

Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes über die Rechtsbehelfe bei Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Anhörungsrügensgesetz)

Der Deutsche Notarverein dankt für die Gelegenheit zur Stellungnahme.

Der Deutsche Notarverein sieht davon ab, zu jeder einzelnen Änderung Stellung zu nehmen. Wir beschränken uns vielmehr auf die Gesetzesvorschläge, die den Kernbereich notarieller Tätigkeit betreffen, nämlich die freiwillige Gerichtsbarkeit (FG). Gegenstand folgender Ausführungen werden daher nur der Artikel 4 und der Artikel 5 des Entwurfs mit der Änderung des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG) durch Einfügung des § 29a FGG-E und der Änderung der Grundbuchordnung (GBO) mit der Einfügung eines neuen Absatzes 3 in § 81 GBO sein.

I. Vorbemerkungen

Ziel des Anhörungsrügensgesetzes ist es, für unanfechtbare Urteile aller Instanzen eine besondere Anhörungsrüge zu schaffen, die eine fachgerichtliche Überprüfung einer entscheidungserheblichen Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör gewährleistet.

1. Allgemeines

Wir möchten eine allgemeine Bemerkung voranschicken:

Grundsätzlich schadet die Durchbrechung der Rechtskraft durch die Anhörungsrüge der Rechtssicherheit und kann auch Missbräuchen des Rechtsstaates durch Querulanten Vorschub leisten. Auch Rechtskraft und Rechtssicherheit als Gebote effektiven Rechtsschutzes sind – als Gegenleistung des Staates für den Verzicht des Einzelnen auf Selbsthilfe im Rahmen des *contrat social* – Rechtsgüter mit Verfassungsrang, gegenüber denen auch das Recht auf rechtliches Gehör nur im Rahmen einer Güter- und Interessenabwägung Geltung beanspruchen kann.

Gerade im Zivilprozessrecht sollte z. B. ein Unterlaufen von Präklusionsvorschriften (vgl. etwa §§ 282, 296, 530 ZPO) durch die Anhörungsrüge vermieden und – neben der „Flucht in das Versäumnisurteil“ (§ 342 ZPO) – kein weiterer Weg zur Verzögerung von Prozessen geschaffen werden. Eine solche Verzögerung könnte etwa dadurch bewerkstelligt werden, dass regelmäßig am Tag vor dem Termin zur Verkündung einer Entscheidung noch ein Schriftsatz eingereicht wird, der rein wegen gerichtsorganisatorischer Sachzwänge den erkennenden Richter nicht mehr erreichen kann. „Passt“ dann das Ergebnis der verkündeten Entscheidung nicht, wird eine Anhörungsrüge erhoben.

Besonders deutlich wird der Zusammenhang des rechtlichen Gehörs mit den Rechten der anderen Partei auf effektiven Rechtsschutz im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes. Es steht zu befürchten, dass es künftig einstweilige Verfügungen oder dingliche Arreste ohne mündliche Verhandlung kaum mehr geben wird. Wie soll z. B. dann der massenhafte Verkauf von unter Verletzung gewerblicher Schutzrechte hergestellten Waren (Produktpiraterie) effektiv verhindert werden können?

Es besteht die Gefahr, dass unser Prozessrecht (im Gegensatz zum evident klägerfreundlichen US-amerikanischen Zivilprozess) zu einem Verfahren wird, in dem der Schutz des Beklagten in den Vordergrund gerät. Jedes dieser Extreme ist von Übel. Dass das deutsche Verfahrensrecht von der Verletzung des rechtlichen Gehörs geprägt sei, lässt sich nun wirklich nicht behaupten und auch empirisch nicht belegen.

Mit Skepsis betrachten wir auch die Tatsache, dass das Gericht der Ausgangsentscheidung über die Zulässigkeit und Begründetheit der Anhörungsrüge entscheidet. Niemand ist frei vom Menschlichen, auch Richter eventuell nicht. Der Vorwurf, das rechtliche Gehör nicht gewährt zu haben, trifft einen Richter wohl im Kern des beruflichen Selbstverständnisses. So steht zu befürchten, dass die Anhörungsrüge in der Praxis oft mit Befangenheitsanträgen kombiniert wird und der Fall letztlich dann doch Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde wird; dann wäre die erhoffte Entlastung des Bundesverfassungsgerichts nicht erreicht.

Aus unserer Sicht ist die Schaffung eines zusätzlichen Rechtsbehelfs auch mit geringeren Eingriffen in Rechtskraft und Rechtssicherheit möglich, nämlich über eine Erweiterung der Restitutionsgründe in § 580 ZPO, etwa durch Schaffung einer neuen Nummer 8. Ein § 577a ZPO müsste dann als dritter Titel eine Wiederaufnahmebeschwerde analog §§ 578 ff. einführen, was ohnehin auch außerhalb der Anhörungsrüge geboten wäre. Zu Recht weist die Bundesrechtsanwaltskammer in ihrer Stellungnahme darauf hin, dass das Grundrecht auf rechtliches Gehör nur eines von mehreren Verfahrensgrundrechten sei und den anderen Verfahrensgrundrechten gegenüber (Recht auf gesetzlichen Richter, Willkürverbot, allgemeines Rechtsstaatsprinzip) keinen Vorrang genieße. In einem neuen § 580 Nr. 8 ZPO sollte damit jede entscheidungserhebliche Verletzung von Verfahrensgrundrechten einen Restitutionsgrund darstellen.

Der Vorteil dieses Vorschlags gegenüber § 321a ZPO-E liegt darin, dass (1) für die Restitutionsklage in den §§ 578 ff. ZPO bereits eine durchnormierte Verfahrensordnung vorliegt, (2) für die Restitutionsklage in der Regel ein anderer Spruchkörper zuständig ist und (3) die Rechtskraft der Ausgangsentscheidung zunächst bestehen bleibt, bis und soweit (d.h. es ist auch nur eine teilweise Rechtskraftdurchbrechung möglich) eine Restitutionsentscheidung ergeht, § 590 ZPO. § 582 ZPO stellt zudem auch eine zutreffende Zulässigkeitschranke auf (vergleichbar § 90 BVerfGG). Die fortbestehende Rechtskraft der Ausgangsentscheidung und das hierin liegende Risiko von Vollstreckungsschäden kann über die Rechtsbehelfe des Zwangsvollstreckungsrechts aufgefangen werden.

Auch scheint uns eine Lösung des Problems über das Institut der Restitutionsklage durchaus im Rahmen des Gestaltungsspielraums zu liegen, den das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber eingeräumt hat.

Entsprechende Regelungen sind dann auch in den anderen Verfahrensgesetzen zu treffen.

Dies gilt auch für das FGG. Zwar ist die ZPO über die ausdrücklichen Verweisungen in §§ 14, 15 FGG auch auf Verfahren nach dem FGG anwendbar, aber für die §§ 578 ff. ZPO gilt dies wohl nur in den echten Streitsachen der FG. Zum Begriff derselben siehe unten 2. Daher erschiene – anstelle des § 29a FGG-E - eine ausdrückliche Verweisung auf §§ 578 ff. ZPO bzw. eine neue Wiederaufnahmebeschwerde in § 577a ZPO-E in einem alternativen § 29a FGG-E als angebracht. Denkbar wäre eine Restitutionsentscheidung in der FG auch in den Fällen der „tradierten“ Restitutionsgründe des § 580 Nrn. 1-7 ZPO. Ein Wiederaufnahmeverfahren für Entscheidungen der FG könnte u.U. im Grundsatz sogar die Rückgängigmachung von Eintragungen (im Grundbuch oder Handelsregister) oder von statusändernden Entscheidungen (Adoptionen) jedenfalls mit Wirkung für die Zukunft rechtfertigen, von Fällen überragenden Verkehrsschutzinteresses einmal abgesehen (vgl. etwa §§ 20 Abs. 1 Nr. 4, 131 Abs. 1 Nr. 4, 202 Abs. 1 Nr. 3 UmwG). Doch selbst hier besteht, wie die Rechtsprechung des BGH zum Landwirtschaftsanpassungsgesetz gezeigt hat, ein Bedürfnis nach Durchbrechung der Bestandskraft einer Registereintragung (näher hierzu Widman/Mayer, § 20 UmwG RNr. 388 ff.).

2. Zu § 29a FGG-E

Nunmehr im Einzelnen zu § 29a FGG-E (falls die oben dargestellten Überlegungen nicht aufgegriffen werden sollten):

Die Bundesrechtsanwaltskammer weist in ihrer Stellungnahme mit Recht auf die Unterschiede im Wortlaut zwischen § 321 Abs. 1 Nr. 3 ZPO-E („verletzt“) und § 29a Abs. 1 Nr. 3 FGG-E („versagt“) hin und empfiehlt eine Angleichung des Wortlauts. Der Deutsche Notarverein teilt diese Auffassung.

Darüber hinaus berührt die Plenarentscheidung des BVerfG die FG nur insofern, als eine Anhörungsrüge nur für solche Entscheidungen der FG in Betracht kommt, die der (formellen) Rechtskraft fähig sind, d.h. die mit der – befristeten – Beschwerde angefochten werden können. Denn in allen anderen Fällen der FG stellt das FGG dem in seinem rechtlichen Gehör Verletzten andere Verfahrensmittel zur Verfügung (vgl. etwa § 18 FGG, oder §§ 19 ff. FGG), durch die den Geboten des BVerfG bereits Rechnung getragen ist (hierzu nachfolgend II. und III.). Als Korrelat schlägt der Deutsche Notarverein die Kodifizierung des für das Erbscheinsverfahren entwickelten Vorbescheids und die Ausdehnung dieses Instruments auf alle „echten“ Verfahren der FG vor (hierzu nachfolgend IV.).

§ 29a FGG-E, der über § 81 Abs. 3 GBO-E bzw. § 89 Abs. 3 SchiffsRO-E auch im Grundbuch- und Schiffsregisterverfahren entsprechend anzuwenden ist, wird aus folgendem Grund für die meisten Entscheidungen der FG nicht passen:

Das FGG spricht an einigen Stellen von Rechtskraft und meint hiermit die formelle Rechtskraft im Sinne einer Unanfechtbarkeit der Entscheidung. Die formelle Rechtskraft tritt jedoch bei den meisten Entscheidungen der FG gar nicht ein, weil kein befristetes Rechtsmittel gegen sie gegeben ist, sondern (nur) die unbefristete Beschwerde, § 19 FGG. Die Entscheidungen der FG sind damit zwar der formellen Rechtskraft fähig, sie erwachsen jedoch mangels befristeten Rechtsmittels oft nicht in Rechtskraft, wenn der Beschwerdeweg nicht durch alle Instanzen ausgeschöpft wird. In der FG knüpft deshalb die Frage der Wirksamkeit einer Verfügung auch nicht an die formelle Rechtskraft an, sondern gemäß § 16 Abs. 1 FGG regelmäßig an deren Bekanntmachung. Anderes gilt nur für die echten Streitverfahren der FG, also etwa die Verfahren nach § 43 WEG, §§ 53a ff. , § 56c, § 56f FGG oder nach §§ 87 ff. SachenRBERG. Hier kann wegen der Nähe der betreffenden Verfahren zum Zivilprozess auf die dort entwickelten Vorschriften ohne weiteres zurückgegriffen werden, damit auch auf den dem Zivilprozessrecht nachgebildeten § 29a FGG-E.

Viel bedeutender ist jedoch die Frage nach der Sinnhaftigkeit der Anhörungsrüge für und ihre Auswirkungen auf Entscheidungen im Grundbuch- und Registerverfahren (vgl. etwa §§ 142 ff. FGG bzw. § 53 GBO) sowie im Erbscheinsverfahren, für familienrechtliche Entscheidungen in Statusverfahren (§ 56e Satz 3 FGG), etwa im Adoptionsverfahren und im Verfahren zur Erteilung einer vormundschafts- bzw. familiengerichtlichen Genehmigung, für die ein Rechtsmittel ausgeschlossen ist (vgl. etwa § 55 FGG).

Nicht zuletzt zu nennen sind hier auch die Entscheidungen der FG, gegen die gar kein Rechtsmittel gegeben ist, wie z. B. die Auswahlentscheidung von Betreuer oder Pfleger (§ 57 FGG e contrario). Dies ist allerdings ohnedies ein Zustand, der zum einen ebenso wie die Vergabe von Insolvenzverwaltungen auf seine Rechtsstaatlichkeit und zum anderen auf seine Mitursächlichkeit für die Kostenexplosion im Vormundschafts- und Betreuungswesen gesondert zu untersuchen wäre.

Die Probleme, die sich in diesem Zusammenhang mit der Kodifizierung des § 29a FGG-E, § 81 Abs. 3 GBO-E und § 89 Abs. 3 SchiffsRO-E stellen, sollen im Folgenden ausgehend von der gegenwärtigen Rechtslage dargestellt und es soll der Versuch eines Lösungsansatzes gemacht werden.

II. Entscheidungen in der FG ohne Rechtsmittel

1. Grundbuchverfahren

Die GBO gewährt keine Beschwerde gegen Eintragungen, § 71 Abs. 2 Satz 1 GBO. Eine Ausnahme besteht für die Fälle des § 53 GBO für Eintragungen, die nicht am öffentlichen Glauben teilnehmen.

Die Beschwerde gegen eine Eintragung ist im Interesse der Sicherheit des Rechtsverkehrs ausgeschlossen, denn der öffentliche Glaube des Grundbuchs ist durch das materielle Recht - §§ 892, 893 BGB – mit weitreichenden Konsequenzen ausgestaltet. Erfolgt eine Eintragung als neuer Eigentümer bzw. Inhaber eines Rechts, ist ein anschließender gutgläubiger Erwerb nach § 892 BGB möglich. Die amtswegige Löschung eines Rechts ermöglicht nach § 892 BGB einen lastenfreien Erwerb.

2. Registerverfahren

Die Anfechtbarkeit der Eintragungsverfügung bzw. Lösungsverfügung wird im Unterschied zum Grundbuchverfahren durch Rechtsprechung und herrschende Meinung im Registerverfahren für den Fall bejaht, dass sie den Beteiligten bekannt gemacht, aber noch nicht vollzogen ist. Nicht der Beschwerde unterliegt hingegen die vollzogene Eintragung in das Register. Bei Einlegung oder Entgegennahme einer Beschwerde gegen eine Eintragung kommt vielmehr nur eine Umdeutung in eine Anregung auf Einleitung eines Amtslöschungsverfahrens (§§ 142, 143 FGG), gegebenenfalls verbunden mit dem Antrag auf eine Neueintragung in Betracht. Eine generelle Löschung von Handelsregistereintragungen bzw. die Hemmung ihrer Publizitätswirkung aufgrund Verletzung des rechtlichen Gehörs wäre im Hinblick auf § 15 HGB und das dieser Vorschrift vorgegebene EU-Recht (Publizitätsrichtlinie) eventuell problematisch.

3. Erbscheinsverfahren

Gegen die Erbscheinerteilungsanordnung ist die Beschwerde möglich, solange der Erbschein noch nicht erteilt ist. Wenn die Wirkungen der §§ 2365, 2367 BGB eingetreten sind, kann dessen Erteilung nicht mehr rückgängig gemacht werden. Eine Beschwerde mit dem Ziel der Aufhebung des Anordnungsbeschlusses ist vielmehr unstatthaft. Eine Beschwerde mit diesem Ziel wäre mit dem öffentlichen Glauben des Erbscheins nicht vereinbar. Die Beschwerde ist lediglich zulässig mit dem Antrag auf Einziehung oder Kraftloserklärung (vgl. § 18 FGG). Damit aber lässt sich zugleich auch eine entscheidungserhebliche Verletzung des rechtlichen Gehörs korrigieren.

4. Familiengerichtliche Entscheidungen

a) Adoption

Die Adoption wird durch das Vormundschaftsgericht gemäß § 1752 Abs. 1 BGB rechtsgestaltend ausgesprochen. Der Beschluss ist gemäß § 56e Satz 3 FGG unanfechtbar. Es kommt lediglich aus den in §§ 1760, 1763 BGB abschließend aufgezählten Gründen eine Aufhebung des Annahmeverhältnisses in Betracht. Eine Aufhebung des Statusakts der Adoption darüber hinaus wäre ein schwerer Eingriff in die Rechtsstellung des Annehmenden und des Angenommenen.

b) Vormundschafts- bzw. familiengerichtliche Genehmigung zu einem Rechtsgeschäft

Ist die von einem Vormundschaftsgericht zu einem Rechtsgeschäft erteilte Genehmigung gegenüber einem Dritten wirksam geworden, kann sie von dem Gericht gemäß § 55 FGG zum Schutze des Vertragspartners nicht mehr geändert werden. § 62 FGG schließt für diesen Fall die Beschwerde und § 63 FGG die weitere Beschwerde aus. Entsprechendes gilt über § 69e Satz 1 FGG für Betreuungsverfahren. Die Wirksamkeit gegenüber einem Dritten tritt für den Fall der Genehmigung eines bereits abgeschlossenen Rechtsgeschäfts gemäß § 1829 Abs. 1 BGB mit deren Mitteilung durch den Vormund an den Vertragspartner ein. Hat das Gericht die Genehmigung zu einem abzuschließenden Rechtsgeschäft bereits im Voraus erteilt, wird der Vertrag mit seinem Abschluss unmittelbar wirksam, soweit keine weiteren Zustimmungen notwendig sind. Die Wirksamkeit gegenüber dem Dritten tritt sofort ein. Ein Rechtsmittel gegen die Genehmigung ist zum Schutze dieser Dritten nicht mehr gegeben. Die Beschwerde ist vielmehr unstatthaft.

5. Klauselerteilung

Das Verfahren des Notars bei der Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung bzw. der Umschreibung einer Vollstreckungsklausel nach §§ 52, 54 BeurkG i.V.m. §§ 724 ff., bes. § 730, 797 Abs. 2 und 3 ZPO würde ebenfalls in den Anwendungsbereich des § 29a FGG-E fallen, da der Rechtsbehelf nach § 54 BeurkG ein solcher der FG ist. Hier wird allerdings bereits effektiver Rechtsschutz über die besonderen Rechtsbehelfe des Zwangsvollstreckungsrechts gewährt (vgl. etwa §§ 797 Abs. 3 und Abs. 5, 798, 732 Abs. 2 ZPO). Ein Bedürfnis nach einer Anhörungsrüge ist – selbst falls § 730 ZPO verletzt sein sollte, nicht zu erkennen.

III. Folgerungen

1. Statthaftigkeit der Anhörungsrüge

§ 29a FGG-E würde für die vorbeschriebenen Entscheidungen der FG jedenfalls insofern in seinen Voraussetzungen dem Grunde nach erfüllt sein, als dass kein Rechtsmittel gegen die

Entscheidung gegeben und die Eintragung im Grundbuch Schiffs-, Handels-, Vereins- bzw. Genossenschaftsregister, die Erteilung des Erbscheins, der Ausspruch der Adoption, die Erteilung der vormundschafts- bzw. familiengerichtlichen Genehmigung zu einem Rechtsgeschäft auch nicht im Rahmen eines Rechtsmittels gegen eine andere Entscheidung überprüfbar ist.

Die Anhörungs rüge wäre danach bei den vorgenannten Entscheidungen immer statthaft, es sei denn, man verwiese den Betroffenen auf die beschriebenen verbleibenden Rechtsmittel, die sich jedoch nie gegen die Entscheidung als solche richten können (siehe zu den dagegen sprechenden Gründen auch Abschnitt IV.). Möglicherweise soll diese Situation durch § 29a Abs. 1 Nr. 2 FGG-E aber doch erfasst werden und die Anhörungs rüge gegen etwa eine Grundbucheintragung also unzulässig sein, wenn ein Antrag auf Eintragung eines Widerspruchs zulässig ist; klar ist der vorgeschlagene Gesetzestext insoweit aber nicht.

2. Begründetheit und Fortführung des Verfahrens

War einem Beteiligten das rechtliche Gehör in entscheidungserheblicher Weise versagt (Begründetheit der Anhörungs rüge), müsste das Verfahren der FG fortgesetzt werden. Dies ist jedoch aus den gleichen Gründen, die ein Rechtsmittel gegen die Entscheidung selbst ausschließen, nicht denkbar. Die vorstehend unter II. beschriebenen Entscheidungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit entfalten unmittelbar gestaltende Wirkung. Übergeordnete Gründe der Rechtssicherheit und des Drittschutzes (z. B. der gute Glaube des Grundbuches, Schutz des Vertragspartners, EU-Publizitätsrichtlinie) schließen eine Beschwerde gegen die einmal getroffene Entscheidung aus (vgl. für die gesetzlich geregelten Fälle § 71 Abs. 2 Satz 1 GBO, §§ 56e Satz 3, 62 FGG). Eine Fortführung des Verfahrens wie von § 29a FGG-E vorgesehen, ist aus den genannten Gründen jedenfalls nicht mit dem Ziel der Aufhebung der betreffenden Entscheidung denkbar.

IV. Lösungsansatz - Kodifizierung des Vorbescheids

Den in Abschnitt II. beschriebenen Entscheidungen gemein ist, dass sie nicht anfechtbar sind. Dem Betroffenen kann deshalb durch eine richterliche Fehlentscheidung ein nicht wieder gut zu machender Schaden drohen. Man denke nur an eine Verfügung des unrichtigerweise eingetragenen Nichtberechtigten, die den gutgläubigen Erwerb des Grundstücks durch einen Dritten zur Folge haben kann. Die Eintragung des Nichtberechtigten als Eigentümer kann hier durch die Regelungen des materiellen Rechts zum gutgläubigen Erwerb Tatsachen nach sich ziehen, die nicht wieder umkehrbar sind. Ähnlich stellt sich die Situation für die anderen beschriebenen Entscheidungen dar. Dem Betroffenen kann durch den Vollzug der Entscheidung ein Verlust seiner Rechte drohen. Der Schaden kann nicht mehr beseitigt werden.

Beispiel: Nach der Rechtsprechung darf das Grundbuchamt nicht daran mitwirken, dass das Grundbuch unrichtig wird, und zwar selbst dann, wenn der Grundbuchrichter dieses Wissen nicht in Form des § 29 GBO hat. Hat der Grundbuchrichter etwa Kenntnis davon, dass ein

bloßer Buchberechtigter verfügt, so wird er die Eintragung versagen. In solchen Fällen werden sich auch im Grundbuchverfahren Fragen des rechtlichen Gehörs (für den Buchberechtigten und den wirklichen Berechtigten) stellen. Rechtliches Gehör ist z. B. auch denkbar bei Zweifeln über die zivilrechtliche Wirksamkeit einer vom vormerkungsberechtigten Käufer dem Bauträger erteilten Vollmacht zur Änderung der Teilungserklärung.

Kontradiktorische Verfahrenssituationen sind auch in Registersachen denkbar, z. B. wenn der Streit über die Wirksamkeit eines Erwerbs von Gesellschaftsanteilen Vorfrage zum Streit über die Wirksamkeit von Gesellschafterbeschlüssen ist, welche wiederum Grundlage einer Handelsregistereintragung (Geschäftsführerwechsel, Satzungsänderung) sein sollen. Die Einreichung von Schutzschriften zum Handelsregister ist hier nicht selten.

Auch in Adoptionssachen könnten sich z. B. Dritte (= Pflichtteilsberechtigte des Annehmenden) mit der Begründung gegen die Adoption wenden, es läge kein Eltern-Kind-Verhältnis vor und mit der Adoption sollten nur die Voraussetzungen für eine Anfechtung einer ansonsten bindend gewordenen Verfügung von Todes wegen geschaffen werden (vgl. etwa § 2281 BGB).

Im Hinblick auf diese Gefahren muss ein qualifiziertes Rechtsschutzinteresse des Drittbetroffenen anerkannt werden (vgl. dazu ausführlich Winkler, Der Vorbescheid in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Bielefeld, Gieseking 2002). Mit Winkler wäre daran zu denken, dem Betroffenen vor Erlass bzw. Vollzug und damit der faktischen Endgültigkeit der Entscheidung wirkungsvollen Rechtsschutz durch die Kodifizierung des Vorbescheids zu gewähren (Winkler, aaO, S. 325 ff.).

Gegen den Vorbescheid, der im Erbscheinsverfahren allgemein als zulässig erachtet wird, wäre umfassender fachgerichtlicher Rechtsschutz möglich. Im dann statthaften Rechtsmittelverfahren könnten und müssten nach § 29a FGG-E etwaige Anhörungsverstöße gerügt werden. Nach § 29a FGG-E wäre nur noch gegen die letztinstanzliche Entscheidung die Anhörungsrüge statthaft.

Für die Kodifizierung des Vorbescheids spricht insbesondere auch das verfassungsrechtliche Gebot effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG.

Dies soll an dem schon bemühten Beispiel des Grundbuchverfahrens veranschaulicht werden. Im Grundbuchverfahren kann der Drittbetroffene ohne einen Vorbescheid erst nach erfolgter Eintragung gemäß § 71 Abs. 2 Satz 2 GBO in die Beschwerde gehen und mit dieser lediglich die Eintragung eines Widerspruchs gemäß § 53 Abs. 1 GBO bzw. die Löschung der Eintragung – unter erschwerten Voraussetzungen - verlangen. Der öffentliche Glaube des Grundbuchs schließt eine Beschwerde mit dem Ziel der Aufhebung der Eintragung zu Recht aus. Der Betroffene aber ist der Gefahr des Verlustes seiner Rechte durch gutgläubigen Wegerwerb, gutgläubigen lastenfreien Erwerb und im Fall der Zurückweisung eines Eintragungsantrags der Gefahr des Erwerbs nachfolgender Antragsteller bzw. des Rangverlustes

ausgesetzt. Die Eintragung eines Widerspruchs gemäß § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO oder auch eine einstweilige Anordnung gemäß § 76 GBO können zu spät kommen.

Beruhet die Eintragung bzw. die Zurückweisung des Antrags auf einem Anhörungsverstoß, macht es für den Betroffenen keinen Sinn, diesen mit einer besonderen Anhörungsrüge geltend zu machen, denn diese kann die einmal eingetretenen Tatsachen insbesondere aus Gründen der Rechtssicherheit (Schutz des gutgläubigen Erwerbers, Schutz des Vertragspartners) nicht aus der Welt schaffen. Gelänge dies mit der Anhörungsrüge, so würde dies dem Sinn und der Funktion dieser Verfahren nicht gerecht.

Es bliebe hier lediglich feststellbar, ob ein Anhörungsverstoß vorliegt; die unter der Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör ergangene Entscheidung selbst (z. B. Eintragung, vormundschaftsgerichtliche Genehmigung einer Erklärung) bliebe unanfechtbar. Auch § 29a FGG-E sollte hieran nichts ändern können, anderenfalls blieben die §§ 892, 893 BGB, § 15 HGB sowie die §§ 2365, 2367 BGB und damit die Rechtssicherheit auf der Strecke. Mit der Vorbescheidslösung wäre hingegen Rechtsschutz im Vorfeld erreicht.

Würde § 29a FGG-E auch auf die unanfechtbaren Entscheidungen der FG Anwendung finden, wäre demgemäß jedoch kein wirkungsvoller Rechtsschutz geschaffen.

Es bleibt festzustellen, dass dem Betroffenen wirkungsvoller fachgerichtlicher Rechtsschutz gegen die Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör in der FG wohl am ehesten über die Kodifizierung des Vorbescheids unter gleichzeitiger Erweiterung seines Anwendungsbereichs gewährleistet werden kann. Damit wäre zugleich ein Anliegen der Koalitionsvereinbarung der Bundesregierung umgesetzt.

V. Vorschlag zur Fassung des § 29a FGG-E und zur Kodifizierung des Vorbescheids

Der Deutsche Notarverein regt deshalb an, sofern den oben unter I. 1 dargestellten Überlegungen zu einer Erweiterung des § 580 ZPO nicht gefolgt wird, dann zumindest den Anwendungsbereich des § 29a FGG-E auf die der formellen Rechtskraft fähigen Entscheidungen der FG zu beschränken sowie zusätzlich den Vorbescheid zu kodifizieren und in seinem Anwendungsbereich zu erweitern.

§ 29a FGG-E wäre dann (unter gleichzeitiger Anpassung an die Terminologie des FGG, der Aufnahme einer Verweisung auf § 13a und in Aufnahme der Anregungen der BRAK) wie folgt zu fassen:

„§ 29a

- (1) *Auf Rüge eines durch eine gerichtliche Verfügung beschwerten Beteiligten ist das Verfahren fortzusetzen, wenn*

1. *die Verfügung mit der Beschwerde anfechtbar war und dieser Rechtsweg erschöpft ist,*
 2. *die Verfügung nicht im Rahmen eines anderen Verfahrens überprüfbar ist und*
 3. *das Gericht verfassungsrechtlich gewährte Verfahrensrechte des Beteiligten (so BRAK: oder: den Anspruch des Beteiligten auf Gewährung rechtlichen Gehörs) in entscheidungserheblicher Weise verletzt hat.*
- (2) *Die Rüge ist nach Bekanntgabe der Verfügung schriftlich innerhalb einer Frist von zwei Wochen bei dem Gericht zu erheben, dessen Verfügung angegriffen wird. Sie muss das Verfahren, dessen Fortsetzung begehrt wird, bezeichnen und das Vorliegen der in Absatz 1 Nr. 3 genannten Voraussetzungen darlegen. Mangelt es an einem dieser Erfordernisse, so ist die Rüge als unzulässig zu verwerfen. § 13a gilt entsprechend.*
- (3) *Den übrigen Beteiligten ist Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Davon kann abgesehen werden, wenn das Gericht die Rüge ablehnt.*
- (4) *Das Gericht entscheidet durch unanfechtbaren Beschluss. Dieser ist kurz zu begründen.*
- (5) *Die rechtzeitige Erhebung der Rüge hemmt die Rechtskraft der Verfügung. Wird der Rüge abgeholfen, wird die angegriffene Verfügung gegenstandslos.“*

Für die Kodifikation des Vorbescheids stellen wir vorbehaltlich der Anhörung weiterer Sachverständiger, insbesondere aus der Richterschaft der FG, folgende Formulierung zur Diskussion:

„§ 29b

- (1) *Das Gericht kann einen Vorbescheid erlassen, wenn*
1. *die in ihm angekündigte Verfügung nicht mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar ist und*
 2. *widersprechende Anträge der Beteiligten vorliegen.*
- (2) *Der Vorbescheid gilt als Verfügung im Sinne dieses Gesetzes. Gegen ihn findet die sofortige Beschwerde statt.“*

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Stefan Zimmermann