

Berlin, 27. September 2005

## **Entwurf eines Gesetzes über die Rechtsbehelfe bei Verletzung des Rechts auf ein zügiges Verfahren (Untätigkeitsbeschwerdengesetz)**

Der Deutsche Notarverein dankt für die Gelegenheit zur Stellungnahme zu dem vorgenannten Gesetzentwurf.

### **1. Notwendigkeit gesetzgeberischen Handelns**

Ziel der Einführung der Untätigkeitsbeschwerde ist die Verbesserung des Rechtsschutzes des Einzelnen. Das Recht auf effektiven Rechtsschutz hat neben seiner verfassungsrechtlichen Grundlage in Art. 19 Abs. 4 GG auch Niederschlag in der EMRK gefunden. Hierzu hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte entschieden, dass durch überlange Verfahren neben Art. 6 Abs. 1 EMRK auch Art. 13 EMRK verletzt sein kann, wonach dem Rechtsuchenden ein wirksames Beschwerderecht zusteht. Das in die einzelnen Fachgerichtsbarkeiten gegliederte Verfahrensrecht der Bundesrepublik Deutschland kennt bislang keinen umfassenden Rechtsbehelf gegen gerichtliche Untätigkeit. Die Verfassungsbeschwerde ist mit Blick auf die ihr zugedachte Aufgabe im Rechtsschutzgefüge und die am Bundesverfassungsgericht übliche Verfahrensdauer nicht geeignet, diese Lücke zu schließen. Die Frage, ob die in den Fachgerichtsbarkeiten zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe einschließlich dienstaufsichtsrechtlicher Beschwerdemöglichkeiten dem in der Bundesrepublik Deutschland Rechtsuchenden nicht bereits das verfassungs- und völkerrechtlich gebotene Maß an Rechtsschutz bieten, soll an dieser Stelle nicht erörtert werden. Die generelle Notwendigkeit (das „Ob“) gesetzgeberischen Handelns aufgrund der EMRK und deren Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte soll vielmehr als Prämisse vorangestellt werden. Der Deutsche Notarverein möchte seine Stellungnahme auf die Zweckmäßigkeit der Art und Weise der Umsetzung (das „Wie“) beschränken.

### **2. Präventiver Ansatz**

Die zugrundeliegende Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte lässt den Vertragsstaaten die Wahl, ob der vorzuhaltende innerstaatliche Rechtsbehelf das zuständige Gericht zu einer zügigen Sachbefassung zwingt (präventiver Ansatz) oder den Rechtsuchenden bei überlanger Verfahrensdauer entschädigt (kompensatorischer Ansatz).

Der Deutsche Notarverein begrüßt die Entscheidung zugunsten des präventiven Ansatzes. Zum einen ließe der kompensatorische Ansatz Mehrbelastungen für die öffentlichen Haushalte erwarten. Zum anderen entspricht es der kontinentaleuropäischen Rechtskultur, Ansprüche auf der Primärebene zu schaffen, anstatt Verhaltenslenkung durch Schadensersatzandrohung zu betreiben. Im Übrigen erscheint zweifelhaft, ob ein Ansatz auf kompensatorischer Ebene überhaupt die gewünschte Lenkungswirkung hätte, nachdem die

Schadensersatzbelastung nicht das säumige Gericht oder gar den einzelnen Richter trifft. Schließlich stieße ein kompensatorischer Ansatz dort auf Schwierigkeiten, wo keine materiellen Interessen der Betroffenen im Streit stehen, zum Beispiel in Kindschaftssachen.

### **3. Verortung im Gerichtsverfassungsgesetz**

Vor dem Hintergrund der in Ziffer 1. genannten Zielsetzung, einen umfassenden und in allen Fachgerichtsbarkeiten zur Verfügung stehenden Rechtsbehelf einzuführen, ist die Verortung der neuen Vorschrift am Ende des Gerichtsverfassungsgesetzes schlüssig und sachgerecht.

### **4. Untätigkeit**

Der Gesetzentwurf sieht vor, dass die Untätigkeitsbeschwerde dann offen stehen soll, wenn ein anhängiges gerichtliches Verfahren von dem Gericht ohne zureichenden Grund nicht in angemessener Frist gefördert wird. Der Entwurf regelt nicht näher, wann von einer solchen Untätigkeit auszugehen ist. Insbesondere sieht er keine bezifferten Fristen vor. Vor dem Hintergrund, dass die Untätigkeitsbeschwerde in allen fünf Fachgerichtsbarkeiten und damit in völlig verschiedenartigen Verfahren zur Verfügung steht, begrüßt der Deutsche Notarverein die offene Formulierung, mit welcher den Besonderheiten des Einzelfalls Rechnung getragen werden kann.

Es ist zu erwarten, dass zur Konkretisierung auf die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und des Bundesverfassungsgerichts zur überlangen Verfahrensdauer zurückgegriffen wird. Eine Klarstellung, dass es sich bei der Untätigkeit um ein objektives Merkmal handelt, das ein Verschulden des bearbeitenden Richters nicht voraussetzt, scheint ebenso wichtig wie der Hinweis, dass die am nächsten liegende Ursache der Untätigkeit, nämlich die chronische Überlastung des befassten Gerichts, kein „zureichender Grund“ im Rechtssinne ist. Es ist jedoch zu erwarten, dass hier eine entsprechende Erläuterung in der amtlichen Begründung ausreichend sein wird. Ausführungen im Gesetz selbst würden dasselbe aus Sicht des Deutschen Notarvereins überfrachten.

### **5. Abhilfeverfahren**

Der Deutsche Notarverein begrüßt ausdrücklich die in § 198 Abs. 3 S. 1 GVG-E vorgesehene Möglichkeit der Abhilfe durch das mit dem Verfahren befasste Gericht. Eine wesentliche Wirkung der Untätigkeitsbeschwerde wird darin bestehen, dass der einzelne Richter mit Blick auf dienstliche Beurteilungen und seine Reputation im Kollegenkreis bestrebt sein wird, die Anzahl der in seinem Referat ergehenden Untätigkeitsbeschlüsse nach § 198 Abs. 5 S. 2 GVG-E gering zu halten. Vor diesem Hintergrund erscheint es nicht unwahrscheinlich, dass gerade in einfachen Fällen (z. B. Anberaumung eines Termins zur mündlichen Verhandlung) das Gericht selbst Abhilfe schafft. Dadurch wäre dem Bedürfnis des Antragsstellers zügig und ohne Befassung einer weiteren Instanz Rechnung getragen.

Ein Anprangern des bislang säumigen Richters ist bei bestehender Abhilfebereitschaft schon deshalb zu vermeiden, weil der Begriff der Untätigkeit auf Tatbestandsseite kein Verschulden voraussetzt.

## **6. Rechtsfolge**

Im Bereich der Rechtsfolge ist der Gesetzentwurf bewusst offen formuliert. Da je nach Verfahrensstand ganz unterschiedliche verfahrensfördernde Maßnahmen angezeigt sein können, ist die generalklauselartige Fassung des § 198 Abs. 5 S. 2 GVG-E aus Sicht des Deutschen Notarvereins zu begrüßen. Eine enumerative oder beispielhafte Zusammenstellung in Frage kommender verfahrensfördernder Maßnahmen ließe den Entwurf ohne inhaltlichen Gewinn länger werden.

Der Entwurf sieht vor, dass das Beschwerdegericht das Ausgangsgericht zur Vornahme einer verfahrensfördernden Maßnahme innerhalb einer bestimmten Frist anweist. Die Auswahl der Maßnahme bleibt dem Ausgangsgericht vorbehalten. Dies ist aus Sicht des Deutschen Notarvereins sinnvoll. Zum einen wird die erforderliche Maßnahme in der Mehrzahl der Fälle auf der Hand liegen. Zum anderen ist es, auch im Lichte der Forderungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, nicht Ziel der Untätigkeitsbeschwerde, bei Säumnis des Ausgangsgerichts Entscheidungskompetenz in Fragen der Verfahrensleitung auf die nächsthöhere Instanz zu übertragen.

Folgerichtig sieht der Entwurf auch keine Befugnis des Beschwerdegerichts zur Ersatzvornahme vor. Unter Gesichtspunkten der Verfahrensökonomie mag es zwar Vorteile haben, wenn die erforderliche Maßnahme durch das Beschwerdegericht selbst angeordnet werden könnte. Dennoch ist die Entscheidung des Entwurfs richtig. Zum einen soll, wie eben ausgeführt, keine Verlagerung von inhaltlicher Entscheidungsbefugnis auf die übergeordnete Instanz stattfinden. Zum anderen dürfte eine solche Ersatzvornahme auf gerichtsorganisatorische Schwierigkeiten stoßen, da sich das Beschwerdegericht beispielsweise zur Anberaumung eines Termins zur mündlichen Verhandlung zunächst über den Terminkalender des Ausgangsgerichts, die Verfügbarkeit von Sitzungssälen und dergleichen informieren müsste, was die verfahrensökonomischen Vorteile häufig aufzehren dürfte. Vor allem aber ist zu erwarten, dass das Ausgangsgericht einer Aufforderung zum Tätigwerden durch das Beschwerdegericht nachkommen wird. Bei bereits bestehenden Rechtsbehelfen mit Rückverweisungsmöglichkeit ist die theoretisch gegebene Gefahr faktischer „Gehorsamsverweigerung“ nach dem Kenntnisstand des Deutschen Notarvereins kein praktisch relevantes Problem.

Im Übrigen könnte die Untätigkeitsbeschwerde nach § 198 GVG-E neben ihrer Primärfunktion, nämlich der Verbesserung des Rechtsschutzes des Einzelnen, zugleich der Verbesserung der Justizorganisation dienen. Die Häufigkeit erfolgreicher Untätigkeitsbeschwerden wird der Justizverwaltung als Ergänzung zu den gängigen

Statistiken weitere Aufschlüsse über die Auslastung und die Leistungen eines Gerichts, einzelner Spruchkörper und einzelner Richter ermöglichen.

## **7. Auswirkungen auf die notarielle Tätigkeit; bestehende Rechtsbehelfe**

Der Notar ist gemäß § 1 BNotO unabhängiger Träger eines öffentlichen Amtes auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege. Aufgrund dieser Zuordnung der notariellen Tätigkeit zur Rechtspflege kommt, was die im Entwurf vorgesehene Ergänzung des § 8 FGG um das Wort „Untätigkeitsbeschwerde“ klarstellt, letztere grundsätzlich auch im Bereich notarieller Säumnisse zur Anwendung.

Die Erforderlichkeit des neuen Rechtsbehelfs wird damit begründet, dass de lege lata kein flächendeckendes Rechtsschutzsystem gegen richterliche Untätigkeit bereitsteht. Dies darf jedoch nicht den Blick darauf verstellen, dass sektorale Rechtsbehelfe zur Verfügung stehen, insbesondere auch im Bereich der notariellen Tätigkeit. Dabei handelt es sich in erster Linie um die Untätigkeitsbeschwerde nach § 15 Abs. 2 S. 1 BNotO und die nach § 54 BeurkG.

Im Einzelnen:

### *a) Untätigkeitsbeschwerde nach § 15 Abs. 2 S. 1 BNotO*

Der Urkundsgewährungsanspruch des § 15 Abs. 1 BNotO wird durch die Beschwerdemöglichkeit des § 15 Abs. 2 S. 1 BNotO flankiert. Durch Neufassung der Vorschrift im Jahr 1998 wurde die „Beschwerde wegen Amtsverweigerung“ sprachlich ersetzt durch die „Beschwerde wegen Verweigerung der Urkunds- oder sonstigen Tätigkeit des Notars“, was jedoch in erster Linie der bloßen Bestätigung der bis dato ergangenen Rechtsprechung zum Anwendungsbereich des § 15 Abs. 2 BNotO diene, inhaltlich hingegen wenig änderte.

Neben der Durchsetzung des Urkundsgewährungsanspruchs des § 15 Abs. 1 BNotO dient die Untätigkeitsbeschwerde auch der Forcierung der Pflichten aus § 53 BeurkG. Die darin begründete Pflicht des Notars, beurkundete Willenserklärungen dem Grundbuchamt oder Registergericht zum Vollzug vorzulegen, wird als Bestandteil der Urkundsgewährungspflicht verstanden. Im Bereich des Urkundsgewährungsanspruchs und des sogenannten Pflichtvollzugs nach § 53 BeurkG spielt die Untätigkeitsbeschwerde nach § 15 Abs. 2 BNotO jedoch kaum eine praktische Rolle. Jedenfalls in Zeiten, in denen gesamtwirtschaftliche Schwäche und Konsumzurückhaltung auch die Notare erreicht haben, ist das Szenario des Rechtsuchenden, dessen redliches Beurkundungersuchen kein Notar zu erfüllen bereit ist, rein akademischer Natur. Im Bereich der Vollzugspflicht (§ 53 BeurkG) ist notarielle Untätigkeit ebenfalls kein praktisch relevantes Problem, da pflichtwidrige Verzögerungen in der Vollzugstätigkeit im Regelfall klare Haftungsfälle darstellen und dieses Risiko eine in der Praxis ausreichende Motivation bildet.

Über § 53 BeurkG hinaus gibt es weitere Betreuungspflichten des Notars. Diese sind partiell in § 24 BNotO geregelt und können ebenfalls mit der Untätigkeitsbeschwerde nach § 15 Abs. 2 S. 1 BNotO erzwungen werden. Hierzu sind beispielsweise die Fälligkeitsmitteilung und Zahlungsüberwachung, die Einholung öffentlich-rechtlicher Genehmigungen und die Einholung von Lastenfreistellungsunterlagen zu rechnen. In diesem Bereich gewinnt § 15 Abs. 2 BNotO seine eigentliche praktische Bedeutung. So kommt es beispielsweise vor, dass ein Notar in einer Kaufvertragsurkunde beauftragt wird, dem Käufer die Kaufpreisfälligkeit mitzuteilen, sobald der Verkäufer eine behördliche Bestätigung über die Altlastenfreiheit des verkauften Grundstücks oder die kartellrechtliche Unbedenklichkeit des geplanten Unternehmenskaufs vorlegt, der Verkäufer dann aber nur ein Schreiben auslegungsbedürftigen Inhalts beibringt und den Notar zur Mitteilung der Kaufpreises auffordert. Die Rechtsprechung und notarielle Praxis haben hierzu auf der Basis des § 15 Abs. 2 BNotO ein differenziertes System entwickelt. In dem soeben gebildeten Beispielfall böte es sich für den Notar etwa an, einen Vorbescheid zu erlassen und den Beteiligten in Aussicht zu stellen, dass er auf der Grundlage der vorgelegten behördlichen Bescheinigung beabsichtige, den Kaufpreis fällig zu stellen oder die Fälligstellung zu versagen. Die benachteiligte Partei hätte dann die Möglichkeit, über § 15 Abs. 2 BNotO eine gerichtliche Klärung der umstrittenen Frage herbeizuführen. Hierbei ist zu beachten, dass über § 15 Abs. 2 BNotO auch eine vom Notar angekündigte Amtshandlung verhindert werden kann, auch wenn dies begrifflich keinen Fall der Untätigkeit darstellt. Durch das von der Rechtsprechung im Rahmen des § 15 Abs. 2 BNotO anerkannte Vorbescheidsverfahren wird dem Rechtsschutzbedürfnis der Parteien Rechnung getragen, ohne dass der Notar gezwungen ist, sehenden Auges vollendete Tatsachen zu schaffen und ein virulentes Haftungsrisiko zu übernehmen. Ohne dieses Vorbescheidsverfahren müsste der Notar in den geschilderten Beispielfällen eine dem Spruchrichter vergleichbare Aufgabe wahrnehmen, jedoch mit dem Unterschied, anstatt für Vorsatz bereits für einfache Fahrlässigkeit zu haften.

Die Ausführungen zu § 15 Abs. 2 BNotO zeigen, dass hier de lege lata ein Rechtsbehelf bereitsteht, der sich in der Praxis bewährt hat und durch richterrechtliche Konkretisierung ein hohes Maß an Rechtssicherheit gewährleistet. Im Anwendungsbereich des § 15 Abs. 2 BNotO besteht – auch unter Berücksichtigung des Handlungsauftrags durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte – kein Bedürfnis für eine weitere Untätigkeitsbeschwerde. Vor dem Hintergrund der hohen Qualität des Rechtsschutzes und der Rechtssicherheit im Rahmen des § 15 Abs. 2 BNotO liefe es der Zielsetzung der Gesetzesinitiative nachgerade zuwider, die allgemeine Untätigkeitsbeschwerde des § 198 GVG-E hier parallel zuzulassen. Nach dem allgemeinen Grundsatz, wonach die spezielle Norm die allgemeine verdrängt, ist § 198 GVG-E in der vorliegenden Fassung im Sinne eines Auffangrechtsbehelfs auszulegen, der dort nicht statthaft ist, wo speziellere Rechtsbehelfe zur Verfügung stehen. Dem steht jedoch die weitere Regel entgegen, wonach das spätere Gesetz das Frühere derogiert. Um hierüber keine Zweifel aufkommen zu lassen, möchte der Deutsche Notarverein daher eine entsprechende Klarstellung anregen. Da das Gerichtsverfassungsrecht nicht mit Feinheiten von nur sektoraler Bedeutung belastet werden sollte, empfiehlt sich die Verortung der entsprechenden Norm in der BNotO. Beispielsweise

könnte § 15 Abs. 2 BNotO um einen dritten Satz ergänzt werden, der klarstellt, dass neben der Untätigkeitsbeschwerde nach § 15 Abs. 2 BNotO diejenige nach § 198 GVG-E nicht statthaft ist. Zumindest jedoch sollte eine solche Klarstellung in die amtliche Begründung aufgenommen werden.

#### *b) Untätigkeitsbeschwerde nach § 54 BeurkG*

Ein weiterer spezieller Rechtsbehelf gegen notarielle Untätigkeit ist die Beschwerde nach § 54 BeurkG, die hinsichtlich ihrer verfahrensrechtlichen Ausgestaltung weitgehend derjenigen nach § 15 Abs. 2 BNotO gleicht. Das Verfahren nach § 54 BeurkG ist in den dort abschließend genannten Fällen statthaft, insbesondere bei Weigerung des Notars, den Urkundsbeteiligten eine Abschrift, eine Ausfertigung oder eine Vollstreckungsklausel zu erteilen. Anders als im Verfahren nach § 15 Abs. 2 BNotO kann mit der Beschwerde nach § 54 BeurkG nur die notarielle Untätigkeit beanstandet, nicht hingegen die Vornahme einer angekündigten Amtstätigkeit verhindert werden. Für letztere Fälle (Beispiel: Der Schuldner will die Erteilung einer Vollstreckungsklausel für den mutmaßlichen Rechtsnachfolger des Gläubigers verhindern) hält die Zivilprozessordnung entsprechende Rechtsbehelfe bereit.

Im Anwendungsbereich des § 54 BeurkG ist dieser *lex specialis* gegenüber § 15 Abs. 2 BNotO. Gleiches wird auch im Verhältnis zu § 198 GVG-E anzunehmen sein. Auch hier empfiehlt der Deutsche Notarverein jedoch eine entsprechende Klarstellung durch Einfügung eines neuen § 54 Abs. 3 BeurkG oder wenigstens durch einen entsprechenden Hinweis in der amtlichen Begründung.

### **8. Zusammenfassung**

Ausgehend davon, dass aufgrund der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte die Einführung eines neuen und umfassenden Rechtsbehelfs gegen gerichtliche Untätigkeit erforderlich geworden ist, begrüßt der Deutsche Notarverein die vom Bundesministerium der Justiz ins Auge gefasste Umsetzung. Der vorgelegte Entwurf ist zweckmäßig und bemüht sich mit Erfolg, nicht intensiver als erforderlich in das bestehende und grundsätzlich bewährte Rechtsschutzsystem einzugreifen. Der subsidiäre Charakter der Untätigkeitsbeschwerde gegenüber bereits bestehenden spezielleren Rechtsbehelfen sollte aus Sicht des Deutschen Notarvereins im Interesse der Rechtssicherheit noch hervorgehoben werden.

Für Rückfragen oder ein weiterführendes Gespräch stehen wir Ihnen gern zur Verfügung.