht ausreicht. Hier zeigt sich zumindest für den konkreten Fall, dass eine rein gesellschaftsrechtliche Lösung ohne Berücksichtigung der verwaltungsrechtlichen Besonderheiten zu kurz greift. Eine effektive und von Ermessensabwägungen geleitete Gefahrenabwehr wäre nicht mehr gewährleistet. Eine Lösung ist auch dem zitierten Aufsatz nicht zu entnehmen. Den Einwand, die Masse reiche zur Kostentragung nicht aus, mit einem falschen Sozialstaatsdenken abzutun, ist wenig hilfreich. Zudem sei in diesem Zusammenhang die Frage erlaubt, ob es ein „richtiges Sozialstaatsdenken“ ist, das ungesicherte Gläubiger (Arbeitnehmer, Lieferanten etc.) durch verkürzte Quoten die Umweltkosten zu tragen haben. Es liegt auf der Hand, dass eine strenge Bindung der Ordnungspflicht an das Unternehmen bzw. dessen Insolvenzverwalter die Prognose zulässt, dass eine Reihe von Verfahren wegen erhöhter Kosten (§ 54 InsO) bei Befassung mit Altlasten (*Haarmeyer/Wutzke/Förster*, InsVV, 4. Aufl. 2007, zu § 3 Rn. 43) nicht eröffnet würden. Da die Gutachter bekanntlich zur Eröffnung von massearmen Verfahren angehalten sind, bliebe dem Verwalter letztlich nur eine Bearbeitung mit Unterdeckung bzw. trotzdem die Empfehlung der Ablehnung des Antrags mangels Masse. Auch in diesem Fall würden die Kosten vom Fiskus zu tragen sein, ein Insolvenzverfahren aber mit allen rechtspolitisch, wirtschaftlich und auch „sozialpolitisch“ gewünschten Wirkungsmöglichkeiten wäre verbaut. I.Ü. könnte nach Freigabe i.S.v. § 35 Abs. 2 InsO die Ordnungspflicht ggf. bei den Organen (s. dazu *Kurz/Schwarz*, NVwZ 2007, 1380 ff.) angesie-

\* Sozietät SHNF, Hamburg; Dank gilt meinem Kollegen *Dr. Andreas Raabe*.

delt sein. Auch hier geht die effektive Gefahrenabwehr wegen der häufig anschließenden (Privat-)Insolvenz mit Stundung der Verfahrenskosten ins Leere. Die Kosten dürften ebenfalls dem Fiskus zur Last fallen. Effektive Gefahrenabwehr hat schließlich die Leistungsfähigkeit zu berücksichtigen. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass die VwVG sich neben der dogmatisch sauberen Herleitung ihrer Entscheidungen auch dieser Konsequenzen bewusst waren.

Insofern bleibt zu hoffen, dass die Rechtsprechung ihre bisherige Linie, die auf einer effizienten Gefahrenabwehr fußt, zumindest nach den hier zugrunde gelegten Kriterien beibehält. Anderenfalls wird der Verwalter in das Spannungsfeld der persönlichen Haftung i.S.v. § 60 InsO und der Erfüllung einer ebenfalls haftungsträchtigen Ordnungspflicht, kommen. Etwas Anderes kann man den Ausführungen von *Karsten Schmidt* jedoch dann abzugewinnen, wenn man diese im Zusammenhang mit der Dienstleistungsrichtlinie (RL 2006/123 EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt v. 12.12.2006) zu Ende denkt. Damit wird dem Insolvenzverwalter die Erfüllung ordnungsrechtlicher Verpflichtungen im Interesse des Fiskus ohne „Wenn und Aber“ aufgebürdet. Wenn man so will, wird dieser auch „hoheitlich oder quasihöheitlich“ in Erfüllung der hoheitlichen Aufgabe der Umweltgefahrenabwehr tätig. Die Tätigkeit würde dann möglicherweise vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen sein.

§ 1 Abs. 1 HmbIFG; § 9 Abs. 4 IFG

## Anspruch auf amtliche Informationen nach dem HmbIFG

### Leitsatz der Redaktion:

**Für Streitigkeiten über den Anspruch eines Insolvenzverwalters auf Auskunft in Abgabeangelegenheiten ist nicht das Finanzgericht, sondern nach § 9 Abs. 4 IFG das Verwaltungsgericht zuständig.**

*VG Hamburg, Beschl. v. 17. 5. 2010 – 7 K 429/09*

I. Der Kläger begehrt von der Beklagten die Erteilung einer Auskunft.

Der Kläger ist Insolvenzverwalter über das Vermögen einer Privatperson. In dieser Eigenschaft verlangte er Einsicht in die zu dieser privaten Person geführten Steuerakten unter Berufung auf das Hamburgische Informationsfreiheitsgesetz (HmbIFG). Die Beklagte lehnte dies unter Hinweis auf § 30 AO ab und wies den dagegen erhobenen „Einspruch“ zurück. In der Rechtsbehelfsbelehrung wurde der Kläger darauf hingewiesen, dass er Klage beim FG Hamburg erheben könne. Der Kläger hat jedoch Klage beim VG Hamburg erhoben und verweist darauf dass dieses für Ansprüche nach dem HmbIFG zuständig sei. Die Beklagte macht demgegenüber geltend, dass die Klage vor dem VG unzulässig sei, weil § 33 FGO eine Spezialzuweisung darstelle. Bei der Streitigkeit handele es sich um eine Abgabenangelegenheit im Sinne dieser Vorschrift.

II. Für die vorliegende Rechtsstreitigkeit ist gem. § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO der Verwaltungsrechtsweg gegeben. Es handelt sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit (1.) nichtverfas-

sungsrechtlicher Art, die nicht durch Bundesgesetz den FG ausdrücklich zugewiesen ist (2.).

1. Der Kläger macht gegen die Beklagte einen Anspruch auf eine amtliche Information nach dem HmbIFG geltend. Bei solchen Ansprüchen handelt es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 16.2.2009 – Nord-ÖR 2009, 258).

2. Das vorliegende Verfahren ist nicht i.S.v. § 40 Abs. 1 Satz 1 letzter HS VwGO durch Bundesgesetz einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen. Vielmehr ergibt sich im Gegenteil aus § 1 Abs. 1 HmbIFG v. 11.4.2006 a.F. i.V.m. § 9 Abs. 4 IFG v. 5.9.2005 (BGBl. I, S. 2722), dass das VG zuständig ist (a). Unabhängig davon ist auch nicht ersichtlich, nach welcher Vorschrift der FGO eine abdrängende Sonderzuweisung an das FG vorliegen könnte (b).

a) Das VG ist nach § 1 Abs. 1 Satz 1 HmbIFG a.F. i.V.m. § 9 Abs. 4 IFG zuständig. Bei der Prüfung, ob der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist, ist der Zeitpunkt der Klageerhebung gem. § 173 VwGO i.V.m. § 17 Abs. 1 Satz 1 GVG maßgeblich. Nach dieser Vorschrift wird die Zulässigkeit des beschriebenen Rechtswegs durch eine nach Rechtshängigkeit eintretende Veränderung der sie begründenden Umstände nicht berührt. Darunter fallen auch Rechtsänderungen (vgl. *Zöller/Lückemann*, ZPO, 27. Aufl. 2009, § 17 GVG Rn. 1). Das HmbIFG v. 17.2.2009 n.F. (HmbGVBl. 2009, 29) ist im Hamburgischen Gesetz- und Verordnungsblatt (HmbGVBl.) v. 27.2.2009 verkündet worden und gem. Art. 54 Satz 1 der Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg v. 6.6.1952 (BL 1 100-a) am 28.2.2009 in Kraft getreten. Da die Klage am 24.2.2009 – und damit vor Inkrafttreten des HmbIFG n.F. – durch die Erhebung der Klage gem. § 90 VwGO rechtshängig geworden ist, ist bei der Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs das HmbIFG a.F. maßgeblich. Aus dem damals durch den Generalverweis im HmbIFG anwendbaren § 9 Abs. 4 IFG ergibt sich die Zuständigkeit des VG. Die Kammer schließt sich insoweit den folgenden Ausführungen des Hamburgischen OVG in seinem Beschl. v. 18.2.2009 (NordÖR 2009, 258) an:

„Unter der Paragraphenüberschrift u.a. „Rechtsweg“ bestimmt § 9 Abs. 4 Satz 1 IFG, dass gegen eine ablehnende Entscheidung im Zusammenhang mit diesem Gesetz „Widerspruch und Verpflichtungsklage zulässig“ sind. Mit dieser Wortwahl allein ist allerdings noch keine Regelung des Rechtsweges ausschließlich zu den Verwaltungsgerichten verbunden, da die Begriffe „Widerspruch und Verpflichtungsklage“ auch im Sozialgerichtsgesetz verwendet werden (vgl. dort z.B. § 78 Abs. 3 und § 83). Die unmittelbar folgende Formulierung in § 9 Abs. 4 Satz 2 IFG knüpft sodann allerdings ausschließlich an eine Regelung in der Verwaltungsgerichtsordnung an (§ 68 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1). Eine mit dieser Bestimmung aus der Verwaltungsgerichtsordnung vergleichbare Normierung findet sich auch im Sozialgerichtsgesetz (§ 78 Abs. 1 Nr. 2). Aus dem Umstand, dass diese in § 9 Abs. 4 Satz 2 IFG nicht in Bezug genommen worden ist, lässt sich im Wege des Umkehrschlusses entnehmen, dass die Regelungen in § 9 Abs. 4 IFG allein auf die Verwaltungsgerichtsordnung und damit auf den Verwaltungsrechtsweg abzielen. Diese Zielsetzung ergibt sich auch aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes. Denn durch § 9 Abs. 4 Satz 2 IFG sollen nach der Gesetzesbegründung „die Selbstkontrolle der Verwaltung“ gestärkt „und die Verwaltungsgerichte entlastet“ werden (vgl. *BT-Drucks. 15/4493*, S. 16). [...] Die Richtig-