
Datum: 09.11.2004
Gericht: Finanzgericht Köln
Spruchkörper: 15. Senat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 15 K 4934/04
ECLI: ECLI:DE:FGK:2004:1109.15K4934.04.00

Tenor:

Die Klage wird abgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Verfahrens.

Tatbestand

1

Streitig ist die Rechtmäßigkeit des vom Beklagten am 02.09.2004 beim Amtsgericht L gegen die Klägerin gestellten Insolvenzeröffnungsantrages (Az. dort : ...).

2

Die Klägerin hat unstreitig Steuerrückstände gegenüber dem Land Nordrhein-Westfalen. Ausweislich der Vollstreckungsakten des Beklagten beliefen sich diese zum Zeitpunkt der Stellung des Insolvenzantrags auf 261.780,28 EUR. Dieser Betrag setzt sich aus Lohnsteuer, Kirchenlohnsteuer, Solidaritätszuschlag zur Lohnsteuer sowie Umsatzsteuervorauszahlungen, jeweils zuzüglich Verspätungszuschlägen in Höhe von 244.414,75 EUR, sowie aus Säumniszuschlägen in Höhe von 17.365,53 EUR zusammen. Den geschuldeten Umsatzsteuer-Vorauszahlungen und den Lohnsteuerfestsetzungen liegen weitaus überwiegend Lohnsteuer-Anmeldungen bzw. Umsatzsteuervoranmeldungen der Klägerin sowie für wenige Monate Schätzungsbescheide des Beklagten (für Januar, Februar, April und Mai 2003) zugrunde. Nachdem dieser den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens gestellt hatte, hat die Klägerin Lohnsteueranmeldungen für die Monate Januar und Februar 2003 abgegeben, durch die sich die Rückstände um rund 10.000 EUR ermäßigen.

3

Das von dem Beklagten vor Stellung des Insolvenzantrags betriebene Zwangsvollstreckungsverfahren verlief erfolglos. Beitreibungsversuche durch den Vollziehungsbeamten des Beklagten am 09.07.2003, 08.09.2003 und 04.03.2004 waren fruchtlos. Gegenüber Kreditinstituten (...) ausgebrachte Forderungspfändungen verliefen

4

erfolglos. Weder - von der Klägerin selbst angebotene - Ratenzahlungen noch die laufend neu fällig werdenden Steuern wurden entrichtet, wodurch sich die rückständigen Steuerverbindlichkeiten kontinuierlich erhöhten. Der Beklagte lehnte Anträge auf Stundung bzw. Vollstreckungsaufschub gegen monatliche Ratenzahlung zuletzt mit Schreiben vom Tag der Stellung des Insolvenzantrags, dem 02.09.2004, im Hinblick auf den Mangel einer stichhaltigen Begründung und einer Zahlungsperspektive sowie die bisherige Entwicklung ab. Der letzte Zahlungseingang bei dem Beklagten datiert vom 15.12.2003.	
Der Insolvenzantrag wurde vom Beklagten mit dem Vorliegen von Zahlungsunfähigkeit begründet, wobei er auf die ergebnislosen Vollstreckungsversuche sowie auf die Entwicklung der rückständigen Steuerschuld verwies.	5
Der Beklagten informierte die Klägerin am 14.09.2004 über die Stellung des Insolvenzantrages, nachdem er dies bei einem Telefonat mit dem damaligen Steuerberater der Klägerin am 9.9.2004 unerwähnt gelassen hatte. Das Empfangsbekenntnis des AG L über den Zugang des Insolvenzantrages am 8.8.2004 ist beim Beklagten ausweislich des Posteingangsstempels am 9.9.2004 eingegangen.	6
Mit Schriftsatz vom 21.9.2004 hat die Klägerin die vorliegende Klage erhoben. Zu deren Begründung trägt sie vor, die Stellung des Insolvenzantrages sei aus verschiedenen Gründen rechtswidrig.	7
Der Antrag habe gemäß Tz 2.2 des BMF-Schreibens IV A- S 0550 - 28/98 vom 17.12.1998, BStBl 1998 I, 1500, nur mit Zustimmung der zuständigen OFD gestellt werden dürfen. Eine derartige Zustimmung, die als Selbstbeschränkung zur Vermeidung missbräuchlichen Handelns anzusehen sei, liege nicht vor. Selbst wenn diese Weisung nunmehr vom Wortlaut her aufgehoben sei, sei deren Sinn und Zweck nicht bedeutungslos.	8
Ferner habe der Beklagte den Eröffnungsantrag ermessensfehlerhaft gestellt. Der Antrag lasse weder erkennen, dass ein Ermessen ausgeübt worden sei, noch, dass der Sachverhalt ermittelt worden sei. Damit sei das Begründungserfordernis des § 5 AO verletzt.	9
Außerdem hätte bei der Ausübung des Entschließungsermessens berücksichtigt werden müssen, dass die bestehenden Steuerrückstände dem Grunde und der Höhe nach nicht unstreitig seien. Zum einen seien rechtzeitig abgegebene Erklärungen nicht rechtzeitig bearbeitet und statt dessen durch Schätzungen ersetzt worden, zum anderen seien Säumniszuschläge festgesetzt worden, deren Erlass unzutreffend abgelehnt worden sei.	10
Weiter sei bei der Ermessensausübung zu berücksichtigen gewesen, dass bei der Vollstreckung der Bescheide Zurückhaltung geboten gewesen sei, weil die in Frage stehenden Bescheide noch nicht endgültig seien, sondern unter dem Vorbehalt der Nachprüfung stünden. Vorliegend habe die Klägerin Anträge auf Erlass der Säumniszuschläge und auf Vollstreckungsaufschub hinsichtlich der übrigen Rückstände gestellt, die der Beklagte ohne nähere Prüfung zeitgleich mit der Insolvenzantragstellung abgelehnt habe.	11
Schließlich habe der Beklagte den Anspruch der Klägerin auf rechtliches Gehör vor Stellung des Antrages auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens verletzt. Das rechtliche Gehör sei der Klägerin durch die nach Antragstellung erteilte Auskunft, es seien keine weiteren Maßnahmen ergriffen worden, bewusst genommen worden.	12
Die Klägerin beantragt,	13

den Beklagten zu verurteilen, den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Klägerin vom 2.9.2004, anhängig beim Amtsgericht L unter Aktenzeichen ..., zurückzunehmen. 14

Der Beklagte beantragt, 15

die Klage abzuweisen. 16

Der Beklagte ist der Ansicht, die Klage sei unbegründet, da der Antrag auf Insolvenzeröffnung rechtsfehlerfrei gestellt worden sei. 17

Dieser könne nach Abschnitt 58 Abs.3 S.1 der geltenden Vollstreckungsanweisung (VollstrA) auch ohne Zustimmung der OFD gestellt werden. Das BMF-Schreiben vom 17.12.1998 sei insofern überholt. 18

Unschädlich sei, dass die Klägerin vor Stellung des Insolvenzantrags nicht gehört worden sei, da Voraussetzung für die Gewährung rechtlichen Gehörs das Vorliegen eines Verwaltungsaktes sei (§ 91 Abs.1 S.1 AO), der hier nicht vorliege. 19

Die Voraussetzungen für die Stellung eines Insolvenzantrags hätten vorgelegen. Der Beklagte habe alle Möglichkeiten der Einzelzwangsvollstreckung ausgeschöpft gehabt. Er habe sich mit den Anträgen auf Vollstreckungsaufschub, verbunden mit dem Angebot der Ratenzahlungen und auf Erlass der Säumniszuschläge, auseinandergesetzt und verweise insofern auf die schriftliche Ablehnungen vom 2.9.2004. Auch habe er vor Antragstellung geprüft, ob rechtliche Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit der Steuerfestsetzung bestehen. Da aber die Steuerrückstände überwiegend aus Umsatzsteuer-Voranmeldungen sowie Lohnsteuerfestsetzungen bestünden, die - wenn auch zum Teil auf Schätzungen basierend - auf Voranmeldungen bzw. Anmeldungen zurückgingen, hätten keine ernstlichen Zweifel an der Rechtmäßigkeit bestanden, eventuell abgesehen von einer Lohnsteuerfestsetzung für vier Monate in 2003 (Januar, Februar, April und Mai 2003). Auch die Rückstandshöhe rechtfertige den Insolvenzantrag. 20

Die Antragstellung sei der Klägerin nicht bereits im Telefonat am 9.9.2004 mitgeteilt worden, da zu diesem Zeitpunkt das Empfangsbekenntnis des AG L über die ordnungsgemäße Zustellung des Antrags vom 2.9.2004 noch nicht vorgelegen habe. Diese Mitteilung sei dann am 14.9.2004 erfolgt. 21

Wegen weiterer Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Vollstreckungsakten - insbesondere auf die Protokolle über versuchte Sachpfändungen, die Forderungspfändungen bei den Banken, den Insolvenzantrag des Beklagten nebst Anlagen - sowie auf die Umsatzsteuervoranmeldungs- und Lohnsteueranmeldungsakten Bezug genommen. 22

Entscheidungsgründe 23

Die Klage ist zulässig, aber unbegründet. 24

Für eine Klage auf Rücknahme eines von einer Finanzbehörde gestellten Insolvenzantrages ist der Finanzgerichtsweg gemäß § 33 Abs.1 Nr.1 FGO gegeben. Der Insolvenzantrag ist eine Vollstreckungshandlung auf dem Gebiet des Abgabenrechts. Unabhängig davon, dass gegen den Eröffnungsbeschluss des Insolvenzverfahrens sowie gegen die Abweisung eines Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten gemäß §§ 6 Abs.1 und 34 Abs.1 und 2 der Insolvenzordnung - InsO - gegeben ist, gehört die 25

Rechtsfrage, ob das Finanzamt im Rahmen seiner Vollstreckungstätigkeit einen derartigen Antrag stellen durfte, in die Zuständigkeit der Finanzgerichte (vgl. zur Rechtslage nach der InsO den Beschluss des BFH vom 12.12.2003 VII B 265/01, BFH/NV 2004,464 unter Hinweis auf den Beschluss vom 11.12.1990 VII B 94/90, BFH/NV 1991, 787 betreffend die Rechtslage unter Geltung der Konkursordnung -KO -; FG Münster, Beschluss vom 15.3.2000 12 V 1054/00 AO, EFG 2000, 634).

Die Klage ist auch als Leistungsklage (§ 40 Abs. 1 der Finanzgerichtsordnung - FGO -) statthaft. Der Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist eine reine Verfahrenshandlung und kein Verwaltungsakt im Sinne des § 118 AO (FG Münster, a. a. O.; FG Bremen, Beschluss vom 13.9.1999 299224 V 2, EFG 1999, 1245; FG Hamburg, Beschluss vom 14.3.2003 VI 136/03, Juris; Kruse/Loose in :Tipke/Kruse, AO und FGO, § 251 AO, Stand Februar 2002, Tz. 22 und 18 m. w. Nachw. auch zu abweichenden Meinungen; a.A. auch Klein/Brockmeyer, AO, 8. Auflage 2003, § 251, Rz.11). Durch den Antrag wird nämlich keine Regelung getroffen, sondern erst zukünftig eine Regelung mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erstrebt. Finanzamt und Steuerpflichtiger stehen sich zudem bei der Frage der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht in einem Über-Unterordnungsverhältnis gegenüber, sondern vielmehr als rechtlich Gleichgeordnete wie jeder andere private Insolvenzgläubiger und Insolvenzschuldner. Das Stellen eines Insolvenzantrags ist kein hoheitlicher Akt, der nur vom Finanzamt in seiner Funktion als öffentlicher Hoheitsträger und Verwaltungsbehörde gestellt werden kann. 26

Die Klage ist jedoch unbegründet. Der vom Beklagten am 2.9.2004 beim AG L gestellte Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist rechtmäßig; die Stellung und Aufrechterhaltung dieses Antrags - also die Unterlassung der begehrten Antragsrücknahme - verletzt die Klägerin nicht in ihren Rechten. Denn der Antragstellung haftet kein Ermessensfehler an (§ 102 FGO). Für diese Überprüfung ist zeitlich - wie bei Ermessensentscheidungen allgemein anerkannt - auf den Zeitpunkt der letzten Verwaltungsentscheidung, hier also den der Antragstellung beim Insolvenzgericht, abzustellen. Der Sache nach sind die vom Beklagten darin genannten Antragsgründe unter Heranziehung derjenigen Gesichtspunkte zu prüfen, die sich nach der Aktenlage des Beklagten dazu ergeben. 27

Die Stellung des Insolvenzantrages ist als eine in das pflichtgemäße Ermessen des Beklagten gestellte Vollstreckungsmaßnahme (vgl. § 249 Abs. 1, § 251 Abs. 1 AO) rechtswidrig, wenn ihr ein Ermessensfehler (§ 102 FGO) anhaftet, sei es, dass für den Antrag die gesetzlichen Voraussetzungen nicht gegeben sind oder dass der Antrag aus sachfremden Erwägungen oder unter missbräuchlicher Ausnutzung einer Rechtsstellung gestellt wurde (BFH in BFH/NV 1991, 787 m. w. Nachw.). Prüfungsmaßstab ist dabei letztlich nicht die Zulässigkeit und Begründetheit des Insolvenzantrags nach der spezialgesetzlichen Regelung in der InsO; diese Prüfung obliegt nach § 2 Abs.1 InsO allein dem Insolvenzgericht (vgl. FG Münster, a. a. O.; FG Hamburg, Beschluss vom 27.6.2003 VII 113/03, Juris; vgl. zum Konkursverfahren: BFH in BFH/NV 1991, 787). 28

Der Beklagte hat die tatsächlichen Voraussetzungen für einen Eröffnungsgrund nach §§ 17-19 InsO nicht verkannt. Er konnte davon ausgehen, dass die Klägerin zahlungsunfähig und damit ein Insolvenzgrund gemäß § 17 Abs.2 InsO gegeben ist. 29

Zahlungsunfähig ist nach dieser Bestimmung ein Schuldner, der nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen. Eine demgegenüber rechtlich unerhebliche Zahlungsstockung kann nicht mehr angenommen werden, wenn die Illiquidität jedenfalls über Wochen und Monate besteht (Finanzgericht Baden-Württemberg, Beschluss vom 30. August 30

2004, 1 V 49/03, Juris, unter Hinweis auf die amtliche Gesetzesbegründung). Vorliegend konnte der Beklagte zum einen über einen Zeitraum von einem dreiviertel Jahr keine Zahlungen auf die ständig wachsenden Steuerrückstände der Klägerin verzeichnen. Zum anderen waren drei Versuche einer Sachpfändung und zwei Forderungspfändungen in die dem Beklagten bekannten Geschäftskonten der Klägerin innerhalb des letzten halben Jahres vor der Antragstellung fruchtlos gewesen. Damit waren alle Möglichkeiten der Einzelzwangsvollstreckung erschöpft. Dies war für den Beklagten ein nach außen erkennbares Beweisanzeichen, dass der Insolvenzgrund der Zahlungsunfähigkeit und nicht nur eine vorübergehende Zahlungsstockung gegeben ist.

Die Klägerin hat auch nicht substantiiert erklärt, dass und wie sie in der Lage und willens ist, die fälligen Steuerverbindlichkeiten kurzfristig vollständig zu befriedigen. Ihr letzter Antrag auf Vollstreckungsaufschub beinhaltete das Angebot einer ersten Rate von 50.000 EUR ohne Bezifferung der Ratenhöhe weiterer Teilzahlungen; dies reicht jedenfalls angesichts der Gesamthöhe der rückständigen Hauptschulden von über 244.000 EUR und angesichts des bisherigen Verhaltens zur Erfüllung selbst angebotener Ratenzahlungen dafür jedenfalls nicht aus. Die Raten waren im Antrag auf Vollstreckungsaufschub vom 27.5.2004 in Höhe von 73.000 EUR zum 18.6.2003, 50.000 EUR zum 20.7.2004 und einer "Restzahlung" zum 31.8.2004 angeboten, jedoch nicht entrichtet worden. 31

Sofern die Klägerin - wie sie in der mündlichen Verhandlung vorgetragen hat - lediglich zahlungsunwillig, aber wegen des Ratenzahlungsangebotes gerade nicht zahlungsunfähig sei, kann sich der erkennende Senat dem nicht anschließen. Denn auch ohne ausdrückliche Annahme der Ratenzahlungsangebote durch den Beklagten war die Klägerin nicht gehindert, mit der Begleichung der Steuerschulden - sei es auch nur der Hauptschulden - zu beginnen (ebenso FG Bremen, Beschluss vom 13. September 1999 299224 V 2, EFG 1999, 1243). Dies hat sie jedoch nicht getan. 32

Vielmehr hat sie bis heute nicht einmal glaubhaft gemacht oder nur konkretisiert, dass sie tatsächlich in der Lage ist, sich die finanziellen Mittel von Dritter Seite zu beschaffen, wie sie behauptet. 33

Es liegt schließlich kein Ermessensfehler darin, dass der Insolvenzantrag gestellt worden ist, obwohl die geltend gemachten Rückstände -zu einem geringeren Teil -auf Schätzungsbescheiden beruhen bzw. als Voranmeldungen kraft Gesetzes (§ 168 AO) als unter dem Vorbehalt der Nachprüfung ergangene Festsetzungen ohne förmlichen Festsetzungsbescheid gelten. Da es sich bei der Stellung eines Insolvenzantrags um eine Maßnahme der Verwaltung im Rahmen der Vollstreckung handelt, ist grundsätzlich nur Voraussetzung, dass vollziehbare Bescheide vorliegen, d. h. dass die Vollziehung der Bescheide nicht ausgesetzt ist, § 361 AO, § 69 FGO (vgl. FG Münster, a. a. O.; für das Konkursverfahren: BFH in BFH/NV 1991,787). Da die Vollziehung hier - schon mangels Anfechtung der Bescheide bzw. der bescheidersetzenden Anmeldungen - nicht ausgesetzt worden ist, waren die Steuerbescheide zum Zeitpunkt der Antragstellung beim Insolvenzgericht vollziehbar. 34

Soweit sich die Klägerin darauf beruft, dass noch nicht beschiedene Anträge auf Vollstreckungsaufschub bzw. Erlass von Säumniszuschlägen bei der Ermessensentscheidung des Beklagten zu berücksichtigen seien, so greift dieses Argument schon deshalb zu kurz, weil der Beklagte diese Anträge unstreitig mit Verfügungen vom selben Tage, von dem auch der Insolvenzantrag datiert, abgelehnt hat. Auf das Ergebnis eines sich eventuell nunmehr daran anschließenden Rechtsbehelf- oder gar Klageverfahren kommt es jedenfalls nicht an. Denn abzustellen ist bei der Überprüfung der Antragstellung als 35

Ermessensentscheidung auf den Zeitpunkt der maßgeblichen, letzten Verwaltungshandlung, also hier dem Zeitpunkt der Unterzeichnung des Antrags auf Insolvenzeröffnung am 2.9.2004.

Das Fehlen einer Zustimmung der OFD zur Antragstellung ist - sei es als tatbestandliche Voraussetzung einer Ermessensentscheidung oder als Teil derselben - unerheblich. Denn nach Abschnitt 58 Abs.3 Satz 1 der Vollstreckungsanweisung -S.- VollstrA - in der seit 1.1.2002 geltenden Fassung (Art. 1 Ziffer 19 sowie Art. 3 der Vierten Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zur Änderung der Vollstreckungsanweisung vom 18.9.2001, BStBl I 2001,605 <607, 612>), obliegt grundsätzlich dem Beklagten als Vollstreckungsbehörde der Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens; eine Zustimmung der OFD ist nicht mehr vorgesehen. 36

Auch der Sinn und Zweck dieser aufgehobenen Dienstanweisung fordert hier nicht eine solche Zustimmung der dem Beklagten vorgesetzten Dienstbehörde. Denn wenn damit - wie die Klägerin vorträgt - missbräuchliches Verhalten vermieden werden sollte, so ist dem entgegen zu halten, dass eine Überprüfung eines geplanten Insolvenzantrages unter dem Aspekt des Willkürverbotes und des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit uneingeschränkt auch ohne Einschaltung der OFD vom Finanzamt von Amts wegen durchzuführen ist. Für einen derartigen Verstoß liegen jedoch hier keine Anhaltspunkte vor. 37

Die beträchtliche, stetig anwachsende absolute Höhe der zu vollstreckenden Steueransprüche muss in einem angemessenen Verhältnis zu den wirtschaftlichen Folgen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens stehen (vgl. Kruse/Loose, a. a. O., § 251, Tz. 19 unter Hinweis auf Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs). Dies ist hier angesichts allein der Hauptschulden von 244.000 EUR unzweifelhaft zu bejahen. 38

Der Beklagte hat auch vor Insolvenzantragstellung alle zumutbaren Maßnahmen der Einzelzwangsvollstreckung erfolglos durchgeführt (vgl. FG Düsseldorf, Beschluss vom 1. Februar 1993 17 V 7392/92 AE/KV, EFG 1993, 592; FG Münster in EFG 2003, 634) und daher insoweit nicht unverhältnismäßig gehandelt. 39

Zudem lassen auch die Tatsachen, dass die Rückstände der Klägerin zu einem bedeutenden Teil aus - größtenteils selbst angemeldeten , aber nicht abgeführten - einbehaltenen Lohnsteuerbeträgen bestehen und sowohl diese als auch die Rückstände aus Umsatzsteuervoranmeldungszeiträumen stetig weiter aufgelaufen sind, die Entscheidung des Beklagten nicht als unverhältnismäßig erscheinen. Denn diese Steuern sind von der Klägerin lediglich treuhänderisch einbehalten bzw. vereinnahmt worden; diese Steuern zu sichern erscheint schon daher nicht als ermessensfehlerhaft (so auch FG Hamburg, Beschluß vom 27. Juni 2003 VII 113/03, Juris). 40

Hinzu kommt, dass jedenfalls dann auch ein Insolvenzantrag ein geeignetes Mittel zur Befriedigung der offenen Rückstände darstellt, wenn - wie hier - das Finanzamt wie auch jeder private Gläubiger nach mehrfach durchgeführter, stets fehlgeschlagener Einzelzwangsvollstreckung bei weiter auflaufenden Schulden jedenfalls nicht von vorneherein ausschließen kann, dass wenigstens im Insolvenzverfahren noch eine quotenmäßige Befriedigung zu erlangen ist. 41

Auch die vom Vertreter des Beklagten in der mündlichen Verhandlung eingeräumte Überlegung, dass er auch unter Berücksichtigung des Gemeinwohls den Insolvenzantrag gestellt habe, ist nach Auffassung des erkennenden Senats bei der hier gegebenen Sachlage keine sachfremde Erwägung, die - wie die Klägerin meint - zur Rechtswidrigkeit des 42

Insolvenzantrags führt.

Dies wäre nur dann der Fall, wenn daraus als alleiniger Zweck des Insolvenzantrages die Existenzvernichtung des Gläubigers zu folgern wäre (vgl. dazu nur Kruse/Loose a. a. O.; FG Münster, Beschluß vom 14. April 1987 III 1166/87 V, EFG 1987, 516). Dem ist hier nicht so. 43

Denn hier hat der Beklagte zum einen nach Aktenlage nicht in dem Wissen, dass eine die Kosten des Verfahrens nicht deckende Masse nicht vorhanden ist, gehandelt. Vielmehr war dem Beklagten nur bekannt, dass bei ihm die Rückstände stetig anwuchsen, während alle Maßnahmen der Einzelzwangsvollstreckung erfolglos blieben und die Klägerin keine freiwilligen Zahlungen - selbst keine der angebotenen Ratenzahlungen - leistete. Dafür, dass die Vermögensverhältnisse der Klägerin derart desolat waren, dass nicht einmal die Verfahrenskosten gedeckt sein könnten, lagen also keine hinreichenden Anhaltspunkte vor. 44

Zum anderen durfte der Beklagte nach Auffassung des erkennenden Senats auch das Gemeinwohl in seine Ermessensüberlegungen mit dem Ergebnis einbeziehen, dass ein Insolvenzantrag zu stellen sei. Denn das beklagte Finanzamt vollstreckt als Vollstreckungsbehörde nach § 249 Abs. 1 Satz 3 AO hier ausschließlich originäre Steueransprüche, die dem Landes- bzw. Bundesfiskus als Steuergläubiger zustehen. Es handelt nicht wie ein privater Gläubiger im eigenen Interesse, sondern stets im Interesse des Fiskus und damit letztlich im Interesse aller nicht säumigen Steuerpflichtigen, mithin insoweit im Interesse des Gemeinwohls. Dieses Interesse ist bei der Ermessenabwägung des Beklagten sehr wohl zu berücksichtigen. 45

Denn anders als ein privater Gläubiger, der das Auflaufen weiterer Rückstände eines säumigen Schuldners kraft der Vertragsautonomie in aller Regel recht einfach dadurch beenden kann, dass er nicht mehr mit diesem in Geschäftsbeziehungen tritt, kann sich das Finanzamt nicht vor einem weiteren Anwachsen nicht beitreibar Rückstände an Steuern und Nebenabgaben durch ein Weiterführen des Geschäftsbetriebes der Klägerin schützen. 46

Deshalb ist es jedenfalls als Nebenzweck der Stellung eines Insolvenzantrages nicht zu beanstanden, wenn diese im Ergebnis auch als "rückstandsunterbindende Maßnahme" wirkt (so die Bezeichnung für Maßnahmen wie den Insolvenzantrag sowie den Antrag auf Gewerbeuntersagung oder auf Passenzug etwa in der Vollstreckungskartei NRW). 47

Die Antragsstellung ist auch nicht wegen einer Verletzung des rechtlichen Gehörs infolge der fehlenden Anhörung der Klägerin vor der Antragstellung rechtswidrig. 48

Eine Anhörungspflicht ergibt sich jedenfalls nicht aus § 91 Abs. 1 Satz 1 AO, da diese Norm eine Anhörung nur vorschreibt, wenn der Erlass eines Verwaltungsaktes bevorsteht, durch den in Rechte eines Beteiligten eingegriffen wird. Wie schon dargelegt, stellt der Antrag auf Insolvenzeröffnung aber keinen Verwaltungsakt dar. 49

Selbst wenn dies anders wäre, war hier eine vorherige Anhörung dann gemäß § 91 Abs. 2 Nr. 5 AO entbehrlich, da es sich dann um eine dort als Ausnahme statuierte Maßnahme der Vollstreckung handeln würde (s. o., §§ 249, 251 AO). Aus dieser speziellen Regelung für eine Vollstreckungsmaßnahme im Bereich der AO ergibt sich auch unschwer, dass auch dann, wenn man - wie der erkennende Senat - in der Stellung eines Insolvenzantrages keinen Verwaltungsakt, aber eine Maßnahme des Beklagten auf dem Gebiet der Vollstreckung sieht, eine vorherige Anhörung der Klägerin entbehrlich war. 50

Das insoweit durch die genannte Norm eingeräumte Ermessen ("... kann abgesehen werden...") ist jedenfalls bei einem Verfahrensantrag - wie hier -, der erst ein eigenständiges Verfahren einleitet, in dessen Verlauf der von diesem Antrag Betroffene einen Anspruch auf rechtliches Gehör hat, fehlerfrei ausgeübt. Selbst wenn man in der fehlenden vorherigen Information über den Antrag auf Insolvenzeröffnung eine Verletzung des rechtlichen Gehörs sehen würde, so reicht jedenfalls eine Mitteilung an den Vollstreckungsschuldner nach erfolgter Antragstellung - wie vorliegend am 14.9.2004 - aus.

Dies ergibt sich aus einer Rechtsanalogie zu der Regelung über die Heilung eines - zur 52
Rechtswidrigkeit eines entsprechenden Verwaltungsaktes führenden - Verfahrensfehlers
nach § 126 Abs. 2 und Abs. 1 Nr. 3 AO durch nachträgliche Anhörung im Rahmen eines
Einspruchs- oder gar erst eines Klageverfahrens gegen einen Verwaltungsakt. Ein solcher
kann - anders als ein hier zu beurteilender Verfahrensantrag - je nach Regelungsinhalt
Grundlage einer Vollziehung oder gar Vollstreckung sein. Wenn dennoch eine derartige weite
Heilungsmöglichkeit vorgesehen ist, muss dies erst recht für einen Verfahrensantrag ohne
Verwaltungsaktqualität gelten.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 135 Abs.1 FGO. 53