

Anmerkung:

I. Inhalt der Entscheidung

Der Beschluss des BGH vom 17. September 2009 ist ebenso kurz wie bedeutsam. Er betrifft die Zulässigkeit einer Rechtsbeschwerde gegen die Entscheidung des Landgerichts, eine gegen Sicherungsmaßnahmen nach § 21 InsO eingelegte sofortige Beschwerde zurückzuweisen.

Diese Rechtsbeschwerde sei unzulässig, wenn die Sicherungsmaßnahmen den Schuldner nicht mehr beschweren, weil und nachdem das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist. Nur ausnahmsweise sei ein Fortsetzungsfeststellungsantrag zulässig, wenn eine tiefgreifende Grundrechtsverletzung zum Nachteil des Schuldners oder eine fortwirkende Beeinträchtigung möglich erscheinen. Eine solche Möglichkeit lehnt der BGH aber über den konkreten Fall hinaus generell für die üblichen Sicherungsmaßnahmen knapp mit der Begründung ab, es würde allein in die Vermögenssphäre des Schuldners eingegriffen. Dem Schuldner wird somit nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens jeglicher Rechtsschutz gegen Sicherungsmaßnahmen wegen Erledigung und Wegfall der Beschwer versagt.

II. Anmerkung

Die Entscheidung wirft die Frage auf, ob dieser Ausschluss des Rechtsschutzes mit den rechtsstaatlichen und durch Art. 19 Abs. 4 GG grundrechtlich verbürgten Anforderungen an einen effektiven Rechtsschutz zu vereinbaren ist. Dabei ist zunächst zu betonen, dass der Maßstab des Art. 19 Abs. 4 GG überhaupt auf (Sicherungs-)maßnahmen des Insolvenzgerichts anzuwenden ist (1.). Zu untersuchen ist unter dieser Prämisse vor allem die Reichweite des Art. 19 Abs. 4 GG in Bezug auf das Eröffnungsverfahren des Insolvenzverfahrens (2.), bevor abschließend die Verantwortung für die Ausgestaltung eines effektiven Rechtsschutzverfahrens im Insolvenzrecht bestimmt werden soll (3.).

1. Anwendungsbereich des Art. 19 Abs. 4 GG

Nach Art. 19 Abs. 4 GG steht jedem der Rechtsweg offen, der durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt wird. Dieses als Grundrecht ausgestaltete und deshalb mit der Verfassungsbeschwerde bewehrte Recht, das als »Schlussstein« im »Gewölbe des Rechtsstaates« bezeichnet worden ist,¹ als »Grundsatznorm für die gesamte Rechtsordnung« wirkt² und »fundamentalen Charakter« hat,³ konkretisiert sich im Zusammenhang mit der funktionalen Teilung der staatlichen Gewalten zu einer Rechtsschutzgarantie durch die Gerichte. Insofern verlangt ein effektiver Rechtsschutz zum einen, dass der Rechtsunterworfenen überhaupt Zugang zu Gericht erhält, und stellt zum anderen weitreichende Voraussetzungen an das Verfahren vor Gericht.⁴

a) Maßnahmen der Gerichte als öffentliche Gewalt iSd Art. 19 Abs. 4 GG

Allerdings ist der Begriff der öffentlichen Gewalt iSd Art. 19 Abs. 4 GG im Unterschied zu seiner sonstigen Verwendung im Grundgesetz nach herrschender Meinung eng auszulegen und umfasst danach grundsätzlich nur Akte der vollziehenden Gewalt.⁵ Dabei kommt es nicht auf die konkrete Form an, derer sich die Exekutive zur Erfüllung ihrer Aufgaben bedient. Auch gegen die Durchführung von Hoheitsaufgaben in privatrechtlichen Formen greift die Rechtsschutzgarantie des Art. 19

1 Vgl. Schmidt-Aßmann in Maunz/Dürig (Hg.), GG, Art. 19 IV Rn. 16.

2 BVerfGE 58, 1 (40); unter Hinweis auf v. Mangoldt/Klein, Das Bonner Grundgesetz, Bd. 1, 2. Aufl. (1957), S. 542 (Art. 19 Anm. II 3 c).

3 Schulze-Fielitz in Dreier (Hg.), GG, Bd. 1, 2. Aufl. (2004), Art. 19 IV Rn. 35.

4 Vgl. zu diesen beiden Komponenten BVerfGE 81, 123 (129).

5 Vgl. bspw. BVerfGE 11, 263 (265); 49, 329 (340); 65, 76 (90); 76, 93 (98).

Abs. 4 S. 1 GG somit ein.⁶ Entscheidend ist allein, dass in funktioneller Hinsicht vollziehende öffentliche Gewalt ausgeübt wird.⁷

Dieser funktionale Aspekt ist maßgeblich bei der Beantwortung der Frage zu berücksichtigen, ob auch Maßnahmen der Gerichte unter den Begriff der öffentlichen Gewalt iSd Art. 19 Abs. 4 GG fallen. Das Bundesverfassungsgericht nimmt die Gerichte jedenfalls insoweit von der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG aus, wie sie gerade in ihrer spezifischen Funktion als rechtsprechende Gewalt tätig werden.⁸ Wohl mit Blick auf die Konsequenz, dass dem Art. 19 Abs. 4 GG ansonsten ein subjektiv-rechtlicher Anspruch auf Einrichtung eines mehrinstanzlichen Gerichtszuges zu entnehmen wäre, wird dessen Ziel und Anwendungsbereich grundsätzlich beschränkt: Art. 19 Abs. 4 GG gewährt Rechtsschutz durch den Richter, nicht gegen den Richter.⁹

Abgesehen aber davon, dass sich diese Rechtsprechung zunehmender Kritik ausgesetzt sieht,¹⁰ herrscht Einigkeit darüber, dass auch in Bezug auf die Judikative keine formale, sondern eine funktionale Betrachtung maßgeblich ist. Gegen Maßnahmen der Justizverwal-

tung, die nicht in richterlicher Unabhängigkeit, sondern administrativ getroffen werden, muss insofern Rechtsschutz gewährleistet sein.¹¹ Gerichte können mit anderen Worten unter den Begriff der öffentlichen Gewalt iSd Art. 19 IV GG fallen, wenn sie nicht in ihrer Funktion als neutrale Instanz zur Streitentscheidung tätig werden, sondern funktionell Aufgaben der vollziehenden Gewalt erfüllen:¹² »Als öffentliche Gewalt iSd Art. 19 Abs. 4 GG sind auch die Gerichte einzuordnen, wenn sie außerhalb ihrer spruchrichterlichen Tätigkeit auf Grund eines ausdrücklich normierten Richtervorbehalts tätig werden. In diesen Fällen handeln die Gerichte zwar in voller richterlicher Unabhängigkeit, aber nicht in ihrer typischen Funktion als Instanzen der unbeteiligten Streitentscheidung.«¹³

b) Maßnahmen der Insolvenzgerichte als öffentliche Gewalt iSd Art. 19 Abs. 4 GG

Vor diesem Hintergrund darf Art. 19 Abs. 4 GG als Maßstab für Maßnahmen der Insolvenzgerichte nicht vorschnell mit der formalen Begründung ausgeschlossen werden, diese Maßnahmen würden von Gerichten erlassen. Vielmehr ist unter funktionalen Gesichtspunkten zu klären, ob die Entscheidungen der Insolvenzgerichte eher rechtsprechenden Charakter¹⁴ haben oder primär in einem administrativen Gerichtsverfahren getroffen werden.

Diese Frage muss nicht generell für alle möglichen Maßnahmen der Insolvenzgerichte beantwortet werden,¹⁵ auch wenn die abstrakte Qualifizierung des Insolvenzverfahrens und seine Zuordnung zur streitigen oder freiwilligen Gerichtsbarkeit sicherlich wünschenswert

6 Demgegenüber soll das fiskalische Handeln der Verwaltung nicht unter den Begriff der »öffentlichen Gewalt« im Sinne des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG fallen, weil ihr gerade kein hoheitlicher Charakter zugrunde liegt. Insofern muss bezüglich der fiskalischen Hilfsgeschäfte auf den allgemeinen, aus dem Rechtsstaatsprinzip abzuleitenden Justizgewährungsanspruch verwiesen werden; vgl. *Krüger/Sachs* in *Sachs*, GG, 3. Aufl. (2003), Art. 19, Rn. 118.

7 Vgl. *Schmidt-Aßmann* in *Maunz/Dürig*, GG, Art. 19 IV Rn. 59 ff.

8 BVerfGE 15, 280; 65, 90.

9 So *Dürig* in *Maunz/Dürig*, Art. 19 IV Rn. 17 (Kommentierung aus dem Jahre 1958, hier zitiert nach *Schmidt-Aßmann*, in *Maunz/Dürig*, GG, Art. 19 IV Rn. 96). Aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts s. BVerfGE 11, 232 (233); bezugnehmend etwa BVerfGE 87, 48 (61); 89, 381 (390); 92, 158 (185); 92, 365 (410); 96, 27 (39).

10 Vgl. umfassend *Vofskuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter (1993), passim; *Dörr*, Der europäisierte Rechtsschutz auftrag deutscher Gerichte (2003).

11 Vgl. beispielsweise BVerfGE 28, 10 (14); s. auch *Krüger/Sachs* in *Sachs*, GG, 3. Aufl. (2003), Art. 19 Rn. 120 (Fn. 332); *Schmidt-Aßmann* in *Maunz/Dürig*, GG, Art. 19 IV Rn. 102 f.

12 BVerfGE, 107, 395, 406 mwN.

13 BVerfG, NJW 2004, S. 2725, 2727.

14 OLG Hamm, ZIP 2005, S. 269 f. Diese Entscheidung ablehnend: Wieland, ZIP 2005, S. 270 ff., 272; *Kleine-Cosack*, EWiR 2005, S. 215 f., 216.

15 Bewusst offen lassend insoweit auch BVerfG, NJW 2004, S. 2725, 2727.

ist.¹⁶ Insofern ließe sich betonen, dass es sich beim Insolvenzverfahren nicht um die Klärung eines Rechtsstreits zwischen zwei Parteien handelt, sondern um die Abwicklung des unzureichenden Vermögens des Schuldners. In historischer Perspektive ließe sich hervorheben, dass der Verfasser der Konkursordnung im Konkurs »ein Verfahren ohne Rechtsstreit, gerichtet auf bloße Exekution, ähnlich der Liquidation eines kaufmännischen Unternehmens« erblickt hat.¹⁷ Weiterhin ließe sich betonen, dass ein Insolvenzgericht außerdem – im Unterschied zu Gerichten in ihrer rechtsprechenden Funktion – auch von Amts wegen tätig werden kann.¹⁸ Es handelt sich daher beim Insolvenzverfahren eher um Administration als um Rechtserkenntnis.¹⁹

Vielmehr kann die Frage auch kasuistisch und d.h. differenziert beantwortet werden. Insofern ist festzuhalten, dass das Bundesverfassungsgericht die Vorauswahl eines Insolvenzverwalters durch ein Insolvenzgericht nicht als Rechtsprechung im materiellen Sinne qualifiziert und sie deshalb als Ausübung öffentlicher Gewalt iSd Art. 19 Abs. 4 GG versteht.²⁰ Gleiches gilt für die Bestellung eines Insolvenzverwalters²¹ und für die Ermächtigung eines Sachverständigen zum Betreten eines Wohn- und Geschäftshauses.²²

Versteht man vor diesem Hintergrund die letztverbindliche Klärung der Rechtslage durch eine Entscheidung, die der Rechtskraft fähig ist und im Rahmen eines besonders geregelten Verfahrens ergeht,²³ als konstitutives Kennzeichen der Rechtsprechung, ist in Bezug auf die Anordnung von Sicherungsmaßnahmen zu konstatieren, dass insoweit kein Rechtsstreit

entschieden wird, sondern das Insolvenzgericht selbst ein Rechtsverhältnis gestaltet.

Insofern ist die Anordnung von Sicherungsmaßnahmen nach § 21 InsO im Eröffnungsverfahren als Ausübung öffentlicher Gewalt iSd Art. 19 Abs. 4 GG zu qualifizieren, gegen die dem Schuldner effektiver Rechtsschutz eingeräumt werden muss. Wird ihm ein solcher verweigert, kann der Schuldner die Verletzung des Art. 19 Abs. 4 GG mit der Verfassungsbeschwerde vor dem Bundesverfassungsgericht rügen.

2. Reichweite des Art. 19 Abs. 4 GG im Falle erledigten Staatshandelns

Fraglich bleibt freilich, ob der Beschluss des BGH das Mindestmaß des Art. 19 Abs. 4 GG verletzt hat, indem es die Rechtsbeschwerde für unzulässig erklärt hat. Grundsätzlich ist die Annahme der Unzulässigkeit eines konkreten Rechtsbehelfs der schwerste Eingriff von Gerichten in Art. 19 Abs. 4 GG, sieht man einmal von der fehlenden abstrakten Möglichkeit eines Rechtsbehelfs ab, weil der Rechtssuchende mit seinem Anliegen inhaltlich überhaupt kein Gehör findet. Allerdings begründet der BGH seine Entscheidung damit, dass der Schuldner durch die angefochtenen Sicherungsmaßnahmen überhaupt nicht mehr beschwert ist, nachdem das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist. Fraglich ist insoweit, ob gemäß Art. 19 Abs. 4 GG auch Rechtsschutz gegen die Anordnung von Sicherungsmaßnahmen gewährt werden muss, wenn diese sich in Folge der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erledigt haben. Dies ist nur dann der Fall, wenn die Anordnung von Sicherungsmaßnahmen auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch subjektive Rechte des Schuldners verletzen kann (a) und eine Verweigerung des Rechtsschutzes nicht aufgrund widerstreitender Verfassungsrechtsgüter gerechtfertigt ist (b).

16 Vgl. hierzu *Becker*, *Insolvenzrecht*, 3. Aufl. (2010), Rn. 250 ff.

17 Zitiert nach *Becker*, *Insolvenzrecht*, 3. Aufl. (2010), Rn. 251 mit Fn. 55.

18 *Smid*, *DZWIR* 2004, S. 359 ff., 363.

19 *Becker*, *Insolvenzrecht*, 3. Aufl. (2010), Rn. 252.

20 BVerfG, *NJW* 2004, S. 2725, 2727.

21 BVerfGE 116, 1, 10.

22 BGH, *NJW* 2004, S. 2015, 2016.

23 BVerfGE 103, 111, 137 f.

a) *Mögliche Rechtsverletzung bei erledigten
Maßnahmen*

Gegen die Sicherungsmaßnahme des Insolvenzgerichts nach § 21 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Abs. 2 InsO steht dem Schuldner nach § 21 Abs. 1 S. 2 InsO die sofortige Beschwerde zu, gegen die Entscheidung des Landgerichts über diese sofortige Beschwerde steht ihm nach § 7 InsO die Rechtsbeschwerde zu. Insofern hat der Gesetzgeber – ob mit Blick auf Art. 19 Abs. 4 GG, ob aus freier politischer Einschätzung – einen effektiven Rechtsschutz gegen Sicherungsmaßnahmen im insolvenzrechtlichen Eröffnungsverfahren ausgestaltet.

Wie bei jedem anderen Rechtsbehelf auch ist Voraussetzung der Einlegung der sofortigen Beschwerde bzw. der Rechtsbeschwerde, dass der Schuldner »beschwert« ist. Diese Zulässigkeitsvoraussetzung steht im Einklang mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Art. 19 Abs. 4 GG, der sowohl als Schutz vor einer Überlastung der Gerichte als vor allem auch im Interesse der funktionalen Gewaltenteilung voraussetzt, dass der Grundrechtsträger »in seinen Rechten verletzt wird«. Fehlt es schon an der Möglichkeit einer solchen Rechtsverletzung, ist der Schutzbereich des Art. 19 Abs. 4 GG nicht tangiert.

Der BGH geht in der hier zu besprechenden Entscheidung davon aus, dass mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Beschwerde durch die Anordnung von Sicherungsmaßnahmen entfällt. Diese Annahme mag bei rechtlicher Betrachtung trotz mancher Bedenken (dazu sogleich unter b)) zutreffend sein, wird aber den faktischen Folgen der Sicherungsmaßnahmen möglicherweise nicht hinreichend gerecht. Dabei stellt Art. 19 Abs. 4 GG auch auf die praktischen Konsequenzen der Verweigerung effektiven Rechtsschutzes ab, wie sich aus verschiedenen Judikaten erschließen lässt. So verlangt das Gebot des effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG auch, dass schon gegen vorbereitende Maßnahmen Rechtsmittel gegeben sein müssen, wenn sie faktisch weiterreichende, die Entscheidungen

präjudizierende Auswirkungen haben.²⁴ Auf solche faktischen Wirkungen stellt letztlich auch die an den Gesetzgeber gerichtete Forderung ab, einstweilige Rechtsschutzmöglichkeiten bereit zu stellen, »wenn ohne sie unzumutbare, anders nicht abwendbare Nachteile entstünden, die bei Erfolg in der Hauptsache nicht mehr beseitigt werden könnten.«²⁵ Und mit Blick auf die Gerichte kann man dem Art. 19 Abs. 4 GG die Maxime entnehmen, dass die Gerichte ggf. auch unter Vorwegnahme der Hauptsache umso eher einstweiligen Rechtsschutz gewähren müssen, je schwerer etwaige irreparable Nachteile für den Antragsteller drohen.²⁶

Gleichwohl bewegt sich der BGH mit seinem Beschluss insofern auf verfassungsmäßigem Terrain, als er die vom Gesetzgeber ausgestalteten Rechtsschutzmöglichkeiten angewendet hat. Der an ihn adressierte Vorwurf der Verletzung des Art. 19 Abs. 4 GG könnte insoweit nur darauf gestützt werden, nicht in analoger Weise einen (vom Schuldner nicht gestellten) Fortsetzungsfeststellungsantrag als zulässig anzunehmen. Immerhin hat der BGH eine solche Möglichkeit angeprüft, sie jedoch abstrakt hohen Voraussetzungen unterworfen, die im konkreten Fall nicht erfüllt seien. Mangels näherer Kenntnisse der Umstände des Einzelfalls soll hier nur überdacht werden, ob die durch die hohen Voraussetzungen eines Fortsetzungsfeststellungsantrags bewirkte Einschränkung der Rechtsschutzmöglichkeit gegen Sicherungsmaßnahmen nach deren Erledigung verfassungsrechtlich zu rechtfertigen ist.

b) *Verfassungsrechtliche Rechtfertigung*

Denn wenn die Eröffnung des Insolvenzverfahrens tatsächlich zur Erledigung der zuvor angeordneten Sicherungsmaßnahmen führt und selbst wenn die Erhebung der Rechtsbe-

24 Vgl. BVerwG DVBL 1990, S. 867 (867) betreffend die Aufnahme in eine Warteliste.

25 Vgl. BVerfGE 94, 166 (194, 216); Schulze-Fielitz in Dreier (Hg.), GG, Bd. 1, 2. Aufl. (2004), Art. 19 Rn. 113 mwN.

26 Vgl. BVerfG, NJW 2002, S. 1236 (1236 f.).

schwerde von diesem Zeitpunkt an unzulässig sein sollte, erstarkt der darin liegende Eingriff in die Gewährleistung des effektiven Rechtsschutzes gemäß Art. 19 Abs. 4 GG nur zu deren Verletzung, wenn er nicht verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist. Zu beachten ist dabei zweierlei. Erstens enthält Art. Abs. 4 GG keinen Gesetzesvorbehalt. Zweitens ist dem Gesetzgeber sowohl die Ausgestaltung der einfachgesetzlichen subjektiven Rechte als auch die Ausgestaltung des Rechtswegs überlassen. Beschränkungen des Art. 19 Abs. 4 GG sind demnach möglich, wenn es um die Ausgestaltung des Rechtsschutzes zum Schutz der Grundrechte Dritter oder anderer Verfassungsrechtsgüter geht. Als kollidierende Verfassungsrechtsgüter kommen vor allem die Rechtspflege und Rechtssicherheit in Betracht.²⁷

Als Beispiel für einen Ausgleich dieser potentiell konfligierenden Interessen sei § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO in den Blick genommen. Im Unterschied zum Zivilprozessrecht und zum Insolvenzverfahren kennt das Verwaltungsprozessrecht mit § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO die Möglichkeit einer Fortsetzungsfeststellungsklage, wenn sich ein Verwaltungsakt nach Erhebung einer (Anfechtungs-)Klage, aber nach Erlass des Urteils erledigt. Allerdings fehlt auch in der VwGO eine Regelung sowohl für den Fall der Erledigung bereits vor Klageerhebung als auch für die Verpflichtungssituation, d.h. für die Klage auf Erlass eines Verwaltungsaktes. In diesen Fällen wird § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG analog angewandt.²⁸

Eine solche Analogie hätte der BGH möglicherweise auch treffen sollen; er wäre dazu möglicherweise mit Blick auf die andauernden faktischen Wirkungen der vorläufig gedachten Sicherungsmaßnahmen sogar verfassungs-

rechtlich verpflichtet gewesen. Denn der dem Beschluss des BGH zu Grunde liegende Sachverhalt erinnert vage an die Konstellation einer Fortsetzungsfeststellungsklage. Doch im Ergebnis hat der BGH die Zulässigkeit der Rechtsbeschwerde zu Recht verneint.

Erstens stellt sich schon die Frage, ob es tatsächlich eine planwidrige Regelungslücke in der Insolvenzordnung gibt, die im Wege der Analogie durch den BGH geschlossen werden könnte.

Vielmehr fehlt es doch zweitens gerade an einer gesetzlichen Bestimmung wie der des § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO, die durch eine Analogie auf vergleichbare Sachverhalte angewendet werden könnte.

Drittens ist die Fortsetzungsfeststellungskonstellation im Verwaltungsprozessrecht eben nur bedingt mit der Konstellation vergleichbar, die dem Beschluss des BGH zugrunde liegt. Die Fortsetzungsfeststellungsklage kommt im Verwaltungsprozessrecht zur Anwendung, wenn sich ein Verwaltungsakt erledigt, dessen sofortige Vollziehbarkeit vielleicht schon im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes ausgesetzt wurde, der jedenfalls aber im Hauptsacheverfahren angefochten wird. Die Konstellation, dass sich eine einstweilige Sicherungsmaßnahme durch Eröffnung des Hauptsacheverfahrens erledigt, ist dem Verwaltungsprozessrecht fremd.

Viertens kann auch im Verwaltungsprozessrecht das Rechtsschutzbegehren nicht in Form eines Fortsetzungsfeststellungsantrags weiter verfolgt werden, wenn sich ein Verfahren auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes erledigt. Denn einerseits kann das Eilverfahren seine Sicherungsfunktion in Bezug auf das Hauptverfahren nicht mehr erfüllen, und andererseits lässt sich die Rechtskraftwirkung des § 121 VwGO mit einer Eilentscheidung nicht erreichen. Der Rechtsschutzsuchende ist insoweit auf das Hauptsacheverfahren verwiesen.²⁹

27 *Schulze-Fielitz* in Dreier, GG, Bd. 1, 2. Aufl. (2004), Art. 19 IV GG Rn. 140 f.

28 Statt vieler *Kopp/Schenke*, VwGO, 15. Aufl. (2007), § 113 Rn. 98. Für eine Ausdehnung der Fortsetzungsfeststellungsklage über die Anfechtungs- und Verpflichtungsklage hinaus auch auf die Unterlassungs- und Leistungsklage etwa *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 7. Aufl. (2008), § 14 Rn. 43 f.

29 Vgl. *Eblers* in ders./Schoch (Hg.), Rechtsschutz im Öffentlichen Recht (2009), § 26 Rn. 40 unter Verweis auf *Schoch*, in ders./Schmidt-Abmann/Pietzner (Hg.), VwGO, § 80 Rn. 246.

Fünftens schließlich ist im Verwaltungsprozessrecht sowohl bei direkter als auch bei analoger Anwendung von § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO ein besonderes Fortsetzungsfeststellungsinteresse von Nöten. Ein solches besonderes Interesse als Zulässigkeitsvoraussetzungen zu verlangen, ist mit Art. 19 Abs. 4 GG vereinbar, der nicht gebietet, in den Fällen eines an sich beendeten Eingriffs stets ein Feststellungsinteresse zu bejahen.³⁰ Als besondere Feststellungsinteressen sind das Präjudizinteresse für einen zivilgerichtlichen Schadenersatz- oder Entschädigungsprozess, das Wiederholungsvorbeugungsinteresse sowie das Rehabilitationsinteresse anerkannt.³¹ Unter die Fallgruppe des Rehabilitationsinteresses fallen auch schwerwiegende Grundrechtsbeeinträchtigungen, die sich alsbald wieder erledigen und gegen die daher gar nicht oder nur schwer vor Erledigung Rechtsschutz erlangt werden kann. Schwerwiegende Grundrechtseingriffe sind insbesondere Eingriffe in Grundrechte mit Richtervorbehalt, wie etwa die Unverletzlichkeit der Wohnung nach Art. 13 GG oder die Freiheit der Person nach Art. 104 Abs. 2 u. 3 GG.³² Es sind wohl diese besonders schwerwiegenden Grundrechtseingriffe, die der BGH in seinem Beschluss in abstrakter Weise in Erwägung gezogen hat und die sich insbesondere bei der Durchsuchung von Wohn- und Geschäftsräumen, bei freiheitsbeschränkenden Maßnahmen nach § 21 Abs. 3 InsO oder auch bei der Anordnung einer Postsperre nach § 21 Abs. 2 Nr. 4 InsO einmal im Eröffnungsverfahren realisieren können.³³

Wo Sicherungsmaßnahmen dagegen nicht schwerwiegend in Grundrechte eingreifen, insbesondere also etwa nur die unter einer Schrankentrias stehende allgemeine Handlungsfrei-

heit gemäß Art. 2 Abs. 1 GG oder vielleicht auch die – ebenfalls unter einfachem Gesetzesvorbehalt stehende – Eigentumsfreiheit gemäß Art. 14 GG berühren,³⁴ gibt es jedenfalls keine verfassungsrechtliche Verpflichtung, ihre Rechtmäßigkeit auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens und damit nach ihrer Erledigung gerichtlich überprüfen lassen zu können.

Freilich muss dies im Einzelfall stets sorgfältig geprüft werden. Der knappe Hinweis auf die bloße Vermögenssphäre des Schuldners im Beschluss des BGH genügt den rechtsstaatlichen Untersuchungs- und Begründungsanforderungen insofern nicht. Ungeachtet der Frage, ob und inwieweit auch das Vermögen oder jedenfalls vermögenswerte Rechte von Art. 14 GG oder »nur« durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützt sind, übersieht der BGH, dass stets mit Gleichheitsaspekten auch Art. 3 Abs. 1 GG berührt sein kann. Und in Bezug auf die Schwere des Grundrechtseingriffs setzt sich der BGH nicht mit den möglichen faktischen Wirkungen von Sicherungsmaßnahmen auseinander. Insofern mag es im konkreten Fall tatsächlich an einem schwerwiegenden Eingriff gefehlt haben, der einen Fortsetzungsfeststellungsantrag begründet hätte. Doch der Verallgemeinerung im Sinne der Rechtsfortbildung fähig ist dieser Passus des BGH nicht. Vielmehr müssen die grundrechtlich geschützten Interessen des Schuldners stets im konkreten Fall mit der verfassungsrechtlichen Rechtsschutzgewährleistung für die Gläubiger sowie dem öffentlichen Interesse an einer geordneten Rechtspflege abgewogen werden.³⁵

3. Verantwortung für die Ausgestaltung des effektiven Rechtsschutzes

Das Wissen um erhebliche Grundrechtsbeeinträchtigung durch die Anordnung von Sicherungsmaßnahmen hat zwar zur Schaffung der Möglichkeit einer sofortigen Beschwerde gemäß

30 BVerfG NJW 2007, S. 1117 (1120).

31 Statt vieler *Ehlers* in *ders./Schoch* (Hg.), *Rechtsschutz im Öffentlichen Recht* (2009), § 26 Rn. 60 f.

32 Zum Ganzen u.a.: *Schmidt-Aßmann* in *Maunz/Dürig*, GG, Art. 19 IV Rn. 245.

33 Vgl. hierzu *Haarmeyer* in *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, Bd. 1, 2. Aufl. (2007), § 21 Rn. 40; vgl. auch schon BGHZ 158, 212.

34 Vgl. *Stürmer/Rink*, LMK 2004, S. 147.

35 *Stürmer* in *MünchKomm InsO*, 2. Aufl. (2007), Einf., Rn. 77, 88.

§ 21 Abs. 1 S. 2 InsO geführt.³⁶ Schon die Möglichkeit einer Rechtsbeschwerde nach § 7 InsO ist dagegen nicht unbedingt verfassungsrechtlich geboten. Wenn und soweit die gemäß § 21 InsO angeordneten Sicherungsmaßnahmen, die nur der Massesicherung bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens dienen, keine Wirkung mehr entfalten, verlangt Art. 19 Abs. 4 GG somit ohne Vorliegen eines besonderen Rechtsschutzinteresses auch keinen Rechtsschutz mehr.³⁷

Gleichwohl ist es möglich und unter Umständen auch geboten, diejenigen Voraussetzungen zu bestimmen, unter denen in solchen Fällen ausnahmsweise doch Rechtsschutz ge-

gen erledigte Sicherungsmaßnahmen gewährt werden soll. Aus rechtsstaatlicher und demokratischer Perspektive ist insoweit aber primär der Gesetzgeber gefordert, der mit einer entsprechenden Regelung für erhebliche Rechtssicherheit sorgen würde. Erst an zweiter Stelle sind die Gerichte und allen voran der BGH aufgerufen, im Wege der Rechtsfortbildung Lücken unter Rückgriff auf das Verfassungsrecht zu schließen. Der BGH hat diese Möglichkeit und Verpflichtung in seinem Beschluss erkannt, aus guten Gründen im konkreten Einzelfall aber keinen Gebrauch von ihr gemacht.

Professor Dr. Matthias Rossi, Augsburg

37 BGH, NJW-RR 2007, S. 193 ff. (Unzulässigkeit einer sofortigen Beschwerde gegen eine Postsperrung nach deren Aufhebung); anders *Zipper*, NZI 2006, S. 688 ff., der aber die Konstellation eines unrechtmäßigen Eröffnungsbeschlusses untersucht.

36 *Kind* in Braun, InsO, 4. Aufl. (2010), § 21, Rn. 5.