

## **OLG Celle, Unzulässigkeit der sofortigen weiteren Beschwerde bei unzulässiger sofortiger Beschwerde: Beschluß vom 13.9.2000 - 2 W 85/00 [Urteilsanmerkung]**

**Christoph Becker**

### **Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:**

Becker, Christoph. 2001. "OLG Celle, Unzulässigkeit der sofortigen weiteren Beschwerde bei unzulässiger sofortiger Beschwerde: Beschluß vom 13.9.2000 - 2 W 85/00 [Urteilsanmerkung]." Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht 11 (2): 75-81. <https://doi.org/10.1515/dwir.2003.020>.

## **OLG Celle, Unzulässigkeit der sofortigen weiteren Beschwerde bei unzulässiger sofortiger Beschwerde**

InsO § 7; ZPO § 561

**Beschluß vom 13. 9. 2000 – 2 W 85/00**

**1. Eine sofortige weitere Beschwerde nach § 7 Abs. 1 InsO ist trotz einer möglicherweise festzustellenden Gesetzesverletzung, welche die Überprüfung der Entscheidung des Beschwerdegerichts grundsätzlich erforderlich machen würde, nicht zuzulassen, wenn schon die sofortige Beschwerde zum Landgericht nicht in zulässiger Art und Weise eingelegt worden ist.**

**2. Das Rechtsbeschwerdegericht ist trotz der Bindung an den vom Beschwerdegericht festgestellten Sachverhalt (§ 7 Abs. 2 InsO i. V. m. § 561 ZPO) bei einer fehlenden Sachverhaltsdarstellung des Beschwerdegerichts befugt, die Voraussetzungen der Zulässigkeit der sofortigen (Erst-) Beschwerde eigenständig zu prüfen.**

### **Aus den Gründen**

Der Schuldner wendet sich mit seiner sofortigen weiteren Beschwerde gegen die Verwerfung einer sofortigen Beschwerde gegen einen Beschluß des Insolvenzgerichts als unzulässig. Mit Beschluß vom 3. 7. 2000 hatte das Insolvenzgericht festgestellt, daß sein Antrag auf Eröffnung des Verbraucherinsolvenzverfahrens als zurückgenommen gelte. Die gegen diesen Beschluß gerichtete sofortige Beschwerde hat das Landgericht am 23. 8. 2000 mit der Begründung verworfen, eine Entscheidung nach den §§ 305 ff InsO könne mangels ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung (§ 6 Abs. 1 InsO) nicht mit der sofortigen Beschwerde angefochten werden.

I. Die gegen diesen Beschluß gerichtete sofortige weitere Beschwerde ist nicht zuzulassen.

1. Zwar führt der Beschwerdeführer in seinem Antrag auf Zulassung der sofortigen Beschwerde Gründe aus, die eine Zulassung der sofortigen weiteren Beschwerde nach § 7 Abs. 1 InsO rechtfertigen könnten. Ein Gesetzesverstoß könnte nämlich sowohl in den Ausführungen des Landgerichts liegen, daß bei Entscheidungen nach den §§ 305 ff InsO eine Beschwerde schon deshalb unzulässig sei, weil im Gesetz ein Beschwerderecht nicht vorgesehen sei, als auch in dem völligen Fehlen eines subsumtionsfähigen Sachverhalts in der landgerichtlichen Entscheidung. Dem Rechtsbeschwerdegericht muß nämlich durch eine Darstellung des Sachverhalts die Überprüfung der Entscheidung des Beschwerdegerichts, an dessen tatsächliche Feststellungen es gemäß § 7 Abs. 1 Satz 2 InsO i. V. m. § 561 ZPO gebunden ist, überhaupt erst ermöglicht werden (dazu Senat, Beschl. v. 22. 8. 2000 – 2 W 64/00 [= DZWIR 2000, 520]; Senat, Beschl. v. 11. 9. 2000 – 2 W 87/00; BayObLG, Beschl. v. 4. 7. 2000 – 4 Z BR 12/00; OLG Köln, NZI 2000, 80; OLG Köln, NZI 2000, 133 [= DZWIR 2000, 118]; OLG Köln, ZInsO 2000, 117). Auf diesen Gesichtspunkt, der das Rechtsbeschwerdegericht regelmäßig dazu zwingt, die Sache an das Beschwerdegericht schon wegen der fehlenden Sachverhaltsdarstellung zur erneuten Entscheidung zurückzugeben, kommt es hier jedoch

ebensowenig an wie auf die fehlende Auseinandersetzung mit der entsprechenden Anwendung des § 34 InsO im Verbraucherinsolvenzverfahren.

Zwar hat das Landgericht offensichtlich nicht gesehen, daß eine sofortige Beschwerde gegen die Zurückweisung des Insolvenzantrags des Schuldners im Verbraucherinsolvenzverfahren analog § 34 Abs. 1 InsO für zulässig gehalten wird, wenn das Insolvenzgericht gesetzwidrige Anforderungen an den Insolvenzantrag des Schuldners gestellt und etwa das Angebot einer Mindestquote durch den Schuldner oder bestimmte, im Gesetz nicht geregelte Anforderungen an die Bescheinigung des Scheiterns der Verhandlungen über den außergerichtlichen Schuldenbereinigungsplan gestellt hat (hierzu Senat, Beschl. v. 28. 2. 2000 – 2 W 9/00, OLGR 2000, 180 = ZIP 2000, 802 m. w. H.; OLG Schleswig-Holstein, ZInsO 2000, 155; OLG Schleswig-Holstein, ZInsO 2000, 170 [Ls.]). Ob die Entscheidung hier auf dieser Verkennerung der Voraussetzungen der Zulässigkeit sofortiger weiterer Beschwerden im Verbraucherinsolvenzverfahren beruht, kann jedoch im Ergebnis dahingestellt bleiben. Es kann deshalb auch offenbleiben, ob eine Zulassung der sofortigen weiteren Beschwerde zwecks Nachprüfung der Entscheidung zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung geboten ist.

2. Die Entscheidung des Landgerichts erweist sich nämlich aus anderen Gründen als richtig. Der Senat wäre deshalb bei Zulassung der sofortigen weiteren Beschwerde gemäß §§ 7 Abs. 1 Satz 2 InsO, 563 ZPO gehalten, die Beschwerde aus anderen Gründen in jedem Fall zurückzuweisen (siehe dazu Kübler/Prütting, InsO, § 7 Rdn. 26). Einer Zulassung der sofortigen weiteren Beschwerde im Hinblick auf mögliche Gesetzesverletzungen des Beschwerdegerichts bedarf es nicht, weil bereits die sofortige Beschwerde zum Landgericht – allerdings aus anderen Gründen, als von diesem ausgeführt – unzulässig, weil verspätet war. Der Beschwerdeführer hat sich bei der Antragstellung nicht durch einen Rechtsanwalt vertreten lassen. Vielmehr hat er den Antrag persönlich gestellt, ohne auf die Vertretung durch einen Rechtsanwalt hinzuweisen. Ferner hat er im »Personalbogen« die Frage nach einem Verfahrensbevollmächtigten verneint. Daß er im außergerichtlichen Verfahren durch seine jetzige Verfahrensbevollmächtigte vertreten war, ist in diesem Zusammenhang unerheblich für die Frage, ob der Schuldner sich im Insolvenzeröffnungsverfahren und im gerichtlichen Schuldenbereinigungsverfahren anwaltlich vertreten lassen wollte. Aus einer anwaltlichen Beratung im außergerichtlichen Verfahren kann nicht ohne weiteres auf eine Vertretung im gerichtlichen Verfahren geschlossen werden, da es sich um unterschiedliche selbständige Verfahrensabschnitte mit eigenständigen gebührenrechtlichen Regelungen handelt. Nicht einmal in seinem zeitgleich mit dem Antrag auf Eröffnung des Verbraucherinsolvenzverfahrens gestellten Antrag auf Bewilligung von Prozeßkostenhilfe wird um Beiordnung eines Verfahrensbevollmächtigten nachgesucht. Das Insolvenzgericht hatte demgemäß auch keine Anhaltspunkte für eine anwaltliche Vertretung des Schuldners. Es hat deshalb sowohl die Ergänzungsaufforderung nach § 305 Abs. 3 Satz 1 InsO als auch den Abweisungsbeschluß vom 3. 7. 2000 zu Recht an den Schuldner und nicht an die lediglich im Zusammenhang mit dem außergerichtlichen Schuldenbereinigungsplanverfahren in Erscheinung getretene jetzige Verfahrensbevoll-

mächtigte des Schuldners zugestellt. Die Zustellung des Abweisungsbeschlusses des Insolvenzgerichts ist ausweislich der bei den Akten befindlichen Zustellungsurkunde am 6. 7. 2000 durch Niederlegung erfolgt. Die am 16. 8. 2000 beim Insolvenzgericht eingegangene sofortige Beschwerde gegen den Beschluß des Insolvenzgerichts vom 6. 7. 2000 ist deshalb nicht fristgerecht eingelegt worden. Die sofortige Beschwerde des Schuldners hätte wegen dieser Verfristung ohnehin als unzulässig verworfen werden müssen, so daß es auf die möglicherweise fehlerhafte Rechtsanwendung des § 6 Abs. 1 InsO durch das Beschwerdegericht letztlich nicht ankommt.

3. Der Senat ist trotz der fehlenden Sachverhaltsdarstellung in dem Beschluß des Landgerichts vom 23. 8. 2000 nicht gehindert, die Zulässigkeit der Erstbeschwerde zu überprüfen. Zwar ist es dem Rechtsbeschwerdegericht grundsätzlich untersagt, im Rahmen des Verfahrens nach § 7 Abs. 1 InsO den Sachverhalt selbst zu ergründen, wie auch die Beibringung neuer Tatsachen ausgeschlossen ist. Dieses Verbot erstreckt sich aber nicht auf die Ermittlung der Zulässigkeit der Erstbeschwerde, die zu den Verfahrensvoraussetzungen für die Zulässigkeit der sofortigen weiteren Beschwerde gehört (vgl. HK-InsO/Kirchhof, § 7 Rdn. 20; BayObLG, Fam-RZ 1977, 141, 142). Eine solche Überprüfung ist im Rechtsbeschwerdeverfahren nach § 7 InsO, das dem Rechtsbeschwerdeverfahren der §§ 27, 28 FGG nachgebildet ist (siehe die Begründung zu § 7 InsO, abgedruckt bei Kübler/Prütting, Das neue Insolvenzrecht, RWS-Dok. 18, 2. Aufl., S. 157), nicht versagt. Auch die fehlende Sachverhaltsdarstellung des Landgerichts erweist sich deshalb ausnahmsweise als unschädlich.

II. Infolge der Nichtzulassung der sofortigen weiteren Beschwerde des Schuldners war auch die sofortige weitere Beschwerde selbst als unzulässig zu verwerfen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. Bei der Festsetzung des Beschwerdewertes ist der Senat von der niedrigsten Gebührenstufe ausgegangen, da der Schuldner nur einen qualifizierten Nullplan vorgelegt hat und eine nennenswerte Insolvenzmasse demgemäß nicht zu erwarten war.

## Anmerkung

### I. Sofortige weitere Beschwerde nach verworfener sofortiger Beschwerde?

Das Oberlandesgericht fällt seine Entscheidung über den Antrag auf Zulassung sofortiger weiterer Beschwerde nach § 7 Abs. 1 InsO mittels einer ganz grundsätzlichen Festlegung über die Zulässigkeit sofortiger weiterer Beschwerde nach der Insolvenzordnung. Hiernach ist die weitere Beschwerde nur dann zuzulassen, wenn schon die Erstbeschwerde gemäß § 6 InsO zulässig erhoben wurde. Der erste Leitsatz zum Beschluß hebt dies heraus; in den Entscheidungsgründen unter I.2 sind die näheren Ausführungen dazu zu lesen.

Die Festlegung ist angesichts der sich daraus ergebenden Prüfungsabfolgen kein selbstverständliches Prinzip. Und wenn man sich die Festlegung im Grundsatz zu eigen macht, wird man sie wohl mit einschränkenden Zusätzen versehen. Die Festlegung ist äußerst weitreichend formuliert. Doch ist sie wahrscheinlich nur aus dem Fall heraus zu verstehen: Beschwerdeführer vor dem Oberlandesgericht war derjenige, der sich schon beim Landgericht beschwert hatte. Das Land-

gericht hatte in der Sache nicht entschieden, sondern bereits selbst Unzulässigkeit der Ausgangsbeschwerde wegen Unstatthaftigkeit angenommen und sie deshalb verworfen. Der Fall legte also dem Oberlandesgericht die Befassung mit der Zulässigkeitsfrage besonders nahe. Dies vorausgeschickt, scheint die Mutmaßung erlaubt, das OLG Celle wolle nicht schlechthin die Oberlandesgerichte bei weiterer Beschwerde zu prüfen in der Pflicht sehen, ob die Ausgangsbeschwerde zulässig erhoben war. Nichtsdestoweniger begegnet auch in der Literatur die Aussage, es müsse generell zur Zulassung weiterer Beschwerde Zulässigkeit der Erstbeschwerde verlangt werden. Namentlich macht sie *Gerhard Pape*, Mitglied des Senats, von welchem vorliegender Beschluß stammt. *Pape* bezieht diese Aussage allerdings nur auf die Frage, ob die Erstbeschwerde statthaft war<sup>1</sup>.

## II. Neuerliche Prüfung zur Zulässigkeit der Erstbeschwerde bei Entscheidung über Zulassung weiterer Beschwerde?

### 1. Vermeintlich als unstatthaft unzulässige Erstbeschwerde

Die Frage nach der Zulässigkeit der Erstbeschwerde drängte sich dem Oberlandesgericht auf, weil das Landgericht die sofortige Beschwerde des Schuldners für unstatthaft hielt. Nach einer unstatthaften Beschwerde kann es keine zulässige weitere Beschwerde mehr geben. Die weitere Beschwerde nach § 7 InsO setzt voraus, daß eine Beschwerde nach § 6 InsO grundsätzlich möglich war. Betroffen sind Entscheidungen, welche das Insolvenzgericht anhand der Insolvenzordnung selbst fällt.<sup>2</sup> Nicht dagegen kann eine nach der Zivilprozeßordnung in Verbindung mit § 4 InsO getroffene Entscheidung auf dem Beschwerdewege zu § 7 InsO gelangen. Vielmehr ist dort weitere Beschwerde nur nach Maßgabe der Zivilprozeßordnung (namentlich § 568 ZPO) in Verbindung mit § 4 InsO zulässig.

Die Beschwerde richtete sich gegen die insolvenzgerichtliche Feststellung, sein Antrag auf Eröffnung des Verbraucherinsolvenzverfahrens gelte mangels Nachreichens fehlender Unterlagen gemäß § 305 Abs. 3 Satz 2 InsO als zurückgenommen. Das Landgericht nahm an, eine derartige Beschwerde sei nicht im Sinne von § 6 Abs. 1 InsO gesetzlich vorgesehen<sup>3</sup>.

Diese restriktive Haltung des Landgerichts kann dreierlei nach sich ziehen. Erstens den Hinweis, daß es dem Schuldner nach der Rücknahmefiktion unbenommen bleibe, einen neuen, verbesserten Antrag auf Verfahrenseröffnung zu stellen<sup>4</sup>. Zweitens den Satz, auch die insolvenzgerichtliche Ergänzungsaufforderung nach § 305 Abs. 3 Satz 1 InsO selbst sei mangels besonderer gesetzlicher Anordnung nicht beschwerdefähig<sup>5</sup>. Drittens schließlich eine richtigerweise vorzunehmende Einschränkung des Zweiten. Sie besteht darin, daß bei überzogenen, gesetzwidrigen Anforderungen des Insolvenzgerichts an die vom Schuldner einzureichenden Unterlagen dem Schuldner der Beschwerdeweg eröffnet ist, weil eine solche Ergänzungsaufforderung einer Abweisung des Eröffnungsantrages gleichkommt<sup>6</sup>. Das Landgericht versagte sich zum Kummer des Oberlandesgerichts diesen dritten, abmildernden Schritt.

### 2. Zwar statthafte, aber unter anderem Aspekt unzulässige Erstbeschwerde

Das OLG Celle sieht richtigerweise die Beschwerde gegen die insolvenzgerichtliche Ergänzungsaufforderung nach § 6

Abs. 1 InsO mit § 34 InsO (analog) für gegeben an. Das Landgericht hätte demnach die Beschwerde nicht mit der Begründung verwerfen dürfen, sie sei im Gesetz nicht vorgesehen. Gleichwohl will es die weitere Beschwerde des Schuldners nicht zulassen, weil es dessen Erstbeschwerde aus anderen Gründen als unzulässig (nämlich als verspätet; siehe Gründe zu I.2) einschätzt. Es spielt demnach keine Rolle, warum die Ausgangsbeschwerde unzulässig war. In keinem Falle kann zulässigerweise weitere Beschwerde folgen.

## III. Zulassungsfähigkeit und damit Zulässigkeit weiterer Beschwerde nur bei Zulässigkeit der Erstbeschwerde?

Das Oberlandesgericht erklärt (unter I.2) die Zulässigkeit der Erstbeschwerde zur nachzuprüfenden Voraussetzung für die Zulassung einer weiteren Beschwerde, nicht für ihre Zulässigkeit. Erst ihre Zulassung macht die weitere Beschwerde zulässig. Bis zur Entscheidung über die Zulassung kann nur der Zulassungsantrag schon zulässig sein. Die weitere Beschwerde selbst ist allenfalls zulassungsfähig. Zulässigkeit kann ihr nur insoweit eignen, als man von der noch fehlenden Zulassung absieht.

<sup>1</sup> *Pape*, Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte in Insolvenzsachen seit In-Kraft-Treten der InsO, NJW 2001, 23, 26, mit zahlreichen Nachweisen zum Meinungsstand. Zur gesonderten Behandlung der Statthaftigkeit auch in dieser Anmerkung siehe unten VII 1.

<sup>2</sup> BGH, Beschl. v. 16. 3. 2000 – IX ZB 2/00, DZWIR 2000, 290 = NW 2000, 1869 f = ZIP 2000, 755 f; BayObLG, Beschl. v. 8. 10. 1999 – 4 ZBR 7/99, KTS 1999, 532 f; OLG Köln, Beschl. v. 23. 6. 1999 – 2 W 119/99, DZWIR 1999, 460; OLG Köln, Beschl. v. 3. 1. 2000 – 2 W 224/99, DZWIR 2000, 73 = ZIP 2000, 552 f; OLG Köln, Beschl. v. 26. 1. 2000 – 2 W 11/00, DZWIR 2000, 161 = ZIP 2000, 462, 463; OLG Köln, Beschl. v. 19. 5. 2000 – 2 W 81/00, NZI 2000, 317 f = ZInsO 2000, 349 (Ls.); OLG Zweibrücken, Beschl. v. 11. 8. 2000 – 3 W 138/00, ZIP 2000, 1627 f. Durchlässigkeit von Beschwerde in entsprechender Anwendung der ZPO hin zu den Regeln über Beschwerde nach der Insolvenzordnung sieht hingegen zumindest in der Frage einer Abhilfebefugnis des Insolvenzgerichts LG Göttingen, Beschl. v. 20. 8. 1999 – 10 T 44/99, NZI 2000, 88, 89; LG Göttingen, Beschl. v. 11. 10. 1999 – 10 T 74/99, ZInsO 1999, 723 (Ls.). Vermittelnd *Vallender*, Erste gerichtliche Erfahrungen mit dem Verbraucherinsolvenzverfahren, ZIP 1999, 125, 126 f; *Prütting*, Aktuelle Fragen der Rechtsmittel im Insolvenzrecht, NZI 2000, 145, 148; *Uhlenbruck*, Rechtsmittelzug bei Insolvenzkostenhilfe und Vergütungsfestsetzung, NZI 1999, 175, 176; weitere Beschwerde, wenn die Beschwerde um die Reichweite der Einbeziehung zivilprozessualer Regeln in das Insolvenzverfahren (§ 4 InsO) geht und nicht nur um die Erfüllung des Tatbestandes der als entsprechend heranzuziehen bereits feststehenden Regel aus der ZPO.

<sup>3</sup> Siehe auch OLG Köln, Beschl. v. 19. 5. 2000 – 2 W 81/00, NZI 2000, 317, 318 = ZInsO 2000, 349 (Ls.); OLG Köln, Beschl. v. 24. 5. 2000 – 2 W 108/00, DZWIR 2000, 338 = NZI 2000, 434; OLG Köln, Beschl. v. 8. 9. 2000 – 2 W 166/00, ZIP 2000, 1732 f; LG Berlin, Beschl. v. 17. 5. 2000 – 86 T 128/00, ZInsO 2000, 349 (Ls.); LG Göttingen, Beschl. v. 17. 3. 2000 – 10 T 28/00, InVo 2000, 242 = NZI 2000, 280; kein Rechtsmittel gegen die Mitteilung über Eintritt der Rücknahmefiktion nach § 305 Abs. 3 Satz 2 InsO; sie ist bloß deklaratorisch. Siehe ferner *Hoffmann*, Rechtsmittel im Insolvenzrecht unter besonderer Berücksichtigung des Verbraucherinsolvenzverfahrens, NZI 1999, 425, 431. Nur ausnahmsweise bei schweren Verfahrensverstößen außerordentliche Beschwerde: LG Göttingen, aaO. Für generelle Beschwerde gegen die (vom Schuldner eventuell eigens anzufordernde) Mitteilung in Analogie zur Kostenfrage nach Klagerücknahme (§§ 269 Abs. 3 Sätze 3 und 5, § 4 InsO) FK-InsO/Grote, 2. Aufl. 1999, § 305 Rdn. 50.

<sup>4</sup> BayObLG, Beschl. v. 28. 7. 1999 – 4Z BR 1/99, DZWIR 1999, 456 (mit Anm. *Ahrens*) = InVo 1999, 344, 346 = NZI 1999, 412, 413 = ZIP 1999, 1767, 1769.

<sup>5</sup> BayObLG, ebda.

<sup>6</sup> Siehe neben den vom OLG Celle unter I.1 gegebenen Nachweisen BayObLG, Beschl. v. 2. 12. 1999 – 4Z BR 8/99, DZWIR 2000, 156, 157 f (mit Anm. *Becker*, DZWIR 2000, 158) = InVo 2000, 269, 270 = NZI 2000, 129 f; *Pape*, aaO (Fn. 1), 23, 28 ff.

Nun ist allerdings die Beurteilung des Zulassungsantrages nicht von der Frage, ob die weitere Beschwerde abgesehen vom Ausspruch ihrer Zulassung zulässig sei, abzutrennen. Die Verbindung entsteht bereits daraus, daß der Zulassungsantrag sich gemäß § 7 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1 InsO selbst schon an den Erfordernissen der weiteren Beschwerde messen lassen muß, die Zulässigkeit des Zulassungsantrages also parallel zu derjenigen der weiteren Beschwerde liegt. Vor allem aber wird das Oberlandesgericht nicht schon dann die Zulassung aussprechen, wenn die von § 7 Abs. 1 InsO aufgestellten besonderen Bedingungen hierfür (Anführen einer Gesetzesverletzung in der weiteren Beschwerde; Bedeutung für einheitliche Rechtsentwicklung<sup>7</sup>) erfüllt sind. Vielmehr prüft es vor der Zulassung, ob die weitere Beschwerde auch im übrigen zulässig ist. Der Zulassungsantrag ist demnach begründet, wenn die weitere Beschwerde von der bislang noch fehlenden Zulassung abgesehen insgesamt zulässig ist. Wer bei diesem Zusammenhang die Zulässigkeit der Ausgangsbeschwerde zur Zulassungsvoraussetzung erhebt, macht sie mittelbar zur Zulässigkeitsvoraussetzung für die weitere Beschwerde.

#### IV. Entscheidung des Landgerichts nur über Zulässigkeit der Beschwerde oder auch in der Sache?

Bezogen auf den Fall ist es müßig, wegen der Grundsätzlichkeit der Frage indessen reizvoll, sich vorzustellen, wie das Oberlandesgericht verfahren wäre, wenn das Landgericht weder Bedenken gegen die Statthaftigkeit erhoben noch Anstoß an der vom Oberlandesgericht bemerkten Verspätung genommen, sondern in der Sache entschieden hätte. Es scheint nicht ausgeschlossen, daß dann das Oberlandesgericht bei seiner Entscheidung über die Zulassung die Zulässigkeit der Erstbeschwerde ungeprüft gelassen hätte. Es hat sogar eine gewisse Wahrscheinlichkeit, daß noch bei der auf die Zulassung folgenden Prüfung, ob die weitere Beschwerde begründet sei, keine Rede von der Zulässigkeit der Erstbeschwerde gewesen wäre. Wo die Aufmerksamkeit nicht besonders auf die Zulässigkeit vorangegangener Verfahrensschritte gelenkt wird, entgeht ihr erfahrungsgemäß der eine oder andere alte Fehler. Denn das federführende Mitglied des Spruchkörpers verläßt sich im Grundsatz darauf, daß etwaige Fehler schon zuvor bemerkt worden wären. Zulässigkeit der Erstbeschwerde als Voraussetzung für die Zulassung weiterer Beschwerde zu entdecken, ist von Sensibilisierung für die Zulässigkeitsfrage durch das Landgericht mindestens begünstigt. Das schon vor dem Landgericht gescheiterte Begehren des Beschwerdeführers stößt auf besonderes Mißtrauen des höheren Gerichtes.

#### V. Beschwerdeführer in Erstbeschwerde und in weiterer Beschwerde personengleich oder personenverschieden?

Die besondere Fallkonstellation erklärt die Schärfe der vom OLG Celle vorgenommenen Festlegung. Sie dürfte unbeabsichtigt sein. Insbesondere gilt sie sicherlich nicht für den Fall der Personenverschiedenheit von Erstbeschwerdeführer und Führer der weiteren Beschwerde. Man stelle sich vor, daß jemand zwar unzulässig, aber erfolgreich und zum Nachteil eines anderen am Beschwerdeverfahren Beteiligten Beschwerde geführt hatte. Der Erfolg des Erstbeschwerdeführers mag daraus entstanden sein, daß das Landgericht auf die

Zulässigkeit seiner Beschwerde nur unzureichend achtgab oder einen irrigen Rechtsstandpunkt dazu einnahm. Dem von der Entscheidung des Landgerichts beschwerten Beteiligten wäre nun die weitere Beschwerde verschlossen.

Es bedarf keiner Begründung, daß bei Personenverschiedenheit von Erstbeschwerdeführer und Führer der weiteren Beschwerde die weitere Beschwerde nicht allein deswegen als unzulässig zu verwerfen ist, weil die erste Beschwerde schon hätte verworfen werden müssen. Gerade weil die Unzulässigkeit der Erstbeschwerde unbeachtet blieb, wurde doch überhaupt nur die Beschwer (wenn denn eine solche eintrat) für den Führer der weiteren Beschwerde möglich. Die Unzulässigkeit der Erstbeschwerde kann sich in diesem Falle nicht früher als in der Frage nach Begründetheit der weiteren Beschwerde auswirken.

Wollte man nun immerhin für den Fall der Personengleichheit von Erstbeschwerdeführer und Führer der weiteren Beschwerde die Zulässigkeit der Erstbeschwerde zur Zulassungsvoraussetzung für die weitere Beschwerde erheben, so käme man zu gespaltener Auswirkung. Zulässigkeit der Erstbeschwerde wäre bald Frage der Zulässigkeit (bei Personenidentität), bald Frage der Begründetheit weiterer Beschwerde (bei Personenverschiedenheit). Zusätzliche Aufteilung ergäbe sich bei Personenidentität, wenn das Landgericht irrig die in Wirklichkeit zulässige Beschwerde verwarf. Die Festlegung des Oberlandesgerichts führt zu solcher Spaltung. Sie entsteht, sobald man in der Zulassungsfrage nach § 7 Abs. 1 Satz 1 InsO nicht strikt Aspekte der Zulässigkeit der weiteren Beschwerde – und eben nur dieser – von Aspekten der Begründetheit der weiteren Beschwerde trennt. Das OLG Celle will letztendlich die weitere Beschwerde deswegen nicht zulassen, weil sie nicht begründet ist.

Die Zulassung weiterer Beschwerde in Insolvenzsachen ist anders ausgestaltet als die Annahme einer Verfassungsbeschwerde (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG) zwecks Durchsetzung von Grundrechten oder einigen weiteren Verfassungsrechten (§ 93a Abs. 2 Buchst. b BVerfGG). Bei der Entscheidung, ob die Annahme der Verfassungsbeschwerde angezeigt sei, kommt es insbesondere auf die Erfolgsaussicht an<sup>8</sup>. Dazu findet eine Gesamtbetrachtung statt, welche nicht scharf zwischen Zulässigkeit und Begründetheit scheidet. Die Annahme der Verfassungsbeschwerde kann wegen Unzulässigkeit scheitern<sup>9</sup> oder wegen Unbegründetheit<sup>10</sup> oder mit Blick auf beides zugleich<sup>11</sup>. Die Vorschrift des § 7 Abs. 1 Satz 1 InsO hingegen hat keinen Bezug zur Erfolgsaussicht. Allerdings enthält dort die Frage nach Sicherung einheitlicher Rechtsprechung eine Verknüpfung von Zulässigkeit und Rechtslage in der Sache. Doch ist sie zu schwach, als daß man generell in der weiteren Beschwerde Zulässigkeit und Begründetheit in eins setzen dürfte.

<sup>7</sup> Diesbezüglich (zu) hohe Anforderungen bei OLG Dresden, Beschl. v. 21. 6. 2000 – 7 W 0951/00, DZWIR 2000, 464, 465 f (mit Anm. Becker, DZWIR 2000, 467 ff).

<sup>8</sup> BVerfG, Beschl. v. 8. 2. 1994 – 1 BvR 1693/92 (Mietzinsüberhöhung), NJW 1994, 993.

<sup>9</sup> BVerfG, Beschl. v. 20. 1. 2000 – 2 BvR 2382/99 u. a. (Erwerb oder Besitz von Cannabis oder Marihuana), NJW 2000, 3126 f.

<sup>10</sup> BVerfG, Beschl. v. 18. 7. 2000 – 1 BvR 948/00 (Mindestlöhne am Bau), NJW 2000, 3704 f.

<sup>11</sup> BVerfG, Beschl. v. 22. 3. 2000 – 1 BvR 1136/96 (Zusatzversorgung im öffentlichen Dienst), NJW 2000, 3341 ff.

## VI. Vergleich insolvenzrechtlicher Beschwerde mit ordentlichem Zivilverfahren und Verwaltungsstreit?

Dem Zivilprozeß wäre es fremd, die Zulässigkeit der niedrigeren Verfahrensstufe zur Voraussetzung für die Zulässigkeit des Rechtsmittels zu erklären. Die Berufung des Klägers nach unzulässiger und deswegen abgewiesener Klage ist (wenn nicht inzwischen der Fehler geheilt sein sollte) unbegründet, nicht unzulässig (sobald nur die Anforderungen an das Einlegen des Rechtsmittels für sich genommen eingehalten sind). Umgekehrt ist die Berufung des Beklagten begründet, wenn er auf unzulässige Klage hin verurteilt wurde. Beides gilt *mutatis mutandis* auch für die Revision. Die Zulässigkeit vorangegangener Verfahrensschritte wirkt sich mithin stets in der Prüfung der Begründetheit des nächsten Begehrens aus.

Der Vergleich zwischen insolvenzrechtlichen Beschwerden und Rechtsmitteln im Zivilrechtsstreit hinkt freilich, da das Insolvenzverfahren kein Erkenntnisverfahren ist, sondern administrativen Charakter hat und eher eine Angelegenheit freiwilliger Gerichtsbarkeit darstellt<sup>12</sup>. Zutreffend betont das OLG Celle die Nähe der insolvenzrechtlichen weiteren Beschwerde zur weiteren Beschwerde nach §§ 27 ff FGG<sup>13</sup>. Freilich macht man die Statthaftigkeit der letzteren nicht von der Zulässigkeit der Erstbeschwerde abhängig; die weitere Beschwerde im Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit ist also auch dann statthaft, wenn das Beschwerdegericht die Beschwerde verwarf<sup>14</sup>.

Wer zum Vergleich das Verwaltungsstreitverfahren heranzieht, stößt auf eine Bestätigung der vom OLG Celle vorgenommenen Festlegung. Das Bundesverwaltungsgericht<sup>15</sup> verlangt für die Zulässigkeit einer Anfechtungsklage (§ 42 Abs. 1 Fall 1 VwGO), daß der Kläger rechtzeitig (§ 70 VwGO) Widerspruch (§ 68 Abs. 1 Satz 1 VwGO) erhob. Das gilt dann auch für die Verpflichtungsklage (§ 42 Abs. 1 Fall 2 VwGO), wenn die Behörde einen Antrag auf Vornahme eines Verwaltungsaktes ablehnte (§ 68 Abs. 2 VwGO) und nicht untätig blieb<sup>16</sup>. Das Vorverfahren nach §§ 68 ff VwGO muß also nicht nur überhaupt durchgeführt, sondern insbesondere auch zulässigerweise in Gang gesetzt gewesen sein. Begreift man sowohl das Insolvenzverfahren bei Insolvenzgericht als auch noch seine Beurteilung durch das Landgericht (im Unterschied zur nur rechtlichen Überprüfung durch das Oberlandesgericht) als Administration<sup>17</sup>, so entsteht eine vollkommene Parallelbildung. Man erblickt dann zum einen insolvenzgerichtliche Entscheidung und Verwaltungsakt gleichauf, zum anderen landgerichtliche Entscheidung und Widerspruchsverfahren. Hiernach sollte man weitere Beschwerde in der Tat nur nach zulässiger Ausgangsbeschwerde zulassen.

Und es scheint auch einzuleuchten, daß auf der zweiten Kontrollstufe als erstes darauf geachtet wird, ob die erste Kontrollstufe richtig bestiegen war. Denn aufs Ganze gesehen enthält jedwede Zulässigkeitsprüfung doch immer nur die Frage, ob jemand ein berechtigtes Interesse daran vorweisen kann, den Staat um ein klärendes Wort zu bemühen. Warum, so möchte man erwägen, sollte einer unzulässigen Beschwerde ohne weiteres eine zulässige weitere Beschwerde folgen können, indem der Beschwerdeführer schlicht vorträgt, es sei falsch gewesen, seine Beschwerde als unzulässig zu verwerfen?

Solche Argumentation mit Plausibilität greift indessen zu kurz. Sie läßt sich ebenso leicht in die entgegengesetzte Rich-

tung führen, ohne daß das größere Gewicht der einen oder anderen Äußerung auf der Hand läge: Soll denn die knapp bemessene Ressource höchstrichterlicher Kompetenz, die doch in den Dienst der Rechtsfortbildung gestellt ist, dafür vergeudet werden, zunächst einmal penibel alle etwaigen verfahrensmäßigen Unzulänglichkeiten auf der bereits verlassenen Ebene des Landgerichts mit den dazu gehörigen Vorfragen aus der Ebene des Insolvenzgerichts nachzuvollziehen? Genügt es nicht, daß (wie oben zu III angeführt) für die weitere Beschwerde zum Oberlandesgericht eigene Hürden in § 7 Abs. 1 InsO errichtet sind und selbstverständlich allgemeine Zulässigkeitskriterien für den Zulassungsantrag und damit auch für die weitere Beschwerde selbst Gültigkeit beanspruchen? In Ermangelung einer Begründung für Abweichendes sollte es auch für die weitere Beschwerde bei getrennter Betrachtung von Zulässigkeit (Zulassung) und Begründetheit sein Bewenden haben.

## VII. Lösungsvorschlag

Die Zulässigkeit von früheren Verfahrensschritten gehört grundsätzlich zur Prüfung der Begründetheit des aktuellen Begehrens.

### 1. Frage nach Statthaftigkeit der Erstbeschwerde

Einzig die Frage nach Statthaftigkeit der Erstbeschwerde kann sich als Frage der Zulassung weiterer Beschwerde stellen.

#### a) Personengleichheit

Sie tritt auf, wenn der Erstbeschwerdeführer derjenige ist, welcher auch die weitere Beschwerde einlegt. Stand ihm schon die Erstbeschwerde nicht zur Verfügung, kann es auch nicht die weitere Beschwerde tun. Die weitere Beschwerde ist ihrerseits unstatthaft. Dies liegt an der Verknüpfung von § 7 InsO mit § 6 InsO. Keine Rolle spielt, ob das Landgericht selbst die Beschwerde für unstatthaft hielt und sie deshalb verwarf, ob es irrig von Statthaftigkeit ausging und die Beschwerde wegen anderer Zulässigkeitsmängel verwarf oder ob es gar über die Beschwerde wegen vermeintlicher Zulässigkeit in der Sache entschied. Gleichviel ob das Landgericht die Unstatthaftigkeit der Erstbeschwerde erkannte oder nicht, ist stets eine weitere Beschwerde nicht zulassungsfähig.

War umgekehrt die Beschwerde in Wahrheit statthaft und verwarf das Landgericht sie fälschlich als unstatthaft, so ist die weitere Beschwerde zuzulassen. Verletzung des Gesetzes, deren Vortrag § 7 Abs. 1 Satz 1 InsO fordert, kann auch die vom Landgericht anzuwendenden Vorschriften über Zuläs-

<sup>12</sup> Nerlich/Römermann/Becker, Insolvenzordnung, 1999 ff, Stand: November 2000, § 2 Rdn. 8, § 5 Rdn. 1; Smid/Smid, Insolvenzordnung, 1999, § 2 Rdn. 2, § 4 Rdn. 2 ff, § 7 Rdn. 1 ff; Wagner, Insolvenzordnung, 1998, § 1 Rdn. 3 f, § 5 Rdn. 1.

<sup>13</sup> Gründe zu 1.3 mit Verweis auf die Materialien aus der Entstehung der Insolvenzordnung.

<sup>14</sup> Siehe nur Bumiller/Winkler, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 7. Aufl. 1999, § 27 FGG Rdn. 3 m. w. N.

<sup>15</sup> BVerwG, Urt. v. 21. 10. 1976 – VII B 94/76, NJW 1977, 542; BVerwG, Urt. v. 8. 3. 1983 – I C 34/80, NJW 1983, 1923.

<sup>16</sup> Zur Untätigkeitsklage § 75 VwGO.

<sup>17</sup> Smid, Insolvenzordnung, 1999, § 7 Rdn. 2 ff.

sigkeit der Beschwerde betreffen<sup>18</sup>. Zulassungsantrag und weitere Beschwerde müssen freilich die für sie selbst geltenden Erfordernisse einhalten. Ob die weitere Beschwerde auch begründet ist, hängt von den Gegebenheiten des Falles ab. Der landgerichtliche Irrtum in der Behandlung der Statthaftigkeit macht die weitere Beschwerde nicht schon aus sich heraus begründet. Allerdings wird der vom Landgericht, wenn es Unstatthaftigkeit annahm, festgestellte Tatbestand regelmäßig zu karg sein, als daß er dem Oberlandesgericht eine abschließende inhaltliche Entscheidung erlaubte. Zu eigener Aufklärung der Sachlage ist das Oberlandesgericht nicht befugt (§ 561 ZPO mit § 7 Abs. 1 Satz 2 InsO). In einer derartigen Lage wird das Oberlandesgericht die Angelegenheit ans Landgericht zurückverweisen und dabei Hinweise zur weiteren Behandlung des Falles erteilen<sup>19</sup>.

Die Zurückverweisungsmöglichkeit unterscheidet übrigens das Verfahren der insolvenzrechtlichen weiteren Beschwerde von der oben (zu VI) zum Vergleich herangezogenen Anfechtungsklage. Die Entscheidung des Verwaltungsgerichts greift auf die Ausgangsbehörde zurück. Ihr Verwaltungsakt wird aufgehoben (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO) oder nicht aufgehoben. Etwaige gleichzeitige Aufhebung auch des Widerspruchsbescheides (ebenfalls § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO) hat nur begleitenden Charakter. Das Urteil gilt also dem ursprünglichen Verwaltungsakt, obzwar in etwa durch den Widerspruchsbescheid erlangter neuer Gestalt. Auf Verpflichtungsklage hin ist es die Ausgangsbehörde, die zum Erlaß des begehrten Verwaltungsaktes (§ 113 Abs. 5 Satz 1 VwGO) oder immerhin zur Verbescheidung des Antrages angehalten (§ 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO) oder nicht angehalten wird. Sollte nun aber das Widerspruchsverfahren nicht in zulässiger Weise durchgeführt worden sein und trotzdem das Verwaltungsgericht über die Begründetheit entscheiden, ist zu keinem Zeitpunkt die Selbstkontrolle der Verwaltung im Vorverfahren bei der Widerspruchsbehörde wirksam gewesen. Daran änderte nichts, daß das Verwaltungsgericht die Klage schon wegen Nichteinhaltung der Widerspruchsregeln für unbegründet erklären würde. Dies macht begreiflich, daß das Bundesverwaltungsgericht für eine zulässige Klage im Verwaltungsstreitverfahren die zulässige Abwicklung eines Widerspruchsverfahrens voraussetzt. Eine solche institutionelle Konfrontation zwischen Ausgangsbehörde und Widerspruchsbehörde einerseits und Gericht andererseits besteht jedoch bei Verfahren und Beschwerdeverfahren nach der Insolvenzordnung, wo stets ein Gericht entscheidet, nicht. Der Vergleich zwischen Verwaltungsrechtsstreit und insolvenzrechtlicher weiterer Beschwerde ergibt daher nicht notwendig gänzlichen Gleichlauf.

#### b) Personenverschiedenheit

Die Frage der Statthaftigkeit stellt sich nicht bei Personenverschiedenheit der Beschwerdeführer auf den verschiedenen Stufen. Legt die weitere Beschwerde ein am Verfahren der Erstbeschwerde Beteiligter ein, der nicht zugleich der Erstbeschwerdeführer war, so ist dies auch dann zulässig, wenn die Erstbeschwerde unstatthaft war. Dasselbe gilt für denjenigen Führer weiterer Beschwerde, welcher zwar schon Erstbeschwerdeführer war, aber nun nicht wegen Mißerfolges seiner eigenen Beschwerde vorgeht, sondern wegen Erfolges einer zugleich erhobenen fremden Erstbeschwerde.

Unbenommen bleibt selbstverständlich die für eine Zulassung anzustrengende Untersuchung, ob Zulassungsantrag und weitere Beschwerde des nicht schon die Erstbeschwerde Führenden die an sie selbst zu richtenden Zulässigkeitsanforderungen erfüllen. Beispielsweise muß der Führer der weiteren Beschwerde sich fragen lassen, ob ihn die Entscheidung des Landgerichts beschwert. Eine solche Beschwerde besteht, wenn das Landgericht über die Beschwerde in der Sache entschied und dabei die Entscheidung des Insolvenzgerichts zum Nachteil des nun weitere Beschwerde Einlegenden abänderte, anstatt richtigerweise die Beschwerde zu verwerfen.

Die Unstatthaftigkeit der Erstbeschwerde aber macht sich erst in der Prüfung bemerkbar, ob die zuzulassende und deshalb zugelassene weitere Beschwerde begründet ist. Da die fremde Erstbeschwerde hätte verworfen werden müssen, ist die weitere Beschwerde begründet, selbst wenn der Entscheidung des Landgerichts in der Sache beizupflichten sein sollte.

Unstatthaft wäre lediglich die weitere Beschwerde eines nicht schon am Verfahren über die Erstbeschwerde Beteiligten<sup>20</sup>. Das ist jedoch unabhängig davon so, ob die Erstbeschwerde statthaft oder unstatthaft war, ob sie sonstige Zulässigkeitsmängel aufwies und wie es um ihre Begründetheit bestellt war.

Schließlich ist wiederum der Fall zu bedenken, daß die vom Landgericht wegen vermeintlicher Unstatthaftigkeit verworfene Erstbeschwerde in Wirklichkeit statthaft war. Hier nahm das Landgericht keine Änderung der insolvenzgerichtlichen Entscheidung zum Nachteil des vom Erstbeschwerdeführer verschiedenen Führers der weiteren Beschwerde vor. Nicht die Entscheidung des Landgerichts beschwert ihn nun, sondern lediglich (noch immer) diejenige des Insolvenzgerichts. Die weitere Beschwerde des anderen Beteiligten ist mangels Beschwer unzulässig. Sie kann nicht an die Stelle versäumter eigener Erstbeschwerde treten<sup>21</sup>. Unberührt bleibt es, noch eine eigene Erstbeschwerde zu versuchen.

## 2. Sonstige Fragen zur Zulässigkeit der Erstbeschwerde

### a) Erörterung bei Begründetheit weiterer Beschwerde

Die übrigen Fragen zur Zulässigkeit der Erstbeschwerde sind für die Zulassung weiterer Beschwerde nicht von Belang. Zwischen Personenidentität und Personenverschiedenheit der Beschwerdeführer auf den beiden Beschwerdestufen muß man hierbei nicht differenzieren. Ob zum Beispiel die Erstbeschwerde nicht fristgerecht erhoben war, ist sowohl bei Gleichheit der Person von Erstbeschwerdeführer und Führer der weiteren Beschwerde als auch bei Verschiedenheit für die Zulassung der weiteren Beschwerde bedeutungslos.

<sup>18</sup> Davon geht auch das OLG Celle in den Gründen zu 1.1 aus.

<sup>19</sup> Vgl. zur Zurückverweisung mangels subsumtionsfähigen Sachverhalts OLG Celle, Gründe zu 1.1 (freilich unter 1.3 Untersuchungsbefugnis des OLG betreffend Zulässigkeit der Erstbeschwerde annehmend, da OLG Celle diese Frage der Zulässigkeit weiterer Beschwerde zuordnet); OLG Köln, Beschl. v. 14. 6. 2000 – 2 W 85/00, DZWIR 2000, 379 ff (mit Anm. *Smid*, DZWIR 2000, 387 ff) = ZInsO 2000, 393 ff.

<sup>20</sup> Nerlich/Römermann/Becker, aaO (Fn. 12), § 7 Rdn. 6.

<sup>21</sup> Nerlich/Römermann/Becker, aaO (Fn. 12), § 7 Rdn. 6.

Ein Zulässigkeitsmangel der Erstbeschwerde oder die irri-  
ge Annahme eines solchen durch das Landgericht wirkt sich  
bei der Begründetheit weiterer Beschwerde aus. Das Ergebnis  
hängt allerdings von der Rolle des Beschwerdeführers ab.

#### b) Personengleichheit

Die weitere Beschwerde ist unbegründet, wenn von demjeni-  
gen erhoben, der schon unzulässig Erstbeschwerde anbrachte.  
Die Erstbeschwerde mag das Landgericht wegen des Zulässig-  
keitsmangels verworfen oder – irrig Zulässigkeit annehmend –  
als bloß unbegründet zurückgewiesen haben. Selbstverständ-  
lich gelangt man zur Prüfung der Begründetheit nur, wenn der  
Zulassung kein auf der Stufe der weiteren Beschwerde zu be-  
achtendes Hindernis entgegensteht. So muß der auf Zulassung  
weiterer Beschwerde Antragende noch immer beschwert sein.

Wenn das Landgericht die Beschwerde irrig als unzuläs-  
sig verwarf, hindert das den Beschwerdeführer nicht an der  
Verfolgung seines Begehrens. Seine weitere Beschwerde ist,  
wenn nichts im übrigen entgegensteht, zuzulassen. Ob die

weitere Beschwerde begründet ist, ist damit freilich noch nicht  
entschieden.<sup>22</sup>

#### c) Personenverschiedenheit

Die weitere Beschwerde eines anderen am Erstbeschwerdever-  
fahren Beteiligten – ihre Zulassung unterstellt – ist begründet,  
wenn die Erstbeschwerde hätte verworfen werden müssen, das  
Landgericht dies aber nicht tat und die insolvenzgerichtliche  
Entscheidung inhaltlich zu Lasten des Führers der weiteren  
Beschwerde änderte. Die Entscheidung ist also dieselbe wie  
bei Unstatthaftigkeit der Erstbeschwerde<sup>23</sup>.

Erklärte das Landgericht die Beschwerde fälschlich für un-  
zulässig, so kann der jetzige Beschwerdeführer keine Beschwer-  
vorweisen<sup>24</sup>.

Prof. Dr. *Christoph Becker*, Universität Augsburg

<sup>22</sup> Wie oben VII.1.a.

<sup>23</sup> Zuvor VII.1.b.

<sup>24</sup> Wie oben VII.1.b.