



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

IX ZB 73/16

vom

6. Juli 2017

in dem Insolvenzeröffnungsverfahren

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

InsO §§ 9, 34 Abs. 1; InsNetV § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2

Der Ausdruck eines Sendebereichs für die Internetveröffentlichung begründet keinen Anscheinsbeweis für die tatsächlich erfolgte öffentliche Bekanntmachung durch Veröffentlichung im Internet.

BGH, Beschluss vom 6. Juli 2017 - IX ZB 73/16 - LG Frankfurt am Main
AG Frankfurt am Main

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kayser, die Richterin Lohmann, die Richter Prof. Dr. Pape, Grupp und die Richterin Möhring

am 6. Juli 2017

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss der 9. Zivilkammer des Landgerichts Frankfurt am Main vom 22. August 2016 wird auf Kosten der Schuldnerin mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass die sofortige Beschwerde der Schuldnerin gegen den Beschluss des Amtsgerichts - Insolvenzgericht - Frankfurt am Main vom 7. Januar 2016 als unbegründet zurückgewiesen wird.

Der Wert des Rechtsbeschwerdeverfahrens wird auf 1.571,44 € festgesetzt.

Gründe:

I.

- 1 Die weitere Beteiligte beantragte am 12. Mai 2015 die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der k. GmbH (fortan Schuldnerin). Mit Beschluss vom 7. Januar 2016 wies das Insolvenzgericht den Antrag mangels einer die Kosten des Verfahrens deckenden Masse ab, ordnete die Eintragung der Schuldnerin in das Schuldnerverzeichnis an und hob die angeordnete Postsperre auf. Ausweislich eines Sendeberichts für die Internetverfö-

fentlichung erfolgte die Übertragung zur öffentlichen Bekanntmachung auf der Internetseite www.insolvenzbekanntmachungen.de am 7. Januar 2016 um 12.28:37 Uhr unter Verwendung eines Signaturzertifikats. Als Lösungsdatum war der 16. Februar 2016 angegeben. Die Postzustellungsurkunde wies eine Zustellung des Beschlusses an die Schuldnerin am 9. Januar 2016 durch Einlegung in den Briefkasten der Geschäftsräume aus.

- 2 Die Schuldnerin hat mit dem am 27. Januar 2016 beim Insolvenzgericht eingegangenen Schriftsatz sofortige Beschwerde eingelegt und zur Begründung ausgeführt, sie habe am 27. Januar 2016 die Forderung der weiteren Beteiligten beglichen. Diese habe kein Interesse mehr an der Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Höchst vorsorglich und hilfsweise hat die Schuldnerin Wiedereinsetzung in die Beschwerdefrist beantragt. Das Landgericht hat den Wiedereinsetzungsantrag zurückgewiesen und die sofortige Beschwerde als unzulässig verworfen. Hiergegen richtet sich die vom Beschwerdegericht zugelassene Rechtsbeschwerde der Schuldnerin.

II.

- 3 Das Beschwerdegericht hat ausgeführt: Die sofortige Beschwerde sei verfristet, weil die zweiwöchige Notfrist bereits am 25. Januar 2016 abgelaufen sei. Darauf, ob die Zustellung - wie die Schuldnerin unter Vorlage einer Kopie des Briefumschlages behauptet - erst am 13. Januar 2016 erfolgt sei, komme es nicht an. Zum Nachweis der Zustellung an die Schuldnerin genüge die am 9. Januar 2016 als bewirkt geltende öffentliche Bekanntmachung im Internet. Aufgrund des Sendeberichts für die Internetveröffentlichung stehe fest, dass der Beschluss am 7. Januar 2016 in das Internet übertragen worden sei; eine Feh-

larmeldung sei nicht erfolgt. Dies könne nicht durch die unter Zeugenbeweis gestellte Behauptung der Schuldnerin erschüttert werden, bei Überprüfung des Portals habe ein Eintrag zur Schuldnerin nicht festgestellt werden können. Die Schuldnerin habe sich trotz Hinweises nicht zum Zeitpunkt dieser Überprüfungen erklärt. Die vorgelegten Internetausdrucke vom 1. März 2016 seien ohne Belang, weil die Veröffentlichung nach dem Sendebericht zu diesem Zeitpunkt bereits gelöscht gewesen sei.

III.

4 Die Rechtsbeschwerde ist gemäß § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ZPO, §§ 6, 34 Abs. 1 InsO statthaft und auch im Übrigen zulässig (§ 575 Abs. 1 und 2 ZPO). Sie ist jedoch unbegründet; die Sache ist zur Endentscheidung reif.

5 1. Allerdings ist die Würdigung des Beschwerdegerichts zur Unzulässigkeit der sofortigen Beschwerde wegen verspäteter Einlegung rechtsfehlerhaft, weil sie dem Sendebericht zur Internetveröffentlichung eine diesem nicht zukommende Beweiswirkung beimisst.

6 a) Noch zutreffend geht das Beschwerdegericht davon aus, dass die zweiwöchige Notfrist zur Erhebung der nach § 34 Abs. 1 InsO statthaften sofortigen Beschwerde (§ 4 InsO, § 569 Abs. 1 Satz 1 ZPO) gegen die Abweisung eines Insolvenzantrages mangels Masse an die Zustellung dieser Entscheidung anknüpft (§ 6 Abs. 2 InsO) und zum Nachweis derselben nach § 26 Abs. 1 Satz 3, § 9 Abs. 3 InsO die öffentliche Bekanntmachung des Beschlusses auf der Internetseite www.insolvenzbekanntmachungen.de genügt (vgl. BGH, Beschluss vom 10. November 2011 - IX ZR 165/10, ZInsO 2012, 49 Rn. 7). Die

Veröffentlichung im Internet ist gegenüber dem Adressaten des Beschlusses auch dann maßgeblich, wenn ihm der Beschluss später noch persönlich zugestellt wird (BGH, Beschluss vom 24. März 2016 - IX ZB 67/14, ZInsO 2016, 867 Rn. 8 mwN). Auf seine Kenntnis von der zeitlich früheren öffentlichen Bekanntmachung kommt es für den Fristbeginn nicht an.

7 b) Die in § 9 Abs. 3 InsO vorgesehene Beweiserleichterung (BGH, Beschluss vom 20. März 2003 - IX ZB 140/02, ZInsO 2003, 374 unter II.1. mwN; Uhlenbruck/I. Pape, InsO, 14. Aufl., § 9 Rn. 5) in Gestalt einer Zustellungsfiktion (zu § 119 Abs. 4 VerglO BVerfGE 77, 275, 285; MünchKomm-InsO/Ganter/Lohmann, 3. Aufl., § 9 Rn. 23, 23a) greift nur ein, wenn eine öffentliche Bekanntmachung auch tatsächlich erfolgt ist. Der Senat hat bereits entschieden, dass unrichtige (BGH, Beschluss vom 10. November 2011, aaO Rn. 9 und 14) oder nicht die Mindestangaben nach § 9 Abs. 1 Satz 2 InsO enthaltende öffentliche Bekanntmachungen die Zustellungswirkung nicht auslösen (BGH, Beschluss vom 10. Oktober 2013 - IX ZB 229/11, ZInsO 2014, 88 Rn. 12 mwN). Diese Rechtsfolge muss erst recht gelten, wenn eine öffentliche Bekanntmachung gänzlich unterblieben ist.

8 Besteht hierüber Streit, hat sich das Gericht gemäß § 286 ZPO aufgrund einer umfassenden Würdigung aller Umstände und gegebenenfalls nach Durchführung einer Beweisaufnahme eine Überzeugung zu bilden. Es gilt der Freibeweis, weil es sich bei der Wahrung der Beschwerdefrist um eine Rechtszugsvoraussetzung handelt (vgl. Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, 34. Aufl., Vorbem. § 284 Rn. 6 und Vorbem § 511 Rn. 12, 13 f). Vorbringen und Beweisanerbieten der Parteien sind deshalb von Amts wegen in vollem Umfang zu prüfen, das Gericht ist indes bei der Gewinnung der Beweismittel und im Beweisverfahren freier gestellt (BGH, Beschluss vom 26. Juni 1997 - V ZB 10/97, NJW 1997,

3319, 3320). An Feststellungen des Beschwerdegerichts zur Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des Rechtsbehelfs ist das Rechtsbeschwerdegericht nicht gebunden, weil es das Vorliegen dieser Prozessvoraussetzung, von der das gesamte weitere Verfahren abhängt, selbst von Amts wegen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zu prüfen hat (vgl. für die Berufung BGH, Beschluss vom 4. Juni 1992 - IX ZB 10/92, NJW-RR 1992, 1338, 1339 unter II. 2.).

9 c) Das Beschwerdegericht ist zu Unrecht davon ausgegangen, dass dem Ausdruck des Sendeberichts eine von der Schuldnerin zu erschütternde Beweiswirkung für eine erfolgte Veröffentlichung zukommt. Es stellt weder tragfähige Grundlagen hierfür fest, noch gibt es den einem entsprechenden Anscheinsbeweis zugrunde gelegten Erfahrungssatz an. Ein solcher lässt sich nach dem bisherigen Verfahrensstand auch nicht ermitteln.

10 aa) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs greift der Beweis des ersten Anscheins bei typischen Geschehensabläufen ein. Es muss sich um einen regelmäßig wiederkehrenden Vorgang handeln, für den eine Verkettung von Ursache und Wirkung typisch ist, also nach allgemeinen Erkenntnissen durchweg so beobachtet werden kann. Dabei bedeutet Typizität nicht, dass die Verkettung bei allen Sachverhalten dieser Fallgruppe notwendig immer vorhanden ist. Sie muss aber so häufig vorkommen, dass die Wahrscheinlichkeit, einen solchen Fall vor sich zu haben, sehr groß ist (vgl. BGH, Urteil vom 6. März 1991 - IV ZR 82/90, VersR 1991, 460; vom 10. April 2014 - VII ZR 254/13, NJW-RR 2014, 1115 Rn. 9 mwN). Steht fest, dass eine bestimmte Ausgangssituation typischerweise zu einem bestimmten Geschehensablauf führt oder dass eine bestimmte Folge typischerweise auf einem bestimmten Geschehensablauf beruht, braucht nicht bewiesen zu werden, dass es auch im konkreten Einzelfall zu diesem Ablauf gekommen ist, wenn es keine konkre-

ten Anhaltspunkte für einen anderen Verlauf gibt (BeckOK-ZPO/Bacher, 2017, § 284 Rn. 94).

11 Diese Voraussetzungen hat der Bundesgerichtshof bislang für den OK-Vermerk auf dem Sendebericht beim Telefax-Versand verneint. Mit diesem Vermerk wird nur die Herstellung der Verbindung zwischen Sende- und Empfangsgerät angezeigt. Hingegen besitzt das Sendeprotokoll für die geglückte Übermittlung der Daten und das Ausbleiben von Störungen keinen Aussagewert. Denn es fehlt an einer Feststellung oder gesicherten, gerichtsbekanntem Erkenntnis dazu, wie oft Telefaxübertragungen etwa an Leitungsstörungen, Defekten am Sende- und Empfangsgerät, Bedienungsfehlern und ähnlichem scheitern und der Sendebericht gleichwohl einen OK-Vermerk ausdrückt (grundlegend BGH, Urteil vom 7. Dezember 1994 - VIII ZR 153/93, NJW 1995, 665, 666 f; ferner Beschluss vom 21. Juli 2011 - IX ZR 148/10, nv Rn. 3; vom 14. Mai 2013 - III ZR 289/12, NJW 2013, 2514 Rn. 11; vom 12. April 2016 - VI ZB 7/15, NJW-RR 2016, 816 Rn. 7; Laumen in Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast, Grundlagen, 3. Aufl., Rn. 479 f; jeweils mwN). Zudem wird der Sendebericht nicht als fälschungssicher angesehen (Laumen, aaO Rn. 480). Nach einer in der Instanzrechtsprechung und Literatur vertretenen Auffassung soll auch bei der E-Mail ein Sendeprotokoll nicht geeignet sein, den Anscheinsbeweis für den Zugang zu begründen. Anders wird dies bei der Aktivierung der Funktionen Eingangsbestätigung oder Lesebestätigung gesehen, welche die Ablage im E-Mail-Postfach des Empfängers oder das Öffnen der E-Mail auf der Seite des Empfängers dokumentieren (Laumen, aaO Rn. 248; Ahrens, Der Beweis im Zivilprozess, 2015, Kapitel 16 Rn. 71 ff; BeckOK-ZPO/Bacher, aaO Rn. 95.12; jeweils mwN).

- 12 bb) In Anlehnung an diese Rechtsprechung bedarf die Annahme des Beschwerdegerichts, der Sendebericht für die Internetveröffentlichung begründe den Anschein einer tatsächlich erfolgten Veröffentlichung im Internet, einer tragfähigen Grundlage. Hieran fehlt es.
- 13 (1) Das Beschwerdegericht teilt nicht mit, auf welchen Erfahrungssatz es seine Erwägungen zur Beweiswirkung des Sendeberichts stützen will. Auch ist nicht ersichtlich, welche Umstände allgemeiner Art es heranziehen will, aus denen ein entsprechender Erfahrungssatz im Wege tatsächlicher Schlussfolgerungen gewonnen werden könnte (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 6. März 1991 - IV ZR 82/90, VersR 1991, 460). Es hat keine Feststellungen zur Sicherheit und Verlässlichkeit der Datenübertragung sowie zu Organisation und Verfahrensablauf hinsichtlich der Veröffentlichung im Internetportal www.insolvenzbekanntmachungen.de getroffen. Hierzu gibt es derzeit auch keine gerichtsbekannte Erkenntnis.
- 14 (2) Der Regelung des § 9 InsO und der zu seiner Ausführung erlassenen Rechtsverordnung lassen sich unmittelbar keine Einzelheiten zur Organisation und zum näheren Verfahrensablauf der Veröffentlichung im Internet entnehmen.
- 15 Der Gesetzgeber wollte mit der Neuregelung durch das Gesetz zur Vereinfachung des Insolvenzverfahrens vom 13. April 2007 (BGBl. I S. 509) die frühere Bekanntmachung im Bundesanzeiger durch eine bundeseinheitliche, zentrale und länderübergreifende Internetplattform zur lückenlosen Dokumentation des Insolvenzgeschehens ablösen (vgl. zur Altfassung BT-Drucks. 12/2443, S. 111 zu § 9; zur Neufassung BT-Drucks. 16/3227, S. 10 und 14 zu Nr. 3

Buchst a) und sah das vom Bundesland Nordrhein-Westfalen betriebene elektronische Portal für Insolvenzbekanntmachungen als geeignetes elektronisches Informations- und Kommunikationssystem an (vgl. BT-Drucks. 16/3227, S. 14). Mit § 9 Abs. 2 Satz 2 InsO stellte er eine an das Bundesministerium der Justiz gerichtete Ermächtigungsnorm zur Regelung der Einzelheiten durch Rechtsverordnung zur Verfügung und hielt, wie sich § 9 Abs. 2 Satz 3 InsO entnehmen lässt, neben der Regelung von Lösungsfristen insbesondere Vorschriften für erforderlich, die sicherstellen, dass die Veröffentlichungen unversehrt, vollständig und aktuell bleiben und jederzeit ihrem Ursprung nach zugeordnet werden können.

16 Die auf dieser Grundlage erlassene Verordnung zu öffentlichen Bekanntmachungen in Insolvenzverfahren im Internet vom 12. Februar 2002 (BGBl. I S. 677, zuletzt geändert durch Gesetz vom 13. April 2007, BGBl. I S. 509; fortan "InsNetV") greift in § 2 Abs. 1 Satz 1 diese Vorgaben auf. Aus dessen Nr. 1 ergibt sich, dass die Daten von dem Insolvenzgericht oder dem Insolvenzverwalter an die für die Veröffentlichung zuständige Stelle elektronisch übermittelt werden und hierbei mindestens fortgeschritten elektronisch signiert werden müssen. Hierdurch soll - wie § 9 Abs. 2 Satz 3 Nr. 2 InsO formuliert - die Veröffentlichung jederzeit ihrem Ursprung nach zugeordnet werden können; es geht mithin um die Authentizität der übermittelten Daten (vgl. Keller, ZIP 2003, 149, 154). § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 InsNetV wiederholt nur die Regelung des § 9 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 InsO zur Sicherstellung einer Unversehrtheit, Vollständigkeit und Aktualität der übermittelten Daten während der Veröffentlichung. Welche die geeigneten technischen und organisatorischen Maßnahmen in diesem Sinne sind, lässt sich der Verordnung nicht entnehmen.

- 17 cc) Der im Streitfall vorhandene Ausdruck eines Sendeberichts für die Internetveröffentlichung weist den vorgesehenen Veröffentlichungstext nebst Lösungsdatum, das übermittelnde Insolvenzgericht und dessen Aktenzeichen, die nähere Bezeichnung der Schuldnerin sowie das Übertragungsdatum mit Uhrzeit aus. Aus dem angegebenen Signaturzertifikat ist ferner zu entnehmen, dass die Übermittlung mittels des Fachprogramms EUREKA-winsolvenz erfolgte, welches derzeit bei den Insolvenzgerichten in Bremen, Hessen, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz und Sachsen-Anhalt eingesetzt wird und grundsätzlich eine Internetveröffentlichung direkt über das Programm ermöglicht. In dessen fehlt eine förmliche Bestätigung, wonach die Daten erfolgreich übertragen, in das Portal eingestellt und dort unmittelbar nach Übertragung abrufbar sind. Solche weitergehenden Informationen enthält etwa die sogenannte Verarbeitungsbestätigung bei der Übermittlung von Eintragungen in das zentrale Schuldnerverzeichnis. Unter Angabe des Erstellungszeitpunkts erfolgt dort insbesondere die Mitteilung des Verarbeitungsergebnisses "Eintragung erfolgt".
- 18 d) Dem Sendebericht kann allerdings die Wirkung eines Indizes für die fehlerfreie automatisierte Übertragung der Daten und die anschließende gleichlautende Veröffentlichung im Internetportal zukommen. Bei der gebotenen umfassenden Würdigung durch das Beschwerdegericht ist indes angemessen zu berücksichtigen, dass einem Rechtsmittelführer nicht die Beweislast für Vorgänge aufgebürdet werden darf, die er nicht aufklären kann, weil sie sich ausschließlich im gerichtsinternen Bereich abgespielt haben und ihm daher unbekannt sind, und deren Unaufklärbarkeit allein in den Verantwortungsbereich des Gerichts fällt (zur Berufung BGH, Urteil vom 25. Oktober 1979 - III ZB 13/79, VersR 1980, 90, 91; zur Versäumung der Einspruchsfrist BGH, Urteil vom 5. Dezember 1980 - I ZR 51/80, NJW 1981, 1673, 1674; allgemein BVerfG NJW

1991, 2076 unter III. 1.). In der insolvenzrechtlichen Literatur wird deshalb das Insolvenzgericht für verpflichtet gehalten sicherzustellen, dass Datum und Inhalt der Veröffentlichung im Internet bewiesen werden können, etwa durch sogenannte Sicherheitsausdrucke (Prütting in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2017, § 9 InsO Rn. 8). Ersatzweise kann die Einholung einer Auskunft beim Justizministerium des Landes Nordrhein-Westfalen über eine noch vorhandene Protokollierung etwaiger Veröffentlichungen zum Verfahren in Betracht kommen.

19 Schließlich kann auch im Beschwerdeverfahren die Erhebung von Strengbeweismitteln wie dem Zeugenbeweis im Rahmen einer mündlichen Verhandlung geboten sein. Das gilt insbesondere, wenn es um Abweichungen hinsichtlich eines tatsächlichen Geschehensablaufs geht, die auf der Grundlage von Unterlagen nicht miteinander in Einklang zu bringen sind und jene aus Sicht des Gerichts nicht ausreichen, um sich von der Richtigkeit des einen oder anderen Geschehensablaufs zu überzeugen (vgl. BGH, Beschluss vom 28. November 2007 - XII ZB 217/05, NJW 2008, 1531 Rn. 25). Ob im Streitfall dem Beweisantritt der Schuldnerin zur unterbliebenen Internetveröffentlichung deshalb nicht nachzugehen war, weil die Schuldnerin trotz gerichtlichen Hinweises nicht erklärt hat, auf welchen Zeitraum sich der Beweisantritt zur erfolglosen Suche im Internetportal bezieht, braucht der Senat vorliegend nicht zu entscheiden.

20 2. Die Entscheidung erweist sich jedoch aus anderen Gründen als richtig (§ 577 Abs. 3 ZPO), weil die sofortige Beschwerde der Schuldnerin jedenfalls unbegründet ist.

21 a) Das Verbot der Schlechterstellung des Rechtsmittelführers steht einer Sachentscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts auch zu seinen Ungunsten

in Fällen wie dem vorliegenden nicht entgegen. Im Fall der Zurückverweisung wäre das Beschwerdegericht zur Zurückweisung der sofortigen Beschwerde als unbegründet in der Lage. Die Prozessökonomie erfordert, dass bereits das Rechtsbeschwerdegericht selbst eine solche Sachentscheidung treffen kann, vorausgesetzt, das Rechtsmittel kann aus keinem rechtlichen Gesichtspunkt Erfolg haben und die Sache ist in diesem Sinne zur Endentscheidung reif. In diesem Falle beruht die Beschwerdeentscheidung nicht auf der in der Beurteilung des Rechtsmittels als unzulässig liegenden Gesetzesverletzung (vgl. für die Revision BGH, Urteil vom 25. November 1966 - V ZR 30/64, BGHZ 46, 281, 283 f; vom 2. Oktober 2015 - V ZR 5/15, NJW 2015, 3713 Rn. 14 f).

- 22 b) Diese Voraussetzungen liegen hier vor. Weitere tatsächliche Feststellungen dazu, ob eine Veröffentlichung des Beschlusses im Internet erfolgt ist, sind nicht zu treffen. Die sofortige Beschwerde bleibt aus Rechtsgründen ohne Erfolg. Der mit ihr geltend gemachte nachträgliche Ausgleich der Forderung der weiteren Beteiligten ist bei der Entscheidung über ein Rechtsmittel gegen die Abweisung mangels Masse nicht zu berücksichtigen. Lagen - wie im Streitfall - sämtliche Eröffnungsvoraussetzungen vor und fehlte es nur an der Deckung der Verfahrenskosten, war die Verfahrenseröffnung durch das Insolvenzgericht ab-

zulehnen. Diese Entscheidung kann nicht durch den nachträglichen Ausgleich der Forderung des Antragstellers zu Fall gebracht werden (BGH, Beschluss vom 2. Dezember 2010 - IX ZB 121/10, ZInsO 2011, 92 Rn. 3).

Kayser

Lohmann

Pape

Grupp

Möhring

Vorinstanzen:

AG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 07.01.2016 - 810 IN 587/15 K -

LG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 22.08.2016 - 2-9 T 76/16 -