



BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

ZPO-Div.  
BL/sey

10179 Berlin, den 18. Mai 2004  
Littenstraße 9

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

erarbeitet vom  
**Ausschuss ZPO/GVG der Bundesrechtsanwaltskammer**

Mitglieder Ausschuss ZPO/GVG:

RA Dr. Hermann **Büttner**, Karlsruhe, Vorsitzender  
RAuN Horst **Droit**, Wallenhorst  
RA Dr. Hans **Eichele**, Mainz  
RA Dr. Gerold **Kantner**, Rostock  
RA Heinz **Merk**, Peißenberg  
RA Prof. Dr. Hubert **Schmidt**, Koblenz  
RA Lothar **Schmude**, Köln  
RA Dr. Michael **Weigel**, Frankfurt/M.  
RAuN Dr. Hans-Heinrich **Winte**, Hildesheim

RAin Barbara **Lach**, BRAK, Berlin

Verteiler:

Bundesministerium der Justiz  
Landesjustizminister/Justizsenatoren der Länder  
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages  
Arbeitskreise Recht der Bundestagsfraktionen  
Bundesnotarkammer  
Bundessteuerberaterkammer  
Steuerberaterverband  
Wirtschaftsprüferkammer  
Deutscher Anwaltverein  
Bundesverband der Freien Berufe

---

Mai 2004

BRAK-Stellungnahme-Nr. 21/2004

## I. Allgemeines

Vom generellen Ansatzpunkt entscheidet sich der Entwurf für eine enge Auslegung der Plenarentscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 30.04.2003 (1 PBvU 1/02 - NJW 2003, 1924). Wie unter A II 4 der Begründung ausdrücklich ausgeführt, bleibt die Frage offen, "wie die Gerichte künftig mit Verletzungen anderer Verfahrensgrundrechte oder etwa des Willkürverbots umgehen sollen". Nach Auffassung der Bundesrechtsanwaltskammer sollte die Regelung des § 321a ZPO-E auch auf diese Fälle erstreckt werden, anstatt gesetzlich nicht vorgesehene und in der Praxis umstrittene außerordentliche Rechtsbehelfe weiter bestehen zu lassen. Unter Würdigung der Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts in der Entscheidung vom 30.04.2003 unter IV 2 a und b (NJW aaO S. 1928 re. Sp.) erscheint es höchst fraglich, ob die Beschränkung des § 321a ZPO-E allein auf die Gehörsrüge den Postulaten der Rechtsmittelklarheit genügt. Schon vor der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts wurde in der Literatur mit guten Gründen die entsprechende Anwendung des § 321 ZPO in der derzeitigen Fassung auch auf Verstöße gegen die Verletzung anderer Verfahrensgrundrechte befürwortet (*Müller*, NJW 2002, 2743, 2747 m.w.N.). Der Entwurf entspricht zwar der fristgebundenen Umsetzung der (Mindest-) Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts, bleibt aber - zumindest rechtspolitisch - auf halbem Wege stehen. Die Erstreckung dieses Rechtsbehelfs auf die Verletzung anderer Verfahrensgrundrechte wird bei einer späteren Änderung der Verfahrensordnungen, vor allem wenn sich die Anhörungsrüge in der entwurfsgemäß erweiterten Gestalt bewähren und zu einer spürbaren Entlastung des Bundesverfassungsgerichts führen sollte, erneut in Betracht zu ziehen sein.

Grundsätzlich zu begrüßen ist jedoch die Erweiterung des Anwendungsbereichs der Abhilfe bei Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör auf die Entscheidungen aller Instanzen. Die Notwendigkeit der Einführung eines solchen Rechtsbehelfs für alle mit ordentlichen Rechtsbehelfen nicht anfechtbaren Entscheidungen aller Instanzen ist durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts bindend und überzeugend begründet worden.

Wenngleich § 321a ZPO-E künftig auch eine eng begrenzte, nur auf einen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG beschränkte Überprüfung von Zurückweisungsbeschlüssen nach § 522 Abs. 2 ZPO durch den iudex a quo eröffnet, besteht weiterhin Anlass, darauf hinzuweisen, dass die in § 522 Abs. 3 ZPO vorgeschriebene Unanfechtbarkeit solcher Beschlüsse in dieser absoluten Form für die Rechtsuchenden inakzeptabel und dem Vertrauen in die Ziviljustiz abträglich ist.

Die Erweiterung der Anhörungsrüge in der Fassung des Entwurfs wird im Bereich des Zivilverfahrensrechts in den höheren Instanzen insbesondere Entscheidungen erfassen, die mangels Erreichens der jeweiligen Beschwerdesumme mit einem ordentlichen Rechtsmittel nicht angefochten werden können. Erfasst sein können deshalb auch Urteile der Berufungsgerichte, mit denen die Berufung als unzulässig verworfen wird; diese können in Familiensachen oder wenn der Beschwerdewert 20 000 Euro nicht übersteigt, gemäß **§ 26 Nr. 8 und 9 EGZPO** während der Über-

gangszeit bis 31.12.2006 nicht mit der Nichtzulassungsbeschwerde angefochten werden - im Gegensatz zu Verwerfungsbeschlüssen, gegen die ohne Bindung an einen Beschwerdewert die Rechtsbeschwerde statthaft ist (§ 522 Abs. 1 Satz 4 ZPO). Da hier dringender Korrekturbedarf besteht, ist im Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung der Justiz in Art. 2 Nr. 1 vorgesehen worden, diese die Nichtzulassungsbeschwerde beschränkenden Vorschriften des § 26 Nr. 8 und 9 EGZPO nicht gelten zu lassen, wenn das Berufungsgericht die Berufung durch Urteil verworfen hat. Die Bundesrechtsanwaltskammer regt an, diesen Änderungsvorschlag des Ju-MoG vorzuziehen und sogleich im Rahmen des Anhörungsrügensgesetzes zu realisieren. Denn die Aufhebung von Beschlüssen, mit denen Berufungsgerichte Wiederetzungsgesuche zurückweisen und die Berufung als unzulässig verwerfen, beruht häufig auf der Verletzung von Verfahrensgrundrechten.

## II.

### Zu den einzelnen Vorschriften

#### 1. § 321a ZPO-E

- a) **Nach Abs. 2 Satz 1 Nr. 1** muss die Rügeschrift das **Verfahren** bezeichnen, dessen Fortführung begehrt wird. Die Rüge der Partei, dass ihr Anspruch auf rechtliches Gehör in entscheidungserheblicher Weise verletzt worden sei, richtet sich aber gegen eine bestimmte **Entscheidung** (die auf einem Verfahren beruht, in welchem der Partei das rechtliche Gehör nicht oder nicht gehörig gewährt wurde). Im Gesetzestext sollte klargestellt werden, dass die angegriffene Entscheidung Gegenstand der Rüge ist und deshalb auch bezeichnet werden muss. Das - im Falle der Begründetheit der Rüge fortzuführende - Verfahren (Abs. 5) ergibt sich regelmäßig aus der angefochtenen Entscheidung selbst. Dass Anknüpfungspunkt für die Anhörungsrüge die "Entscheidung" und nicht das "Verfahren" ist, folgt auch aus Abs. 2 Satz 2.
- b) In **Abs. 2 Satz 4** ist - gegenüber der geltenden Fassung des § 321a ZPO - vorgesehen, dass die Rügefrist gegen nicht verkündete Entscheidungen spätestens fünf Monate "nach der Übergabe der Entscheidung an die Geschäftsstelle" beginnt. Ein solcher Fristbeginn ist für die betroffene Partei nicht aus eigener Wahrnehmung erkennbar, da die "Übergabe der Entscheidung an die Geschäftsstelle" zwar den Abschluss des Entscheidungserlasses markieren soll, aus der Sicht der Parteien aber gleichwohl ein Internum des Gerichts bleibt. Die in der Begründung (S. 23) vertretene Auffassung, dass die Einführung der fristgebundenen Gehörsrüge gegen unanfechtbare Beschlüsse nicht zur Notwendigkeit einer Zustellung führe, ist keineswegs überzeugend und beruht auf einer ersichtlich zu engen Auslegung des § 329 Abs. 2 Satz 2 ZPO. Wenn weder eine Verkündung noch eine Zustellung (oder wenigstens einfache Übermittlung) stattfindet, fehlt es an einem hinreichend transparenten Anknüpfungspunkt für den Fristbeginn. Es ist Sache des Gerichts, die Entscheidungen der durch sie beschwerten Partei

nachweisbar zur Kenntnis zu bringen; andernfalls ist eine Befristung nicht gerechtfertigt.

- c) Die Formulierung des **Abs. 3** ist zu ungenau. Dem Gegner ist schon aus Gründen der Gewährung rechtlichen Gehörs grundsätzlich Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Hiervon mag abgesehen werden, wenn die Rüge offensichtlich unzulässig ist (Abs. 4 Satz 1). Das aber sollte - in Übereinstimmung mit der Formulierung für § 71a Abs. 3 GWB-E (Art. 15 Nr. 1 des Entwurfs) und in § 29a Abs. 3 FGG-E (Art. 4 des Entwurfs) - auch in § 321a ZPO-E klargestellt werden.
- d) Das Begründungserfordernis in **Abs. 4 Satz 4** bleibt hinter der derzeit geltenden Vorschrift des § 321 Abs. 4 Satz 4 ZPO zurück. Nach geltendem Recht sind die verwerfenden und zurückweisenden Beschlüsse "kurz zu begründen". Der Entwurf sieht hingegen vor, dass ein solcher Beschluss nur kurz begründet werden "soll", überlässt also die Mitteilung einer Begründung dem (wenn auch gebundenen) Ermessen des Gerichts. Die Partei, die ihren Vortrag als übergegangen sieht, wird eher "befriedet" werden können, wenn ihr von seiten des Gerichts erklärt wird, warum ihr Standpunkt unrichtig ist. Die nur in ein oder zwei Zeilen formulierte apodiktische Zurückweisung des Begehrens wird dieser Befriedungsfunktion in aller Regel nicht gerecht; eine gänzlich fehlende Begründung wird das Unverständnis der Parteien noch erhöhen und das Vertrauen in die Rechtsprechung eher stören. Solche begründungslosen Beschlüsse fordern eine Verfassungsbeschwerde heraus und verfehlen damit ein wesentliches Ziel des fachgerichtlichen Abhilfeverfahrens.
- e) In **Abs. 5** übernimmt der Entwurf die in Art. 1 Nr. 12 JuMoG-E vorgeschlagene Fassung. Danach hat das Gericht im Falle der Begründetheit der Rüge den Prozess fortzuführen, "soweit dies aufgrund der Rüge geboten ist" (nach JuMoG-E: "**soweit** die Rüge reicht"). Dieser Text legt eine enge Auslegung nahe. Das könnte dazu führen, dass Feststellungen, die nur die mittelbare Folge einer Gehörsverletzung darstellen, im Verfahren nach § 321a ZPO nicht korrigiert werden können: Hat etwa das Gericht Vortrag zum Klageanspruch übergegangen, so könnte in dem nach einer erfolgreichen Anhörungsrüge fortgeführten Verfahren die Notwendigkeit bestehen, dass der Gegner Vortrag zu seinen Einwendungen vertiefen müsste, wenn das Gericht jetzt auf die Gehörsrüge die Rechtslage zum Klageanspruch entgegengesetzt beurteilt. Dieses vertiefte, unter Umständen neue Vorbringen des Gegners muss aus Gründen der prozessualen Waffengleichheit möglich sein.
- f) Die Entwurfsbegründung (A II 3 - S. 3) hebt hervor, dass die Anhörungsrüge auch in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes möglich sein soll. Dann aber sollte zumindest zur Klarstellung in **§ 924 Abs. 3 Satz 1 ZPO** die Anhörungsrüge aufgenommen werden mit folgender Formulierung:

*"Durch Erhebung des Widerspruchs oder der Anhörungsrüge gemäß § 321a wird die Vollziehung des Restes nicht gehemmt."*

## 2. § 543 ZPO-E

Im Anschreiben des BMJ vom 28.04.2004 wird darauf hingewiesen, dass die in den Entwurf eingestellten Änderungen des Revisionszulassungsrechts innerhalb der Bundesregierung noch nicht abgestimmt seien. In der Annahme, dass diese Vorschläge des Entwurfs auch Bestandteil des Regierungsentwurfs werden, begrüßt die Bundesrechtsanwaltskammer die geplante Erweiterung der Revisionszulassungsgründe. Insbesondere stimmt sie der in der Begründung (S. 24) getroffenen Feststellung zu, dass der Gesetzgeber des ZPO-RG die Revision auch dann ermöglichen wollte, wenn weder Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung zu entscheiden sind noch eine höchstrichterliche Leitentscheidung erforderlich ist, sondern allein eine Ergebniskorrektur **wegen offensichtlicher Unrichtigkeit** oder **wegen der Verletzung eines Verfahrensgrundrechts** geboten ist. Wenigstens drei Zivilsenate des BGH haben indessen der Auffassung, dass eine Ergebniskorrektur wegen offensichtlicher Unrichtigkeit im Einzelfall geboten sei, ausdrücklich widersprochen (V. Zivilsenat: Beschl. v. 04.07.2002 - V ZR 75/02, NJW 2002, 2957; XI. Zivilsenat: Beschl. v. 01.10.2002 - XI ZR 71/02, BGHZ 152, 182, 188 f. = NJW 2003, 65; VII. Zivilsenat: Beschl. v. 19.12.2002 - VII ZR 101/02, NJW 2003, 831). Insbesondere der XI. Zivilsenat (BGHZ aaO S. 189) meinte, diese Absicht des Gesetzgebers habe im Wortlaut des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Alt. 2 ZPO keinen Ausdruck gefunden und sei deshalb für dessen Auslegung unbeachtlich. Diese Rechtsprechung hat - ablesbar in der Statistik des BGH - bereits zu einer resignativen Zurückhaltung der Rechtsuchenden im Bereich der (streitwertabhängigen) Nichtzulassungsbeschwerde geführt. Solange also nicht im Gesetzeswortlaut selbst zum Ausdruck kommt, dass die Revision (auf Beschwerde) auch dann zuzulassen ist, wenn die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung wegen offensichtlicher Unrichtigkeit der angefochtenen Entscheidung oder wegen der Verletzung eines Verfahrensgrundrechts eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert, bleibt weiterhin zu befürchten, dass in der Rechtsprechung (einiger Senate) des BGH diese klaren Worte in der Gesetzesbegründung als unmaßgeblich behandelt werden. Deshalb sollte erwogen werden, im Rahmen der Neufassung der Zulassungsgründe dieses berechnigte Anliegen des Gesetzgebers zusätzlich in der Norm selbst zum Ausdruck zu bringen.

- a) Dass die absoluten Revisionsgründe des § 547 ZPO, wie in **Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Alt. 1** vorgesehen, künftig schon zur Zulassung der Revision führen sollen, ist richtig und entspricht dem hohen, überwiegend verfassungsrechtlich (Art. 101 Abs. 1 Satz 2, 2 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG) geprägten Gewicht der absoluten Revisionsgründe. Zuzustimmen ist auch der Entwurfsbegründung (S. 24/25), dass mit dieser Neuregelung zugleich eine Lücke zwischen dem Revisions- und dem Wiederaufnahmerecht geschlossen wird; auf das Wiederaufnahmeverfahren und die in § 579 Abs. 1 ZPO genannten Nichtigkeitsgründe muss eine Partei allerdings auch in Zukunft dann zurückgreifen, wenn die Nichtzulassungsbeschwerde wegen Nichterreichens der Beschwerdesumme (§ 26 Nr. 8 EGZPO) nicht statthaft ist.

- b) Die ausdrückliche Erwähnung der Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör in **Abs. 2 Satz 1 Nr.3 Alt. 2** als eines (neuen) Zulassungsgrundes konkurriert - jedenfalls nach der bisherigen Rechtsprechung des BGH - mit dem Zulassungsgrund der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung (Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Alt. 2). Im Ergebnis führt diese Verdoppelung der Zulassungsgrundlage freilich zu keinen Nachteilen.
- c) Die Formulierung der neuen **Nr. 3**, wonach die Revision zuzulassen ist, wenn entweder ein absoluter Revisionsgrund oder eine entscheidungserhebliche Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör "geltend gemacht wird und vorliegt", erinnert an die (früher nicht unumstrittene, inzwischen aber längst geklärte) Fassung des § 100 Abs. 3 PatG. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH und herrschender Auffassung im Schrifttum setzt die Zulässigkeit des Rechtsmittels lediglich die Rüge der Verletzung rechtlichen Gehörs voraus; ob der Verstoß auch tatsächlich "vorliegt", ist eine Frage der Begründetheit (*Busse*, PatG, 5. Aufl., § 100 Rdn. 33; *Benkard/Rogge*, PatG, 9. Aufl., § 100 Rdn. 18, jew. m. Rechtsprechungsnachweisen; gleiches gilt für die zulassungsfreie Rechtsbeschwerde nach dem anders formulierten § 83 Abs. 3 Nr. 3 MarkenG, vgl. *Ingerl/Rohnke*, MarkenG, 2. Aufl., § 83 Rdn. 23).
- d) Schon die derzeit geltenden Revisionsgründe, erst recht aber die neu hinzukommenden Zulassungsgründe gemäß **Nr. 3** offenbaren eine redaktionelle Widersprüchlichkeit. Denn die in Abs. 2 Satz 1 formulierten Gründe für die Zulassung der Revision richten sich nach dem Aufbau des § 543 gleichermaßen an das Berufungsgericht wie an das Revisionsgericht. Die Nichtzulassungsbeschwerde richtet sich aber nach dem Wortlaut des § 544 Abs. 1 Satz 1 ZPO gegen die Nichtzulassung der Revision durch das Berufungsgericht, also - scheinbar nur - gegen die fehlerhafte Zulassungsentscheidung und nicht gegen die materiell- oder verfahrensrechtliche Unrichtigkeit des Berufungsurteils. Diese redaktionelle Konstruktion trifft aber uneingeschränkt nur für die Zulassungsgründe der grundsätzlichen Bedeutung und der Fortbildung des Rechts zu. Abgesehen von Fällen der Divergenz betreffen der Zulassungsgrund der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung sowie - erst recht - die neuen, in Nr. 3 formulierten Zulassungsgründe schwere Verfahrensfehler oder verallgemeinerungsfähige ("symptomatische" oder von wiederholungs- oder nachahmungsverdächtige) Sachfehler des Berufungsgerichts. Wegen solcher Fehler lässt aber nur das Revisionsgericht auf Beschwerde und nicht das Berufungsgericht als Urheber dieser Fehler die Revision zu. Diese redaktionellen Unzulänglichkeiten sind aber keine Eigentümlichkeit der ZPO, sondern finden sich auch in den anderen Verfahrensordnungen (z.B. §§ 132, 133 VwGO). Da aus dem Sachzusammenhang klar ist, was gemeint ist, erscheint jedenfalls derzeit eine an sich gebotene Gliederung der das Berufungsgericht einerseits und das Revisionsgericht andererseits betreffenden Zulassungsgründe nicht vordringlich.

### 3. § 544 ZPO-E

- a) In **Abs. 5 Satz 3** der geltenden Fassung ist bestimmt, dass mit der Ablehnung der (Nichtzulassungs-)Beschwerde durch das Revisionsgericht das Urteil rechtskräftig wird. Diese Vorschrift soll gemäß dem Entwurf ersatzlos gestrichen werden, weil auch ein Beschluss, mit welchem das Revisionsgericht die Nichtzulassungsbeschwerde zurückweist, der Anhörungsrüge gemäß §321 a ZPO-E unterliegt und die Rechtskraft des Urteils durch eine zulässige Anhörungsrüge erneut gehemmt werden kann (§ 705 Satz 2 ZPO). Das ist zwar grundsätzlich folgerichtig, macht aber erneut deutlich, dass ablehnende oder zurückweisende Beschlüsse aller Instanzen in jedem Falle zugestellt werden sollten (§ 329 Abs. 2 Satz 2 ZPO). Denn auf andere Weise ist für die Parteien der Zeitpunkt des Eintritts der Rechtskraft nicht zuverlässig erkennbar. Wenn, wie im Entwurf vorgesehen, die Vorschrift des § 544 Abs. 5 Satz 3 ZPO ersatzlos gestrichen wird, wird vorausgesetzt, dass die Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde das Verfahren in gleicher Weise wie ein die Revision zurückweisendes Urteil oder ein mit Rechtsmitteln nicht anfechtbares Urteil der ersten oder zweiten Instanz das Verfahren mit der Folge des Eintritts der formellen Rechtskraft beendet.
- b) Zum Revisionsrecht in der bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung war in der Rechtsprechung des BGH die Frage, wann ein Prozess beendet wird, falls der BGH die Annahme einer Revision durch - nicht zu verkündenden - Beschluss ablehnt (§ 554b Abs. 3 ZPO a.F.), bislang noch nicht abschließend geklärt. Auch in dem Urteil vom 01.04.2004 (IX ZR 117/03) hat der BGH diese Streitfrage offengelassen, aber entschieden, dass nicht zu verkündende Entscheidungen in dem Zeitpunkt erlassen werden, in dem das Gericht sich ihrer in einer der Verkündung vergleichbaren Weise entäußert hat; dies setze voraus, dass der Beschluss die Geschäftsstelle mit der unmittelbaren Zweckbestimmung verlassen hat, den Parteien bekanntgegeben zu werden. Die genaue Kenntnis des Zeitpunktes, in welchem das angefochtene Urteil in solchen Fällen rechtskräftig wird, ist aber für den Beginn der haftungsträchtigen Frist des § 215 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. wie auch des § 204 Abs. 2 Satz 1 BGB n.F. von allergrößter Wichtigkeit. Aus diesem Grunde sollte diese in der höchstrichterlichen Rechtsprechung noch immer unterschiedlich beurteilte Frage durch den Gesetzgeber im Interesse der Rechtssicherheit und -klarheit gelöst werden.

### 4. Art. 4: Änderung des FGG

In § 29a Abs. 1 Nr. 3 ist als Voraussetzung für die auf Rüge erfolgende Fortführung des Verfahrens vorgesehen, dass einem Beteiligten das rechtliche Gehör in entscheidungserheblicher Weise "versagt" war. Gleiches gilt für die Formulierungen in § 81 Abs. 3 GBO-E (Art. 5 Nr. 1 des Entwurfs), § 89 Abs. 3 SchiffsregisterVO (Art. 6 Nr. 1 des Entwurfs), § 152a Abs. 1 Nr. 3 VwGO (Art. 8 Nr. 3 des Entwurfs), § 178a Abs. 1 Nr. 3 SGG-E (Art. 9 Nr. 3 des Entwurfs) und § 133a Abs. 1 Nr. 3 FGO-E

(Art. 10 Nr. 3 des Entwurfs). In § 321a ZPO-E wird demgegenüber - zutreffend - von einer "Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör" gesprochen. Aus der unterschiedlichen Terminologie könnte sich ergeben, dass unterschiedlich hohe Anforderungen an die Darlegung im Rahmen der Rüge gestellt werden; denn die Verletzung des rechtlichen Gehörs könnte weniger sein als die Versagung (als totaler Ausschluss der Gehörsgewährung). Dies ist sicherlich nicht beabsichtigt und sollte deswegen terminologisch im Sinne der Formulierung des § 321a ZPO-E vereinheitlicht werden.

## 5. Art. 7: Änderung des Arbeitsgerichtsgesetzes

- a) In **§ 78a Abs. 1** ist als Voraussetzung für die Rüge lediglich die Unstatthaftigkeit eines Rechtsmittels gegen die Entscheidung und die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör vorgesehen. Eine Entsprechung zu § 321a Abs. 1 Nr. 2 ZPO-E (Gehörsrüge bei einer Entscheidung, die nicht im Rahmen eines Rechtsmittels gegen eine andere Entscheidung überprüfbar ist) fehlt. Sachgründe für diesen Unterschied sind nicht erkennbar.
- b) Zu **§ 78a Abs. 3** (Stellungnahme des Gegners) gilt das oben zu § 321a Abs. 3 ZPO-E Ausgeführte.

## 6. Kosten/Anwaltsgebühren

In **Art. 11** des Entwurfs ist eine Änderung des Gerichtskostengesetzes vorgesehen. Danach soll im Falle der Verwerfung oder Zurückweisung der Anhörungsrüge eine Art "Missbrauchsgebühr" erhoben werden, wohingegen es offenbar bei der Regelung der §§ 37 Nr. 5, 55 BRAGO bzw. § 19 Abs. 1 Nr. 5 RVG bleiben soll. Das erscheint angesichts des Erfordernisses der Darlegung einer Gehörsverletzung in den einschlägigen Verfahrensvorschriften unangemessen. Dem Anwalt wird, veranlasst durch einen schwerwiegenden Verfahrensfehler des Gerichts, zugemutet, das gebotene Korrekturverfahren gebührenfrei zu führen, es sei denn, er wird erstmals mit der Gehörsrüge befasst. Da es bei der Gehörsrüge nicht darum geht, denselben Vortrag einfach zu wiederholen oder etwa nur geltend zu machen, dass ein eingereichter Schriftsatz nicht zu den Akten und damit zur Kenntnis des Richters gelangt sei, sondern darum, die (neuen) Rügefristen zu notieren und zu überwachen, die Entscheidung zu prüfen, mit der Partei erforderlichenfalls das weitere Vorgehen abzustimmen und sodann die Rüge (oder eine Gegenäußerung) zu formulieren, sollte auch dem bereits mit der Sache befassten Rechtsanwalt zumindest die Gebühr nach Nr. 3330 des Gebührenverzeichnisses zur RVG zustehen. Die Vorstellung, dass die Prüfung und die schriftsätzliche Ausarbeitung einer Anhörungsrüge einfach sei und keinen besonderen Aufwand erfordere, ist unhaltbar. Nicht nur die Feststellung der Gehörsverletzung, sondern insbesondere auch die Prüfung und Darlegung der Entscheidungserheblichkeit erfordern regelmäßig einen Aufwand, der durch eine angemessene Vergütung entgolten werden muss. Die Schwierigkeiten erhöhen sich, wenn die Gehörsverletzung in der Gestalt einer unzulässigen Überraschungsentscheidung auftritt (vgl. hierzu BVerfG, Beschl. v. 30.04.2003 - NJW 2003, 1924, 1926 f.); in diesen



Fällen muss der Rechtsanwalt mit seiner Partei unter Umständen umfassenden ergänzenden Vortrag erörtern und zur Begründung der Anhörungsrüge einreichen.

-----